



Ano 2018 - v. 59
Trimestral

*Revista de Jurisprudência
do Tribunal de Justiça
do Ceará*





**TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DO CEARÁ**

Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Ceará

Volume 59 - 2018
Outubro / Dezembro

ISSN 2175-0874

R. Jurisp. Trib. Justiça Est. Ceará, Fortaleza, v.59, p. 1 - 512, 2018

Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará
Volume 59.2018

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. Francisco Carneiro Lima

Suplentes

Des. Mário Parente Teófilo Neto

Expediente Coordenação

Des. Paulo Francisco Banhos Ponte

Conselho Editorial e Biblioteca

Des. Paulo Francisco Banhos Ponte - Presidente
Des. Durval Aires Filho
Desa. Maria Edna Martins
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. WASHINGTON LUIS BEZERRA DE ARAÚJO
PRESIDENTE

DESA. MARIA NAILDE PINHEIRO NOGUEIRA
VICE-PRESIDENTE

DES. TEODORO SILVA SANTOS
CORREGEDOR GERAL DA JUSTIÇA

TRIBUNAL PLENO

Des. Washington Luis Bezerra de Araújo - 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 Gladysson Pontes

Des. Francisco Darival Beserra Primo

Des. Francisco Bezerra Cavalcante

Des. Inácio de Alencar Cortez Neto

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 Vilalba Fausto Lopes

Desa. Maria Gladys Lima Vieira

Desa. Lisete de Sousa Gadelha

Des. Raimundo Nonato Silva Santos

Des. Paulo Ailton 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
Des. Sérgio Luiz Arruda Parente
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. Washington Luis Bezerra de Araújo - 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
Desa. Francisca Adelineide Viana
Des. Durval Aires Filho
Des. Inácio de Alencar Cortez Neto
Des. Carlos Alberto Mendes Forte
Des. Teodoro Silva Santos
Des. Luiz Evaldo Gonçalves Leite
Desa. Maria Vilauba Fausto Lopes
Desa. Maria Edna Martins
Desa. Tereze Neumann Duarte Chaves
Des. Heráclito Vieira de Sousa Neto
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
Des. Paulo Francisco Banhos Ponte
Des. Francisco Gladyson Pontes
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
Des. Paulo Francisco Banhos Ponte- Presidente
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)

Des. Francisco Gladyson Pontes- 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. David Aguiar Costa - 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 Darival Beserra Primo
Des. Francisco Bezerra Cavalcante
Des. Carlos Alberto Mendes Forte
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
Des. Emanuel Leite Albuquerque - Presidente
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. Francisco Darival Beserra Primo - Presidente
Des. Carlos Alberto Mendes Forte
Des. Francisco Gomes de Moura
Desa. Maria de Fatima de Melo Loureiro
Dra. Maria do Socorro Loureiro de Oliveira Maia - Secretária

3ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

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

Desa. Sérgia Maria Mendonça Miranda
Des. Jucid Peixoto do Amaral
Desa. Maria Vilauba Fausto Lopes - Presidente
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
Des. Francisco Bezerra Cavalcante - Presidente
Desa. Maria Gladys Lima Vieira
Des. Raimundo Nonato Silva Santos
Dr. Marcel Benevides dos Santos - Secretário

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
Des. Sérgio Luiz Arruda Parente
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
Desa. Francisca Adelineide Viana - Presidente
Des. Francisco Martônio Pontes de Vasconcelos
Des. Sérgio Luiz Arruda Parente
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	15/264
Agravo de Instrumento	267/338
Ação Direta de Inconstitucionalidade	341/354

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Apelação Crime	359/470
Habeas Corpus	473/505
Índice Alfabético	507/512

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL

PROCESSO: 0000192-67.2007.8.06.0155 - APELAÇÃO

APELANTES: RAIMUNDO NONATO GUIMARÃES MAIA, FRANCISCO JOSÉ DE SOUSA, JOÃO BALTAZAR DE SANTIAGO E CARLOS AUGUSTO REGIS ALVES

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ

CUSTOS LEGIS: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL

RELATOR: DES. PAULO FRANCISCO BANHOS PONTE

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/92. SENTENÇA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. NULIDADE. IMPUTAÇÃO, CONDENAÇÃO E SANÇÃO GENÉRICAS. RECURSOS CONHECIDOS E PROVIDOS. SENTENÇA ANULADA.

1. Cuidam-se de Recursos de Apelação Cível interpostos com vistas a reforma da sentença de mérito que julgou parcialmente procedente a Ação Civil Pública por ato de Improbidade, condenando os então vereadores do Município de Quixeré em diversas penas previstas no art. 12 da Lei 8.429/92. Em suas razões, referem-se os recorrentes, em suma, a nulidade da sentença, bem como a ausência de prova que fundamente a condenação.

2. O que se percebe da leitura da respeitável sentença primeva é que não há indicação clara a respeito de qual tipo legal teria sido violado pelos réus. O douto juiz *a quo* limitou-se a indicar genericamente que os mesmos praticaram atos de improbidade administrativa previstos nos arts. 9º, 10 e 11 da lei nº 8.429/92.

3. *In casu*, na sentença não houve a individualização do tipo, haja vista que os artigos 9º, 10 e 11 da Lei 8.429/92 contém uma diversidade de condutas escandidas no rosário de incisos que eles congregam. É importante para o réu saber ao certo daquilo que foi acusado e, sobretudo, pelo que foi condenado. Pensar ao contrário, importaria em cerceamento de defesa, afinal qualquer indivíduo somente poderá exercer uma defesa efetiva, quando sabe de forma indene de dúvidas do que acusado.

4. Os fatos descritos na inicial, são graves e efetivamente causaram prejuízo ao erário e, sim, merecem reprimenda. Contudo, do cotejo dos autos deduz-se que as condutas imputadas aos autores pelo membro do Ministério Público não foram as mesmas e nem mesmo a instrução processual apresenta condutas semelhantes pelos réus. Por isso, não se mostra acertada a condenação dos réus sem que seja efetivamente especificada a conduta por eles desempenhada e, também, tipificada nos termos da Lei 8.429/92.

5. A eventual condenação também deve especificar de maneira clara qual a prova da conduta desempenhada por cada um dos réus, bem como a efetiva subsunção do fato ao tipo previsto na norma.

6. A sentença avergoada carece de fundamentação suficiente para demonstrar a participação de cada uma dos réus nos fatos descritos como a “farra das diárias” e a declaração de nulidade do *decisum* é medida que se impõe, razão pela qual a pretensão recursal medra em solo fértil, devendo ser provida. Precedentes.

7. Recursos conhecidos e providos, anulando a sentença recorrida e determinando o retorno dos autos ao Juízo de origem.

ACÓRDÃO

Acordam os integrantes da Eg. Primeira Câmara de Direito Público, à unanimidade, em conhecer os Recursos de Apelação para dar-lhes provimento, anulando a sentença recorrida e determinando o retorno dos autos ao Juízo de origem, de acordo com o voto do Relator.

Fortaleza, 17 de dezembro de 2018.

RELATÓRIO

Cuida-se de Recurso de Apelação Cível com vistas a reforma da sentença proferida pelo magistrado atuante na Vara Única da Comarca de Quixeré e que julgou parcialmente procedente a Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa interposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ em desfavor de CARLOS AUGUSTO RÉGIS ALVES, JOÃO BALTAZAR DE SANTIAGO, JOSÉ DENISAR DE OLIVEIRA, JÚLIO FERREIRA DE FREITAS, RAIMUNDO EUDES REGES, RAIMUNDO NONATO DE SOUSA, VALDERI FERNANDES DE ARAÚJO, VALDIR GONÇALVES LIMA, JOSÉ XAVIER MAIA, MARIA VALDENIA DE SOUSA, LUIZA HULGA DE SOUSA MELO, FRANCISCO JOSÉ DE SOUSA, RAIMUNDO NONATO GUIMARÃES MAIA e ANACLÉIA DE SOUSA LIMA.

Em sua inicial, alega o douto representante do Ministério Público, que os réus seriam os 11 vereadores eleitos para o mandato de 2001/2004, além de três servidores da Câmara de Vereadores de Quixeré. Alega que na referida legislatura teria se instalado um verdadeiro esquema de desvio de recursos da Câmara de Vereadores, em especial referente ao pagamento de diárias. Afirma o *Parquet* que inúmeras Portarias concessivas

das diárias não tinham qualquer justificativa, tendo em vista inexistir viagem aos vereadores agraciados, destinando-se, apenas, ao custeio de despesas de festas religiosas do município. Alega, ainda, que tudo ocorrera a pedido do então Presidente daquela Casa e funcionando como troca de favores para fins de diversas aprovações de leis municipais. Sendo assim, pugna pela condenação dos envolvidos em razão do prejuízo aos cofres públicos, decorrentes do desvio de finalidade na concessão de diárias.

Rejeitadas as preliminares ventiladas pelos réus, foi recebida a inicial, consoante decisão colacionada às fls. 1.762/1.768.

Contestações apresentadas às fls. 1.780/1.783, 1.801/1.807, 1.808/1.814, 1.815/1.821, 1.822/1.829, 1.832/1.838, 1.841/1.847, 1.850/1.856, 1.859/1.862, 1.864/1.867, 1.868/1.881, 1.885/1.904.

Réplica às fls. 1.924/1.926.

Audiência para inquirição dos réus, termo às fls. 1.939/1.951, 2.067/2.068 e 2.104. Autos de interrogatório às fls. 1.963/1.995 e 2.018/2.028 e termos de depoimentos testemunhais às fls. 1.996/2.013.

Determinada a realização de exame grafotécnico nos recibos juntados aos autos, foi apresentado relatório conclusivo às fls. 2.136/2.228.

Memoriais às fls. 2.289/2.300 apresentados pelo Ministério Público 2.306/2.310 e 2.311/2.315 por dois dos réus, Carlos Augusto Régis Alves e João Baltazar de Santiago.

Sentença de mérito às fls. 2.18/2.322 por meio da qual o magistrado de piso entendeu:

a) pela improcedência do feito em relação aos réus JOSÉ XAVIER MAIA, MARIA VALDÊNIA DE SOUSA e LUIZA HULGA DE SOUSA MELO;

b) pela parcial procedência em relação aos demais réus, para condenar:

b.1) RAIMUNDO NONATO GUIMARÃES MAIA a ressarcir ao erário do município de Quixeré a quantia de R\$10.498,00 (dez mil, quatrocentos e noventa e oito reais), pela prática de ato de improbidade que se amolda aos arts. 9 e 10 da Lei nº 8.423/92, decorrente da autorização indevida de diárias comprovadas através de recibos forjados, bem como da percepção de diárias em duplicidade; bem como ao pagamento de multa

civil correspondente a duas vezes o valor do dano causado ao erário, ou seja, R\$20.996,00 (vinte mil, novecentos e noventa e seis reais); e, ainda, na suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 8 (oito) anos;

b.2) JÚLIO FERREIRA DE FREITAS a ressarcir ao erário do município de Quixeré a quantia de R\$4.200,00 (quatro mil e duzentos reais), pela prática de ato de improbidade que se amolda ao art. 10 da Lei nº 8.423/92, decorrente da assinatura de recibos de diárias para justificar a doação irregular de verbas públicas para a realização de festas religiosas, em evidente desvio de finalidade; bem como ao pagamento de multa civil correspondente a duas vezes o valor do dano causado ao erário, ou seja, R\$8.400,00 (oito mil e quatrocentos reais); e, ainda, na suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 8 (oito) anos;

b.3) CARLOS AUGUSTO RÉGIS ALVES, JOÃO BALTAZAR DE SANTIAGO, JOSÉ DENISAR DE OLIVEIRA, RAIMUNDO EUDES REGES, RAIMUNDO NONATO DE SOUSA, VALDERI FERNANDES DE ARAÚJO, VALDIR GONÇALVES LIMA, FRANCISCO JOSÉ DE SOUSA, RAIMUNDO NONATO GUIMARÃES MAIA, JÚLIO FERREIRA DE FREITAS e ANACLÉIA DE SOUSA LIMA no pagamento de multa civil correspondente a 15 (quinze) vezes o valor da remuneração percebida pelos agentes à época dos fatos, cada um, pela prática de ato de improbidade que se amolda ao art. 11 da Lei nº 8.429/92, decorrente da assinatura de recibos de diárias para justificar a doação irregular de verbas públicas para a realização de festas religiosas, em evidente desvio de finalidade.

b.4) CARLOS AUGUSTO RÉGIS ALVES, JOÃO BALTAZAR DE SANTIAGO, JOSÉ DENISAR DE OLIVEIRA, RAIMUNDO EUDES REGES, RAIMUNDO NONATO DE SOUSA, VALDERI FERNANDES DE ARAÚJO, VALDIR GONÇALVES LIMA, FRANCISCO JOSÉ DE SOUSA, RAIMUNDO NONATO GUIMARÃES MAIA e ANACLÉIA DE SOUSA LIMA na suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 05 (cinco) anos.

Embargos de Declaração às fls. 2.339/2.342, 2.343/2.345 e 2.353/2.354, respectivamente, JOÃO BALTAZAR DE SANTIAGO, CARLOS AUGUSTO RÉGIS ALVES e RAIMUNDO NONATO GUIMARÃES MAIA. Acolhidos, somente, os aclaratórios apresentados por RAIMUNDO NONATO

GUIMARÃES MAIA, afastando a contradição do *decisume* definindo o prazo de suspensão dos direitos políticos em 8 (oito) anos.

Inconformados, FRANCISCO JOSÉ DE SOUSA, JOÃO BALTAZAR DE SANTIAGO, CARLOS AUGUSTO RÉGIS ALVES e RAIMUNDO NONATO GUIMARÃES MAIA interpuseram Recursos de Apelação Cível, respectivamente às fls. 2.368/2.401, 2.404/2.410, 2.411/2.417 e 2.429/2.445.

Francisco José de Sousa refere-se, em suma, a nulidade parcial da decisão em razão do julgamento *extra-petita* posto que condenados os réus no pagamento de multa civil superior aquela pleiteada pelo *Parquet* em sua inicial. Ainda, alega o recorrente a nulidade do Procedimento Administrativo instaurado pelo Ministério Público. Por fim, refere-se inexistir prova das alegações trazidas pelo Ministério Público, mostrando-se desprovida de fundamentação a condenação do recorrente.

João Baltazar de Santiago e Carlos Augusto Régis Alves, referem-se ao fato de que “em nenhum momento ficou comprovado má-fé por parte do apelante quanto a situação disposta na inicial, de que o mesmo percebeu diárias, sem haver deslocamentos e com o repasse do valor da diária encaminhado para patrocínio de festas religiosas”. Referem-se, ainda, inexistir demonstração de dano ao erário.

Por fim, Raimundo Nonato Guimarães Maia aduz em seu arrazoado que encontra-se contraditória a fundamentação do *decisum* apelado, tendo em vista que não ter sido possível identificar a autoria das falsificações, não se sabendo, ao certo, quem foi com o montante desviado.

Contrarrrazões às fls. 2.455/2.465.

Devidamente distribuídos os autos junto a este Eg. Tribunal de Justiça, foi aberto prazo para manifestação do *Parquet* atuante no segundo grau, tendo ele apresentado o parecer de fls. 2.493/2.501, ratificando os argumentos vertidos nas contrarrrazões.

É o relatório. Decido.

VOTO

Feito em ordem. Recursos voluntários que atendem as pressupostos de admissibilidade, razão pela qual deles tomo conhecimento.

A questão controvertida delineada nos vertentes fólios consiste em apreciar a legalidade da sentença que condenou alguns dos réus da Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa, em razão de terem ocasionado prejuízo ao erário, enriquecimento ilícito e burla aos princípios da administração pública, consoante previsto nos arts. 9º, 11 e 11 da Lei 8.429/92.

De início, convém destacarmos que o fato reputado ilícito consistiu, segundo o apurado na instrução do feito, na concessão de diárias aos vereadores eleitos (2001/2004), sem que existisse fundamentação para tal, posto não comprovados os deslocamentos para fora do Município. Além disso, foram os réus condenados em razão de suposto desvio de finalidade, em razão de que o valor das diárias fora destinado a realização de festas religiosas no Município de Quixeré.

Consoante relatado, o Juízo *a quo* julgou parcialmente procedente o pleito exordial, condenando onze dos réus, que à época exerciam os cargos de vereadores no r. ípio, julgando improcedente o feito em relação aos demais réus, que à época exerciam cargos de servidores da Câmara de Vereadores.

Ocorre que, como se viu, da leitura da respeitável sentença primeva não resta devidamente identificado, de forma clara e indene de dúvidas, qual o tipo imputado a cada um dos réus pela prática dos supostos atos de improbidade administrativa. O douto juiz *a quo* limitou-se a indicar genericamente que o Presidente da Corte Legislativa municipal teria praticado ato de improbidade administrativa previsto nos arts. 9º e 10 da lei nº 8.429/92, que um dos vereadores teria infringido conduta descrita no art. 10 da referida norma e, por fim, os demais nove vereadores teriam praticado conduta que se amolda em uma daquelas descritas no art. 11 da Lei nº 8.429/92.

Em outras palavras, não houve a individualização do tipo, haja vista que os artigos contém uma diversidade de condutas escandidas no rosário de incisos que eles congregam. É importante para o réu saber ao certo qual a acusação a ele imputada, dentro de um tipo específico, demonstrando-se, de maneira clara, a prova da improbidade, dentro daquilo que a legislação específica visa proteger.

Pensar o contrário importaria em cerceamento de defesa, afinal qualquer indivíduo somente poderá exercer uma defesa plena e efetiva quando sabe ao certo do que fora acusado e qual a conduta a ele imposta e prevista na legislação.

É certo que os fatos descritos na inicial, consistentes na concessão de diárias sem a devida fundamentação, são graves e efetivamente causaram prejuízo ao erário e, sim, merecem reprimenda. Contudo, do cotejo dos autos dessume-se que as condutas imputadas aos autores pelo membro do Ministério Público não foram as mesmas e nem mesmo a instrução processual apresenta condutas semelhantes pelos réus. Por isso, não se mostra acertada a condenação dos réus sem que seja efetivamente especificada a conduta por eles desempenhada e, também, tipificada nos termos da Lei 8.429/92.

Frise-se, por oportuno, que não se pode apontar como fundamento de uma decisão judicial condenatória de todos os 11 réus a simples certeza do prejuízo ao erário, sob pena de ferir o princípio da individualização da pena. Nesse comenos, a Carta Magna chancela o denominado princípio do devido processo legal.

É desse princípio que todos os demais são oriundos, como o do juiz natural, o do contraditório, da ampla defesa, o da necessidade da adequação das formalidades essenciais do processo e todos farão desaguar na parte culminante do processo que é a sentença, a qual exige, também, ser devidamente fundamentada sob pena de nulidade, conforme dispõe o artigo 93, IX da Constituição Federal.

Ademais, mesmo que superássemos tal análise prejudicial e adentrássemos no campo da dosimetria das penas, veríamos que o julgador foi além das balizas do razoável e proporcional, aplicando de forma cumulativa as sanções da Lei de Improbidade Administrativa, quando na verdade a aplicação de cada uma delas deve ser acompanhada das devidas razões, levando-se em conta, dentre outros aspectos, a extensão do dano causado e o eventual proveito patrimonial obtido pelo agente ou por terceiro, caso o haja.

Nessa ordem de ideias, uma vez imputadas comissivas ou omissivas dos réus, seja diante de prejuízo ao erário, enriquecimento sem causa ou burla aos princípios da administração pública, o mínimo que se

espera do órgão acusatório é que se particularize de maneira indene de dúvidas a participação de cada um dos réus, bem como o tipo legal violado, como forma de se garantir aos acusados a ampla defesa e um contraditório efetivo.

Decerto, o direito sancionador é um só, devendo ser aplicado pelo julgador, seja membro do Poder Judiciário ou na ambiência do processo administrativo disciplinar, todas as garantias previstas no Direito Penal. Por isso, *“a tipificação de um ilícito passa a assumir papel de grande relevância na esfera disciplinar/sancionatória, pois esse ramos do direito, apesar de ser representado por uma instância administrativa, é responsável pela aplicação de severas penas que possuem o efeito de estabelecer um permanente dano psicológico, com reflexos financeiros, familiares e sociais na vida do servidor público condenado disciplinarmente”* (DE MATTOS, Mauro Roberto Gomes. Inquérito Civil e Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa – Limites e Instauração. Rio de Janeiro: Forense. 2014. p. 307).

Por seu turno, a eventual condenação também deve especificar de maneira clara qual a prova da conduta desempenhada por cada um dos réus, bem como a efetiva subsunção do fato ao tipo previsto na norma.

As punições descritas na norma (art. 12, da Lei 8.429/92) são severas, merecendo atuação cautelosa do aplicador, com vistas a evitar situações de desequilíbrio e desproporção caso aplicadas as sanções indistintamente, sem que se leve em conta o caso concreto em suas circunstâncias e nuances.

A esse respeito, inclusive, mister esclarecer que o julgador proferiu punições elevadíssimas, sem apresentar de forma detalhada qual a conduta e o tipo legal infringido por cada um dos réus, tolhendo-lhes o efetivo direito de defesa.

Ainda, tendo em conta as punições aplicadas pelo magistrado de piso aos réus, da análise do dispositivo da sentença apelada, deduz-se que aos réus RAIMUNDO NONATO GUIMARÃES MAIA e JÚLIO FERREIRA DE FREITAS foram aplicadas duas punições no pagamento de multa civil, em total afronta ao princípio do *non bis in idem*.

Necessário ao aplicador da norma a fixação de critérios mínimos para se evitar a desproporção entre a conduta do agente e as consequências

decorrentes das punições previstas na CF/88 e na Lei 8.429/92, ainda mais quando se fala em apuração de condutas tão diversificadas como as que aqui se apresentam.

A esse respeito, colaciono alguns posicionamentos doutrinários:

A exigência de fundamentação das decisões decorre do próprio Estado Democrático de Direito, erigindo-se, a um só tempo, em importante garantia individual contra o arbítrio judicial e em verdadeiro 'selo de qualidade' da própria prestação jurisdicional. Permite às partes e à própria sociedade, deste modo, a aferição da razoabilidade do percurso intelectual levado a cabo pelo magistrado, possibilitando-lhes não só a correta compreensão do alcance do decidido como também a própria insurgência recursal ao órgão *ad quem*, garantia que também decorre do texto constitucional. O atendimento ao comando constitucional demanda a análise, pelo julgador, dos fundamentos fáticos e jurídicos apresentados pelas partes, o que está longe de significar a sua vinculação aos 'dispositivos legais' por elas indicados, aplicando-se aqui a máxima *iura novit curia*.

(...)

Reconhecida a ocorrência de improbidade, tal como prevista, *numerus apertus*, nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92, impõe-se ao magistrado não só a condenação do réu no integral ressarcimento do dano, se existente, como também a aplicação, a princípio cumulativa, das sanções previstas no art. 12 da referida lei. Para tanto, no que respeita a 'fixação da reprimenda base', deverá sopesar os reflexos de sua conduta sobre o patrimônio público quanto a consecução, ou não, do interesse coletivo, bem assim a sua personalidade, e grau de participação no ilícito, aferindo, ao depois, a possível presença de circunstâncias agravantes e atenuantes (reincidência ou bom comportamento anterior do agente, seu nível intelectual, confissão espontânea do fato, etc.), análise que, no entanto, não pode levar o julgador a extrapolar os limites mínimo e máximo das sanções variáveis.

Como em toda e qualquer sentença, mostra-se inafastável, sob pena de incorrer em *error in iudicando*, a fundamentação

de todo o percurso adotado na individualização e dosimetria das sanções, ressalvada a hipótese de sua fixação em patamar mínimo (fixação quantitativa das penas variáveis), caso em que poderá presumir que todas as circunstâncias alusivas ao atuar ímprobo são favoráveis ao agente”. (GARCIA, Emerson. Improbidade Administrativa. 4ªed. Rio de Janeiro: LumenJuris. 2008. p. 783/786)

 x

Entendo que a tipificação da conduta do réu numa das condutas previstas nos arts. 9.º a 11 da Lei 8.429/1992 seja o fundamento jurídico do pedido, de narrativa indispensável na petição inicial. Nesse tocante, , acredito que existe certa confusão na doutrina. As penas previstas no art. 12 da LIA fazem parte do pedido do autor, sendo nesse caso cabível a discussão a respeito da possibilidade de pedido genérico. Causa de pedir genérica não existe, nem na ação de improbidade administrativa nem em ação alguma.

A formulação de petição inicial na qual não se tipifica a conduta do réu é inepta e deve ser indeferida, quando muito permitir-se a emenda para que o autor saneie o vício e evite a extinção terminativa. Fundamentação jurídica é indispensável e, no caso da improbidade administrativa, isso significa a tipificação da conduta.

(...)

Segundo expressa previsão do art. 12, parágrafo único, da Lei 8.429/1992, na fixação das penas o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente. A crítica certa da doutrina é no sentido de que o dispositivo é insuficiente para municiar o juiz de todos os elementos que deve considerar na aplicação das penas.

Assim, além dos elementos previstos pelo dispositivo ora mencionado, deve o juiz considerar a personalidade do agente, sua vida pregressa na Administração Pública, seu grau de participação no ato ilícito, os reflexos de seu ato e a efetiva ofensa ao interesse público. Esses elementos devem ser analisados quando couber ao juízo a fixação de penas mínimas e máximas previstas no art. 12 da LIA, o que ocorre com a suspensão dos direitos políticos e com a aplicação da

multa civil. (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Improbidade Administrativa. 6ªed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO. 2018. p. 190 e 226/227)

x

É importante para toda a sociedade que as autoridades públicas não engendrem atos dissociados do direito, ainda mais quando se verifica que são produzidos na esfera sancionatória do Estado.

Portanto, ao ser concretizado o *ius puniendi* do Estado, o mínimo que se exige é que a acusação seja perfeitamente descrita, por meio de exposição detalhada do fato a ser investigado, com todas as suas circunstâncias e a classificação do tipo legalmente previsto no ordenamento jurídico que foi infringido.

(...)

De qualquer forma, a utilização dos conceitos jurídicos indeterminados e de cláusulas abertas na descrição das infrações disciplinares não retira a necessidade da verificação do princípio da tipicidade, ainda mais quando se trata de ilícito de improbidade administrativa, em que a gravidade das sanções exige uma conduta imoral e devassa.

Essa ausência de tipicidade cerrada na esfera disciplinar aumenta a responsabilidade da verificação da conduta do servidor e consequente sanção a ser aplicada caso seja configurada a correspondente infração funcional.

(...)

Não obstante o que foi dito, é de destacar que no julgamento disciplinar **não há discricionariedade da Administração Pública, visto que na imposição da penalidade não está o Poder Público isento da demonstração da proporcionalidade da medida, uma vez que deverá gradar a infração cometida com a sanção, observando a natureza e a gravidade da infração e os danos decorrentes e suportados pelo serviço público, com as circunstâncias agravantes e atenuantes e os antecedentes funcionais.** (STJ, RMS 23143/SP)

(...)

A despeito da ampla gama de conceitos jurídicos indeterminados constantes do arrolamento de ilícitos administrativos, é dever do Poder Público aplicar uma

decisão adequada ao caso concreto, pois a sua ampla discricionariedade na esfera disciplinar não se estende à aplicação das sanções. Após a constitucionalização do Direito Administrativo (art. 37, da CF), **a atividade administrativa passou a ser controlada pelos novos valores, dentre eles o da inafastabilidade da jurisdição, da dignidade da pessoa humana, da culpabilidade e da individualização da pena, bem como dos demais postulados do Estado Democrático de Direito.**

(...)

O princípio da tipicidade é importantíssimo pra a preservação do princípio da legalidade, e por isso deve estar descrita na lei a infração com a devida consequência.

(...)

A despeito de ser pacífico o entendimento de que a improbidade administrativa constitui ilícito de ordem civil, é classificado também como ilícito administrativo, previsto não só pela lei específica (Lei 8.429/92), como também no Estatuto do Servidor Público Federal (Lei nº 8.112/1990, art. 132, IV), sujeitando-se aos postulados do direito administrativo sancionador, o qual, reitere-se, recebe incisivo influxo da teoria garantista do Direito Penal e limita a aplicação indiscriminada de tal instituto, sem base de apoio legal.

Dessa forma, **na aplicação da penalidade, por ser a Lei nº 8.429/1992 muito lacunosa, com comandos legais abertos, inclusive no que diz respeito aos critérios para a dosimetria da sanção a ser concretamente imposta ao agente condenado por ato de improbidade administrativa, é de se verificar a razoabilidade e a proporcionalidade, além da individualização da pena, pra que a sanção aplicada não seja extremamente excessiva e desproporcional.**(DE MATTOS, Mauro Roberto Gomes. Inquérito Civil e Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa – Limites e Instauração. Rio de Janeiro: Forense. 2014. P. 300/310)

_____ x _____

“O certo é que vigora, fortemente, a idéia de que **o Estado possui um único e** unitário poder punitivo, que estaria submerso em normas de direito público. **Essa caracterização teórica**

do poder punitivo estatal tem múltiplas conseqüências, e, paradoxalmente, parcela das situações que lhe servem de premissa são extremamente problemáticas. A mais importante e fundamental conseqüência da suposta unidade do *ius puniendi* do Estado é a aplicação de princípios comuns ao Direito Penal e ao Direito Administrativo Sancionador, reforçando-se, nesse passo as garantias individuais.

(...)

Prova dessa inegável realidade seria o fato de que o legislador ostenta amplos poderes discricionários na administrativização de ilícitos penais ou na penalização de ilícitos administrativos. Pode um ilícito hoje ser penal e no dia seguinte amanhecer administrativo ou vice-versa. Não há um critério qualitativo a separar esses ilícitos e tampouco um critério rigorosamente quantitativo, porque algumas sanções administrativas são mais severas do que as sanções penais. Pode haver, claro, tendências, em termos de política do Direito Punitivo. Isto não significa que haja espaços demarcados por critérios qualitativos, salvo em raras e excepcionais situações contempladas nas Cartas Constitucionais, onde se torna possível discriminar situações obrigatórias tipificação penal, ou, ao revés, de tipificação penal interdita.” (OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador. 2005. p. 120/124)

Bom que se destaque, ainda, que em recente julgado, a Eg. 1ª Câmara deste Tribunal de Justiça, em julgamento sob minha relatoria, teve a oportunidade de manifestar-se em situação análoga, na qual não restou devidamente apresentada e fundamentada na decisão a tipificação das condutas desempenhada pelos réus, o que ocasionou a nulidade do julgamento. A ementa do r. julgado restou assim redigida:

DIREITO ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/92. SENTENÇA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. NULIDADE. DOSIMETRIA DAS PENAS INEXISTENTE. SANÇÃO GENÉRICA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. SENTENÇA ANULADA.

1 - A questão controvertida delineada nos vertentes fôlios consiste em apreciar a legalidade da sentença que condenou os apelantes nas sanções pela prática do suposto ato de improbidade administrativa descrito nos autos. 2 - Pois bem, o que se percebe da leitura da respeitável sentença primeva é que **não há indicação clara de qual tipo ambos os réus incorreram pela prática do suposto ato de improbidade administrativa. O douto juiz *a quo* limitou-se a indicar genericamente que o primeiro réu praticou o ato de improbidade administrativa previsto no art. 9º da lei nº 8.429/92 e que o segundo réu incorreu nas condutas indicadas no art. 10 da lei nº 8.429/92.** - Em outras palavras, sequer houve a individualização do tipo, haja vista que ambos os artigos contém uma diversidade de condutas escandidas no rosário de incisos que eles congregam. É importante para o réu saber ao certo daquilo que foi acusado e, sobretudo, pelo que foi condenado. Pensar ao contrário, importaria em cerceamento de defesa, afinal qualquer indivíduo somente poderá exercer uma defesa efetiva, quando sabe de forma indene de dúvidas do que acusado. 4 - Ademais, mesmo que superássemos tal análise prejudicial e adentrássemos no campo da dosimetria das penas, viríamos que o julgador foi além das balizas do razoável e proporcional, aplicando de forma cumulativa as sanções da Lei de Improbidade Administrativa, quando na verdade a aplicação de cada uma delas deve ser acompanhada das devidas razões, levando-se em conta, dentre outros aspectos, a extensão do dano causado e o proveito patrimonial obtido pelo agente, caso o haja. 5 - As punições descritas na Lei 8429/92 norma são severas, merecendo atuação cautelosa do aplicador, com vistas a evitar situações de desequilíbrio e desproporção caso aplicadas as sanções indistintamente, sem que se leve em conta o caso concreto em suas circunstâncias e nuances. 6 – Recurso conhecido e provido. Nulidade da sentença declarada. Retorno dos autos ao juízo de origem. (TJCE – AC 0098472-64.2015.8.06.0035; Relator (a): PAULO FRANCISCO BANHOS PONTE; Órgão julgador: 1ª Câmara Direito Público; Data do julgamento: 24/09/2018; Data de registro: 25/09/2018)

Abonando tal entendimento, escoreitas as lições da Jurisprudência dos Pretórios Pátrios, *ad litteram*:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE IMPROBIDADE. TIPICIDADE DA CONDUTA. APLICAÇÃO DA PENA. INVIABILIDADE DA SIMPLES DISPENSA DA SANÇÃO.

1. Reconhecida a ocorrência de fato que tipifica improbidade administrativa, cumpre ao juiz aplicar a correspondente sanção. Para tal efeito, não está obrigado a aplicar cumulativamente todas as penas previstas no art. 12 da Lei 8.429/92, podendo, mediante adequada fundamentação, fixá-las e dosá-las segundo a natureza, a gravidade e as conseqüências da infração, individualizando-as, se for o caso, sob os princípios do direito penal.O que não se compatibiliza com o direito é simplesmente dispensar a aplicação da pena em caso de reconhecida ocorrência da infração. 2. Recurso especial provido para o efeito de anular o acórdão recorrido. (STJ – Resp 513.576/MG, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, DJU 6.3.2006 - destaque acrescentado)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA. AFRONTA AO ART. 93, IX, DA CF/88. SENTENÇA ANULADA. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM. NECESSIDADE DE PRODUÇÃO PROBATÓRIA.

1. A Constituição Federal, em seu art. 93, inciso IX, determina que todas as decisões proferidas pelos órgãos do Poder Judiciário devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade. 2. O magistrado sentenciante, ao reconhecer a prática de atos de improbidade administrativa previstos nos arts. 10, XI, e 11, VI, da Lei 8.429/92, deixou de expor as razões que o levaram a concluir pela ocorrência de dano ao erário, razão pela qual deve a sentença ser anulada. . É certo que o art. 1.013, § 3º, inciso IV, do CPC/2015 permite que o Tribunal, em se tratando de causa madura (inexistência de necessidade de produção de outras provas), julgue de imediato a lide. 4. Não estando o processo devidamente instruído, necessitando de maiores diligências, porquanto

foram juntados documentos que tornam duvidosa a existência ou não do ressarcimento do suposto dano ao erário causado, faz-se necessário o retorno dos autos à origem para dirimir tal questão. 5. Apelação do réu provida para anular a sentença por ausência de fundamentação com o consequente retorno dos autos à origem. Ficam prejudicados os demais pontos do apelo do requerido e a apelação do MPF. (TRF01 – AC 0002773-42.2009.4.01.3814, Relator: MÔNICA JACQUELINE SIFUENTES PACHECO DE MEDEIROS, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: 06/07/2018)

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO. ATOS ADMINISTRATIVOS. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. SENTENÇA NULA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INDIVIDUALIZAÇÃO DAS PENAS. **Em se tratando de atos de improbidade, cada agir deve receber sua respectiva reprimenda de forma individual, singular, devendo, ainda, ser estritamente observado o que dispõe o artigo 12 da Lei 8.429/92, com relação à individualização das penas. Pende ao julgador dispensar motivação acerca da forma que elegeu a cada penalidade que aplicou e que deixou de aplicar.** Acolheram a preliminar do ministério público e desconstituíram parcialmente a sentença, prejudicado o mérito dos recursos. Unânime. (TJRS – AC 478117-76.2013.8.21.7000, Relator: LAURA LOUZADA JACCOTTET, SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 30/05/2014)

A esse respeito, bom que se traga, ainda, o posicionamento apresentado pelo então Ministro do STJ, MAURO CABELL MARQUES, no voto condutor do acórdão proferido no EREsp nº 875.163/RS, na ambiência da Primeira Seção do Eg. STJ, segundo o qual “*As sanções da Lei de Ação Popular, da Lei de Ação Civil Pública e da Lei de Improbidade Administrativa não têm caráter penal, mas formam o arcabouço do direito administrativo sancionador, de cunho eminentemente punitivo, fato que autoriza trazermos à baila a lógica do Direito Penal, ainda que com granus salis. É razoável pensar, pois, que pelo menos os princípios relacionados a direitos fundamentais que informem o Direito Penal devam, igualmente, informar a aplicação de outras leis de cunho sancionatório*”.

Bom que se traga à baila, ainda, que o ônus de demonstrar a má-fé dos réus deve recair ao órgão acusador. Explico.

Da análise dos autos, percebe-se que a grande maioria dos réus nega ter recebido diárias sem fundamentação, bem como vários refutam as assinaturas apostas nos recibos de pagamento das diárias em referência, o que coloca em xeque se efetivamente houve a participação de todos os vereadores nos fatos descritos na inicial, ou se uma terceira pessoa teria agido e causado o prejuízo, beneficiando-se dos valores desviados.

Dessarte, tenho que a sentença avergoada carece de fundamentação suficiente para demonstrar a participação de cada uma dos réus nos fatos descritos como a “farra das diárias” e a declaração de nulidade do *decisum* é medida que se impõe, razão pela qual a pretensão recursal medra em solo fértil, devendo ser provida.

ISSO POSTO, conheço os Recursos de Apelação, dando-lhes provimento, oportunidade em que declaro a nulidade da sentença vergastada, determinando o retorno dos autos para a instância *a quo* fim de que seja proferido novel *decisum*, atendendo-se o entendimento acima decantado.

É como voto.

Fortaleza, 17 de dezembro de 2018.

PROCESSO: 0000336-36.2006.8.06.0168 - APELAÇÃO

APELANTE: FRANCISCO ODORINO FILHO

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ

CUSTOS LEGIS: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL

RELATOR: DR. SÉRGIO LUIZ ARRUDA PARENTE, PORT. 1494/2018

EMENTA: APELAÇÃO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MUNICÍPIO DE SOLONÓPOLE. OMISSÃO EM PRESTAR CONTAS. PRELIMINAR. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. APLICAÇÃO DA LEI Nº. 8.429/92 AOS PREFEITOS E SECRETÁRIOS. ENTENDIMENTO PERFILHADO NO JULGAMENTO DA ADI Nº. 2.797/DF E RECLAMAÇÃO Nº. 2.766. PRELIMINAR REJEITADA. MÉRITO. OMISSÃO DO GESTOR MUNICIPAL EM DISPONIBILIZAR DIVERSOS DOCUMENTOS FISCAIS AO TRIBUNAL DE CONTAS REFERENTES AO ANO DE 2004. SUCESSÃO DA GESTÃO MUNICIPAL. CONDUTA REITERADA. OMISSÃO DOLOSA. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE DAS PENAS APLICADAS. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

1. Versa a presente demanda de Apelação Cível apresentada por Francisco Odorino Filho opondo-se ao julgamento de sentença realizado pelo MM. Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Solonópole – CE, o qual acolheu a pretensão do Ministério Público do Estado do Ceará, julgando procedente a Ação Civil Pública por Improbidade

Administrativa, em razão da omissão do agente público em prestar contas, condenando-o aos termos do art. 11, *caput*, e inciso VI, da Lei nº 8.429/92, combinado ao art. 12, inciso III, da mesma lei.

2. Em primeiro plano, insta ponderar a arguição preliminar sobre a competência do magistrado de primeiro grau para apreciação da presente Ação Civil de Improbidade Administrativa.

3. Restou consolidado pela jurisprudência dos Tribunais que a Lei de Improbidade Administrativa deve ser aplicada aos Órgãos do Poder Executivo, inexistindo dúvidas quanto aos procedimentos dos crimes de responsabilidade, crime comum, *impeachment*, conduto em relação aos Prefeitos e seus Secretários é perfeitamente ajustável à aplicação da Lei 8.429/92, conforme julgamento da ADI 2.797/DF e da Reclamação nº. 2.766.

4. Nestes termos, REJEITA-SE a preliminar de inadequação da via eleita.

5. Adentrando ao mérito, e em conformidade com os elementos trazidos nos autos, o Apelante teria descumprido os ditames da Lei de Improbidade Administrativa quando omitiu-se em disponibilizar ao Tribunal de Contas dos Municípios - TCM, uma série de documentos fiscais referentes ao ano de 2004.

6. Dentre as condutas descritas como atos de improbidade que atentam contra os princípios da Administração Pública figura expressamente a omissão de prestação de contas pelo gestor público. Entretanto, a jurisprudência iterativa dos Tribunais Superiores entende que o atraso na prestação de

contas pelo gestor público somente se configura em ato ímprobo, nos termos do art. 11, inc. VI, da Lei n. 8.429/1992, quando restar demonstrado o dolo, ainda que genérico.

7. Pode-se averiguar que o Apelante deixou de prestar as informações de forma contínua e reiterada, como demonstra certidão de fl. 21, proveniente do Tribunal de Contas dos Municípios do Ceará.

8. Corrobora-se a tese de omissão dolosa da parte recorrente, a qual ao término de sua gestão, deixou de ofertar as informações fiscais devidas, as quais eram prestadas regularmente através de empresa terceirizada, fato não ocorrido na sucessão da gestão municipal.

9. No que pertine proporcionalidade e razoabilidade da pena aplicada ao agente público, deve-se averiguar que o art. 12, da Lei nº. 8.429/92 prescreve as penas a serem aplicadas às condutas ímprobas.

10. O Magistrado aplicou as penas de suspensão dos direitos políticos do recorrente por 3 (três) anos; pagamento de multa civil no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais); e proibição de contratar com o Poder Público, direta ou indiretamente pelo prazo de 3 (três) anos, subsistindo cautela e ponderação do julgador de plano ao estabelecer as penas a serem observadas pela parte ré, inexistindo desequilíbrio ou desproporção na cominação das reprimendas fixadas.

11. Recurso conhecido e improvido. Sentença mantida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em conhecer e negar provimento ao recurso, nos termos do voto do eminente Relator.

Fortaleza, 5 de setembro de 2018.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível ajuizada por Francisco Odorino Filho em contrariedade a sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Solonópole – CE, o qual julgou procedente a Ação de Improbidade Administrativa para condenar o apelante aos termos do art. 11, *caput*, e inciso VI, da Lei nº 8.429/92, combinado ao art. 12, inciso III, da mesma lei.

Em sua minuta recursal, fls. 316/350, o Apelante sustenta preliminarmente haver inadequação da via eleita pois conforme decisão do Pretório Excelso proferida na Reclamação nº 2.138/DE, os agentes políticos sujeitos ao crime de responsabilidade não se sujeitam às punições da Lei nº. 8.429/92.

Adentrando ao mérito, argui inexistir comprovação do dolo na conduta do recorrente, não sendo analisado o elemento subjetivo. Alega inexistir dolo na conduta quanto ao fato de ter deixado ao encargo dos gestores a elaboração de prestação de contas dos recursos inerentes as suas pastas.

Relata que ante os fatos denunciados, as provas apresentadas e os depoimentos colhidos somente se pode chegar a conclusão de que houve apenas inabilidade administrativa, o que não poderia ensejar a aplicação das penas previstas na Lei nº 8.429/92.

Aduz inexistir, no caso em apreço, provas ou elementos que comprovem que o Apelante agiu de má-fé, restando incontestado que a única presunção aplicável à espécie seria a de inocência da parte ré, restando patente a necessidade de reforma da decisão recorrida.

Assevera que as prestações de contas que fundamentaram a presente ação eram de atribuição dos Secretários Municipais e, embora com atraso, foram devidamente prestadas ao tribunal de Contas, o que por si só afasta a caracterização de dolo do recorrente.

Ressalta que o próprio Tribunal de Contas da União já reconheceu a validade da legislação municipal que delega competência aos Secretários Municipais para gerir recursos de suas próprias pastas, transferindo-lhes integralmente o dever de prestar contas.

Relaciona as provas acostadas aos autos que comprovam a inexistência de dolo do recorrente.

Ao cabo, postula o acolhimento da preliminar de inadequação da via eleita, e acaso não acolhida a preliminar, requer a reforma da sentença de primeiro grau para julgar totalmente improcedente a ação de improbidade administrativa.

O Ministério Público do Estado do Ceará apresenta contrarrazões, fls. 365/371, destaca os fundamentos da conduta improba do Apelante, nos termos do art. 11, da Lei nº. 8.429/92. Sustenta a aplicação das sanções previstas no art. 12, inciso III, da Lei 8.429/92, ao passo que ao administrador não subsiste liberdade ou vontade pessoal, cabendo-lhe praticar somente o que a lei autoriza.

Enuncia que uma vez aprovada a Lei Orçamentária Anual, caberá aos gestores a apresentação de relatórios fiscais ao final de cada quadrimestre, obrigação por diversas vezes descumprida pelo recorrente.

Destaca que as condutas do ex-gestor impossibilitaram o controle das receitas e despesas municipais, caracterizando verdadeiro desmonte da máquina pública ao desatender as normas, em desrespeito ao Tribunal de Contas, em atos que demonstram a ciência da ilegalidade e o dolo empreendidos em suas condutas omissivas em prestar informações fiscais.

Conclui requestando o improvimento do recurso e a manutenção da sentença em todos os seus termos, acolhendo-se integralmente todos os pedidos formulados na inicial.

É o relatório.

VOTO

Versa a presente demanda de Apelação Cível apresentada por Francisco Odorino Filho opondo-se ao julgamento de sentença realizado pelo MM. Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Solonópole – CE, o qual acolheu a pretensão do Ministério Público do Estado do Ceará, julgando procedente a Ação Civil Pública por Improbidade Administrativa, e condenando o Apelante, nos termos do art. 11, inciso VI, combinado com art. 12, inciso III, ambos da Lei nº. 8.492/92, para i) suspender os direitos políticos do recorrente por 3 (três) anos; ii) determinar o pagamento de multa civil no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais); e iii) proibição de contratar com o Poder Público, direta ou indiretamente pelo prazo de 3 (três) anos.

Em primeiro plano, insta ponderar sobre a arguição preliminar de competência do magistrado de primeiro grau para apreciação da presente Ação Civil de Improbidade Administrativa. No julgamento plenário da ADI 2.797/DF, restou explicitado que, em se tratando de Ação Civil Pública por improbidade administrativa fundada na Lei nº 8.429/92, mostra-se irrelevante, para efeito de definição da competência originária dos Tribunais, que se cuide de ocupante de cargo público ou de titular de mandato eletivo ainda no exercício das respectivas funções.

Tal entendimento encontra-se assentado no julgamento da Reclamação nº. 2.766 e devido a sua importância para o deslinde da matéria, transcreve-se a ementa do julgado, *in litteris*:

EMENTA: RECLAMAÇÃO – AÇÃO CIVIL POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – COMPETÊNCIA DE MAGISTRADO DE PRIMEIRO GRAU, QUER SE CUIDE DE OCUPANTE DE CARGO PÚBLICO, QUER SE TRATE, COMO NA ESPÉCIE, DE TITULAR DE MANDATO ELETIVO (PREFEITO MUNICIPAL) AINDA NO EXERCÍCIO DAS RESPECTIVAS FUNÇÕES – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

O Supremo Tribunal Federal tem advertido que, tratando-se de ação civil por improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92), mostra-se irrelevante, para efeito de definição da competência

originária dos Tribunais, que se cuide de ocupante de cargo público ou de titular de mandato eletivo ainda no exercício das respectivas funções, pois a ação civil em questão deverá ser ajuizada perante magistrado de primeiro grau. Precedentes. (Rcl 2.766 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 27/02/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-070 DIVULG 08-04-2014 PUBLIC 09-04-2014) (negritos nossos).

Logo, a argumentação preliminar apresentada pelo recorrente, quanto a inadmissibilidade da presente demanda, em face do entendimento sufragado no teor da Reclamação nº. 2.138, da relatoria do Min. Nelson Jobim, em nada influencia na atual *quaestio*, pois a discussão em curso no Excelso Pretório versava sobre regime de responsabilidade dos agentes políticos e dos demais agentes públicos em face dos crimes de responsabilidade, previstos na Lei nº 1.079/1950 e Decreto-Lei nº 201/1967.

Seguem abaixo entendimentos enunciados em diversos tribunais pátrios, acerca da matéria:

Ementa: Embargos de declaração. Agravo de instrumento. Ação de improbidade administrativa. Hipótese versada nos autos que trata de ato de improbidade administrativa por dano ao erário decorrente de pagamento, em tempo recorde, de quantia vultosa à empresa vencedora de licitação para a construção de uma praça no Distrito de Xerém, no Município de Duque de Caxias-RJ, não tendo, porém, a obra sido executada. Ação ajuizada em face do agravante, do Ex-Prefeito de Duque de Caxias-RJ, e demais agentes públicos que participaram do procedimento licitatório. Decisão agravada que recebeu a inicial da ação de improbidade administrativa. Recurso ao qual foi negado seguimento liminarmente, na forma do disposto no artigo 557, *caput*, do CPC. Agravo Interno. Reconhecimento da incompetência absoluta da Justiça Estadual, com supedâneo em precedentes desta Câmara e do Superior Tribunal de Justiça, tendo sido determinada a remessa dos autos para o Supremo Tribunal Federal. Contudo, esta Câmara, no julgamento dos embargos de declaração opostos no agravo de instrumento nº 0034881-

81.2012.8.19.0000, diante de fato novo sustentado pelo *Parquet*, ou seja, decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de considerar de cunho civil a ação de improbidade administrativa, conduzindo à inaplicabilidade da tese da competência implícita complementar, ao fundamento de inexistir similitude de hipóteses entre as ações civil e criminal, a justificar a prerrogativa de foro, tendo, inclusive, declarado a inconstitucionalidade da Lei nº 10.628/02, que estabelecia foro especial não previsto na Constituição Federal, acolheu os embargos de declaração “para modificar a decisão anterior desta Câmara, no sentido da rejeição da questão de ordem relativa à competência, reconhecendo-se, pois a da Justiça Estadual para o julgamento da ação em comento, seus incidentes e recursos”. Deste modo, devem ser providos os presentes embargos de declaração, com efeitos infringentes, para modificar o acórdão anterior e declarar a competência da Justiça Estadual para o julgamento da ação de improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro em face do embargado e outros. Quanto ao agravo interno, o mesmo não merece prosperar, tendo em vista que a decisão encontra-se devidamente fundamentada. Ademais, a remansosa jurisprudência é no sentido de que, mesmo a fundamentação concisa, desde que suficiente para o entendimento das partes, não rende ensejo à nulidade. Réu notificado da petição inicial e apresentou manifestação prévia, com advogado constituído nos autos. Participação na fase preliminar que equivale a comparecimento espontâneo. Ausência de prejuízo à defesa. Quanto ao mérito, a questão demanda elucidação probatória a ser realizada na instrução processual. Provimento dos embargos de declaração com efeitos infringentes opostos pelo Ministério Público e desprovimento do agravo interno. (TJ-RJ - AI: 00019421420138190000 RJ 0001942-14.2013.8.19.0000, Relator: DES. CARLOS JOSE MARTINS GOMES, Data de Julgamento: 03/12/2013, DÉCIMA SEXTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 29/04/2014 13:06) (grifos nossos).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. SECRETÁRIO DE ESTADO. AUSÊNCIA DE FORO PRIVILEGIADO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU.

Na ação civil de improbidade administrativa não há foro privilegiado, por prerrogativa de função, ou seja, não há competência originária para processar e julgar ação de improbidade. Essa é a orientação do Superior Tribunal de Justiça que, em recentes decisões, se manifesta pela inexistência de foro privilegiado nas ações de improbidade administrativa, as quais devem ser julgadas nas instâncias ordinárias. Precedentes desta Corte. AGRAVO DESPROVIDO. (Agravado de Instrumento Nº 70057885808, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em 27/03/2014) (grifos nossos).

I - Ação civil pública por improbidade administrativa com pedido de suspensão de direitos políticos e seus consectários. Irregularidades administrativas em face das limitações próprias do município. Realização de despesas miúdas de pronto pagamento sem justificação e comprovação adequadas. Aplicabilidade da Lei 8.429/92 a Prefeitos. Admissibilidade.

II - A Lei de Improbidade Administrativa deve ser aplicada aos Órgãos do Poder Executivo, pois a Carta Política no artigo 37, § 4º, prevê as penas administrativas, civis e políticas pertinentes à improbidade, relegando à lei infraconstitucional seu regramento. Não há dúvida de que crime de responsabilidade, crime comum, *impeachment* e ato de autoridade são distintos, mas com relação aos Prefeitos e seus Secretários é perfeitamente ajustável à aplicação da Lei 8.429/92.

III O prazo prescricional nos atos de improbidade administrativa se inicia para os particulares partícipes ou beneficiários com o término do exercício do mandato do agente político responsável pela improbidade (artigo 23 da LIA).

IV O agente político se subsume à lei 8.429/92. O art. 37, IV, da Constituição da República é norma constitucional retora para todos os agentes que exercem a função administrativa. A Constituição dá atribuições competenciais para todos os juízes singulares para o julgamento dos agentes políticos e os demais agentes públicos, ressalvada apenas a perda de cargo ou suspensão de direitos políticos de autoridades que tenham forma própria e específica de destituição prevista no

Texto Constitucional. Nesses casos, é que se pode falar em deslocamento da competência para os Tribunais Superiores e até para o Supremo Tribunal Federal, mas no que tange à prática de atos ilícitos no ambiente administrativo municipal, os magistrados singulares são individualmente competentes para apreciar e julgar os Prefeitos e aqueles que exercem a atividade administrativa municipal.

V O objetivo da Lei de Improbidade Administrativa é punir o Administrador Público corrupto, desonesto, e não o inábil, despreparado, incompetente e desastrado. O Prefeito, no exercício de suas funções públicas, não se enriqueceu ilicitamente, mas atentou contra princípios retores da Administração Pública. Em razão dessa conduta, deve pagar multa civil arbitrada em duas vezes o valor da remuneração percebida no trânsito em julgado da sentença bem como ao ressarcimento dos danos causados ao Erário, devidamente corrigidos.

VI Deixa-se de aplicar as penas de perda da função pública e suspensão dos seus direitos políticos, porque o fato não é gravíssimo e nem ficou provado o seu enriquecimento ilícito ou dano irreparável ao Erário Público. Conquanto o artigo 11 preveja as penas que lhe foram impostas, o melhor é deixar que o ex-Prefeito seja julgado por seus pares em eventual pleito político para cargo do Legislativo ou do Executivo.

VII Sentença de improcedência. Recurso provido em parte para os fins supramencionados”. (TJ-SP - APL: 00039868520078260108 SP 0003986-85.2007.8.26.0108, Relator: Guerrieri Rezende, Data de Julgamento: 04/03/2013, 7ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 07/03/2013) (grifos nossos).

O Tribunal de Justiça do Estado do Ceará também perfilha tal entendimento, em diversos julgados, os quais colaciono abaixo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. EX PREFEITO. PARÁGRAFOS 1.º E 2.º DA LEI N. 10.628/2002. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO STF (ADI 2.797/

DF). JULGAMENTO PERANTE ESTA E. CORTE. DESCABIMENTO. INTELIGÊNCIA DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 481 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

1. O juiz singular desacolheu e declarou constitucional os parágrafos 1.º e 2.º da Lei n.º 10.628/2002, o incidente provocado pelo douto representante do órgão ministerial, ao fundamento da regra do art. 22, inciso I, da CF/88, que confere a União a competência para legislar sobre matéria processual.

2. Esses dispositivos são, sem dúvida, inconstitucionais porque contrariam os artigos 29, inciso X, e 125, § 1.º, ambos da Constituição Federal de 1988, que taxam como foro privilegiado somente os crimes comuns e de responsabilidade, não envolvendo, pois, em seu texto, os feitos de natureza cível, como é o caso das ações de improbidade administrativa.

3. No mais, estes dispositivos, violaram os arts. 102, I; 105, I, “a”; 108, I e 125, § 1º, da Carta Magna, porque o legislador ordinário, como é certo, não tem legitimidade formal para alterar a competência dos tribunais, se a matéria é privativa de emenda constitucional.

4. Daí que, com base, inclusive em decisão do STF (ADIN nº 2797-2), é que aponto como juízo competente o da Comarca de Madalena ao exame e julgamento do presente feito, ao que procedo com fundamento no disposto no artigo 481, parágrafo único, do Código de Processo Civil Brasileiro. 5. Recurso conhecido e provido (Relator (a): EMANUEL LEITE ALBUQUERQUE; Comarca: N/A; Órgão julgador: N/A; Data do julgamento: N/A; Data de registro: N/A).

AÇÃO RESCISÓRIA. ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INEXISTÊNCIA DE FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO PARA PREFEITO. PARÁGRAFOS 1º E 2º DA LEI Nº 10.628/2002. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO STF.

1. No caso, ação rescisória contra acórdão que reconheceu ato de improbidade administrativa, sob alegação de violação à suposta prerrogativa de foro (Art. 485, II do CPC).

2. Preliminar de inépcia da inicial rejeitada, uma vez que todos os requisitos legais foram satisfatoriamente cumpridos.

3. Quando do trânsito em julgado da decisão rescindenda,

predominava o entendimento pela aplicação da regra do Art. 2º, *caput*, da Lei da Ação Civil Pública, que reconhecia a competência do local da ocorrência do dano para processar e julgar a causa, não sendo aplicável às alterações legislativas posteriores, por força do princípio do *tempus regit actum*.

4. O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento das ADIs nº 2.797 e 2.860, declarou inconstitucionais os §§ 1º e 2º do Art. 84 do CPP, inseridos pela Lei nº 10.628/02, inexistindo foro por prerrogativa de função perante o Tribunal de Justiça nas ações de improbidade administrativa contra prefeitos municipais. - Ação rescisória julgada improcedente. - Acórdão rescindendo confirmado. - Unânime. (Relator (a): MARIA IRACEMA MARTINS DO VALE; Comarca: N/A; Órgão julgador: N/A; Data do julgamento: N/A; Data de registro: N/A)

AGRAVO DE INSTRUMENTO - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PREFEITO MUNICIPAL - SECRETÁRIO DE ADMINISTRAÇÃO E FINANÇAS - AGENTE POLÍTICO COMO ESPÉCIE DO GÊNERO AGENTE PÚBLICO - LEGITIMIDADE DO AGENTE PÚBLICO PARA RESPONDER AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. EX-PREFEITO MUNICIPAL - FORO PRIVILEGIADO NÃO RECONHECIDO - LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PARA REGULAR CRIMES DE RESPONSABILIDADE E ATOS DE IMPROBIDADE - JURISDIÇÃO ESPECIAL PARA AGENTES POLÍTICOS QUE NÃO INCLUI O CARGO DE PREFEITO. RECURSO CONHECIDO, MAS DESPROVIDO.

1. Trata-se de agravo de instrumento para desconstituir decisão monocrática que recebeu ação de improbidade administrativa contra o Prefeito Municipal e o Secretário de Administração e Finanças alegando a ilegitimidade passiva do Secretário e necessidade de jurisdição especial para o Chefe do executivo municipal.

2. É legítima a intervenção do agente público na qualidade Secretário Municipal se a imputação indica aplicação indevida de recurso, mesmo que não lhe caiba ordenar despesas, mormente se a secretaria executava a ordem do gestor municipal.

3. Não cabe foro privilegiado em ação de infração político - administrativa praticada por Prefeito Municipal se a Lei nº 1.079/50, que prevê jurisdição especial, especifica os agentes políticos abrangidos por sua incidência sem constar o chefe do executivo municipal.

4. É incabível a incidência da Reclamação nº 2.138, em todos os processos instaurados por infrações político - administrativas, vez que ao proferir o julgamento desta, o STF decidiu que a mesma foi veiculada por meio do controle difuso de constitucionalidade, que não tem caráter vinculante e nem possui efeitos "erga omnes".

5. Eventual foro privilegiado em razão de "múnus" público não deve alcançar o ex-ocupante do cargo que perdeu a condição de agente público, porquanto a lei nº 10.628/2002, que tornou legal tal desiderato foi considerada inconstitucional pelo julgamento da ADI 2.797/DF. (TJCE, Agravo de Instrumento 1925587200980600000, Relator(a): FRANCISCO AURICÉLIO PONTES, Comarca: Fortaleza, Órgão julgador: 2ª Câmara Cível, Data de registro: 15/04/2013).

Nestes termos, REJEITO a preliminar de inadequação da via eleita em razão do julgamento da Reclamação de nº. 2.138/DF pelo Excelso Pretório, e sob as premissas acima descritas, passo a analisar as questões de mérito.

Em conformidade com os elementos trazidos nos autos, o Apelante teria descumprido os ditames da Lei de Improbidade Administrativa quando omitiu-se em disponibilizar ao Tribunal de Contas dos Municípios - TCM, os seguintes documentos:

- a) Plano Plurianual de dos anos de 2001 a 2005;
- b) Lei de Diretrizes Orçamentárias do exercício de 2005;
- c) Lei Orçamentária Anual do exercício de 2005;
- d) demonstrativo dos saldos disponíveis transferidos do exercício de 2004 para 2005;
- e) demonstrativo das obrigações contraídas e não pagas até o encerramento do exercício de 2004;
- f) documentação mensal alusiva à Receitas e Despesa dos meses de agosto e dezembro de 2004, por meio do Sistema Informatizado (SIM);
- g) prestação de contas mensais relativas à aplicação dos

recursos recebidos e arrecadados pelo Serviço Autônomo de Água e Esgoto (SAAE) de Solonópole, referente aos meses de abril a agosto de 2004;

h) balancetes mensais do Fundo de Saúde e das Secretarias do Desporto, de Educação e Cultura, Desenvolvimento e Gestão, de Desenvolvimento Rural, de Ação Governamental, de Infraestrutura, de Desenvolvimento Econômico, Trabalho e Renda e de Desenvolvimento Social e Cidadania, relativos aos meses de novembro e dezembro de 2004.

Dentre as condutas descritas como atos de improbidade que atentam contra os princípios da Administração Pública figura expressamente a omissão de prestação de contas pelo gestor público, disciplinando a lei de regência nos seguintes moldes:

Art. 11, Lei 8.429/92: Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

[...]

VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;

Repara-se que nos termos da jurisprudência iterativa do Superior Tribunal de Justiça o atraso na prestação de contas pelo gestor público somente se configura em ato ímprobo, nos termos do art. 11, inc. VI, da Lei n. 8.429/1992, quando restar demonstrado o dolo, ainda que genérico.

Pode-se averiguar que o Apelante deixou de prestar as informações de forma contínua e reiterada, como demonstra certidão de fl. 21, proveniente do Tribunal de Contas dos Municípios do Ceará, datada de 31 de maio de 2005 (fl. 21). O réu, regularmente citado (pág. 98), deixou transcorrer o prazo legal, atraindo para si a revelia.

Contudo restou-lhe garantido o contraditório, através da apresentação de testemunhas de defesa, podendo-se reparar que nos termos de assentada dos depoimentos (fls. 213/ 217), corrobora-se a tese de omissão dolosa da parte recorrente, a qual ao término de sua gestão, deixou de ofertar

as informações fiscais devidas, as quais eram prestadas regularmente através de empresa terceirizada, fato não ocorrido na sucessão da gestão municipal.

Sob tal argumento, colaciono julgamentos do Superior Tribunal de Justiça em que, ao restar comprovado o dolo ou má-fé no ato de prestar contas, deve ser punido o agente público por configurar tal conduta em ato de improbidade:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ATRASO NA PRESTAÇÃO DE CONTAS. DEMONSTRAÇÃO DE DOLO OU MÁ-FÉ. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 83/STJ. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA.

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 acórdão recorrido adotou entendimento consolidado nesta Corte, no sentido de que o mero atraso na prestação de contas não configura conduta ímproba, salvo se inequivocadamente comprovado o dolo ou má-fé do agente público, no sentido de retardar a apresentação.

III - *In casu*, rever tal entendimento, com o objetivo de acolher a pretensão recursal, qual seja, afastar a condenação por improbidade administrativa, demandaria necessário revolvimento de matéria fática, o que é inviável em sede de recurso especial, à luz do óbice contido na Súmula 7/STJ.

IV - O Agravante não apresenta, no agravo, argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida.

V - Agravo Interno improvido. (AgInt no REsp 1441459/SC, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/03/2017, DJe 24/03/2017).

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PREFEITO MUNICIPAL. AUSÊNCIA DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. CONVÊNIO FIRMADO COM A FUNASA. VERBAS FEDERAIS INCORPORADAS AO PATRIMÔNIO DO MUNICÍPIO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. SÚMULA 209/STJ. PRESENÇA DO ELEMENTO SUBJETIVO. DOSIMETRIA. SANÇÃO. INSTÂNCIA ORDINÁRIA. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. RECURSO ESPECIAL. ALÍNEA “C”. NÃO DEMONSTRAÇÃO DA DIVERGÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Cuida-se, na origem, de Ação de Improbidade Administrativa proposta pelo Município de São Pedro do Piauí, ora recorrido, contra o ora recorrente, objetivando a sua condenação, pois deixou de prestar contas, quando Prefeito Municipal, do valor total de convênio firmado com a Fundação Municipal de Saúde - Funasa (Convênio nº 1446/2002), correspondente à quantia de R\$ 26.369,73 (vinte e seis mil, trezentos e sessenta e nove reais e setenta e três centavos).

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que a competência para apreciar demanda referente a verbas recebidas mediante convênio entre o Município e a União, quando tais somas já foram creditadas e incorporadas à municipalidade, é da Justiça Comum Estadual, conforme se constata no enunciado sumular 209/STJ: “Compete à Justiça Estadual processar e julgar prefeito por desvio de verba transferida e incorporada ao patrimônio municipal.”

3. O Tribunal *a quo* foi categórico ao afirmar a existência do elemento subjetivo. Vejamos: “No presente caso, revela-se a presença do elemento subjetivo na conduta do apelante, notadamente o dolo genérico, suficiente para a caracterização da improbidade descrita no art. 11, VI, da Lei nº 8429/1992” (fl. 174, grifo acrescentado).

4. Modificar a conclusão a que chegou a Corte de origem, de modo a acolher a tese do recorrente, demandaria reexame do acervo fático-probatório dos autos, o que é inviável em Recurso Especial, sob pena de violação da Súmula 7 do STJ.

5. O entendimento firmado na jurisprudência do STJ é no sentido de que, como regra geral, modificar o quantitativo da

sanção aplicada pela instância de origem enseja reapreciação dos fatos e da prova, obstada nesta instância especial. Nesse sentido: AgRg no AREsp 435.657/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 22.5.2014; REsp 1.252.917/PB, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 27.2.2012; AgRg no AREsp 403.839/MG, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 11.3.2014; REsp 1.203.149/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma DJe 7.2.2014; e REsp 1.326.762/SE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 17.9.2013.

6. Dessume-se que o acórdão recorrido está em sintonia com o atual entendimento do STJ, razão pela qual não merece prosperar a irresignação. Incide, *in casu*, o princípio estabelecido na Súmula 83/STJ.

7. Por fim, não fez o recorrente o devido cotejo analítico, e assim não demonstrou as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fática e jurídica entre eles.

8. Agravo Regimental não provido. (AgRg no REsp 1458216/PI, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 08/11/2016).

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. VIOLAÇÃO A PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS. ELEMENTO SUBJETIVO DO ATO ÍMPROBO AFIRMADO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO PARA DEFESA PRÉVIA. NULIDADE RELATIVA.

1. Trata-se, na origem, de Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa proposta pelo Ministério Público Estadual em razão da ausência de prestação de contas referente ao Convênio 277/1996 firmado entre o Estado do Maranhão, por meio da Secretaria de Estado da Educação e o Município de Codó, representado pelo requerente, então prefeito municipal.

2. Como bem pontuado no *decisum* monocrático no tocante à pretensa violação dos arts. 125, I, 158, 178, 183, 301, I, 355 e 460 do CPC e 17, §§ 4º, 8º e 9º, da Lei 8.429/92, nota-se, pela leitura dos autos, que não houve apreciação pelo Tribunal de origem sobre os dispositivos em referência, tampouco sobre a tese, o que impossibilita o julgamento do recurso nesse aspecto, por ausência de prequestionamento, nos termos da Súmula 211/STJ. No ponto, impende destacar que é insuficiente para reformar a decisão agravada a mera alegação de que todos os dispositivos foram prequestionados porque compunham os Embargos de Declaração opostos.

3. A conclusão do Tribunal de origem está em consonância com a orientação do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a ausência de notificação para apresentação da defesa preliminar prevista no art. 17, § 7º, da Lei 8.429/92, somente causa nulidade relativa, motivo pelo qual somente será reconhecida se comprovados eventuais prejuízos decorrentes do descumprimento da referida norma. Quanto ao tema, o presente Agravo Interno também não merece prosperar, pois, ao contrário do afirmado pelo recorrente, o Tribunal de origem não reconheceu qualquer prejuízo decorrente da ausência de notificação, motivo pelo qual tal entendimento não pode ser reformado em Recurso Especial.

4. No tocante à prescrição, afasta-se a violação do art. 269, IV, do CPC, porquanto o Tribunal *a quo* deixou de apreciar a matéria por entender prejudicado o pleito recursal nesse ponto porque superada a alegada nulidade dos atos citatórios. Incidência da Súmula 211 do STJ.

5. Por fim, é pacífica a jurisprudência desta Corte de que o ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei 8.429/92 exige a demonstração de dolo, o qual, contudo, não necessita ser específico, sendo suficiente o dolo genérico. O Tribunal de origem foi categórico em afirmar a presença do elemento subjetivo, *in casu*, o dolo. Vejamos: “No que toca ao mérito da vertente ação de improbidade, também não assiste razão ao apelante, pois, ao contrário do que afirma à fl. 369 (vol. II), os autos não demonstram ter ele prestado as informações referentes ao convênio no 277/96, mesmo que para órgão diverso da Secretaria Estadual da Educação.”

6. Assim, em relação ao argumento de inexistência de dolo e de prática de ato ímprobo, no caso, constata-se que a instância de origem decidiu a controvérsia com fundamento no suporte fático-probatório dos autos. Desse modo, verifica-se que a análise da lide demanda o necessário reexame do contexto fático-probatório, o que é inviável no Superior Tribunal de Justiça, ante o óbice da Súmula 7/STJ: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial.”

7. Cumpre registrar que a jurisprudência de ambas as Turmas que integram a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que os agentes políticos municipais se submetem aos ditames da Lei 8.429/1992, sem prejuízo da responsabilização política e criminal estabelecida no DL 201/1967.

8. Agravo Interno não provido. (AgInt no AREsp 876.248/MA, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/09/2016, DJe 29/09/2016).

No que pertine proporcionalidade e razoabilidade da pena aplicada ao agente público, deve-se averiguar que o art. 12, da Lei nº. 8.429/92 prescreve as penas a serem aplicadas às condutas ímprobas, em especial àquela prevista, no art. 11 da referida lei.:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

[...]

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

No caso em apreço, o Magistrado aplicou as penas de suspensão dos direitos políticos do recorrente por 3 (três) anos; pagamento de multa civil no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais); e proibição de contratar com o Poder Público, direta ou indiretamente pelo prazo de 3 (três) anos, subsistindo cautela e ponderação do julgador de plano ao estabelecer as penas a serem observadas pela parte ré, inexistindo desequilíbrio ou desproporção na cominação das reprimendas fixadas.

Por estas razões, CONHEÇO da Apelação Cível, mas para julgá-la IMPROVIDA, mantendo-se integralmente a sentença admoestada em todos os seus termos, aplicando-se ao recorrente, Francisco Odorino Filho, as penas de suspensão dos direitos políticos por 3 (três) anos; pagamento de multa civil no valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais); e proibição de contratar com o Poder Público, direta ou indiretamente pelo prazo de 3 (três) anos.

É como voto.

Fortaleza, 5 de setembro de 2018.

PROCESSO: 0001030-67.2000.8.06.0183 - APELAÇÃO
APELANTE: FRANCISCA MARLENE CABRAL RIBEIRO
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
CUSTOS LEGIS: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL
RELATOR: DES. PAULO FRANCISCO BANHOS PONTE

EMENTA: RECURSO DE APELAÇÃO. DIREITO ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. NÃO DEMONSTRADA. AUSÊNCIA DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO, DANO AO ERÁRIO E DOLO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. SENTENÇA CASSADA. IMPROCEDÊNCIA DA ACP.

1. Cuida-se de Recurso de Apelação Cível com vistas a reforma da sentença que julgou parcialmente procedente a Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa e condenou a ré por ato de improbidade administrativa em razão do não repasse dos valores consignados a título de ISS ao Fundo Geral do Município de Abaiara, decretando a suspensão dos direitos políticos por 5 anos; determinando o ressarcimento integral do dano a que deu causa, no valor de R\$ 8.515,84 (oito mil, quinhentos e quinze reais e oitenta e quatro centavos), bem como o pagamento de multa no valor correspondente a duas vezes o dano causado. Em suas razões, alega a impossibilidade da condenação com base apenas no julgamento realizado pelo TCM, utilizando-se dos documentos ali confeccionados como prova emprestada; refere-se ao *bis in idem*, em razão de ter sido condenada quando da apreciação das contas pelo TCM; e, por fim, aduz inexistir qualquer comprovação de dolo por parte da ré.

2. A questão devolvida a apreciação cinge-se na condenação da ré, que no ano de 2002 exerceu o cargo de Secretária de Saúde do Município de Abaiara, por ato de improbidade decorrente do não repasse ao Fundo Geral do Município de consignações do ISS.
3. Possível a utilização dos documentos e do julgamento realizado pela Corte de Contas Municipais para instruir e formar o convencimento do magistrado em sede de Ação Civil Pública por Ato de Improbidade. Inexiste violação ao contraditório e ampla defesa.
4. Não configura *bis in idem* a coexistência de acórdão condenatório do Tribunal de Contas, título executivo extrajudicial, e a sentença condenatória em ação civil pública de improbidade administrativa. Precedentes.
5. Quando do enquadramento de determinado ato como ato de improbidade, há que se ter em mente se a conduta desempenhada pelo agente efetivamente se mostra apta a criar prejuízo ao erário, enriquecimento ilícito do gestor ou se fere quaisquer dos princípios que norteiam o Direito Administrativo.
6. No caso em comento, deduz-se dos autos, em especial da petição inicial apresentada pelo representante do Ministério Público, que tal ato, por si só, não teve o condão de causar dano ao erário, posto que apenas e tão somente deixou-se de repassar o montante de R\$ 8.515,84 (oito mil, quinhentos e quinze reais e oitenta e quatro centavos) do Fundo Municipal de Saúde para o Fundo Geral do Município de Abaiara.

7. Não se pode perder de vista que o montante consignado a título de ISS não deixou os cofres públicos municipais, permanecendo junto ao Fundo Municipal de Saúde que, apenas, não lhe encaminhou ao destino correto, mas também dele não se apropriou ou utilizou, o que demonstra, isso sim, inabilidade do gestor. A partir daí, já se pode referir a impropriedade da tipificação da conduta desempenhada pela ré entre aquelas descritas no art. 10 da Lei 8.429/92.

8. O enquadramento da conduta da ré em uma das hipóteses legais previstas no art. 11 da LIA requer conduta dolosa, ou seja, que a atitude por ela tomada tenha por finalidade deliberada, o ferimento a um princípio da administração pública, não bastando, como dito acima, apenas a apresentação de uma irregularidade. Destaque-se, outrossim, que referido dolo pode inclusive ser genérico, mas deve estar comprovado nos autos, o que não é o caso. Precedentes.

9. Recurso de Apelação conhecido e provido, cassando a sentença apelada e julgando improcedente a Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa intentada pelo Ministério Público em desfavor de Francisca Marlene Cabral Ribeiro.

ACÓRDÃO

Acordam os integrantes da Eg. Primeira Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por julgamento de Turma, unanimemente, em conhecer do recurso para dar-lhe provimento, de acordo com o voto do Relator.

Fortaleza, 26 de novembro de 2018.

RELATÓRIO

Cuida-se de Recurso de Apelação Cível com vistas a reforma da sentença proferida pelo magistrado atuante na Vara Única da Comarca de Abaiara e que julgou parcialmente procedente a Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa interposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ contra FRANCISCA MARLENE CABRAL RIBEIRO.

Em sua inicial, alega o douto representante do Ministério Público, em resumo, que a provida exerceu o cargo de Secretária de Saúde do Município de Abaiara no ano de 2002. Afirma que as contas da ré foram apreciadas pelo TCM e julgadas irregulares. Alega que as irregularidades encontradas consistiram, em resumo, no não repasse de consignações realizadas a título de ISS, INSS e IRPF, bem como atraso na prestação das contas. Refere-se, por isso, ao fato de que necessária a aplicação de sanção por ato de improbidade em razão das condutas tipificadas no art. 10, XI e no art. 11, II, da Lei 8.429/92.

Em sua defesa prévia, fls. 120/126, refere-se, preliminarmente, a ré a incompetência da Justiça Estadual em relação às verbas não repassadas do INSS e do IRPF, por serem recursos federais. Ainda, alega que em relação ao ISS, o não repasse constitui mera irregularidade, passível de ser sanada por meio de emissão de Documento de Arrecadação Municipal – DAM, de responsabilidade do contribuinte. Por fim, refere-se a inexistência de improbidade em relação ao atraso na prestação das contas.

Contestação não apresentada, consoante documentos juntados às fls. 160/164.

Em apreciação a causa, fls. 204/211, o magistrado *a quo* entendeu por sua incompetência para apreciação dos fatos referentes ao não repasse dos valores consignados a título de INSS e IRPF. Por seu turno, entendeu pela improcedência da ação quanto à intempestividade da prestação de contas. Por fim, condenou a ré por ato de improbidade administrativa em razão do

não dos valores consignados a título de ISS ao Fundo Geral do Município de Abaiara.

Inconformada, a ré ingressou com o presente Recurso de Apelação Cível, fls. 217/220, por meio do qual refere-se, em resumo, a impossibilidade de sua condenação com base apenas e tão somente com base no julgamento realizado pelo TCM, utilizando-se dos documentos ali confeccionados como prova emprestada. Ainda, refere-se ao *bis in idem*, em razão de ter sido condenado quando da apreciação das contas pelo TCM. Por fim, aduz inexistir qualquer comprovação de dolo por parte da ré.

Contrarrazões às fls. 257/262.

Devidamente distribuído o feito perante este Eg. Tribunal de Justiça, foi ele encaminhado ao Douto representante do *Parquet* atuante no segundo grau que, no parecer juntado às fls. 275/279 ratificou o posicionamento apresentado pelo órgão de primeiro grau por ocasião das contrarrazões, com a consequente manutenção da sentença apelada.

É o relatório. Decido.

VOTO

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

A questão trazida à discussão cinge-se no pleito realizado pelo Douto representante do Ministério Público Estadual em sede de Ação Civil Pública por ato de Improbidade protocolada em desfavor da recorrente, ex-titular do cargo de Secretária de Saúde do Município de Abaiara, no ano de 2002, a quem fora imputada inúmeras irregularidades, dentre as quais destaca-se o não repasse ao Fundo Geral do Município de consignações referentes ao Imposto de Renda, ao INSS e ao ISS, bem como não prestação de Contas.

O magistrado de piso, contudo, afastou a apreciação da matéria referente ao não repasse das consignações referentes ao IRPF e ao INSS, por entender ser assunto afeto à Justiça Federal.

Em relação à não prestação de contas referente ao ano de 2002, contudo, entendeu o magistrado pela improcedência do feito.

Por seu turno, entendeu o magistrado *a quo* pela condenação da ré por ato de improbidade, consistente no não repasse dos valores consignados a título de ISS.

Consoante relatado, apenas a ré apresentou Recurso de Apelação, posto que inconformada com sua condenação por ato de improbidade em decorrência do não repasse de valores consignados a título de ISS do Fundo Municipal de Saúde para o Fundo Geral Municipal.

Primeiramente, refere-se a impossibilidade de condenação com base apenas em prova emprestada, qual seja, o acórdão do Tribunal de Contas dos Municípios que desaprovou suas contas e aplicou multa administrativa.

Contudo, há que se ter em mente que referido procedimento administrativo teve normal seguimento junto àquela Corte de Contas, de sorte a ter sido proferido em estreita observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Ademais, o procedimento fora juntado em sua inteireza na presente Ação de Improbidade Administrativa, oportunidade em que pôde, mais uma vez, explicar-se ou irresignar-se aos termos ali contidos.

Assim, não há como acolher o argumento da ré de que impossível a utilização dos documentos e do julgamento realizado pela Corte de Contas Municipais, posto que referidos documentos são, sim, necessários à instrução do feito e perfeitamente aptos a formar o convencimento do magistrado em sede de Ação Civil Pública por Ato de Improbidade.

Ainda, refere-se a ré ao *bis in idem*, decorrente de duas condenações a ela aplicada, uma em sede administrativa, pelo TCM, e a outra no presente processo.

Ocorre que, as instâncias em referência são independentes e as punições por ato de improbidade podem dar-se de maneira dissociada uma da outra, sem que isso caracterize *bis in idem*.

O entendimento esposado pela recorrente diverge daquele firmado pelo STJ e pelo STF no sentido de que não configura *bis in idem* coexistência de acórdão condenatório do Tribunal de Contas, título executivo extrajudicial, e a sentença condenatória em ação civil pública de improbidade administrativa.

A esse respeito: **STJ** - 1633901/PA, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/05/2017, DJe 20/06/2017; **STJ** -Resp 1.135.858/TO, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 5.10.2009; **STJ** - 1.504.007/PI, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 1º.6.2016; **STJ** -AgInt no REsp 1.535.577/AM, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 16.2.2017; **STF** -MS 26.969, Relator: Min. Luiz Fux, Primeira Turma, Acórdão Eletrônico DJe-244, public. 12.12.2014.

Agora, cumpre referir-se, em específico, ao acerto, ou não, do julgamento proferido pelo magistrado *a quo* que condenou a ré por ato de improbidade administrativa, fundado nos arts. 10, *caput*, e 11, inciso II, da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992), em decorrência do não repasse dos valores consignados a título de ISS.

Em suas razões recursais, em resumo, alega a ré que o recolhimento do ISS ao Fundo Geral Municipal pode ocorrer em qualquer momento, não havendo necessidade de realizar-se imediatamente após o pagamento do serviço realizado, além do que refere-se ao fato de inexistir dolo na sua conduta.

É sabido que o conceito de ato de improbidade administrativa passa pela discussão acerca de sua abrangência, de sorte a que se defina se qualquer ilegalidade cometida por agente público pode, e deve, ser taxada de ato de improbidade administrativa.

Decerto o ato de improbidade administrativa, conceito comum na doutrina e jurisprudência, é “*todo aquele que, à custa da Administração Pública e do interesse público, importa em enriquecimento ilícito (art.9º); que causa prejuízo ao erário (art. 10) e que atenta contra os princípios da Administração Pública (art. 11)*”. (Curso de Direito Administrativo, JÚNIOR, Dirley da Cunha, Ed. JusPodivm, 7. Ed. 2009, pág. 550)

Contudo, consoante se vê, constitui-se conceito vago, em especial quando se direciona o olhar para a condenação dos gestores por ato que viole os princípios administrativos.

O que se extrai da leitura dos arts. 9º, 10 e 11, da Lei 8.429/92, por certo, é que existe, isso sim, uma gradação de gravidade das condutas ali

descritas, começando pelas mais graves, que apontam para um enriquecimento ilícito do gestor, passando pelas que causam dano ao erário e findando naquelas que ferem os princípios de Direito Administrativo.

Tal equacionamento, por certo, deve estar presente quando da análise da conduta desempenhada pelo gestor, de sorte a que se evite punições desproporcionais, que, a bem da verdade, escoimada no pensamento míope em “fazer justiça” e “dar exemplo”, firam as garantias dos réus, em especial, da tipicidade da conduta, da proporcionalidade e individualização da pena, da ampla defesa e do contraditório, dentre outras.

A esse respeito, assim manifesta-se MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS:

A Lei de Improbidade veio à superfície com a finalidade de combater atos que afetem a moralidade e maltratem a coisa pública.

Todavia, como a lei em comento possui comandos muito abertos, é necessário que haja uma certa prudência no seu ingresso para que não seja enfraquecida e se torne impotente, pelo excesso de sua utilização, para os casos que não comportem o devido enquadramento.

Isso porque, o comando legal em questão se preocupou apenas em definir os tipos de improbidade administrativa (art. 9º, 10 e 11), sem, contudo, definir o que venha a ser ato ímprobo. (...)

O objetivo da Lei de Improbidade é punir o administrador desonesto, não o inábil. Ou, em outras palavras, para que se enquadre o agente público na Lei de Improbidade é necessário que haja o dolo, a culpa e o prejuízo ao ente público, caracterizado pela ação ou omissão do administrador público. Meros equívocos formais ou inabilidade do agente público são insuficientes para justificar a possibilidade jurídica da ação de improbidade. (...)

Assim, identificado um ato ilegal, por si só, não é conferida a legitimidade para o ingresso da ação de improbidade administrativa conforme orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça (STJ), RESP 269683, Rel. Min. Lautita Vaz, 2ª Turma, DJ. 03/11/2004).

(...)

Ímproba é a conduta consciente do agente público em atentar contra a moralidade, demonstrada pela vontade específica de violar a lei. A intenção de fraudar a lei é condição subjetiva indispensável para o presente enquadramento, sob pena de vulgarização do que venha a ser o ato de improbidade administrativa, que, como visto, não se caracteriza como toda conduta ilegal, tem que estar presente a *devididão*”. (*in*O Limite da Improbidade Administrativa. 3ª ed. Rio de Janeiro: América Jurídica. 2006. p. 02/14)

Consoante se viu, não se pode taxar de ímproba qualquer conduta irregular, ou mesmo ilegal, realizada pelos gestores, sob pena de se criar uma conduta de medo em qualquer agente público, afastando, assim, os bons gestores.

A esse respeito, trago, ainda, o escólio do e. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO:

“Deve-se reconhecer que é de manifesta relevância identificar os elementos que dão configuração ao ato de improbidade administrativa, para separá-lo, distingui-lo ou extremá-lo do ato ilegal que não é, só por essa qualidade de ilegal, também e automaticamente ato ímprobo, embora passível – e merecedor – de sanção jurídica o seu praticante, beneficiário ou autor. Assinale-se que a conceituação de ato de improbidade se mostra calcada em elementos extranormativos, sobretudo os de ordem política, moral e ética, mas de toda sorte permanece atual o desafio de separar os atos meramente ilegais, dos atos seguramente ímprobos, já que não se aceita – do ponto de vista da realidade empírica – e até por razões de ordem objetiva – que haja identidade entre essas duas categorias de atos praticados por servidor público: repita-se que nem toda ilegalidade é classificável como improbidade

Se não se fizer a necessária distinção conceitual entre a ilegalidade e a improbidade, poder-se-á sugerir que sempre que for proclamada uma infração à lei – uma ilegalidade portanto – como quando se concede uma ordem de segurança ou de Habeas Corpus, por exemplo, se deverá, semente por isso, cogitar de submeter a autoridade impetrada à sanções da

Lei 8.429/92, pois estaria a própria ilegalidade caracterizada automática e inequivocamente um ato ímprobo; vê-se que isso seria da mais evidente e manifesta absurdez, daí a necessidade de identificar, com segurança, os elementos do ato de improbidade administrativa, em busca do seu injusto infracional” (*in* Breves Estudos Sobre a Ação de Improbidade Administrativa. Fortaleza: Impreco. 2014. p. 98/99)

Decerto, há que se ter em mente quando do enquadramento de determinado ato como ato de improbidade, se a conduta desempenhada pelo agente efetivamente se mostra apta a criar prejuízo ao erário, enriquecimento ilícito do gestor ou se fere, de maneira dolosa, um (uns) princípio(s) que norteiam o Direito Administrativo.

No caso em comento, especificamente a respeito do não repasse ao Fundo Geral do Município de Abaiara dos valores consignados a título de ISS junto ao Fundo Municipal de Saúde, dessume-se dos autos, em especial da petição inicial apresentada pelo representante do Ministério Público, que tal ato, por si só, não teve o condão de causar dano ao erário, posto que apenas e tão somente deixou-se de repassar o montante de R\$8.515,84 (oito mil, quinhentos e quinze reais e oitenta e quatro centavos) do Fundo Municipal de Saúde para o Fundo Geral do Município de Abaiara.

Tal ato, por certo, é de responsabilidade do chefe da pasta da saúde municipal, cumprindo-lhe, efetivar os repasses com vistas a proporcionar ao Gestor Municipal o pleno cumprimento às determinações contidas na Lei Orçamentária Anual, a qual prevê destinação específica aos valores recolhidos a título de ISS.

Contudo, não se pode perder de vista que o montante consignado a título de ISS não deixou os cofres públicos municipais, permanecendo junto ao Fundo Municipal de Saúde que, apenas, não lhe encaminhou ao destino correto, mas também dele não se apropriou ou utilizou, o que demonstra, isso sim, inabilidade do gestor, em clara irregularidade procedimental, passível de reprimenda pelos órgãos fiscalizadores das contas.

Como visto, não é qualquer ilegalidade que dá ensejo a condenação do gestor por ato de improbidade. Deve-se ter em mente, isso

sim, se a conduta desempenhada pelo gestor tem o condão de causar o seu enriquecimento ilícito, causar dano ao erário ou mesmo ferir os princípios administrativos.

No caso em comento, como se viu, inexistiu qualquer enriquecimento ilícito da ré, pelo menos não traz o representante do Ministério Público qualquer imputação a esse respeito. Além disso, inexistiu prejuízo ao erário, posto que, como dito acima, o montante consignado a título de ISS permaneceu junto aos cofres municipais.

A partir daí, já se pode referir a impropriedade da tipificação da conduta desempenhada pela ré entre aquelas descritas nos arts. 9º e 10 da Lei 8.429/92.

Com relação ao que prevê o art. 11, *capute* inciso II, da Lei 8.429/92, há que se ter cautela ao aplicar as sanções da LIA aos gestores que supostamente violaram princípios da administração pública. No caso, refere-se o autor a uma suposta violação do inciso II, que assim prevê:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

(...)

II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

Decerto, o ato cometido pela ré, consistente no não repasse dos valores consignados a título de ISS do Fundo Municipal de Saúde para o Fundo Geral do Município de Abaiara, enseja uma irregularidade por omissão, mas nem de longe se apresenta como um ato de improbidade, posto que, além de perfeita e facilmente passível de ser sanado, em momento foi apresentado prejuízo aos cofres públicos, ainda que se saiba que os valores consignados não repassados ao Fundo Geral do Município poderiam ter destinação diferente, a depender da disposição constante na Lei Orçamentária Anual – LOA.

O enquadramento da conduta do gestor em uma das hipóteses legais previstas no art. 11 da LIA requer conduta dolosa, ou seja, que a atitude por ele tomada tenha por finalidade deliberada, o ferimento a um princípio da administração pública, não bastando, como dito acima, apenas a apresentação de uma ilegalidade. Destaque-se, outrossim, que referido dolo pode inclusive ser genérico, mas deve estar presente.

Cabia ao eminente membro do *Parquet* estadual apresentar de forma clara o dolo, ainda que genérico, da ré em desrespeitar o dever de repasse de verbas do Fundo de Saúde Municipal para o Fundo Geral. Assim não agindo o autor, não se tem por comprovado o ato de improbidade, mas apenas uma irregularidade.

A esse respeito, WALDO FAZZIO JÚNIOR:

É necessário que se adote muita cautela na compreensão das regras do art. 11, da LIA. Sua evidente amplitude constitui sério risco para o intérprete porque enseja radicalismos exegéticos capazes de acoimar de ímprobas condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, cometidas sem má-fé, que arranha os princípios éticos e morais. Práticas sem maiores repercussões no universo administrativo, ditadas eventualmente, pelo despacho intelectual e pela ausência da habilidade do Prefeito, se examinadas à luz de legalismo preciosista, podem assumir a configuração de atos de improbidade, quando, de fato, não contém tanta gravidade. As deficiências pessoais, culturais e profissionais do Chefe do Executivo municipal podem promover irregularidades e, até mesmo, ilegalidades formais, mas é só o desvio de caráter que faz o ilegal sinônimo de ímprobo.” (*in* Improbidade Administrativa e Crimes de Prefeitos. 2ª ed. São Paulo: Atlas. 2003. p. 179/180)

A partir de tais ponderações, tenho que, no caso em tela, não restou demonstrada qualquer improbidade por parte da ré, a despeito da irregularidade, consubstanciada no não repasse do montante consignado a título de ISS do Fundo Municipal de Saúde para o Fundo Geral do Município de Abaiara, irregularidade esta perfeitamente sanável, repito.

Eventual irregularidade, ou mesmo ilegalidade, somente configurará ato de improbidade administrativa quando efetivamente ficar demonstrado ato atentatório aos padrões de moralidade administrativa, consubstanciado, em resumo, a prejuízo ao erário, enriquecimento sem causa do gestor ou ferimento doloso a um princípio da administração pública, o que não é o caso dos autos.

A esse respeito, colaciono alguns precedentes:

AÇÃO DE IMPROBIDADE ORIGINÁRIA CONTRA MEMBROS DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO. LEI 8.429/92. LEGITIMIDADE DO REGIME SANCIONATÓRIO. EDIÇÃO DE PORTARIA COM CONTEÚDO CORRECCIONAL NÃO PREVISTO NA LEGISLAÇÃO. AUSÊNCIA DO ELEMENTO SUBJETIVO DA CONDUTA. INEXISTÊNCIA DE IMPROBIDADE.

1. A jurisprudência firmada pela Corte Especial do STJ é no sentido de que, excetuada a hipótese de atos de improbidade praticados pelo Presidente da República (art. 85, V), cujo julgamento se dá em regime especial pelo Senado Federal (art. 86), não há norma constitucional alguma que imunize os agentes políticos, sujeitos a crime de responsabilidade, de qualquer das sanções por ato de improbidade previstas no art. 37, § 4.º. Seria incompatível com a Constituição eventual preceito normativo infraconstitucional que impusesse imunidade dessa natureza (Rcl 2.790/SC, DJe de 04/03/2010). 2. Não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade. **A improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do artigo 10.** 3. No caso, aos demandados são imputadas condutas capituladas no art. 11 da Lei 8.429/92 por terem, no exercício da Presidência de Tribunal Regional do Trabalho, editado Portarias afastando temporariamente juízes de primeiro grau do exercício de suas funções, para que proferissem sentenças em processos pendentes. Embora enfatize a ilegalidade dessas Portarias, a petição inicial

não descreve nem demonstra a existência de qualquer circunstância indicativa de conduta dolosa ou mesmo culposa dos demandados.4. Ação de improbidade rejeitada (art. 17, § 8º, da Lei 8.429/92). (STJ, AIA 30/AM, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, CORTE ESPECIAL, julgado em 21/09/2011, DJe 28/09/2011)

DIREITO SANCIONADOR. AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR SUPOSTO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. IMPUTAÇÃO PELO ART. 11, VI (OFENSA A PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS POR DEIXAR O AGENTE PÚBLICO DE PRESTAR CONTAS QUANDO ESTEJA OBRIGADO A FAZÊ-LO) DA LEI 8.429/92. CONVÊNIO 816.101/2007, CELEBRADO ENTRE O MUNICÍPIO DE BARRA DE SANTA ROSA/PB E O FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO. ATRASO NA PRESTAÇÃO DE CONTAS. CONDUTA QUE NÃO SE SUBSUME AO ART. 11, VI DA LIA, QUE DISCIPLINA O ATO ÍMPROBO ENSEJADOR DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS NUCLEARES ADMINISTRATIVOS POR AUSÊNCIA DE PRESTAÇÃO DE CONTAS, QUANDO SE ESTÁ OBRIGADO A FAZÊ-LO. ACÓRDÃO DO TRF DA 5a. REGIÃO MANTIDO, POIS, DE FATO, NÃO HÁ TIPICIDADE FORMAL NA LIA QUANTO A EVENTUAL PRAZO DE DEMORA NA PRESTAÇÃO DE CONTAS PELO EX-PREFEITO QUE PUDESSE SIGNIFICAR A LINHA DE CRUZAMENTO PARA INGRESSO EM ATO ÍMPROBO. ADEMAIS, AS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS FORAM UNÂNIMES EM RECONHECER QUE O ENTÃO ALCAIDE APRESENTOU AS CONTAS DO CONVÊNIO, AINDA QUE A DESTEMPO, SINALIZANDO A FUNDAMENTAL DISTINÇÃO ENTRE IRREGULARIDADES FORMAIS E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DIREITO SANCIONADOR. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA POR VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS BASILARES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (ART. 11 DA LIA). APLICAÇÃO A MENOR DA RECEITA DO FUNDEF NA REMUNERAÇÃO DE

MAGISTÉRIO PELO ENTÃO PREFEITO DO MUNICÍPIO DE BELO JARDIM/PE. O TRIBUNAL DE ORIGEM MANTEVE A SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA POR ENTENDER QUE A CONDUTA DO EX-PREFEITO FOI DESPROVIDA DO ELEMENTO SUBJETIVO NECESSÁRIO À CONFIGURAÇÃO DO ATO ÍMPROBO. PRETENSÃO DO ÓRGÃO ACUSADOR DE REFORMA DO ARESTO. NÃO COMPROVADO O ELEMENTO SUBJETIVO DOLOSO E MALÉVOLO NEM A CULPA GRAVE NÃO HÁ QUE SE FALAR EM ATO DE IMPROBIDADE. AGRAVO INTERNO DO MP/PE A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. *In casu*, o Tribunal de origem confirmou a sentença de improcedência da pretensão ministerial, e assim o fez por entender que o acusado, na qualidade de então Prefeito do Município de Belo Jardim/PE, não aplicou o percentual mínimo dos recursos do FUNDEF na remuneração do magistério, mas não empreendeu o ato com má-fé, de modo que as práticas não podem ser rotuladas como improbidade administrativa. De fato, há registro no acórdão de que não existe na auditoria do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco qualquer menção a desvio de recursos do FUNDEF para atendimento de interesse próprio ou alheio, motivo pelo qual não há assento fático para que se conforme a improbidade administrativa na espécie, inexistindo, portanto, violação do art. 11 da LIA pelo acórdão recorrido. 2. **Não se constata a identificação clara, precisa e determinante de que aos atos do então Agente Político estivessem associadas à má-fé de menosprezar os princípios administrativos, conforme assentou o Tribunal de origem, que declarou a inexistência de dolo voltado à prática de ato ímprobo a partir da moldura fático-probatória que se repesou nos autos - gize-se, impermeável a modificações em sede de recorribilidade extraordinária.** 3. Dissociado o elemento subjetivo doloso e malévolo, qual seja, o propósito desonesto, nem mesmo a culpa grave, à conduta do ora recorrido, não há que se falar em cometimento de ato de improbidade administrativa. 4. Agravo Interno do MP/PE a que se nega provimento. (STJ, AgInt no AREsp 1168115/PE, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/09/2018, DJe 02/10/2018)

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ARTS. 9º, 10 E 11 DA LEI 8.429/92. IRREGULARIDADES EM PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS. ACÓRDÃO QUE, EM FACE DOS ELEMENTOS DE PROVA DOS AUTOS, CONCLUIU PELA AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE ATO ÍMPROBO E DO ELEMENTO SUBJETIVO. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NÃO CONFIGURADO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. I. Agravo Regimental aviado contra decisão monocrática que, por sua vez, julgara recurso interposto contra *decisum* publicado na vigência do CPC/73. II. No acórdão objeto do Recurso Especial, o Tribunal de origem manteve sentença que, por sua vez, julgara improcedente o pedido, em Ação Civil Pública ajuizada pelo agravante, na qual postula, com fundamento nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei 8.429/92, a condenação dos ora agravados pela prática de atos de improbidade administrativa, consubstanciados em irregularidades em procedimentos licitatórios, realizados pelo Município de Assunção/PB, para execução de obras custeadas com verbas oriundas de convênio firmado com o Ministério das Cidades. III. **Em se tratando de improbidade administrativa, é firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que “a improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do artigo 10”**(STJ, AIA 30/AM, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, CORTE ESPECIAL, DJe de 28/09/2011). Em igual sentido: STJ, REsp 1.420.979/CE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 10/10/2014; REsp 1.273.583/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 02/09/2014; AgRg no AREsp 456.655/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 31/03/2014. IV.

No caso, o acórdão recorrido, mediante exame do conjunto probatório dos autos, concluiu que “deve-se realçar ser incontroverso que as irregularidades descritas, em linhas passadas não ensejaram dano ao erário, fato inclusive admitido pelo MPF em seu recurso (fl. 544, v. 3). Note-se que o objeto do contrato de repasse (pavimentação da Rua Pio Salvador) foi atingido sem que os dispêndios superassem os recursos destinados à sua execução (v. Fls. 121-135 do apenso 1, v. 1). Sendo assim, verifica-se, de plano, que não há como imputar a conduta dos demandados nas hipóteses previstas no art. 10 da LIA, que pressupõe dano ao erário. **Vê-se, outrossim, que não restou demonstrada, nem de longe, a ocorrência de enriquecimento ilícito de nenhum dos suplicados (art. 9º da LIA) (...) embora seja incontroversa a ocorrência de irregularidades no bojo dos certames (licitações nºs 19/2004 e 28/2006), não ficou comprovada a má-fé dos recorridos, muito menos o conluio entre eles”, de modo que inexistente o dolo de fustigar os princípios da administração. Incidência da Súmula 7/STJ.** . Nos termos em que a causa foi decidida, infirmar os fundamentos do acórdão recorrido - para acolher a pretensão do agravante e reconhecer a prática de ato de improbidade administrativa e do elemento subjetivo doloso, na conduta dos réus - demandaria o reexame de matéria fática, o que é vedado, em Recurso Especial, nos termos da Súmula 7/STJ. Nesse sentido: STJ, AgRg no REsp 1.457.608/GO, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 10/10/2014; AgRg no AREsp 279.581/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 06/12/2013. VI. Agravo Regimental improvido. (STJ, AgRg no AREsp 409.591/PB, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/11/2017, DJe 16/11/2017)

ISSO POSTO, conheço o presente Recurso de Apelação para dar-lhe provimento, cassando a sentença apelada e julgando improcedente a Ação Civil Pública por ato de Improbidade Administrativa intentada pelo Ministério Público em desfavor de Francisca Marlene Cabral Ribeiro.

É como voto.

Fortaleza, 26 de novembro de 2018.

APELAÇÃO CÍVEL Nº.: 0003363-45.2015.8.06.0060

APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL

APELADO: MUNICÍPIO DE CARIÚS

ORIGEM: VARA ÚNICA DA COMARCA DE CARIÚS

RELATORA: DESEMBARGADORA LIRA RAMOS DE OLIVEIRA.

EMENTA: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. DECISÃO RECORRIDA PROFERIDA SOB A ÉGIDE DO CPC-73. TEORIA DO ISOLAMENTO DOS ATOS PROCESSUAIS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. NUCLEAÇÃO DE ESCOLAS MUNICIPAIS. REQUISITOS DA LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO NACIONAL (ART. 28, PARÁGRAFO ÚNICO, LEI Nº 9.394/96). APROVAÇÃO DO ÓRGÃO NORMATIVO DO SISTEMA DE ENSINO. ANÁLISE DO IMPACTO SOCIAL DA AÇÃO. MANIFESTAÇÃO DA COMUNIDADE ESCOLAR. EXIGÊNCIAS CUMPRIDAS PELO MUNICÍPIO, AINDA QUE DURANTE O CURSO DA DEMANDA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE. INEXISTÊNCIA DE LESÃO AO INTERESSE PÚBLICO OU PREJUÍZO A TERCEIROS. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

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. A legislação que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, Lei 9.394/96, elenca requisitos para que a nucleação escolar seja permitida, compreendendo (1) a autorização da nucleação de instituições escolares pelo órgão competente, (2) a análise do diagnóstico do impacto da ação e (3) a manifestação da comunidade escolar. Constante nos autos a autorização da Câmara de Educação Básica, o Ministério Público alega a ausência dos dois últimos requisitos.

4. O ente municipal apresentou “Relatório de Impacto Social”. O documento conclui que a nucleação escolar aumenta a responsabilidade social, buscando melhor capacitação de professores para o processo ensino-aprendizagem e refletindo em índices de evasão, de aprovação/repetência e de suspensões e expulsões.

5. No que pertine à participação da comunidade, verifica-se foram realizadas várias reuniões extraordinárias com os munícipes. Foi destacada a finalidade de oferecer aos alunos um ensino de qualidade, por meio de uma melhor infraestrutura e de professores capacitados, apontando as dificuldades estruturais e logísticas das Escolas-alvo do processo de nucleação. Verifica-se da documentação das Atas de Reunião que os encontros proporcionaram o diálogo entre as partes envolvidas no processo educacional. Em especial, os membros da comunidade – pais e demais responsáveis pelos alunos – foram ouvidos em suas sugestões e críticas.

6. Diante do preenchimento dos requisitos legais para a validade e eficácia do processo de nucleação escolar, ainda que durante o curso da presente demanda judicial, a aplicação do Princípio da Instrumentalidade é medida que se impõe, uma vez que a conduta do ente municipal não acarretou lesão ao interesse público ou prejuízo a terceiros. Pelo contrário, a atitude da Administração no sentido de perseguir o pleno cumprimento das exigências, com vistas a contemplar os valores da responsabilidade social e da participação democrática, proporcionou a higidez jurídica da política de nucleação escolar, adequando-a aos termos da legislação pertinente.

7. Recurso de Apelação conhecido e desprovido.

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 recurso, nos termos do voto da Relatora.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta pelo Ministério Público Estadual em face de sentença proferida pelo Juízo da Vara Única da Comarca de Cariús, que, nos autos da Ação Civil Pública, ajuizada pelo apelante em desfavor do Município de Cariús, julgou improcedente o pedido autoral.

Petição inicial às fls. 02/20, na qual o órgão ministerial pretende que o ente público se abstenha de fechar, desativar ou nuclear escolas municipais sem que o Conselho Estadual de Educação se manifeste nesse mesmo sentido. Juntou documentos de fls. 21/290.

Decisão interlocutória às fls. 292/300, na qual o magistrado de planície deferiu, em parte, o pedido de antecipação da tutela, determinando que o Município de Cariús se abstenha de promover o fechamento, desativação ou a nucleação da Escola Mário da Silva Leal (Sítio Umarizeiro), da Escola Raimundo Pereira Brasil (Sítio Manguinha) e da Escola Manoel Miguel de Sousa (Sítio Agrovila), até o preenchimento dos requisitos legais. Estabeleceu ainda a obrigação do ente público de prover os atos necessários para o pleno funcionamento dos estabelecimentos.

Manifestação do ente público demandado às fls. 307/311 e 320/326, com pedido de juntada de documentos de fls. 312/319 e 327/390, alegando e trazendo prova do cumprimento dos requisitos legais para a nucleação escolar contidos no art. 28, parágrafo único, da Lei 9.394/96.

Manifestação do Ministério Público às fls. 391 e do ente público às fls. 396/399, ambos, em síntese, discorrendo sobre qual seria o órgão competente para emitir a aprovação do ato de nucleação escolar.

Decisão interlocutória às fls. 401/403 que revogou a liminar concedida anteriormente, entendendo que a competência para autorizar a nucleação de instituições escolares é da Câmara de Educação Básica e que tal autorização constava dos autos. Na mesma oportunidade, o magistrado reconheceu a citação do ente público e decretou sua revelia sem aplicar-lhe os efeitos materiais, em face do direito indisponível em questão.

Manifestação do Ministério Público às fls. 405/435 requerendo a juntada de ofício e de procedimento administrativo acerca do processo de nucleação escolar ora controvertido.

Manifestações do ente público demandado às fls. 441/458 e 460/556, pelas quais são colacionados ao processo uma série de atos administrativos que compõe a burocracia da nucleação escolar e um conjunto de fichas de acompanhamento individual dos respectivos alunos.

Sentença às fls. 558/560, na qual o magistrado de primeiro grau julgou improcedente o pedido autoral, por entender, em síntese, que: 1) a Câmara de Educação Básica é o órgão competente, dentro do Conselho Estadual de Educação, para autorizar a nucleação de instituições escolares; 2) há prova nos autos de que os processos de nucleação foram aprovados

pela Câmara de Educação Básica; 3) da mesma forma, o “diagnóstico de impacto da ação” e a “manifestação da comunidade” também se encontram presentes nos autos, preenchendo os requisitos legais para a nucleação; 4) os documentos apontados pelo órgão ministerial como inexistentes foram apresentados nos autos; 5) cumpridas as exigências legais e ausente prejuízo ao corpo discente, é discricionária a decisão da Administração Pública para nucleação entre escolas, não cabendo ao Poder Judiciário se imiscuir nesse mérito.

Inconformado, o Ministério Público Estadual interpôs Recurso de Apelação (fls. 564/574), alegando, em síntese, que: 1) a autorização dada pelo Conselho Estadual de Educação não tem validade jurídica, uma vez que o órgão normativo precisa considerar não só a justificativa apresentada pela Secretaria de Educação, mas também a manifestação da comunidade escolar e a análise do diagnóstico do impacto social da ação, nos termos do art. 28, parágrafo único, da Lei 9.394/96; 2) não houve discussão junto à comunidade acerca das medidas de nucleação escolar e não há registro nos autos de relatório de impacto social.

Juntou os documentos de fls. 575/754.

Contrarrazões às fls. 763/781 apresentadas pelo Município de Cariús.

Do recebimento da apelação ministerial em seu duplo efeito, o ente público municipal apresentou recurso de agravo de instrumento, no qual foi proferida decisão interlocutória para suspender os efeitos da decisão que concedeu o efeito suspensivo ao recurso de apelação interposto pelo órgão ministerial, às fls. 809/817, tendo sido posteriormente confirmada no seu julgamento final nos autos de nº 0622224-79.2016.8.06.0000.

Considerando os termos da Recomendação nº 34/2016, exarada pelo Conselho Nacional do Ministério Público, segundo a qual “é prescindível a atuação simultânea de mais de um órgão do Ministério Público em ações individuais ou coletivas, propostas ou não por membro da Instituição” (Art. 4º), deixo de remeter os autos à Procuradoria Geral de Justiça, porquanto seja o apelante membro da Instituição.

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 NCPC¹

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 *ultratatividade*” (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).

1 MEDINA, José Miguel Garcia. Novo Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: RT, 3ª Ed., 2015. Pág.71.

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 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 data da ciência da decisão foi o dia 18/12/2015, conforme registro de fls. 562, e a apelação fora protocolizada no dia 08/01/2015, conforme registro de protocolo às fls. 565.

Preparo dispensado.

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.

Conheço, portanto, do recurso.

4. Sobre o mérito recursal

A controvérsia jurídica sobre a qual gravita a demanda recursal concerne ao cumprimento dos requisitos pelo ente público para realizar o procedimento de nucleação de escolas municipais, em destaque a manifestação da comunidade escolar e a análise do impacto social da ação.

A nucleação consiste no fechamento de escolas e no remanejamento dos alunos para outras instituições de mesma natureza. Em razão dos potenciais efeitos danosos que podem ser gerados pelo fechamento de instituições de ensino em zonas com estrutura educacional mais vulnerável, a legislação que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, Lei 9.394/96, elenca requisitos para que a nucleação escolar seja permitida, vejamos:

Art. 28, Parágrafo único, Lei 9.394/96. O fechamento de escolas do campo, indígenas e quilombolas será precedido de manifestação do órgão normativo do respectivo sistema de ensino, que considerará a justificativa apresentada pela Secretaria de Educação, a análise do diagnóstico do impacto da ação e a manifestação da comunidade escolar.

Trata-se de três exigências legais que compreendem (1) a autorização da Câmara de Educação Básica, órgão competente para autorizar a nucleação de instituições escolares, (2) a análise do diagnóstico do impacto da ação e (3) a manifestação da comunidade escolar.

O órgão ministerial apela da sentença afirmando que a nucleação das escolas municipais não pode ser realizada, ante a ausência dos dois últimos requisitos. O recurso, contudo, não merece prosperar, uma vez que há documentação nos autos que prova a realização das exigências legais apontadas.

O ente municipal requerido apresentou às fls. 341/345, 357/360 e 371/374 o “Relatório de Impacto Social”. Embora constante em três momentos do processo, consiste em documento único que analisa as repercussões do redimensionamento do parque escolar ocorrido no Município de Cariús.

Após detalhada análise da perspectiva territorial da região, o relatório indica que a Escola Amaro Batista da Cunha receberá os alunos das escolas Manoel Miguel de Sousa e Raimundo Pereira da Cunha, e que a Escola João Francelino Sobrinho receberá os alunos das escolas Mário da Silva Leal e José Luiz de Carvalho.

O documento conclui, por fim, que a nucleação escolar aumenta a responsabilidade social, buscando melhor capacitação de professores para o processo ensino-aprendizagem e refletindo em índices de evasão, de aprovação/repetência e de suspensões e expulsões.

Depreende-se, portanto, da análise do “Relatório de Impacto Social” formulado pelo ente municipal que foi efetivamente realizada a análise do diagnóstico do impacto da ação exigida pela legislação pertinente.

No que pertine à participação da comunidade na formulação e implementação da política de nucleação escolar, verifica-se foram realizadas várias reuniões extraordinárias com os cidadãos que receberão as repercussões da decisão administrativa. Tais encontros estão registrados às fls. 346/349; 361/363; 375/378; 379/380; 381/382; 383/384; 385/386, contando com a transcrição dos encontros em “Ata de Reunião” e com a correspondente “Lista de Presença” para demarcar os munícipes presentes ao evento.

As reuniões, que contaram com a presença da Secretária de Educação, a Sra. Maria do Carmo de Oliveira Ferreira, iniciavam com dinâmicas pedagógicas ou com a leitura coletiva de textos, passando-se à exposição dos pontos positivos e negativos do processo de nucleação das escolas municipais.

No desenvolver de cada encontro, foi destacada a finalidade de oferecer aos alunos um ensino de qualidade, por meio de uma melhor infraestrutura e de professores capacitados, apontando as dificuldades estruturais e logísticas das Escolas-alvo do processo de nucleação.

Verifica-se da documentação das Atas de Reunião que os encontros proporcionaram o diálogo entre as partes envolvidas no processo educacional. Em especial, os membros da comunidade – pais e demais responsáveis pelos alunos – foram ouvidos em suas sugestões e críticas.

Embora alguns momentos tenham sido marcados pela discordância com o processo de nucleação, a escuta dos reclames dos munícipes foi uma constante em todos os encontros, como resta demonstrado nos fólios indicados.

Necessário compreender que decisões desta ordem afetarão os membros da comunidade de diferentes formas e em diferentes graus, sendo natural a existência de divergências quanto a novas formas de gerir e implementar políticas públicas. Dessa forma, tal processo tende a favorecer a uns mais do que a outros, mas constata-se do exame dos autos que todos foram inseridos democraticamente na sua implementação.

Cumprir registrar que nas reuniões foram deliberadas questões relativas à facilitação do acesso dos estudantes ao ensino, as quais compreendem matrícula já realizadas ou pendentes, preferências de lotação dos alunos, discussões sobre turno em que frequentariam os estabelecimentos de ensino e a logística do transporte escolar.

Depreende-se, portanto, da análise das Atas de Reunião constituídas a partir dos encontros das autoridades municipais com os munícipes que foi efetivamente colhida a manifestação da comunidade escolar exigida pela legislação pertinente.

Por fim, nas razões recursais, um dos pontos atacados pelo membro do Ministério Público é o atendimento desses requisitos em momento

posterior ao ajuizamento da presente Ação Civil Pública, insistindo em seu pleito de nulidade do ato administrativo.

Sucede que, diante do preenchimento dos requisitos exigidos por lei para a validade e eficácia do processo de nucleação escolar (aprovação por órgão competente, análise do diagnóstico do impacto da ação e manifestação da comunidade escolar), ainda que durante o curso da presente demanda judicial, a aplicação do Princípio da Instrumentalidade é medida que se impõe, uma vez que a conduta do ente municipal não acarretou lesão ao interesse público ou prejuízo a terceiros.

Pelo contrário, a atitude da Administração no sentido de perseguir o pleno cumprimento dos requisitos legais, com vistas a contemplar os valores da responsabilidade social e da participação democrática, proporcionou a higidez jurídica da política de nucleação escolar, adequando-a aos termos da legislação pertinente.

Efetivamente, não se vislumbra dano ou prejuízo à comunidade municipal no cumprimento superveniente das exigências acima mencionadas que motive a anulação do ato administrativo, reforçando-se a aplicação do Princípio da Instrumentalidade, uma vez que tal controle judicial apenas resultaria na repetição de todo o trâmite burocrático realizado pela Administração Pública.

Diferente seria se houvesse uma situação de irregularidade a ser corrigida, levando a máquina pública a renovar os expedientes administrativos sob outros termos e se chegando a um resultado material diverso do que por ora se apresenta. Contudo, não é o caso dos autos, uma vez que a procedência do pleito ministerial somente alcançaria a mecânica repetição de tudo o que até agora se produziu, atrasando a concretização do mesmo resultado útil a que ora se chega.

5. Dispositivo

Por todo o exposto, conheço e nego provimento ao recurso de apelação mantendo em todos os termos a sentença vergastada.

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, 27 de julho de 2016.

PROCESSO N.º: -42.2013.8.06.0108 – APELAÇÃO CÍVEL.

ORIGEM: ÚNICA DA COMARCA DE JAGUARUANA/CE.

ASSUNTO: OBRIGAÇÃO DE DAR COISA CERTA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS.

APELANTE: TRANSFAX TRANSPORTE LTDA.

APELADA: MULTICOR – INDÚSTRIA TÊXTIL LTDA.

RELATORA: DRA. MARLÚCIA DE ARAÚJO BEZERRA, JUÍZA CONVOCADA PELO TJCE – PORTARIA N.º 1.713/2016

EMENTA: DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE DAR COISA CERTA COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS E MATERIAIS. MÁQUINA EMPILHADEIRA QUE DESAPARECEU DURANTE TRANSPORTE. ALEGAÇÃO DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DA TRANSPORTADORA AFASTADA PORQUANTO SUPERADA EM DECISÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO ANTERIOR. DENUNCIAÇÃO DE SEGURADORA À LIDE DESCABIDA. DOCUMENTO NOS AUTOS INDICANDO QUE, POR INICIATIVA DA TRANSPORTADORA DEMANDADA, ORA APELANTE, O PROCEDIMENTO PARA LIQUIDAÇÃO DOS PREJUÍZOS JUNTO À SEGURADORA FORA ADMINISTRATIVAMENTE ENCERRADO. RELAÇÃO DE CONSUMO CONFIGURADA. EMPRESA DESTINÁRIA FINAL DE BEM DE PRODUÇÃO E DE SERVIÇO DE TRANSPORTE CONTRATADO E DESCUMPRIDO, COM EXTRAVIO DA CARGA. RESPONSABILIDADE

CIVIL OBJETIVA DA TRANSPORTADORA. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 750, 753, 932 E 933, TODOS DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. INCOMPROVADO ABALO CONSIDERÁVEL AO BOM NOME, À FAMA, À REPUTAÇÃO, ENFIM, AO PATRIMÔNIO MORAL DA EMPRESA AUTORA, ORA APELADA. PRECEDENTE DO STJ. ASTREINTES, POR DESCUMPRIMENTO DE DECISÃO ANTECIPATÓRIA DE TUTELA, DEVIDAS, PORÉM EM PATAMAR REDUZIDO DE R\$ 400.000,00 (QUATROCENTOS MIL REAIS) PARA R\$ 80.000 (OITENTA MIL REAIS), PARA ATENDER AO CRITÉRIO DA RAZOABILIDADE. RECURSO APELATÓRIO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Ilegitimidade passiva *ad causam* afastada por não haver suporte de fato ou de direito que faça prosperar o pleito, tratando-se, inclusive, de matéria já superada com a decisão dada a lume no Agravo de Instrumento n.º 0033019-04.2013.8.06.0000.

2. Denúnciação de seguradora à lide descabida. Documento nos autos indicando que, por iniciativa da demandada, ora apelante, o procedimento para liquidação dos prejuízos junto à seguradora fora administrativamente encerrado para evitar perda de condições de garantia, de modo que descabe trazer a estes autos, possível quizila entre a demandada e a seguradora quanto à responsabilidade por tal encerramento.

3. Relação de consumo configurada. Indústria têxtil que contratou os serviços de uma transportadora para trazer-lhe um bem (empilhadeira), adquirido

para uso em sua logística operacional, isto é, sem transferência para os consumidores de seus produtos, sendo, portanto, a empresa adquirente, a destinatária final, tanto do bem, quanto do serviço de transporte deste, que não fora devidamente cumprido, extraviando-se a carga.

4. Possível crime de apropriação indébita praticado pelo motorista da empresa transportadora. Responsabilidade objetiva desta. Ainda que fosse subjetiva, a responsabilidade subsistiria pela culpa *in eligendo*. Inteligência dos arts. 750, 753, 932 e 933, todos do Código Civil Brasileiro.

5. Dano moral não configurado. Incomprovado abalo considerável ao bom nome, à fama, à reputação, enfim, ao patrimônio moral da empresa autora, ora apelada. Precedente do STJ.

6. Astreintes, por descumprimento de decisão antecipatória de tutela, devidas, porém em patamar reduzido de R\$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais) para R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), para atender ao critério da razoabilidade.

7. Recurso apelatório conhecido e parcialmente provido para afastar a condenação por danos morais e reduzir as astreintes para o montante de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), preservando-se, no mais, a sentença.

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 -42.2013.8.06.0108 para dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto desta Relatoria.

Fortaleza/CE, 5 de julho de 2017.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta por TRANSFAX TRANSPORTE LTDA. EPP às páginas 369/384, visando a reforma da sentença que julgou procedente a demanda, proferida pelo Juízo da Vara Única da Comarca de Jaguaruana/CE, nos autos da Ação de Obrigação de Dar Coisa Certa c/c Reparação de Danos Morais e Materiais nº 0004645-42.2013.8.06.0108, proposta por MULTICOR – INDÚSTRIA TÊXTIL LTDA.

Narrou a autora na exordial, às páginas 3/14, que adquiriu, no início de junho de 2013, uma empilhadeira Hister modelo H60FT da NACCO MAT Handling Group Brasil Ltda., por intermédio da DCDN – Distribuidora Cummins Diesel Nordeste Ltda., pelo valor de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), tendo contratado a empresa ré para realizar o transporte da empilhadeira da fábrica, localizada em São Paulo/ SP, até o estabelecimento da requerente, em Jaguaruana/CE.

Afirma, na sequência, que, mesmo após inúmeros contatos, a requerida não entregou a carga no local devido, tendo esta informado, inicialmente, que houve perda do material e que a autora seria ressarcida, e, posteriormente, afirmado que a carga havia sido encontrada e seria entregue até 25/07/2013, o que não ocorreria.

Aduz ainda que em face da falha na prestação do serviço em prejuízo da requerente e do descaso da requerida, esta deverá assumir a responsabilidade pelo inadimplemento no cumprimento da obrigação contratada. Desta forma, requer, a título de tutela antecipada, a entrega da empilhadeira descrita na nota fiscal no prazo de 24 (vinte quatro) horas, ou, que seja determinado o depósito judicial no valor correspondente ao produto.

No mérito, requer que a promovida seja condenada a cumprir obrigação de dar coisa certa, ou, em caso de descumprimento, que seja esta convertida em perdas e danos; requer ainda a condenação da ré ao pagamento à empresa autora de indenização por danos morais, no valor a ser arbitrado pelo Juízo de primeiro grau.

Decisão interlocutória às páginas 62/63, deferindo parcialmente a tutela antecipada pleiteada pela requerente, determinando que a empresa ré entregue no prazo de 48 (quarenta e oito) horas a máquina em questão, caso não seja possível, que deposite em juízo a quantia de R\$ 80.000,00 (oitenta mil) reais.

Contestação às páginas 121/132, alegando, preliminarmente, a ilegitimidade passiva da ré, afirmando ser a empresa TRANSFAK (TRANSFAX-LOG) a parte legítima para atuar no processo, e o recolhimento insuficiente das custas iniciais. No mérito, sustenta a requerida que não há relação de consumo no presente caso, motivo pelo qual requer a improcedência da ação.

A ré apresentou nomeação à autoria contra a empresa TRANSFAX-LOG TRANSPORTES LTDA. – ME às páginas 160/163, afirmando que a requerente firmou contrato de prestação de serviços com a nomeada. Afirma que a nomeante e a nomeada são empresas diferentes, possuindo apenas uma relação de parceria, em que se delegam alguns atos relativos ao contrato à outra por questões de lógica gerencial.

A promovida apresentou denúncia à lide às páginas 181/187, contra ARGO SEGUROS BRASIL S.A., sustentando que esta deve cumprir com o que foi acordado no contrato de seguro firmado com a requerida.

Decisão interlocutória às fls. 227/229, rejeitando a exceção de incompetência oposta pelo réu.

Na réplica, a parte autora diz que não é possível a ocorrência da nomeação à autoria, visto que as empresas em questão compõem um grupo econômico, de modo que não há motivos para a ré se escusar da responsabilidade para com a autora. Sustenta ainda a impossibilidade de denúncia à lide, afirmando que, segundo entendimento jurisprudencial, a mesma é vedada nos casos em que o denunciante intenta eximir-se da responsabilidade do evento danoso, atribuindo-a exclusivamente a terceiro, e também em casos que envolvem relação de consumo decorrentes da prestação de serviços nos termos do art. 88 do Código de Defesa do Consumidor.

Além disso, demonstrou que houve o devido pagamento das custas processuais, ao contrário do que foi exposto pela parte adversa, e que a requerida é a empresa contratada e responsável pelo transporte,

sendo, portanto, parte legítima para figurar no processo. Assim, requer o indeferimento do pedido de nomeação à autoria e da denunciação da lide, declarando-se procedente o pleito inicial.

Sentença prolatada às páginas 324/335, inicialmente, rejeitando as preliminares de insuficiência no recolhimento das custas processuais, da ilegitimidade passiva *ad causam* e da nomeação à autoria. Na análise do mérito, indeferiu o litisconsórcio pretendido pelo requerido, considerando incabível a denunciação à lide; confirmou a decisão que antecipou os efeitos da tutela, condenando a empresa ré ao pagamento da quantia de R\$ 80.000,00 (oitenta mil) reais, referente aos danos materiais decorrentes do não cumprimento da prestação de serviços e do valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil) reais, a título de indenização por danos morais ocasionados a autora.

Determinou também que a demandada pague à demandante a quantia de R\$ 400.000,00 (quatrocentos mil) reais, a título de astreintes em razão do descumprimento da decisão interlocutória às páginas 62/63.

A parte requerida interpôs recurso de apelação às páginas 369/384, reiterando o que expôs na contestação e sustentando a possibilidade de denunciação da lide contra a seguradora ARGO SEGUROS BRASIL S.A.

Alega que não houve negligência ou descumprimento deliberado da decisão interlocutória que concedeu a tutela antecipada à autora, afirmando que solicitou ao Juízo *a quo* a substituição do depósito em dinheiro por um bem em garantia (petição às páginas 282/285), não obtendo nenhum posicionamento por parte do Juízo primevo.

Diante de tais fatos, requer a reforma da sentença, para que sejam reconhecidas as preliminares suscitadas, ou que seja reconhecida a inexistência de relação de consumo e da responsabilidade da recorrente no presente caso, em virtude da ocorrência de caso fortuito ou força maior, bem como seja julgado procedente o pedido de nulidade da cobrança das astreintes estipuladas.

A parte recorrida apresentou contrarrazões às páginas 393/405, pugnando pela manutenção do *decisum*.

Eis o relato.

VOTO

Observa-se, inicialmente, que decisão recorrida feito em tela publicada em data anterior a 17 de março de 2016, ão pela qual o exame admissional do presente recurso far-se-á à luz do que dispunha o ódigo de Processo Civil de 1973, conforme o Enunciado Administrativo n.º 2 do colendo Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

Enunciado administrativo n. 2:

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.”

Conheço, pois, da apelação interposta, eis que presentes os referidos requisitos de admissibilidade.

Sobre a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*, não há suporte de fato ou de direito que faça prosperar o pleito, tratando-se, inclusive, de matéria já superada com a decisão dada a lume no Agravo de Instrumento n.º 0033019-04.2013.8.06.0000, cuja Ementa e trecho do Acórdão transcrevo a seguir, constando o inteiro teor às páginas 300/303 deste caderno processual digital:

“EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE DAR COISA CERTA COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA C/C REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS E MATERIAIS. TRANSPORTE DE MERCADORIA. DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO POR PARTE DA AGRAVANTE COMPETÊNCIA DO JUÍZO DO LOCAL ONDE A OBRIGAÇÃO DEVE SER SATISFEITA. PARA A AÇÃO EM QUE SE LHE EXIGIR O CUMPRIMENTO ART. 100. IV. D, DO CPC. **LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DA AGRAVANTE.** TUTELA ANTECIPADA DEFERIDA PELO JUÍZO A QUODETERMINANDO A

ENTREGA DA MERCADORIA OU O DEPÓSITO DO SEU VALOR EM JUÍZO. PRESENÇA DOS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DA TUTELA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA MANTIDA. (...)

Rejeitada, também, a alegação de ilegitimidade passiva *ad causam* suscitada pela Recorrente, vez que a ação foi ajuizada contra a empresa Transfax Transporte Ltda., cujo endereço é o mesmo que se encontra no conhecimento de transporte de fls. 34 e no comprovante de inscrição junto à Receita Federal de fls. 24. Destarte, apesar de a Recorrida não ter inserido o nome completo da razão social da Agravante na inicial, tal fato, por si só, não afasta a sua legitimidade para figurar no polo passivo da ação. (...)." (Realce novo).

A pretendida denúncia à lide da seguradora com a qual a demandada, ora apelante, mantinha contrato, outrossim, é procedimento, *in casu*, despicindo, cujo único efeito, acaso adotado, seria a protelação da lide. É o que se pode inferir da prova constante nos autos, notadamente da resposta da empresa corretora (Corretora e Administradora de Seguros Ltda.), a qual intermediou a contratação do seguro da carga extraviada, à SUSEP (Superintendência de Seguros Privados), no Procedimento de Atendimento ao Consumidor n.º 15414.300117/2013-29, aberto pela empresa demandante, aqui apelada:

“(…).

A Transfax Transportes Ltda. possui seguro de Responsabilidade Civil Facultativo – Desaparecimento de Carga (RCF-DC) junto a ARGO Seguros S/A, com corretagem intermediada pela APISUL Corretora e Administradora de Seguros Ltda. Ocorre que como bem esclarece a Seguradora em sua resposta, às fls.42 e ss. deste PAC, trata-se de seguro de reembolso que é pago pela Companhia Seguradora ao Segurado desde que comprovada a indenização ao dono da mercadoria. Também importa referir que o sinistro em questão foi comunicado a seguradora, conforme procedimentos e prazos normais, mas que devido a

reconhecer quebra de exigência de GR na condição de apólice, **o próprio segurado entendeu que haveria aplicação de penalidade administrativa prevista na condição já referida, e optou por tratar diretamente com seus clientes a reposição dos prejuízos, ao mesmo tempo informando interesse em retirar pedido de liquidação dos prejuízos junto a seguradora. Decisão do segurado possivelmente também esteja relacionada ao anúncio de recuperação parcial da carga, obtida após procedimentos policiais.** (...)” (páginas 221/224, negrito inovado).

Deflui claramente de tal documento que houve iniciativa da demandada, ora apelante, em encerrar administrativamente o procedimento para liquidação dos prejuízos junto à seguradora, de modo que descabe trazer a estes autos, possível quizila entre a demandada e a seguradora quanto à responsabilidade por tal encerramento, e se isto decorreria ou não de opção da empresa aqui demandada, ora apelante, o que poderá, por óbvio, vislumbrando-se viabilidade jurídica para tanto, ser questionado, mas isto em procedimento próprio, a ser intentado pela transportadora em face da seguradora, jamais podendo vir em prejuízo da empresa contratante do serviço de transporte, razão pela qual rejeito também esta outra preliminar.

Superadas estas preambulares, adentremos no mérito.

A relação de consumo afigura-se hialinamente no caso em tela, no qual uma indústria têxtil (empresa autora, ora apelada) contratou os serviços de uma transportadora (empresa ré, ora apelante) para trazer-lhe um bem (empilhadeira), adquirido para uso da empresa em sua logística operacional, isto é, sem transferência para os consumidores de seus produtos, sendo, portanto, a empresa adquirente, a destinatária final, tanto do bem, quanto do serviço de transporte deste, que não fora devidamente cumprido, extraviando-se a carga.

Com isto, tem-se que a empresa ré é de fato responsável pelo serviço, devendo arcar com os prejuízos causados à autora, restando clara, repito, a existência de uma relação de consumo no presente caso.

“(…)

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

[...]

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

(…)

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.

(...)”. (Código de Defesa do Consumidor).

Não é por se tratar, a contratante do serviço, de uma empresa, pessoa jurídica exploradora de atividade econômica que, apenas por isso, terá afastada a possibilidade de, em determinada relação jurídica, caracterizar-se como consumidora.

“Ora, afinal o que é que uma pessoa jurídica pode consumir? Pessoa jurídica não come, não bebe, não dorme, não viaja, não lê, não vai ao cinema, não assiste à aula, não vai a shows, não assiste a filmes, não vê publicidade etc.

Logo, para ser consumidora, ela somente poderia consumir produtos e serviços que fossem tecnicamente possíveis e lhe servissem como bens de produção e que fossem, simultaneamente, bens de consumo.

Voltando, então, aos nossos argumentos para a definição de consumidor, percebe-se, pelo que se examinou do inciso

I do art. 51¹, que o CDC abraça nossa tese no sentido de que **há bens de consumo (produtos e serviços) que são adquiridos com o fim de produção, sem que a relação jurídica estabelecida deixe de ser de consumo, tanto que recebe ela o tratamento diferencial da norma do inciso I do art. 51 comentado.**” (Curso de Direito do Consumidor. Nunes, Rizzatto. 11ª Edição. Editora Saraiva. 2017. Nota de Rodapé e negrito inovados).

“[...] Daí decorre a conclusão de que a aquisição de produtos e serviços relacionados com a atividade-fim da empresa a exclui do conceito de consumidora, bem como **a aquisição de qualquer bem, fora da atividade-fim da pessoa jurídica, a inclui no conceito de consumidora.**

[...]

Ora, a pessoa jurídica, em regra, só poderia ser considerada consumidora quando estivesse adquirindo um bem fora da sua atividade-fim. Evidente, então, que ela goza no mínimo da presunção de vulnerabilidade técnica, quando adquire um bem fora de sua atividade-fim. Pode não haver propriamente a sua vulnerabilidade econômica, mas ela pode vir a celebrar um mau contrato em face da falta de conhecimentos técnicos, por exemplo, sobre ar-condicionado, televisor, carro etc. Parece que a pessoa jurídica só deve ser chamada a demonstrar sua vulnerabilidade quando ela efetivamente requer a proteção não como consumidora *stricto sensu* do art. 2º, mas como consumidora equiparada do art. 29, conforme se falará mais adiante. Isso porque o CDC, em nenhum de seus artigos, vincula à destinação final qualquer outro requisito. **Fazer uma interpretação teleológica do conceito de destinação final, desdobrando-o em destinação fática e econômica, parece absolutamente compatível, mas não se vê como interpretar o art. 2º sem negar-lhe vigência, exigir que a pessoa jurídica que seja destinatária fática e econômica do bem,**

1 “Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o **consumidor pessoa jurídica**, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;
(...)” (CDC. Negrito inovado).

portanto, destinatária final, tenha ainda de demonstrar sua vulnerabilidade, quando o CDC em nenhum de seus artigos impõe tal exigência.” (Direito do Consumidor: Contratos, Responsabilidade Civil e Defesa do Consumidor em Juízo. Khouri, Paulo Roberto Roque Antônio. 6ª Edição. Editora Atlas. 10/2013. Destaquei).

Relação de consumo configurada, portanto.

Documentos constantes nos autos revelam informações acerca de possível crime de apropriação indébita perpetrado pelo motorista empregado da parte promovida, o qual teria “desviado” a carga que transportava, dentre a qual a empilhadeira que sumiu.

É o que se infere do Boletim de Ocorrência n.º 1306/2013, lavrado por iniciativa da transportadora, nesta ação, a promovida e ora apelante, na Delegacia do Nono Distrito Policial de Guarulhos/SP, no qual, no campo referente ao histórico da ocorrência, lê-se o seguinte:

“(…)

Presente nesta Delegacia o representante da TRANSFAX LOG. a pessoa de DAMIAO DE MELO Informando que junto a empresa, vieram a contratar como agregado para transporte de carga diversas, sendo a maior parte e valores EMPILHADEIRAS, o motorista VALMIR XNTHURN.

Ocorre que respectivo motorista após a contratação junto a TRANSFAX LOG. nesta cidade, veio a efetuar coleta das cargas em S. Paulo e sendo concluída na região de Santo Amaro com as empilhadeiras.

O motorista VALMIR teria como destino Fortaleza/CE e tempo previsto de viagem de 8 dias, vindo a não chegar neste tempo, tampouco comunicar algo à empresa vítima.

Inicialmente a vitima lavrou o boletim 1416/13 do 8 DP/GHS dando conta do desaparecimento do motorista e carga, mas agora percebe-se e concluiu-se que VALMIR veio a “desviar” a carga, sendo sua atitude de origem criminosa e passível de apuração.

Tal condição e conduta ainda se agrava quando contatado o proprietário do conjunto cavalo e reboque e tomando conhecimento a empresa, de que o respectivo também teria “sumido” com os respectivos há mais de 30 dias.

O representante informa que tentou-se contato junto aos telefones e endereços de VALMIR informados na ficha de contratação, mas não restando êxito ao respectivo e tampouco existe qualquer registro policial em S. Paulo ou outro Estado da Federação versando sobre ROUBO / FURTO da CARGA. Pelo conjunto probatório comparece para o registro, sendo providenciada devidas investigações, em face terem fatos anteriores e assemelhados em investigação por esta congênere e ligação com indivíduos da região Sul do Brasil anteriormente presos.

Insta informar que a carga tem Manifesto 2157 com valor de R\$ 451.726,09 sendo segurada pela ARGO SEGUROS consoante apólice 02798.2013.01.0655.000064 RCF-DC, 02798.2013.01.0654.000079 RCTR-C.

A presente Autoridade fixou como sede dos fatos o último local de carregamento das mercadorias “desviadas”, como também sendo este o local de mercadoria de maior valor pecuniário. Determinou-se junto ao registro o respectivo BLOQUEIO junto ao CEPOL / PRODESP do conjunto cavalo e reboque utilizado pelo indiciado VALMIR.

Feito o registro e comunicações devidas. Nada mais.
(...)” (Páginas 148/151, negrito inovado).

Responsabilidade objetiva da transportadora, pois, devidamente configurada, nos termos da legislação civil:

“(…)

Art. 750. A responsabilidade do transportador, limitada ao valor constante do conhecimento, começa no momento em que ele, ou seus prepostos, recebem a coisa; termina quando é entregue ao destinatário, ou depositada em juízo, se aquele não for encontrado.

(…)

Art. 753. Se o transporte não puder ser feito ou sofrer longa interrupção, o transportador solicitará, *incontinenti*, instruções ao remetente, e zelará pela coisa, por cujo perecimento ou deterioração responderá, salvo força maior.

(…)

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

(...)

Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos. (...)” (Código Civil Brasileiro).

“Contrato de transporte é o negócio pelo qual um sujeito se obriga, mediante remuneração, a entregar coisa em outro local ou a percorrer um itinerário para uma pessoa. [...] Trata-se de contrato peculiar que contém obrigação de resultado que somente se conclui quando a mercadoria ou pessoa chega ao destino.

(...)

São obrigações do transportador: receber, transportar e entregar a coisa com diligência; emitir conhecimento de transporte conforme a natureza do contrato; o itinerário ajustado, salvo impedimento por caso fortuito ou força maior, quando oferecer perigo ou estiver impedido; aceitar variação de destino pelo destinatário, conforme condições ajustadas; permitir o desembarque em trânsito da mercadoria a quem se apresente com o conhecimento.

O transportador responde por perdas e avarias na coisa, desde que não se atribua o risco ao remetente.

A responsabilidade do transportador é objetiva.

6. O Decreto Legislativo n.º 2.681, de 7 de dezembro de 1912, estabeleceu a responsabilidade objetiva das estradas de ferro, cuja orientação foi estendida por analogia aos transportes em geral. O dever de incolumidade do transportador é com relação a coisas e a pessoas.

Não há necessidade de a vítima provar culpa do transportador, que somente se exonera de indenizar na hipótese de caso fortuito ou força maior, ou culpa exclusiva da vítima.” (Direito Civil - Vol. III – Contratos em Espécie. Venosa, Sílvio Salvo. 16ª Edição. Editora Atlas. 03/2016. Destaque inovado).

Ainda que subjetiva fosse a responsabilidade, subsistiria a obrigação de indenizar, por *culpa in eligendo*, a qual, também, presente no caso concreto.

Quanto aos danos morais, reconhecidos pelo Juízo *a quo*, observo que não restaram provados *in casu*, motivo pelo qual a sentença, neste ponto, há de ser reformada. É que, diferentemente do que ocorre quando a vítima do dano moral é pessoa física, situação na qual o dano é presumido, *in re ipsa*, a pessoa jurídica que alega haver sofrido o dano moral deve trazer aos autos prova que revele a ocorrência de abalo grave da sua imagem, o que, na espécie, não se verifica.

Esta é a orientação mais recente do egrégio Superior Tribunal de Justiça. Quanto a isto, pois, é de bom alvitre a transcrição, por sua meridiana clareza, da parte pertinente à matéria, do voto proferido pela Ministra Nancy Andrighi no Recurso Especial n.º 1.637.629 - PE (2014/0019878-8):

“(…)

II – Dos danos morais de pessoa jurídica.

1 – Definição dos danos morais.

Ao tratar de danos em geral, a doutrina concebe a distinção de três categorias distintas, a saber:

a) são patrimoniais os prejuízos de ordem econômica causados por violações a bens materiais ou imateriais de seu acervo; b) pessoais, os danos relativos ao próprio ente em si, ou sem suas manifestações sociais, como, por exemplo, as lesões ao corpo, ou a parte do corpo (componentes físicos), ou ao psiquismo (componentes intrínsecos da personalidade), como a liberdade, a imagem, a intimidade; c) morais, o relativos a atributos valorativos, ou virtudes, da pessoa como ente sociais, ou seja, integrada à sociedade, vale dizer, dos elementos que a individualizam como ser, de que se destacam a honra, a reputação e as manifestações do intelecto. (BITTAR, Op.cit., p. 35).

Tem-se, assim, que os danos morais dizem respeito a lesões a atributos da pessoa, enquanto ente ético e social que participa da vida em sociedade, estabelecendo relações intersubjetivas em uma ou mais comunidades, ou, em outras palavras, são atentados à parte afetiva e à parte social da personalidade.

Múltiplos são os fundamentos da tese de reparabilidade do dano moral. Sob o prisma constitucional, a lastrear a indenização dos danos morais tem-se o princípio da dignidade da pessoa humana, conforme previsto no art. 1º, III, da Constituição. No plano infraconstitucional, tem-se que a edição do atual Código Civil tratou adequadamente a questão, em verdadeiro avanço à codificação anterior. No CC/02, o art. 186 exerce a função de cláusula geral de responsabilidade civil, com previsão expressa do dano moral, afastando qualquer dúvida que poderia haver entre nós.

Obviamente, para haver a reparação dos danos morais, devem estar preenchidos os três pressupostos de responsabilidade civil em geral, quais sejam: a ação, o dano e o nexo de causalidade entre eles. Apenas nessa hipótese, surge a obrigação de indenizar. Tal alerta é importante porque **“nem todo atentado a direitos da personalidade em geral é apto a gerar dano de cunho moral”** (BITTAR, Op. cit., p. 60), pois os danos podem se esgotar nos aspectos físicos ou materiais de uma determinada situação.

Na doutrina, a reparabilidade dos danos morais exsurge no plano jurídico a partir da simples violação (*ex facto*), i.e., existente o evento danoso surge a necessidade de reparação, observados os pressupostos da responsabilidade civil em geral. Uma consequência do afirmado acima seria a prescindibilidade da prova de dano em concreto à subjetividade do indivíduo que pleiteia a indenização. De fato, em diversas circunstâncias, não é realizável a demonstração de prejuízo moral, bastando a simples causação do ato violador e, nesse sentido, fala-se em *damnum in re ipsa*.

2 – Configuração de dano moral por pessoa jurídica.

Neste ponto, deve-se fazer referência ao julgamento do REsp 1.414.725/PR, pela Terceira Turma, em que se analisou detidamente a possibilidade de pessoa jurídica sofrer danos morais ou extrapatrimoniais, cuja ementa está abaixo:

“CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PROTESTO INDEVIDO. PAGAMENTO EM ATRASO. DANOS MORAIS. PESSOA JURÍDICA. SUMULA 385/STJ. LIMITE TEMPORAL.

- Para a pessoa jurídica, o dano moral não se configura *in re ipsa*, por se tratar de fenômeno muito distinto daquele

relacionado à pessoa natural. É, contudo, possível a utilização de presunções e regras de experiência no julgamento. - Afigura-se a ilegalidade no protesto de título cambial, mesmo quando pagamento ocorre em atraso. - Nas hipóteses de protesto indevido de cambial ou outros documentos de dívida, há forte presunção de configuração de danos morais. Precedentes. - Aplicação da Súmula 385/STJ é limitada temporalmente, nos termos do § 1º do art. 43 do CDC. - Recurso especial improvido.” (REsp 1.414.725/PR, Terceira Turma, julgado em 08/11/2016, DJe 11/11/2016).

Naquela oportunidade, ficou assentado que, apesar das discussões doutrinárias, a jurisprudência majoritária brasileira entende que a pessoa jurídica é passível de sofrer danos morais, especialmente em relação a sua honra objetiva, que compreende sua reputação, seu bom nome e sua fama perante a sociedade e o meio profissional. Nesse sentido, ressalte-se o teor da Súmula 227 desta Corte, a qual afirma, expressamente, que “a pessoa jurídica pode sofrer dano moral”.

3 – Diferenças de configuração do dano moral.

Há, contudo, diferenças significativas quando se trata de danos morais (ou extrapatrimoniais) sofridos por pessoa jurídica. Nesse caso, não se está a tutelar um direito da personalidade típico, considerando que as pessoas jurídicas não sofrem questões existenciais.

Cuida-se, em realidade, de proteger a honra objetiva da pessoa jurídica, sendo os danos causados em violação ao bom nome, à fama, à reputação. Tais elementos integram o “patrimônio moral” da pessoa jurídica e, diferentemente das pessoas naturais, têm uma repercussão no patrimônio propriamente dito, embora de difícil avaliação na maioria das circunstâncias.

Por questão de isonomia, essas distinções reclamam um tratamento jurídico diferente para cada situação, que – conforme decidido no REsp 1.414.725/PR – deve recair na questão da prova do dano moral, conforme afirmado pela Terceira Turma:

“Discutiu-se acima que o dano moral se apresenta *in re ipsa*, isto é, o dano é compreendido em sua própria causa. Por isso, normalmente se afirma que não há prova em dano moral, pois sua reparabilidade decorre do simples violação, e não da comprovação do dano em si mesmo.

Contudo, como defendem Luiz Rodrigues WAMBIER e Teresa ARRUDA ALVIM WAMBIER, a possibilidade de considerar o dano moral como *in re ipsa* decorre da existência de uma comunhão de valores éticos e sociais ou, ainda, de uma “essência comum universal” dos seres humanos. Na palavra dos autores:

“A concepção no sentido de que o dano terá ocorrido como consequência de certos acontecimento (como por exemplo, a morte, a perda de um membro etc.) parte da pressuposição de que há uma essência comum universal aos homens. Não se pretende que alguém demonstre que sofreu em virtude da perda de um ente querido e nem o quanto sofreu. Basta que se comprove o ilícito que levou à morte de alguém e a autoria deste ilícito. O dano moral é *in re ipsa*.” (Dano moral de pessoa jurídica e sua prova. In: Anuário de Produção Intelectual. Curitiba: Arruda Alvim Wambier, 2008, p. 151). Não há como aceitar, assim, que o dano moral de pessoa jurídica ocorra *in re ipsa*, sem a apresentação de qualquer tipo de prova. Em razão da ausência dessa “essência comum”, é impossível ao julgador avaliar a existência e a extensão de danos morais supostamente sofridos pela pessoa jurídica, sem qualquer tipo de comprovação.

Disso não decorre, contudo, a impossibilidade da utilização de presunções ou regras de experiência no julgamento de pedidos de indenização por danos morais sofridos por pessoa jurídica. Novamente, traz-se à lume a lição de WAMBIER e ARRUDA ALVIM WAMBIER:

“Regras de experiência norteiam o juiz a entender ter havido dano moral de pessoa jurídica, como por exemplo, no caso de protesto de título já pago. (...) Sabe-se que a empresa que tem título protestado fica impedida de participar de licitações, assiste à desconfiança de seus fornecedores, deixa de ter crédito. Estas consequências não precisam ser diretamente provadas, porque se sabe que elas ocorrem: são as regras comuns da experiências. Mas não se trata de dano *in re ipsa*, pois se está, aqui, diante de situação que admite contraprova. (...) o dano moral de pessoa física é *in re ipsa* e, pois, não aproveita ao réu a alegação e comprovação de que não houve abalo; o dano moral de pessoa jurídica pode, eventual e circunstancialmente, dispensa prova direta e ser

provada pela via das presunções. Entretanto, prova de que o dano efetivamente não ocorreu certamente aproveitará àquele que se apontou como causador da lesão. (op. cit, p. 159-160).” **Em conclusão, não se deve admitir que o dano moral de pessoa jurídica seja configurado *in re ipsa*, sendo necessária a comprovação nos autos do prejuízo sofrido.** De todo modo, é possível a utilização de presunções e regras de experiência para a configuração do dano, mesmo sem prova expressa do prejuízo, o que sempre comportará a possibilidade de contraprova pela parte ou de reavaliação pelo julgador. (...)” (STJ – Recurso Especial n.º 1.637.629 - PE [2014/0019878-8] – Relatora: Ministra Nancy Andrighi – Julgamento: 06/12/2016).

No caso em tablado, o descumprimento do contrato de transporte, com a consequente não entrega da empilhadeira, certamente causou severos transtornos logísticos à empresa demandante, ora apelada e intenso aborrecimento aos seus gestores, não havendo, no entanto, nas páginas deste caderno processual digital, qualquer parâmetro razoável para aferir-se ou mensurar-se o quanto tal fato abalou o bom nome, a fama, a reputação, enfim, o patrimônio moral da apelada, se é que tal ocorrera em algum grau, repisando-se que não se pode, na espécie, presumir-se a ocorrência de tal modalidade de dano.

À primeira vista, em um exame perfunctório, a situação poderia até sugerir a configuração de tal espécie de dano, pelo abalo surgido em decorrência da natural relutância da empresa adquirente do bem, aqui autora, ora apelada, em realizar o pagamento da empilhadeira sumida durante o transporte à empresa vendedora do referido equipamento, conforme explicitado na petição inicial e instruído com documentos.

Uma incursão mais amiudada no entanto, fará perceber que nenhum abalo concreto de crédito ou imagem junto a fornecedor ou cliente se abateu sobre a requerente por conta do evento danoso tratado nestes autos, de forma que o prejuízo não transcendeu à esfera material, ficando a ela circunscrito.

É o que se infere, por exemplo, do documento à página 53, no qual representante da empresa vendedora do equipamento afirma compreender que o atraso no pagamento se deve ao que chama de “roubo”, tendo sido solicitado um adiamento, ressaltando, ao final, que as empresas mantêm ótimo relacionamento comercial, não obstante o atraso de quatro meses de faturamento, o que a impedira de fornecer um novo equipamento. Ou, ainda, do inteiro teor da petição às páginas 211/213, na qual a MULTICOR INDÚSTRIA TÊXTIL LTDA. informa que fora obrigada a realizar o pagamento da fatura da empilhadeira desaparecida, arcando, para preservação de seu bom nome, com a responsabilidade que caberia à transportadora, consolidando-se, com isto, o dano material (e não moral), tendo, inclusive, adquirido com sucesso uma nova empilhadeira para atender às suas demandas, de onde deflui, igualmente, que não chegou a se concretizar violação ao bom nome, à fama, à reputação, enfim, a nada que componha o patrimônio moral da empresa requerente.

Requer, por fim, a apelante, a improcedência da aplicação de multa diária pelo descumprimento da decisão que antecipou a tutela requerida, para tanto aduzindo que não descumpriu referida decisão porquanto, por estar impossibilitada de satisfazer financeiramente a imposição, ofertou bem em garantia, pugnando pela aplicação do postulado do menor sacrifício, o que fora olvidado pelo juízo *a quo*.

Não indica, porém, para corroborar tal afirmação de penúria econômica, qualquer prova que a corrobore, de modo que a simples apresentação de petição indicando bem para garantir o cumprimento da obrigação não a exonera de cumprir a determinação judicial da forma como nela definida, donde se infere que são devidas, por direito, as astreintes.

O valor em que finalmente arbitrada, porém, tal multa diária, pelo juízo de piso, qual seja R\$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais), é que, à evidência, é excessivo, ensejando, quando isto, reforma para reduzi-lo significativamente a patamar aceitável por critério de razoabilidade e proporcionalidade.

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ARRENDAMENTO MERCANTIL. 1. AÇÕES CONEXAS. JULGAMENTO SIMULTÂNEO. ACÓRDÃO ÚNICO. RECURSO INTERPOSTO. TRÂNSITO EM JULGADO. NÃO OCORRÊNCIA. 3. ASTREINTES. FIXAÇÃO. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. VALOR EXORBITANTE. PARTIDA. REDUÇÃO (DE R\$ 11.000,00 PARA R\$ 1.100,00). POSSIBILIDADE. 4. INDEXAÇÃO. DÓLAR AMERICANO. SOBREVALORIZAÇÃO. PERDA. DIVISÃO. ARRENDATÁRIO. ARRENDANTE. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA. 5. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. O recurso interposto contra o julgamento conjunto de ações conexas (no caso, declaratória e cominatória), realizado num só acórdão, impede o trânsito em julgado de qualquer uma delas, em observância aos princípios da celeridade, economia processual e unirrecorribilidade. Precedentes. 2. Não se conhece da alegação de insuficiência do recolhimento de custas do Tribunal de origem porque essa verificação demandaria exame da legislação local, procedimento vedado na instância extraordinária, por força do óbice da Súmula n. 280/STF. Precedente. **3. Em consonância com o art. 461, § 6º, do CPC, na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o valor da multa diária (astreintes) pode ser alterado quando se tornar insuficiente ou excessivo, mesmo após o trânsito em julgado da sentença.**3.1. **O exame da razoabilidade e proporcionalidade realizado acerca da fixação do valor de multa diária (astreintes) deve recair sobre o valor inicialmente fixado, em cotejo com a prestação que deve ser adimplida, de modo a servir de estímulo ao cumprimento da obrigação.**3.2. Na espécie, razoável se mostra a redução da multa diária para R\$ 1.100,00 (mil e cem reais), mantida a correção monetária e os juros como fixados na origem, bem como o lapso temporal em que persistiu o descumprimento da tutela antecipatória deferida (de 6/2/2004 a 19/6/2004). 4. Conforme a orientação jurisprudencial pacífica desta Corte Superior, reconhecida pelo Tribunal de origem a comprovação de captação de recursos financeiros no exterior, aplica-se a repartição dos ônus decorrentes da

variação cambial entre arrendante e arrendatário. 5. Agravo regimental improvido.” (AgRg no AREsp 615.051/PE, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/02/2016, DJe 01/03/2016).

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. ASTREINTES. REVISÃO DO VALOR. INVIABILIDADE. EXORBITÂNCIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. PLANO DE SAÚDE. MATERIAL CIRÚRGICO E HONORÁRIOS MÉDICOS. RECUSA DE COBERTURA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. O valor atribuído às astreintes somente pode ser revisado, na via estreita do recurso especial, em hipóteses excepcionais, quando for verificada a exorbitância ou o caráter irrisório da importância arbitrada, em flagrante ofensa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o que, no entanto, não se verifica na hipótese em exame. 2. *In casu*, o arbitramento da multa no total de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), em razão do descumprimento de decisão judicial que determinou o fornecimento de materiais cirúrgicos específicos e o pagamento de honorários médicos, não se mostra exorbitante, haja vista que, conforme asseverado pelo v. acórdão *a quo*, “se fosse levada a extremo, a multa fixada alcançaria cifra superior a R\$ 7.000.000,00 (fls. 84 verso e 156) mas **o escopo da multa é o de determinar cumprimento da obrigação, e não o de enriquecer o credor, daí o motivo da redução ora fixada**”. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.” (AgRg no AREsp 686.085/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 01/09/2015, DJe 24/09/2015).

Reduzo, pois, considerando o valor do dano material originário, em função do tempo pelo qual se prolonga sem cumprimento da decisão antecipatória da tutela, as astreintes para o valor final de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), *quantumque* considero suficiente para coibir novo descumprimento sem significar enriquecimento ilícito do autor.

Diante de todo o exposto, conheço da presente apelação, dando-lhe parcial provimento, afastar a condenação por danos morais e reduzir as astreintes fixadas para o montante de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais),

suficientes para desestimular o descumprimento das decisões judiciais sem ensejar, contudo, enriquecimento ilícito da contraparte, preservando-se, no mais, a sentença, inclusive quanto à condenação da empresa promovida, ora apelante, ao pagamento da quantia de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) a título de indenização pelos danos materiais acarretados à empresa autora, ora apelada, valores sobre os quais deverão incidir juros moratórios à razão de 1% (um por cento) ao mês e índices de atualização monetária estabelecidos no INPC, a partir da data do inadimplemento da obrigação, quanto aos danos materiais e desde quando se verificou o descumprimento da decisão antecipatória da tutela, relativamente às astreintes.

É como voto.

Fortaleza/CE, 5 de julho de 2017.

PROCESSO: 0031555-57.2012.8.06.0071 – APELAÇÃO

APELANTE: PROGUARDA VIGILÂNCIA E SEGURANÇA

APELADO: ILDEBRANDO RODRIGUES DE BARROS PINHO

ORIGEM: 1ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE CRATO

RELATORA: DESEMBARGADORA LIRA RAMOS DE OLIVEIRA

EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. DECISÃO RECORRIDA PROFERIDA SOB A ÉGIDE DO CPC-73. TEORIA DO ISOLAMENTO DOS ATOS PROCESSUAIS. DIREITOS AUTORAIS. OBRA LITERÁRIA PUBLICADA SEM AUTORIZAÇÃO PRÉVIA E EXPRESSA DO AUTOR. DESNECESSÁRIA PROVA DO PREJUÍZO MORAL. PROTEÇÃO NÃO VINCULADA AO REGISTRO DA PRODUÇÃO ARTÍSTICA. FACULDADE DO AUTOR. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO. CONDENAÇÃO NO VALOR DE R\$ 8.800,00 (OITO MIL E OITOCENTOS REAIS). PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

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 reconhecimento do dever de indenizar projetado sobre a esfera moral prescinde de prova do prejuízo, dada a impossibilidade de investigar objetivamente a repercussão íntima que a lesão aos direitos da personalidade e à honra da pessoa acarreta. Dessa forma, basta a comprovação de que os direitos autorais foram violados para que se configure o dever de indenizar, dispensando-se a aferição do prejuízo moral e do sofrimento causados ao íntimo da pessoa.

4. Depreende-se, portanto, da análise dos autos que houve a utilização de obra literária sem a devida autorização prévia e expressa, evidenciando inequívoca violação de direitos autorais e consubstanciando o dever da empresa ré de indenizar o requerente por danos morais, conforme estabelecido pela Lei nº 9.610/98.

5. A legislação pertinente deixa claro que a proteção aos direitos autorais não se subordina ao registro da obra, sendo este uma faculdade de seu autor. Dessa forma, o registro da produção artística no órgão público competente exsurge como mais um dos possíveis meios de prova para a demonstração de autoria, mas não o único.

6. A valoração da compensação moral deve ser apurada mediante prudente arbítrio do magistrado, motivado pelo princípio da razoabilidade e observadas a gravidade e a repercussão do dano, bem como a intensidade e os efeitos do sofrimento. A finalidade compensatória, por sua vez, deve ter caráter didático-pedagógico, evitando o valor excessivo ou ínfimo, objetivando sempre o desestímulo à conduta lesiva.

7. Partindo de tais premissas, infere-se que a sentença deve ser mantida, pois estabeleceu o ressarcimento em valor proporcional, qual seja, R\$ 8.800,00 (oito mil e oitocentos reais). Trata-se de montante adequado, razoável e proporcional para compensar o dano sofrido, visto que seu fim não é enriquecer o ofendido, nem, tampouco, incentivar o ofensor a ignorar a vedação legal, além de atender ao caráter pedagógico da medida.

8. Recurso de Apelação conhecido e desprovido.

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 recurso, nos termos do voto da Relatora.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta por Proguarda Vigilância e Segurança em face de sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Crato, que, nos autos da Ação de Indenização por Danos Morais, ajuizada por Ildebrando Rodrigues de Barros Primo em desfavor da recorrente, julgou procedente o pedido, condenando a ré ao pagamento de indenização por dano moral ao autor no valor de R\$ 8.800,00 (oito mil e oitocentos reais).

Petição inicial às fls. 02/13, na qual o autor relata que a empresa ré veiculou em domínio eletrônico obra literária de sua autoria sem autorização prévia e expressa, ferindo direitos autorais sobre a produção artística. Requer, assim, indenização por danos morais no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

Juntou os documentos de fls. 14/39.

Contestação da empresa ré às fls. 62/77.

Réplica constante das fls. 91/94.

Sentença às fls. 105/107, na qual o magistrado de primeiro grau julgou procedente o pedido, entendendo, em síntese, que: 1) a utilização de obra literária depende de autorização prévia e expressa do autor, inclusive no caso de inclusão em base de dados e armazenamento em computador; 2) o registro de obras intelectuais é uma faculdade do autor e a proteção dos seus direitos independe desse registro; 3) ficou provado nos autos que o requerente é autor da poesia “Oração do Vigilante”, tendo sido esta publicada em 2009 em livro de mesma autoria “Fantasias da Imaginação” e registrado no Escritório de Direitos Autorais da Biblioteca Nacional; 4) restou demonstrado que o poema foi publicado no endereço eletrônico da promovida, sem indicação de autoria e sem contar com autorização do requerente; 5) cabe, portanto, indenização por danos morais ao autor pela indevida publicação e divulgação de sua poesia, inclusive com alteração do texto original.

Inconformada, a empresa ré interpôs Recurso de Apelação (fls. 112/119), alegando, em síntese, que: 1) a existência de dano moral depende da prova da repercussão moral que o fato ensejou, isto é, sem prova de prejuízo não há que se falar em dano; 2) o valor arbitrado na condenação não respeitou o princípio da razoabilidade, constituindo enriquecimento sem causa do autor; 3) não há comprovação de que a parte recorrente lucrou com a postagem; 4) o autor apenas registrou a obra após a postagem virtual do conteúdo literário.

Contrarrazões apresentadas às fls. 124/129, nas quais se alega que o autor sofreu danos em sua integridade moral com a veiculação em rede de internet de poema de sua autoria com modificações não autorizadas, requerendo, assim, a manutenção da sentença vergastada.

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 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. 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 NCPC¹ (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 *ultratatividade*” (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, 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

1 MEDINA, José Miguel García. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: RT, 3ª Ed., 2015. Pág.71.

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 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 recorrida foi publicada no dia 18/04/2016, conforme expediente de fls. 109/110, e a apelação fora protocolizada no dia 02/05/2016, consoante registro às fls. 113.

Preparo recolhido, conforme atesta o documento de fls. 120.

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 recurso.

4. Sobre o mérito recursal

A controvérsia jurídica sobre a qual gravita a demanda recursal concerne (1) à necessidade de prova da repercussão moral para o reconhecimento do dever de indenizar, (2) à exigência de registro para proteção da obra literária e (3) à razoabilidade do valor fixado na condenação.

Sustenta a empresa ré em suas razões recursais que a existência do dano depende da prova de prejuízo à moral do requerente, a qual não consta dos autos.

A violação de direitos autorais, como a reprodução de material fotográfico ou literário sem prévia autorização de seu criador, pode gerar danos de duas ordens: materiais e morais. O reconhecimento do dever de indenizar em razão de danos materiais depende da produção de provas. Neste ponto, a onerosidade – traduzida como obtenção ou perda de lucro e advinda da exploração comercial da obra – exsurge como critério para se aferir em que extensão a reparação material é devida, estando sua métrica intrinsecamente vinculada ao esforço probatório das partes.

Ocorre que o reconhecimento do dever de indenizar projetado sobre a esfera moral prescinde de prova do prejuízo, dada a impossibilidade de investigar objetivamente a repercussão íntima que a lesão aos direitos da personalidade e à honra da pessoa acarreta.

Dessa forma, basta a comprovação de que os direitos autorais foram violados para que se configure o dever de indenizar, dispensando-se a aferição do prejuízo moral e do sofrimento causados ao íntimo da pessoa.

Na hipótese dos autos, o requerente constitui prova suficiente a demonstrar que a obra literária “Oração do Vigilante” é de sua autoria, tendo

sido publicada no livro “Fantasias da Imaginação” em 2009 pela editora Art & Cores (fls. 22/24), contando com Certificado de Registro ou Averbação exarado pelo Escritório de Direitos Autorais da Fundação Biblioteca Nacional (fls. 21).

De igual modo, resta comprovado que houve veiculação do conteúdo literário pela empresa ré em seu endereço eletrônico sem identificação do autor da poesia e com modificações, tudo realizado sem a prévia e expressa autorização deste, conforme consta de ata notarial (fls. 19) e de cópia de telas da página virtual (fls. 20, 26 e 27). Trata-se, assim, de nítida violação ao Art. 29, IX, da Lei 9.610/98, vejamos:

Art. 29, Lei 9.610/98. Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como:

IX - a inclusão em base de dados, o armazenamento em computador, a microfilmagem e as demais formas de arquivamento do gênero;

Depreende-se, portanto, da análise dos autos que houve a utilização de obra literária sem a devida autorização prévia e expressa, evidenciando inequívoca violação de direitos autorais e consubstanciando o dever da empresa ré de indenizar o requerente por danos morais, conforme estabelecido pela legislação pertinente.

Art. 108, Lei 9.610/98. Quem, na utilização, por qualquer modalidade, de obra intelectual, deixar de indicar ou de anunciar, como tal, o nome, pseudônimo ou sinal convencional do autor e do intérprete, além de responder por danos morais, está obrigado a divulgar-lhes a identidade da seguinte forma:

Nesse mesmo sentido, vem se manifestando a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em casos análogos pela dispensa de prova do prejuízo moral, sendo suficiente à configuração do dever de indenizar a evidência nos autos de violação dos direitos autorais a partir da publicação de obra artística ou intelectual sem autorização prévia e expressa, senão vejamos:

DIREITO AUTORAL. OBRAS FOTOGRÁFICAS PUBLICADAS SEM INDICAÇÃO DE AUTORIA. DANO MORAL. EXTENSÃO DO CONSENTIMENTO DO AUTOR DA OBRA. REEXAME DE PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 07.

1. Afigura-se despiciendo o rechaço, uma a uma, de todas as alegações deduzidas pelas partes, bastando ao órgão julgador que decline as razões jurídicas que embasaram a decisão, não sendo exigível que se reporte de modo específico a determinados preceitos legais.

2. O acórdão recorrido chegou à conclusão de não haver provas suficientes que indicassem a existência de acordo verbal. Com efeito, inviável a averiguação da existência de acordo verbal entre as partes, porquanto tal providência encontra óbice na Súmula 07 do STJ.

3. A dúvida quanto aos limites da cessão de direitos autorais milita sempre em favor do autor, cedente, e não em favor do cessionário, por força do art. 49, inciso VI, da Lei n.º 9.610 de 1998.

4. A simples circunstância de as fotografias terem sido publicadas sem a indicação de autoria - como restou incontroverso nos autos - é o bastante para render ensejo à reprimenda indenizatória por danos morais.

5. O valor da condenação por danos morais (R\$ 15.000,00) deve ser mantido, uma vez não se distanciar dos parâmetros praticados por esta Corte.

6. Recurso especial não conhecido. (STJ - REsp 750.822/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 09/02/2010, DJe 01/03/2010)

DIREITO CIVIL. DIREITO AUTORAL. FOTOGRAFIA. PUBLICAÇÃO SEM AUTORIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. OBRA CRIADA NA CONSTÂNCIA DO CONTRATO DE TRABALHO. DIREITO DE CESSÃO EXCLUSIVO DO AUTOR. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 30, DA LEI 5.988/73 E 28, DA LEI 9610/98. **DANO MORAL. VIOLAÇÃO DO DIREITO. PARCELA DEVIDA. DIREITOS AUTORAIS. INDENIZAÇÃO.**

I - A fotografia, na qual presente técnica e inspiração, e por vezes oportunidade, tem natureza jurídica de obra intelectual, por demandar atividade típica de criação, uma vez que ao autor cumpre escolher o ângulo correto, o melhor filme, a lente apropriada, a posição da luz, a melhor localização, a composição da imagem, etc.

II - A propriedade exclusiva da obra artística a que se refere o art. 30, da Lei 5988/73, com a redação dada ao art. 28 da 9610/98, impede a cessão não-expressa dos direitos do autor advinda pela simples existência do contrato de trabalho, havendo necessidade, assim, de autorização explícita por parte do criador da obra.

III - **O dano moral, tido como lesão à personalidade, à honra da pessoa, mostra-se às vezes de difícil constatação, por atingir os seus reflexos parte muito íntima do indivíduo - o seu interior. Foi visando, então, a uma ampla reparação que o sistema jurídico chegou à conclusão de não se cogitar da prova do prejuízo para demonstrar a violação do moral humano.**

IV - **Evidenciada a violação aos direitos autorais, devida é a indenização**, que, no caso, é majorada.

V - Recurso especial conhecido e parcialmente provido. (STJ - REsp 617.130/DF, Rel. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/03/2005, DJ 02/05/2005, p. 344)

Alega ainda a apelante que o registro da obra literária fora realizado somente após a veiculação do texto em meio eletrônico, o que desconfiguraria a postagem virtual do conteúdo artístico como ofensa aos direitos autorais.

Contudo, a legislação pertinente deixa claro que a proteção aos direitos autorais não se subordina ao registro da obra, sendo este uma faculdade de seu autor. Dessa forma, o registro da produção artística no órgão público competente exsurge como mais um dos possíveis meios de prova para a demonstração de autoria, mas não o único. Nessa esteira, vejamos a disciplina normativa regente:

Art. 18, Lei 9.610/98. A proteção aos direitos de que trata esta Lei independe de registro.

Art. 19, Lei 9.610/98. É facultado ao autor registrar a sua obra no órgão público definido no *caput* e no § 1º do art. 17 da Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973.

Do exposto, não merece prosperar a insurgência recursal quanto à desconfiguração do dano moral sob alegação de ausência de prova do prejuízo, uma vez que basta ao dever de indenizar a prova de violação dos direitos autorais, presente nos autos, sendo o registro formalidade facultativa e dispensável à proteção da obra literária.

Por fim, há de se analisar o pleito recursal pela redução do valor da condenação.

A valoração da compensação moral deve ser apurada mediante prudente arbítrio do magistrado, motivado pelo princípio da razoabilidade e observadas a gravidade e a repercussão do dano, bem como a intensidade e os efeitos do sofrimento. A finalidade compensatória, por sua vez, deve ter caráter didático-pedagógico, evitando o valor excessivo ou ínfimo, objetivando sempre o desestímulo à conduta lesiva.

A indenização por dano moral deve, ainda, obedecer aos princípios da proporcionalidade (intensidade do dano, da culpa, dos transtornos etc.), da exemplaridade (desestímulo à conduta) e da razoabilidade (adequação e modicidade). No caso em apreço, o recorrido sofreu desconforto moral, pois teve sua esfera pessoal e a autoria de sua criação artística atingidas, ultrapassando o mero aborrecimento e configurando verdadeiro dano que merece ser reparado.

Nessa esteira é a jurisprudência do STJ pela necessidade de observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade na fixação do valor condenatório por danos morais na hipótese de violação de direitos autorais, vejamos:

DIREITOS AUTORAIS. LEI N. 9.610/98. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. SANÇÃO CIVIL. FOTOGRAFIAS. PUBLICAÇÃO SEM AUTORIZAÇÃO NEM INDICAÇÃO DE AUTORIA.

1. Nas ações que têm por objeto a vulneração de direitos autorais, a titularidade *passiva ad causam* é da editora que publicou obra não autorizada pelo autor. Portanto, não cabe denunciar à lide terceiro que eventualmente tenha fornecido material a ser divulgado, pois os cuidados com os direitos autorais é de quem publica.
2. O art. 103 da Lei n. 9.610/98 dispõe sobre indenização, decorrente da sanção civil que regulamenta, na medida em que prevê a perda dos exemplares de obras literárias, artísticas ou científicas publicadas sem autorização do autor intelectual e/ou pagamento em espécie do valor de tais exemplares. **Mesmo sendo norma que impõe sanção na forma por ela estipulada, sua aplicação não foge aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, devendo-se sopesar a gravidade do ato praticado e sua repercussão na esfera privada do autor cujos direitos foram afrontados.**
3. Recurso especial conhecido e provido em parte. (STJ - REsp 1317861/PR, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/05/2016, DJe 11/05/2016)

Dessa forma, partindo de tais premissas, infere-se que a sentença deve ser mantida, pois estabeleceu o ressarcimento em valor proporcional, qual seja, R\$ 8.800,00 (oito mil e oitocentos reais). Trata-se de montante adequado, razoável e proporcional para compensar o dano sofrido, visto que seu fim não é enriquecer o ofendido, nem, tampouco, incentivar o ofensor a ignorar a vedação legal, além de atender ao caráter pedagógico da medida.

Cumprindo ainda firmar que, embora tenha sido concedido dano moral em valor inferior (R\$ 8.800,00) ao originariamente pretendido (R\$ 100.000,00), não se configura na hipótese vertente a sucumbência recíproca, nos termos da Súmula 326, do STJ, vejamos: “*Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca*”.

5. Dispositivo

Por todo o exposto, conheço e nego provimento ao recurso de apelação, mantendo em todos os 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, 17 de agosto de 2016.

PROCESSO: 0043605-21.2012.8.06.0167 – REMESSA NECESSÁRIA

AUTORA: MARCELA SHEILA ARAÚJO XAVIER

REMETENTE: JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE SOBRAL

RÉUS: REITOR DA UNIVERSIDADE ESTADUAL VALE DO ACARAÚ - UVA, PRÓ-REITORA DE ENSINO E GRADUAÇÃO DA UNIVERSIDADE ESTADUAL VALE DO ACARAÚ-UVA E DIRETORA ACADÊMICA DE ENSINO DE GRADUAÇÃO DA UNIVERSIDADE VALE DO ACARAÚ-UVA

RELATORA: DESEMBARGADORA MARIA NAILDE PINHEIRO NOGUEIRA

EMENTA: REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ENSINO SUPERIOR. MATRÍCULA. APROVAÇÃO NO EXAME VESTIBULAR. NÃO APRESENTAÇÃO DO CERTIFICADO DE CONCLUSÃO DO ENSINO MÉDIO. RECESSO ESCOLAR. COMPROVAÇÃO POR MEIO DO HISTÓRICO ESCOLAR. RAZOABILIDADE. SEGURANÇA CONCEDIDA. SENTENÇA MANTIDA.

1. Nos termos do art. 44, II, da Lei nº 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação), para admissão de estudante em curso de graduação, além da aprovação em processo seletivo, exige-se a comprovação do término do ensino médio ou de seu equivalente.

2. No caso dos autos, a impetrante foi aprovada no vestibular, obtendo a 21ª colocação para o curso de zootecnia, sendo impossibilitada, contudo, de efetivar sua matrícula, uma vez que no ato desta, a impetrante não portava o certificado de conclusão do ensino médio, apresentando, na oportunidade, Histórico Escolar comprovando tê-lo concluído

com êxito. Contudo, tal documento não foi aceito pela instituição de ensino superior.

3. A jurisprudência pátria já decidiu por reiteradas vezes que o retardo do estabelecimento escolar em fornecer o certificado de conclusão não pode prejudicar o candidato habilitado em processo seletivo.

4. Dessa forma, ao candidato aprovado em vestibular para a Universidade Estadual Vale do Acaraú – UVA seria suficiente comprovar a conclusão do Ensino Médio, não sendo o Certificado de Conclusão exigido o único documento hábil para fins da referida comprovação, mas qualquer outro meio que demonstrasse de maneira cabal o preenchimento de tal requisito, a exemplo do Histórico Escolar.

5. Reexame Necessário conhecido, mas desprovido. Sentença mantida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, em conhecer do Reexame Necessário, mas para **NEGAR-LHE PROVIMENTO**, confirmando a sentença em sua integralidade, nos termos do voto da desembargadora relatora.

Fortaleza, 28 de fevereiro de 2018.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Reexame Necessário, em face de sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Sobral, nos autos do Mandado de Segurança impetrado por MARCELA SHEILA

ARAÚJO XAVIER, contra ato praticado pelo REITOR DA UNIVERSIDADE ESTADUAL VALE DO ACARAÚ – UVA, pela PRÓ-REITORA DE ENSINO DE GRADUAÇÃO DA UNIVERSIDADE ESTADUAL VALE DO ACARAÚ – UVA e pela DIRETORA ACADÊMICA DE ENSINO DE GRADUAÇÃO DA UNIVERSIDADE ESTADUAL VALE DO ACARAÚ – UVA.

Narra a impetrante que foi aprovada no vestibular 2012.2 para o curso de Zootecnia Bacharelado na Universidade Estadual do Vale do Acaraú, obtendo a 21ª colocação no resultado do certame, de um total de 40 vagas.

Ocorre que, no ato da matrícula, no dia 13 de julho de 2012, a impetrante restou impossibilitada de efetivar sua matrícula, uma vez que não portava o certificado de conclusão do ensino médio.

Alega que mesmo apresentando o original do Histórico Escolar, comprovando aprovação em todas as séries, inclusive do 3º ano do ensino médio, os impetrados entenderam que o documento apresentado não seria suficiente a comprovar o requisito exigido no edital do vestibular, no caso a apresentação do “certificado de conclusão do ensino médio”.

Ressalta, ainda, que a demora na expedição do certificado deu-se devido ao recesso escolar, sendo informada que o certificado somente seria entregue após o dia 16/07/2012.

Reputa como abusivo e arbitrário o ato das autoridades impetradas, já que necessário e suficiente seria a comprovação de conclusão do ensino médio, tendo sido tal ato cabalmente demonstrado pela impetrante, conforme documentação trazida aos autos.

Requeru a concessão de medida liminar, sendo-lhe deferida às fls. 50/51, no sentido de determinar sua matrícula no curso de zootecnia da Universidade Estadual Vale do Acaraú-UVA até o dia 30/07/2012.

Notificadas as autoridades coatoras, vieram aos autos as informações prestadas pelo Magnífico Reitor da UVA, defendendo a legalidade do ato impugnado (fls. 55/56).

Manifestação do membro do *Parquet* no primeiro grau de jurisdição, pela procedência do *mandamus* (fls. 61/62).”

Sentenciando o feito às fls. 68/74, o MM. Juiz *a quo* concedeu a segurança pleiteada, confirmando a liminar deferida anteriormente.

Ante a ausência de interposição de recurso voluntário (fl. 79), foram os autos remetidos a este Egrégio Tribunal de Justiça, por força do duplo grau obrigatório.

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça às fls. 94/101, opinando pelo conhecimento e desprovemento do Reexame Necessário, mantendo-se integralmente a sentença reexaminada.

Vieram-me conclusos os autos.

É o relatório, no que tinha de essencial.

VOTO

Conheço do presente Reexame Necessário, uma vez presentes os pressupostos de admissibilidade.

A controvérsia em questão gravita em torno da (i)legalidade da decisão que impediu a impetrante de se matricular no curso superior em zootecnia na Universidade Estadual Vale do Acaraú – UVA, por não apresentar o Certificado de Conclusão de Ensino Médio.

A sentença de concessão da segurança não merece reproche. Explico.

No presente caso, a impetrante logrou êxito no vestibular, obtendo a 21ª colocação no resultado do certame. Todavia, no momento da matrícula, a mesma não portava o certificado de conclusão do ensino médio, em razão do recesso escolar, porém apresentou, na oportunidade, original do Histórico Escolar comprovando tê-lo concluído com sucesso. Contudo, referido documento não foi aceito pela instituição de ensino superior.

Nas informações prestadas às fls. 55/56, o Reitor da UVA justifica o impedimento à matrícula alegando que, para a efetivação da mesma, se faz necessária, além da aprovação no processo seletivo, a apresentação do Certificado de Conclusão do Ensino Médio por ocasião da matrícula, conforme item 7.4 do Edital norteador do certame em questão.

Entretanto, a Lei nº 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), em seu artigo 44, inciso II, disciplina que o candidato à vaga na universidade deverá comprovar a conclusão do ensino médio ou

equivalente, não fazendo menção à qualquer exigência quanto ao certificado, ora exigido pelas autoridades coatoras. Vejamos o que dispõe tal dispositivo:

Art. 44. A educação superior abrangerá os seguintes cursos e programas:

[...]

II - de graduação, abertos a candidatos **que tenham concluído o ensino médio** ou equivalente e tenham sido classificados em processo seletivo; (Grifei)

Acrescente-se, ainda, que o Edital nº 2012.2, em seu subitem 7.4.1 não preconiza a obrigatoriedade da apresentação do Certificado de Conclusão do Ensino Médio, consoante defendido pelo magnífico Reitor da UVA. Ao contrário, corrobora o que está contido na Lei nº 9.394/96, consoante já transcrito. Na oportunidade, transcrevo o referido dispositivo editalício:

“7.4.1 O Candidato fica obrigado a comprovar, no ato da matrícula, a conclusão do Ensino Médio ou equivalente. Caso não a comprove, perde o direito à matrícula. Em caso de ter realizado estudos equivalentes ao Ensino Médio no exterior, no todos ou em parte, o candidato deverá apresentar parecer de equivalência de estudos da Secretaria Estadual de Educação do Estado do Ceará ou de qualquer outro Estado da União.” (Grifei)

Desse modo, observa-se que ao candidato aprovado em vestibular para a Universidade Estadual Vale do Acaraú mostra-se suficiente tão somente comprovar a conclusão do Ensino Médio, não sendo único meio de referida comprovação o Certificado de Conclusão ora exigido, mas qualquer outros meios que demonstrem de maneira cabal o preenchimento de tal requisito.

Na oportunidade, peço vênia para transcrever os fundamentos aplicados ao parecer ministerial emitido pela Procuradoria Geral de Justiça (fls. 94/101):

“Ademais, frize-se, a estudante Marcela Sheila Araújo Xavier apresentou referido Certificado de Conclusão do Ensino

Médio no dia 16/07/2012, ou seja, apenas três dias após a data da matrícula junto à UVA e muito antes do início do período letivo, de forma que, como bem ressaltado pelo MM. Juízo *a quo* nessa sentença de fls. 68/74: ‘*não seria razoável negar matrícula à impetrante, causando-lhe substancial prejuízo por força de exigência meramente formal.*’

Outrossim, registre-se que a não emissão do Certificado de Conclusão do Ensino Médio em momento anterior à data de efetivação da matrícula junto à UVA, deu-se por circunstância alheia à vontade da impetrante (recesso escolar), não se justificando o indeferimento de sua matrícula no curso superior, para o qual se habilitou mediante aprovação em concurso vestibular.[...]”

Nesse sentido, colho os seguintes precedentes desta Egrégia Corte de Justiça, vejamos:

ADMINISTRATIVO. REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. MATRÍCULA EM UNIVERSIDADE. APROVAÇÃO NO VESTIBULAR. NÃO APRESENTAÇÃO DO CERTIFICADO DE CONCLUSÃO DO ENSINO MÉDIO. GREVE DOS PROFESSORES DA REDE PÚBLICA. AUSÊNCIA DE CULPA DO ALUNO. POSSIBILIDADE DE MATRÍCULA. RAZOABILIDADE. REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CONHECIDOS E DEPROVIDOS.

1. O art. 44, II, da Lei nº 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação), exige, para admissão de estudante em curso de graduação, além da aprovação em processo seletivo, a comprovação do término do ensino médio ou de seu equivalente. 2. Possibilidade de o apelado, devidamente aprovado e classificado no processo seletivo pertinente, obter matrícula em Instituição de Ensino Superior, malgrado a não apresentação do Certificado de Conclusão do Ensino Médio ou de outro documento congêner, haja vista que a prorrogação do término do curso se deu por motivo alheio à sua vontade – greve dos professores. 3. Reexame Necessário e Apelação conhecidos e desprovidos.

(TJCE; APL-RN 0031298-61.2014.8.06.0071; Terceira Câmara Cível; Rel. Des. Francisco Gladysen Pontes; DJCE 11/02/2016; Pág. 30). Grifei

REEXAME OBRIGATÓRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CERTIFICADO DE CONCLUSÃO DO ENSINO MÉDIO. LIMINAR DEFERIDA. MATRÍCULA EM INSTITUIÇÃO DE ENSINO SUPERIOR. APLICAÇÃO DA TEORIA DO FATO CONSUMADO. REMESSA IMPROVIDA.

1. **A jurisprudência pátria já decidiu por diversas vezes que o retardo do estabelecimento escolar em fornecer o certificado de conclusão não pode prejudicar o candidato habilitado em processo seletivo. Acertada a decisão de primeiro grau, na medida em que a impetrante havia sido aprovada em concurso de admissão.** 2. Ademais, verifica-se que o pedido liminar foi deferido, encontrando-se a autora cursando o 2º período do curso de Direito, conforme histórico escolar de fls. 43. 3. Desta forma, por não se vislumbrar qualquer dano a ser experimentado pela instituição de ensino, é de se considerar consolidada a situação de fato, o que atrai a aplicação da teoria do fato consumado, segundo a qual a situação jurídica consolidada com o decurso do tempo deva ser respeitada, sob pena de prejudicar desnecessariamente a parte. 4. Remessa obrigatória improvida. (TJCE; RN 0031185-18.2012.8.06.0091; Quinta Câmara Cível; Rel. Des. Carlos Alberto Mendes Forte; DJCE 05/03/2015; Pág. 43). Grifei

Ante tais razões, merece ser mantida a ordem concedida no primeiro grau.

Diante do exposto e de acordo com o parecer ministerial de fls. 94/101, conheço do Reexame Necessário, mas para NEGAR-LHE PROVIMENTO, mantendo-se em sua integralidade a sentença reexaminada.

É como voto.

Fortaleza, 28 de fevereiro de 2018.

PROCESSO: 0045200-10.2008.8.06.0001 - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA

APELANTE: ESTADO DO CEARÁ

APELADO: RONALD ARAUJO OLIVEIRA

RELATOR: DES. PAULO AIRTON ALBUQUERQUE FILHO

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. POLICIAL MILITAR. PARTICIPAÇÃO EM CURSO DE HABILITAÇÃO PARA SUBTENENTES DA PM/CE. CITAÇÃO LITISCONSÓRCIOS. DESNECESSIDADE. PRELIMINAR REJEITADA. CRITÉRIO UTILIZADO PARA PARTICIPAÇÃO. ANTIGUIDADE. LEI 13.729/2006. NÃO COMPROVADA A PRETERIÇÃO. ART. 333, I, DO CPC (ATUAL 373, I). CANDIDATO QUE INGRESSOU NO CURSO POR DECISÃO DE NATUREZA PRECÁRIA POSTERIORMENTE RATIFICADA NA SENTENÇA. TEORIA DO FATO CONSUMADO. INAPLICABILIDADE.

1. Assente na jurisprudência desta Corte de Justiça a desnecessidade de citação dos demais candidatos selecionados para o CHST/2008 como litisconsortes passivos, haja vista que os militares mais antigos do que o autor/apelado gozam de mera expectativa de direito à futuras promoções. Preliminar afastada. Precedentes do TJCE.

2. Consoante verifica-se da instrução normativa acostada aos autos, o critério utilizado para a indicação dos 60 (sessenta) graduados para participarem do referido CHST/2008, foi a antiguidade dos mesmos na patente imediatamente

anterior à de Subtenente (Lei 13.729/2006). Todavia, o apelado não se desincumbiu de comprovar o requisito da antiguidade, apto a ensejar o deferimento de sua inscrição (art. 333, I, do CPC/73, atual 373, I).

3. A participação do recorrido no curso de habilitação foi concedida por força de medida precária (liminar), posteriormente ratificada na sentença. Entretanto, nesta hipótese a jurisprudência consolidada é no sentido da inaplicabilidade da teoria do fato consumado. Precedentes do STF, STJ e TJCE.

4. Remessa Necessária conhecida.

5. Apelação Cível conhecida e provida. Sentença reformada.

ACORDA a Primeira Câmara de Direito Público do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer da remessa necessária e da apelação cível, e dar-lhe, provimento nos termos do voto do relator.

Fortaleza, 13 de fevereiro de 2017.

RELATÓRIO

Trata-se de Remessa Necessária e de Apelação Cível interposta pelo ESTADO DO CEARÁ, objetivando a reforma da sentença (fls. 208/210) proferida pelo MM. Juiz de Direito da 8.^a Vara da Fazenda Pública da Comarca desta Capital, nos autos da ação ordinária ajuizada por RONALD ARAÚJO OLIVEIRA, ora apelado.

Narra o autor, na exordial de fls. 03/11, que o Comando da Polícia Militar publicou o Boletim nº. 114, de 19/6/2008, tornando pública a abertura de Curso de Habilitação a Subtenente-CHST, a ser realizado no

período entre 04 de agosto a 28 de novembro de 2008; que o aludido curso é requisito para sua ascensão na carreira militar.

Aduz que ingressou na PMCE em 9 de fevereiro de 1987 e que labuta mais de 21 (vinte e um) anos na Instituição Castrense, com comportamento excelente.

Notícia que foi prejudicado em suas promoções, pois somente fora indicado para frequentar o curso de Cabo em 1998, quando decorridos mais de 11 (onze) anos de Corporação e somente com 19 anos de polícia foi indicado para o curso de Primeiro Sargento, bem como que foi preterido no CHST publicado no Boletim do Comando Geral nº 114/2008, tendo outros policiais com menos tempo de polícia figurado no referido boletim; que o critério de seleção utilizado foi antiguidade.

Antecipação de tutela deferida às fls. 31/34, determinando a matrícula do requerente no CHST.

Citado, o Estado do Ceará apresentou contestação às fls.40/46, alegando, preliminarmente, ausência de citação de litisconsorte necessário. No mérito, diz que a escolha deu-se pelo critério de antiguidade na graduação de 1º Sargento, com a limitação de 60(sessenta) vagas para o CHTS II 2008, que é razoável matricular os mais antigos no posto de 1º Sargento no CHST.

Defende, ainda, que o último classificado apto para fazer o curso foi promovido à graduação à 1º Sargento em 25/12/2001, enquanto a promoção do postulante ocorreu em 24/12/2006.

O Estado interpôs Agravo de Instrumento às fls. 67/76. Referido recurso, contudo, foi transformado em Agravo Retido pela então relatora, eminente Desembargadora Maria Iracema do Vale Holanda, consoante decisão de fls. 164/167.

O Ministério Público atuante na origem opinou pela ausência de interesse público na lide, a enseja sua intervenção (fls. 80/84).

Petição do autor, acompanhados de documentos, informando que concluiu o Curso de Habilitação a Subtenente (fls. 198/206).

A sentença contém o seguinte dispositivo:

“Ante o exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido autoral, reconhecendo o direito do Requerente à

inclusão e matrícula no Curso de Habilitação a Subtenente da Polícia Militar do Estado do Ceará, confirmando a Antecipação de Tutela deferida às fls. 31/34, por conseguinte, extingo o processo com resolução de mérito, nos termos do Art. 269, I, do Código de Processo Civil.

Condeno o réu ao pagamento dos honorários advocatícios, que, no balizamento do art. 20 e parágrafos, do CPC, arbitro em R\$ 500,00 (quinhentos reais).

Sem custas.

Sentença não sujeita a reexame necessário.”

Nas razões recursais (fls. 214/225), o Estado do Ceará alega que:

I – o Comando da Polícia Militar tem seguido rigorosamente o critério da antiguidade, no tocante à matrícula no Curso de Habilitação a Subtenente, nos moldes da legislação e de acordo com o princípio da razoabilidade administrativa, combinado com o princípio da hierarquia, sendo a antiguidade corolário deste último;

II – a Lei Estadual n.º 13.729, de 11 de janeiro de 2006, prestigia, em vários dispositivos, a hierarquia e a disciplina, colocando a antiguidade como decorrência natural de tais princípios, nos termos dos artigos 2.º 5.º, parágrafo único, 26 e 31;

III – “a legislação sempre respeita o critério da antiguidade e, diga-se, antiguidade no posto ou graduação, e não, como quer fazer entender o autor, tempo de serviço prestado à corporação, critério este objetivo e impessoal, aplicável a todos os militares indistintamente”;

IV – O CHST é destinado exclusivamente àqueles Sargentos mais antigos, não se enquadrando nessa hipótese o apelado, uma vez que o último selecionado a participar do curso foi promovido à graduação de 1º Sargento PM em 25/12/2001, enquanto o autor somente foi promovido à graduação de 1º Sargento em 24/12/2006;

V - inaplicabilidade da teoria do fato consumado para provimentos liminares e precários, sob pena de violação à Constituição Federal (art. 37, *caput*) e ao Código Civil (art. 475-O, II).

Pede, então, seja dado provimento ao apelo, reformando a sentença para julgar improcedente o pedido exordial.

O recurso foi recebido apenas no efeito devolutivo (fl. 226).

Sem contrarrazões, embora devidamente intimada a parte adversa (fls.228/231).

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo total provimento do recurso, reformando a sentença (fls. 239/248).

O presente recurso foi inicialmente distribuído por equidade, em 16.06.2015, para o Desembargador Francisco Darival Beserra Primo (fl. 235) e posteriormente redistribuído por prevenção para o Desembargador Francisco Pedrosa Teixeira, em 25.07.2016, e finalmente, por força da Portaria n.º 1554/2016, que disciplinou as regras de redistribuição dos processos neste Tribunal, foi redistribuído a este relator, em 21.09.2016 (fl. 258).

É o relatório.

Peço dia para julgamento.

VOTO

Presentes os pressupostos processuais próprios da apelação cível e da remessa necessária, pois embora o magistrado singular tenha entendido que a sentença não estaria sujeita ao duplo grau de jurisdição, não se aplica nenhuma das hipóteses excepcionais dos §§ 3.º e 4.º do art. 496 do CPC.

Da preliminar

Suscita o Estado do Ceará, com base no art. 472 do CPC/73, a necessidade de citação dos demais candidatos selecionados para o CHST/2008 como litisconsortes passivos, tendo em vista que “o ingresso de qualquer policial em Curso de Habilitação (CHC, CHS ou CHST), enseja ocupação de vaga em prejuízo de outro militar”.

Contudo, resta assente na jurisprudência desta Corte de Justiça, a impossibilidade de condicionar o exercício do direito de ação ao efetivo interesse dos demais militares convocados para o CHST/2008, haja vista que os militares mais antigos do que o autor/apelado gozam de mera expectativa de direito à futuras promoções.

Neste sentido:

Ementa: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. REMESSA OBRIGATÓRIA E APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROMOÇÃO EM RESSARCIMENTO DE PRETERIÇÃO. *LITISCONSÓRCIO* PASSIVO NECESSÁRIO E DECADÊNCIA. PRELIMINARES REJEITADAS. DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO COMPROVADO. DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA. PROVIMENTO.

1. **Em demanda destinada à promoção, em ressarcimento de preterição, à graduação de Subtenente PM, inexistente *litisconsórcio* passivo necessário entre o impetrante e as demais praças possuidoras de posição mais vantajosa que aquele na fila de antiguidade e que, apesar disso, não teriam figurado no quadro de acesso.** 2. Na hipótese presente, descabe cogitar de decadência, porque a ilegalidade questionada subsiste enquanto não reconhecido o direito às sucessivas promoções, objeto também de requerimento administrativo pendente de apreciação. Precedentes do STJ. 3. Preliminares rejeitadas. 4. Merece reforma a sentença que reconhece o direito líquido e certo à promoção por antiguidade em ressarcimento de preterição com fundamento na revogação parcial da Lei nº 226/1948 e no tratamento discriminatório do autor relativamente a outros *militares* que lograram ascensão funcional à míngua do atendimento dos requisitos legais, porquanto o decisório discrepa da jurisprudência desta Corte e desconsidera que o demandante não se desincumbiu do ônus de nominar e identificar a situação funcional dos agentes que, muito embora mais recentes na Corporação, foram supostamente promovidos ao cargo de Sub-Tenente em detrimento daquele. 5. Apelação e reexame necessário conhecidos e providos para denegar a segurança. (TJCE – Apelação/Remessa Necessária 0525745-80.2000.8.06.0001, Rel. Des. FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA, 1ª Câmara Cível, registro em 15.06.2015).

Ementa: ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO EM AÇÃO ORDINÁRIA. POLICIAL MILITAR. PROMOÇÃO POR ANTIGUIDADE EM RESSARCIMENTO DE PRETERIÇÃO. FORMAÇÃO

DE *LITISCONSÓRCIO* PASSIVO NECESSÁRIO. DESNECESSIDADE. INAPLICABILIDADE DA LEI Nº 226/48 REVOGADA PELA LEI Nº 10.072/76. *CURSO DE HABILITAÇÃO*. NECESSIDADE. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA.

1. **É desnecessária a formação de *litisconsórcio* passivo com todos os cabos da corporação, e todos os soldados mais antigos do que o requerente, pois estes possuem mera expectativa de direito à futuras promoções.** 2. A Lei nº 10.072/76 regulou integralmente a matéria da Lei nº 226/48, revogando-a nos termos do art. 2º, parágrafo 1º da Lei de Introdução ao Código Civil. 3. A participação em *curso de habilitação* à graduação pretendida é requisito essencial para a promoção do Policial Militar por antiguidade. 4. Apelação e Remessa conhecidas e providas. Sentença reformada. (TJCE - Apelação/Remessa Necessária 0033618-18.2005.8.06.0001, Rel. Des. PAULO FRANCISCO BANHOS PONTE, 1.ª Câmara Cível, registro em 20.07.2011)

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. POLÍCIA MILITAR. PARTICIPAÇÃO EM *CURSO* DE FORMAÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. INADMISSIBILIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. ORDEM DENEGADA .

1. Preliminar de ausência de interesse afastada. A conclusão do *Curso* não impede que a controvérsia seja analisada pelo Poder Judiciário, permanecendo o interesse do Autor em ver apreciado o ato contra o qual se indispõe. Precedentes do STJ. “O início do *curso* de formação não conduz à perda de objeto de mandado de segurança no qual se questiona a legalidade de uma das etapas do certame.” RMS 32101 / DF 2. Desnecessária a formação de *litisconsórcio* com os demais militares do *curso* em tela, vez que o direito pleiteado pelo Autor não ocasionaria qualquer prejuízo aos praças. Inexiste relação jurídica entre o Impetrante e os militares abrangidos pelo referido *curso*. Preliminar rejeitada. Precedentes deste Egrégio Tribunal de Justiça. “**Desnecessária a formação de *litisconsórcio* com os demais candidatos ao *curso*, pois estes possuem apenas expectativa de direito.**” AI 26161-93.2009.8.06.0000/0 3. Ausência de prova pré-constituída

apta a escoimar o fluente writ. Inadmissibilidade de dilação probatória. Denegação da segurança pleiteada. Precedentes TJ/CE. “A ação de mandado de segurança tem rito célere e especial, devendo por isso acompanhar a petição inicial prova plena do direito líquido e certo alegado.” MS 24548-38.2009.8.06.0000/0. 4.SEGURANÇA DENEGADA. (TJCE – Mandado de Segurança, 0724877-21.2000.8.06.0000, Rel. Des. MANOEL CEFAS FONTELES TOMAZ, Tribunal Pleno, registro em 09.06.2011).

Preliminar afastada, portanto.

Do mérito.

Primeiramente, importa salientar que a participação do recorrido no curso de formação foi concedida por força de medida precária (liminar), às fls. 31/34, posteriormente ratificada na sentença, ora impugnada.

Conforme relatado, na petição com documentos (fls. 198/206), o autor informa que concluiu o Curso de Habilitação a Subtenente, acostando o certificado emitido em 22.02.2010.

Assim, o cerne da contenda consiste em analisar se é possível a incidência da teoria do fato consumado para sedimentar a decisão precária que determinou o ingresso do candidato no curso de habilitação.

Não desconheço que em situações excepcionálíssimas, é possível a aplicação da teoria do fato consumado, à luz do princípio da segurança jurídica e desde que preenchidos todos requisitos para a participação no curso.

Consoante verifica-se da instrução normativa acostada aos autos (fls. 25/28), o critério utilizado para a indicação dos 60 (sessenta) graduados para participarem do referido CHST/2008, foi a antiguidade dos mesmos na patente imediatamente anterior à de Subtenente, com base na Lei Estadual nº 13.729/2006, que assim dispõe:

Art. 31. A precedência entre militares estaduais da ativa, do mesmo grau hierárquico, é assegurada pela antigüidade

no posto ou na graduação, salvo nos casos de precedência funcional estabelecida neste artigo, em lei ou regulamento.

§ 1º A antiguidade entre os militares do Estado, em igualdade de posto ou graduação, será definida, sucessivamente, pelas seguintes condições:

I - data da última promoção;

II - prevalência sucessiva dos graus hierárquicos anteriores;

III - classificação no curso de formação ou habilitação;

IV - data de nomeação ou admissão;

V - maior idade.

§ 2º Nos casos de promoção a Primeiro-Tenente, de nomeação de oficiais, declaração de Aspirante a Oficial ou admissão de Cadetes ou Alunos-Soldados prevalecerá, para efeito de antiguidade, a ordem de classificação obtida nos respectivos cursos ou concursos.

§ 3º Entre os alunos de um mesmo órgão de formação policial militar ou bombeiro militar, a antiguidade será estabelecida de acordo com o regulamento do respectivo órgão.

§ 4º Em igualdade de posto ou graduação, os militares estaduais da ativa têm precedência sobre os da inatividade.

§ 5º Em igualdade de posto, as precedências entre os Quadros se estabelecerão na seguinte ordem:

I - na Polícia Militar do Ceará:

a) Quadro de Oficiais Policiais Militares - QOPM;

b) Quadro de Oficiais de Saúde - QOSPM;

c) Quadro de Oficiais Capelães - QOCplPM;

d) Quadro de Oficiais de Administração - QOAPM;

e) Quadro de Oficiais Especialistas - QOEPM;

II - no Corpo de Bombeiros Militar do Ceará:

a) Quadro de Oficiais Bombeiros Militares - QOBM;

b) Quadro de Oficiais Complementar Bombeiro Militar - QOCBM;

c) Quadro de Oficiais de Administração - QOABM.

§ 6º Em igualdade de graduação, as praças combatentes têm precedência sobre as praças especialistas.

§ 7º Em igualdade de postos ou graduações, entre os integrantes da Polícia Militar do Ceará e do Corpo de Bombeiros Militar do Ceará, aqueles militares terão precedências hierárquicas sobre estes.

§ 8º A precedência funcional ocorrerá quando, em igualdade de posto ou graduação, o oficial ou praça ocupar cargo ou função que lhe atribua superioridade funcional sobre os integrantes do órgão ou serviço que dirige, comanda ou chefia

E ainda prevê a antiguidade como critério de promoção:

Art. 81. As promoções são efetuadas pelos critérios de:

I - antigüidade;

II - merecimento;

III – bravura;

IV - *post mortem*

A documentação colacionada aos autos pelo Estado do Ceará (fls. 47/65), aponta que o apelado deixou de figurar na referida relação dos 60 (sessenta) indicados, por não possuir antiguidade igual ou superior ao último relacionado para frequentar o mencionado CHST/2008, no caso o 1.º Sargento PM n.º 6196 – Obede Clementino de Assis, o qual foi promovido nessa última graduação em 25.12.2001, enquanto o recorrido foi promovido à graduação de 1.º Sargento PM em 24.12.2006, portanto, em data posterior.

Desse modo, irrelevante o fato de o recorrido haver ingressado na PMCE em 9 de fevereiro de 1987 e que labutar mais de 21(vinte e um) anos na Instituição Castrense, com comportamento excelente.

E mais, conforme já acima destacado, a participação do recorrido no curso de formação e demais fases do certame, foram concedidas por força de provimento judicial de natureza precária (fls. 31/34).

Neste tocante, jurisprudência é no sentido de inaplicabilidade da teoria do fato consumado.

Eis os precedentes, inclusive desta Corte de Justiça e deste relator:

Ementa: AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL. CONCURSO PÚBLICO. POLÍCIA MILITAR. CANDIDATO QUE INGRESSOU NAS FILEIRAS DA CORPORAÇÃO POR DECISÃO DE NATUREZA PRECÁRIA POSTERIORMENTE CASSADA. TEORIA DO FATO CONSUMADO. INAPLICABILIDADE. PRECEDENTES

STF E STJ. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA.

1. A participação do apelante no *curso* de formação e demais fases do **certame**, bem como sua nomeação e posse, foram concedidas por força de medida precária (liminar), posteriormente cassada, face a extinção sem resolução do mérito da Ação Cautelar nº. 0009282-40.2011.8.06.0000, em razão da perda do objeto, por ausência superveniente de interesse de agir. 2. Na presente Ação Ordinária, o recorrente pugna pela permanência ao cargo de soldado da Polícia Militar do Estado do Ceará sob o argumento de que preencheu todos os requisitos necessários para aprovação e posse do concurso público, alegando a incidência da *teoria do fato consumado* para amparar sua pretensão. 3. Entretanto, a jurisprudência consolidada no âmbito dos Tribunais Superiores é no sentido da inaplicabilidade da *teoria do fato consumado* a casos nos quais se pleiteia a permanência em cargo público, cuja posse tenha ocorrido em razão de medida liminar de natureza precária. 4. Nessa esteira, com a extinção da Ação Cautelar nº 0009282-40.2011.8.06.0000 é patente a consequente extinção dos efeitos da medida liminar que assegurava a permanência do apelante no cargo. 5. Precedentes STF, STJ e TJ/CE. Agravo Interno conhecido e desprovido. (TJCE – Agravo 0045738-48.2012.8.06.0001, Rel. Des. PAULO AIRTON ALBUQUERQUE FILHO, 1.ª Câmara Cível, registro em 20.07.2015)

Ementa: ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CURSO DE HABILITAÇÃO DE SARGENTOS - CHS/2009. FORMAÇÃO DE LISTISCONSÓRCIO PASSIVO. DESNECESSIDADE. CURSO DE FORMAÇÃO EM ANDAMENTO. POSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO DO AGRAVADO. PERDA DO OBJETO. INOCORRÊNCIA. CONCLUSÃO DO CURSO PELO AGRAVADO. **TEORIA DO FATO CONSUMADO. INAPLICABILIDADE.** NÃO ACOLHIMENTO DA PRELIMINAR SUSCITADA PELO AGRAVADO. TERCEIRO-SARGENTO. PRECEDÊNCIA HIERÁRQUICA EM RELAÇÃO AOS CABOS. EXISTÊNCIA. REQUISITOS LEGAIS PARA A PARTICIPAÇÃO NO CURSO PREENCHIDOS. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E IMPROVIDO.

I- Desnecessária a formação de *litisconsórcio* com os demais candidatos ao *curso*, pois estes possuem apenas expectativa de direito. Precedentes. II - Perda do objeto. Inocorrência. O Agravante foi intimado em tempo hábil para efetivar a participação do Agravado no *Curso*. III - Por outro lado, **não assiste razão ao Agravado quando sustenta a aplicação da Teoria do Fato Consumado em virtude da conclusão do curso no decorrer do processo. Jurisprudência consolidada pelo STF nesse sentido.** IV - O Agravante ostenta a graduação de terceiro-sargento, extinta pela Lei nº 13.035 de 30/06/2000. No entanto, a referida Lei assegurou a precedência hierárquica destes em relação às demais graduações inferiores. Com efeito, em uma lista de candidatos formada por cabos, um terceiro-sargento tem precedência em relação àqueles por ser hierarquicamente superior. Requisitos legais para a participação no *curso* preenchidos. V- Agravado de instrumento conhecido e improvido. (TJCE – Agravado de Instrumento 0026161-93.2009.8.06.0000, Rel. Des. PAULO FRANCISCO BANHOS PONTE, 1.^a Câmara Cível, registro em 20.04.2011)

Ementa: CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL. AÇÃO ORDINÁRIA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. REEXAME NECESSÁRIO. OBRIGATORIEDADE. **NOMEAÇÃO PRECÁRIA EM CARGO PÚBLICO. REVERSIBILIDADE DA DECISÃO JUDICIAL. FATO CONSUMADO. INEXISTÊNCIA.** LITISCONSÓRCIO ATIVO FACULTATIVO ULTERIOR. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. CONCURSO PÚBLICO. REPROVAÇÃO NA PRIMEIRA FASE. POSTERIOR REINserÇÃO NO CERTAME. IMPOSSIBILIDADE. REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CONHECIDAS E PROVIDAS.

1. Sobre a necessidade de reexame necessário, a exceção contemplada no § 2º do art. 475 do CPC supõe, primeiro, que a condenação ou o direito controvertido tenham valor certo e, segundo, que o respectivo montante não exceda de 60 salários mínimos. 2. **É inaplicável a Teoria do Fato Consumado, segundo o entendimento consolidado dos Tribunais Superiores, quando o candidato toma posse em cargo público sabendo que seu processo judicial ainda**

não havia findado, submetendo-se, portanto, aos riscos da reversibilidade do julgamento. 3. A inclusão de litisconsorte ativo facultativo, após a distribuição da ação judicial, configura desrespeito à garantia constitucional do Juiz Natural (artigo 5º, incisos XXXVII e LIII, da Constituição da República de 1988), praxe que é coibida pela norma inserta no inciso II, do artigo 253, do CPC (com a redação dada pela Lei 11.280/2006), segundo a qual as causas de qualquer natureza distribuir-se-ão por dependência quando, tendo sido extinto o processo, sem julgamento de mérito, for reiterado o pedido, ainda que em litisconsórcio com outros autores ou que sejam parcialmente alterados os réus da demanda 4. É lícito ao Tribunal determinar a extinção do processo, sem resolução do mérito, se detectada distribuição irregularmente dirigida, com violação ao princípio do juiz natural. 5. Inaplicabilidade do art. 113, § 2º, do CPC, na hipótese, pois não se trata de reconhecimento da incompetência absoluta. 6. Não cabe a reinserção de candidato em concurso público quando sua eliminação no certame não haja sido fundamentadamente atacada na ação judicial. 7. Caso a resposta a recurso administrativo seja genérica, cabe ao Poder Judiciário, tão somente, determinar que a Administração a fundamente. 8. Apelação e remessa necessária conhecidas e providas. (TJCE – Apelação 0035742-32.2009.8.06.0001, Rel. Des. FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA, 1.ª Câmara Cível, registro em 03.02.2011)

No mesmo sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. ANULAÇÃO DE QUESTÕES DE PROVA PELO PODER JUDICIÁRIO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. TEORIA DO FATO CONSUMADO. INAPLICABILIDADE. PRECEDENTES.

1. Pacífica a jurisprudência desta Corte de que o Poder Judiciário não pode se substituir à banca examinadora do concurso público para aferir a correção das questões de prova e a elas atribuir a devida pontuação, consoante previsão editalícia. 2. Inadmissível, em recurso extraordinário,

o reexame dos fatos e das provas dos autos. Incidência da Súmula nº 279/STF.3. **A jurisprudência deste Tribunal é no sentido da inaplicabilidade da teoria do fato consumado a casos nos quais se pleiteia a permanência em cargo público, cuja posse tenha ocorrido de forma precária, em razão de decisão judicial não definitiva.**4. Agravo regimental não provido. (405964 RS , Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 24/04/2012, Primeira Turma, Data de Publicação: Acórdão eletrônico DJe-095 divulg 15-05-2012 public 16-05-2012)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATA MANTIDA NAS FASES DO CONCURSO POR DECISÃO LIMINAR. TEORIA DO FATO CONSUMADO. INAPLICABILIDADE. PRECEDENTES.

1. A jurisprudência deste Tribunal é no sentido da inaplicabilidade da teoria do fato consumado a casos nos quais se pleiteia a permanência em cargo público, cuja posse tenha ocorrido em razão de deferimento de liminar.2. **Agravo regimental não provido.**(645392 SE , Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 18/10/2011, Primeira Turma, Data de Publicação: Acórdão eletrônico DJe-226 divulg 28-11-2011 public 29-11-2011)

Ementa: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRELIMINAR DE REPERCUSSÃO GERAL. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. ÔNUS DO RECORRENTE. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. QUESTÃO INFRACONSTITUCIONAL. REPERCUSSÃO GERAL NEGADA (ARE 748.371, REL. MIN. GILMAR MENDES, TEMA 660). CONCURSO PÚBLICO. PROVA DE TÍTULOS. REAPRECIAÇÃO DE CLÁUSULAS DO EDITAL E DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS 279 E 454/STF. **MANUTENÇÃO DE CANDIDATO EM CARGO PÚBLICO POR FORÇA DE DECISÃO JUDICIAL DE CARÁTER PROVISÓRIO PELA APLICAÇÃO DA TEORIA DO FATO**

CONSUMADO. INVIABILIDADE (RE 608.482, REL. MIN. TEORI ZAVASCKI, TEMA 476). AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (STF RE 846930 AgR, Relator(a): Min. TEORI , Segunda Turma, julgado em 10/02/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-039 DIVULG 27-02-2015 PUBLIC 02-03-2015)

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO. MILITAR. CONCURSO AO CURSO DE FORMAÇÃO. REALIZAÇÃO POR FORÇA DE LIMINAR, CASSADA. INAPLICABILIDADE DA TEORIA DO FATO CONSUMADO. PRECEDENTES. ALTERAÇÃO DO EDITAL. POSSIBILIDADE. CRITÉRIOS DE PONTUAÇÃO. DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE VIOLAÇÃO DA ISONOMIA. PRECEDENTES. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

1. Cuida-se de recurso ordinário interposto contra acórdão no qual foi denegada a segurança ao pleito mandamental de alteração dos critérios de concurso ao curso de habilitação de oficiais de administração. O Tribunal de origem consignou que não havia como apreciar a conveniência e a oportunidade dos valor dos títulos e que não havia falar em violação à impessoalidade e à isonomia.

2. O candidato terminou o curso de habilitação em posição superior a outros, já que foi guindado por força de liminar. Todavia, é sabido que a promoção por força de medida judicial precária não gera direito adquirido.Precedente: AgRg no RMS 37.650/BA, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 14.10.2013.

3. A insurgência de mérito está dirigida contra os critérios adotados no concurso de seleção ao curso de formação. De forma geral, por força da noção de conveniência e de oportunidade, não é possível adentrar no exame dos critérios discricionários para fixação do peso de títulos em certames. Precedente: RMS 35.595/BA, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado DJe 16.4.2013.

4. As alegações de que teria havido alteração das regras para prover o favorecimento pessoal de candidatos não veio acompanhada de provas; ademais, tais modificações

se aplicaram ao universo dos candidatos e, assim, não há como considerar a existência de máculas. Precedente: RMS 18.855/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 25.3.2009.

Agravo regimental improvido. (AgRg no RMS 45.271/GO, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/05/2014, DJe 28/05/2014)

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. POLICIAL MILITAR. CURSO DE FORMAÇÃO. TEORIA DO FATO CONSUMADO. INAPLICABILIDADE. PARTICIPAÇÃO NO CURSO POR FORÇA DE MEDIDA PRECÁRIA.

1. O simples fato do recorrente ter concluído o curso de formação com êxito não autoriza a aplicação da teoria do fato consumado(AgRg no AREsp 144.940/PE, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 29/05/2012).

2. A teoria do fato consumado não se aplica às hipóteses em que a participação do candidato no curso de formação ocorreu de modo precário, por força de liminar, visto que o candidato assume o risco da reversibilidade da decisão que lhe foi favorável.Nesse sentido: AgRg no 45.271/GO, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 28/05/2014; AgRg no RMS 37.650/BA, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 14/10/2013; AgRg no REsp 1214953/MS, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 25/03/2013; AgRg nos EDcl no REsp 1331012/MS, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 13/03/2013.

3. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1445382/CE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/09/2014, DJe 24/09/2014).

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA O CARGO DE SOLDADO DA POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DE PERNAMBUCO. CANDIDATOS HABILITADOS NA PRIMEIRA FASE DO CERTAME. LIMITAÇÃO DOS CONVOCÁVEIS PARA PARTICIPAÇÃO NA SEGUNDA ETAPA DO PROCESSO

SELETIVO. INEXISTÊNCIA DE DIREITO SUBJETIVO. ATO DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO, QUE RESPEITOU OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. AGRAVO INTERNO DO PARTICULAR A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. O Supremo Tribunal Federal decidiu, no julgamento do RE 635.739/AL, pelo regime da repercussão geral, ser válida a chamada cláusula de barreira, norma editalícia pela qual há limitação do contingente de candidatos que podem, segundo parâmetros objetivos, seguir às demais fases do certame.
2. A limitação de convocação de candidatos aprovados para a segunda etapa do certame tem por escopo selecionar os melhores e mais aptos para o exercício da profissão, de sorte que os classificados na primeira etapa do concurso têm somente expectativa de direito à convocação para as demais fases, o que não basta para obter tutela mandamental.
3. **Não se aplica a teoria do fato consumado em caso de situações amparadas por medidas de natureza precária, como liminar e antecipação do efeito da tutela, não havendo que se falar em situação consolidada pelo decurso do tempo, sendo entendimento nesta Corte Superior que a participação em etapa de concurso público por força de liminar não dá direito subjetivo à nomeação e posse.**
4. O simples fato do recorrente ter concluído o Curso de Formação com êxito não autoriza a aplicação da teoria do fato consumado.
5. Agravo Interno do particular desprovido. (AgInt no RMS 37.403/PE, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/10/2016, DJe 18/10/2016)

Nesse diapasão, vislumbra-se que o magistrado *a quo* não agiu com acerto ao julgar parcialmente procedente o pedido autoral, reconhecendo o direito do requerente à inclusão e matrícula no aludido Curso de Habilitação, confirmando a antecipação de tutela concedida às fls. 31/34.

Isto posto, conheço da remessa necessária e da apelação cível e, em consonância com os excertos jurisprudenciais acima invocados, dou-

lhe provimento para reformar a sentença, julgando improcedente o pedido exordial e desconstituindo a antecipação de tutela deferida.

Por consequência, inverte-se o ônus da sucumbência, sujeitando, no entanto, a exigibilidade à regra do § 3.º do art. 98 do CPC.

É como voto.

Fortaleza, 13 de fevereiro de 2017.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0045967-27.2003.8.06.0000, ORIUNDA DA VARA ÚNICA DA COMARCA DE TURURU.

APELANTE: MARIA DE FÁTIMA OLIVEIRA.

APELADO: MUNICÍPIO DE TURURU.

RELATOR: JUIZ CONVOCADO DR. HENRIQUE JORGE HOLANDA SILVEIRA.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL/ ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS. NÃO DEMONSTRAÇÃO DA COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO. RECURSO NÃO PROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

1. Tratam os autos de apelação cível interposta em face de sentença que denegou a segurança por ausência de demonstração da compatibilidade de horários para exercício de dois cargos públicos.

2. O art. 37, inciso XVI, “b” da Constituição Federal de 1988 autoriza a acumulação remunerada de um cargo de professor com outro técnico, desde que haja compatibilidade de horários.

3. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que “o art. 37 da Constituição Federal e o art. 118 da Lei 8.112/1990 preveem a acumulação remunerada de dois cargos ou empregos privativos de Profissionais de Saúde, desde que haja compatibilidade de horários e os ganhos acumulados não excedam o teto remuneratório previsto no art. 37, XI da Lei Maior.” (REsp 1666668/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/06/2017, DJe 21/06/2017)

4. *In casu*, recorrente não demonstrou a compatibilidade de horários, razão pela qual resta ausente o direito líquido e certo a amparar sua pretensão.

- Apelação conhecida e não provida.

- Sentença mantida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível nº 0045967-27.2003.8.06.0000, em que figuram as partes acima indicadas. Acorda a 3ª Câmara de Direito Público do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em r da apelação interposta para negar-lhe provimento, mantendo inalterada a sentença recorrida, termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

Tratam os autos de Apelação Cível interposta com o objetivo de desconstituir sentença proferida pelo Juízo da Vara Única da Comarca Vinculada de Tururu que decidiu pela denegação da segurança postulada na inicial.

O caso/a ação originária: Maria de Fátima Oliveira impetrou mandado de segurança contra ato tido por ilegal e abusivo atribuído ao Prefeito Municipal de Tururu, o qual teria impedido sua nomeação e posse no cargo de Fiscal de Tributos pelo fato de já ocupar cargo público de professora no Município de Itapipoca.

Às fls. 26/27, a então magistrada singular indeferiu a petição inicial, tendo o e. Tribunal de Justiça, ao apreciar o recurso apelatório interposto, anulado a sentença *a quo*, conforme acórdão acostado às fls. 78/81.

Após retorno dos autos à instância singular, o douto magistrado determinou a intimação da impetrante (fl. 123/124), bem como a notificação do impetrado (fls. 132/133).

O Município de Tururu apresentou manifestação, às fls. 135/137, defendendo a legalidade do ato, aduzindo não ser possível a acumulação de cargos públicos conforme pretende a impetrante.

Sentença proferida pelo magistrado de primeiro grau de jurisdição decidindo pela ção da segurança(fls. 147/151). Transcrevo seu dispositivo, no que interessa:

“Por tais motivos e considerando mais que consta dos autos, julgo extinto o processo, com resolução do mérito, para julgar IMPROCEDENTE o pedido deduzido pela Impetrante e, por conseguinte, denegar a ordem.”

Inconformada, a impetrante interpôs recurso apelatório, às fls. 155/162, suplicando pela reforma da sentença *a quo*, o argumento de que “*não há qualquer ilegalidade da acumulação remunerada de dois cargos*” (fl. 157).

Apesar de intimado (fl. 165), o apelado deixou transcorrer in albis o prazo para apresentar contrarrazões.

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça, às fls. 178/185, opinando pela confirmação da sentença de primeiro grau de jurisdição.

É o relatório.

Peço dia para julgamento.

VOTO

Preenchidos os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso apelatório interposto.

No caso, a apelante fora aprovada em concurso público para o cargo de Fiscal de Tributos do Município de Tururu, sendo impedida de tomar posse e entrar em exercício por ocupar outro cargo público no Município de Itapipoca.

A fim de demonstrar seu direito líquido e certo, a insurgente afirmou que a hipótese em questão se amolda perfeitamente a exceção prevista no art. 37, XVI, “b”, da Constituição Federal de 1988, que assim dispõe:

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

(...)

XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI:

a) a de dois cargos de professor;

b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico;

c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas;” (destacado)

Com efeito, o simples fato de a recorrente exercer o cargo de professora no Município de Itapipoca não a impediria de assumir o cargo público de Fiscal de Tributos no Município de Tururu, desde que devidamente comprovada a possibilidade de exercício de ambos os cargos.

Contudo, analisando detidamente os autos, mormente a documentação apresentada pela impetrante, não houve comprovação do direito líquido e certo, vez que a Sra. Maria de Fátima Oliveira não demonstrou a compatibilidade de horários, não havendo como mensurar a possibilidade de acumulação dos cargos públicos de Professora e de Fiscal de Tributos.

Trata-se, aqui, da estrita aplicação do princípio da moralidade, vez que não se mostra razoável a posse de um servidor para exercer determinado cargo público quando há choque de horário com outro já ocupante.

A Administração Pública é pautada também pelo princípio da legalidade, não podendo praticar atos contrários aos mandamentos legais, especialmente aqueles previstos em nossa Constituição da República.

A este respeito, imperioso transcrever a lição do mestre Hely Lopes Meirelles, na obra “*Direito Administrativo Brasileiro*”, a edição, página 89, *verbis*:

“(...)

A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, *caput*), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei

e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso. (...)

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei significa “deve fazer assim”.

As leis administrativas são, normalmente, de ordem pública e seus preceitos não podem ser descumpridos, nem mesmo por acordo ou vontade conjunta de seus aplicadores e destinatários, uma vez que contêm verdadeiros poderes-deveres, irrevogáveis pelos agentes públicos. Por outras palavras, a natureza da função pública e a finalidade do Estado impedem que seus agentes deixem de exercitar os poderes e de cumprir os deveres que a lei lhes impõe. Tais poderes, conferidos à Administração Pública para serem utilizados em benefício da coletividade, não podem ser renunciados ou descumpridos pelo administrador sem ofensa ao bem comum, que é o supremo e único objetivo de toda ação administrativa.

(...). ”

Analisando a possibilidade de acumulação de cargos públicos, o Professor José Afonso da Silva, em sua obra “*Curso de Direito Constitucional Positivo*”, , página 689, leciona que:

“(...)

A Constituição, seguindo a tradição, veda as acumulações remuneradas de cargos, empregos e funções na Administração direta e nas autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público (EC-19/98), significando isso que, ressalvadas as exceções expressas (infra), não é permitido a um mesmo servidor acumular dois ou mais cargos ou funções ou empregos, nem cargo com função ou emprego, nem função com emprego, quer sejam um e outros da Administração direta ou indireta, quer sejam um daquela e outro desta (art. 37, XVI e XVII).

Autorizam-se, contudo, exceções, para possibilitar a acumulação nos seguintes casos: (a) dois cargos de professor; **(b) um cargo de professor com outro técnico ou científico;**(c) dois cargos ou empregos privativos de profissionais da saúde, com profissões regulamentadas. As exceções, nos casos das letras a e b, só se referem a cargos; no da letra c, a cargo e emprego. **Observe-se, também, que, em qualquer das hipóteses excepcionadas, a acumulação só será lícita em havendo compatibilidade de horário, notando-se que a Constituição não exige mais a correlação de matérias entre os cargos acumuláveis de professores ou um de professor e outro técnico ou científico.** Mas a remuneração ou subsídio dos cargos acumulados não pode ultrapassar o teto do art. 37, XI.

Igualmente, é vedada a percepção simultânea de proventos da aposentadoria do art. 40 (titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e suas autarquias e fundações) ou dos arts. 42 (Polícia Militar) e 142 (Militares das Forças Armadas) com remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvados os cargos acumuláveis na forma da Constituição (cf. *supra*), os cargos efetivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração (EC-20/98), respeitado o teto do art. 37, XI.

(...)” (destacado)

Sendo assim, não é razoável o argumento da apelante segundo o qual “*se houvesse incompatibilidade de horários o Apelado teria se manifestado quanto a isto, entretanto em nenhum momento tocou no assunto o que comprova plenamente que existia a compatibilidade de que a apelante assumisse o cargo*” (fl. 161).

Em verdade, a recorrente não se desincumbiu de seu ônus probatório ao não apresentar documentações que demonstrassem a compatibilidade de horários entre o exercício dos cargos de professora e fiscal de tributos.

Este é inclusive o entendimento dos mais diversos Tribunais da Federação que, ao analisar idêntica matéria, assim se posicionaram:

“APELAÇÃO CÍVEL. CONCURSO PÚBLICO. MUNICÍPIO DE SÃO LEOPOLDO. ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS. AUSENTE COMPROVAÇÃO DE COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS. ARTS. 37, XVI, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, E 333, I, DO CPC DE 1973.

I - Cabível a acumulação de cargos de forma excepcional, conquanto prevista nas hipóteses das alíneas do inciso XVI do art. 37 da Carta. **No caso, ausente comprovação da compatibilidade para o exercício de dois cargos públicos de Técnico de Enfermagem, ônus cabível a recorrente, a teor do art. 333, I, do CPC de 1973. Precedentes jurisprudenciais. Negado seguimento ao recurso.**(Apelação Cível Nº 70069599546, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eduardo Delgado, Julgado em 12/09/2017) (destacado).

* * *

“RECURSO INOMINADO. MUNICÍPIO DE CAMAQUA. CONCURSO PÚBLICO. CUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS. INCOMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA.O autor foi nomeado para o cargo de Professor de Matemática no município. Todavia, não conseguiu tomar posse por questões subjetivas, pois a única vaga disponível é para dar aulas no turno da manhã, turno no qual o demandante já desempenha funções públicas, igualmente em cargo de professor. A Constituição Federal, em seu art. 37, XVI, admite excepcionalmente a acumulação de dois cargos públicos de professor, porém desde que haja compatibilidade de horários. Na espécie, há documento atestando a inexistência de vagas nos turnos da tarde e da noite no município, de modo que a única vaga disponível é no turno da manhã. Destarte, acolher a pretensão do autor é ferir de morte princípio basilar da administração pública, uma vez que os atos administrativos devem ser pautados também pela impessoalidade. O que justifica a nomeação de um servidor é a necessidade e o interesse público. No caso, a finalidade do ato administrativo de nomeação é suprir a vaga de Professor de Matemática no turno da manhã e não tornar o autor um servidor público a

qualquer custo, de forma arbitrária e irresponsável na gestão dos recursos públicos e na própria prestação do serviço público de educação. Ademais, ao contrário do que afirma o recorrente, não é dever da administração promover a sua remoção de ofício na primeira matrícula. O ato de remoção ocorreria em razão do seu interesse particular e não da administração, ou seja, não se trataria de ato administrativo impessoal. O impedimento à posse e ao exercício, portanto, é pessoal e constitucional, mas não administrativo. RECURSO DESPROVIDO, POR MAIORIA.” (TJRS; Recurso Cível Nº 71006801666, Segunda Turma Recursal da Fazenda Pública, Turmas Recursais, Relator: Mauro Caum Gonçalves, Redator: Rosane Ramos de Oliveira Michels, Julgado em 28/09/2017) (destacado)

* * *

DIREITO ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. AGENTE DE POLICIA CIVIL. ACUMULAÇÃO COM CARGO DE PROFESSOR. OPÇÃO. REQUISITOS. AUSÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO.

1. Segundo o artigo 37 inciso XVI alínea ‘b’ da Constituição Federal é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, salvo nas hipóteses expressamente autorizadas e desde que haja compatibilidade de horários. Embora possa se entender que o cargo de Agente da Policial Civil do Distrito Federal detenha natureza técnica, não há como encontrar compatibilidade de horários para a sua cumulação com o cargo de professor. 2. Recurso desprovido. (TJDF; Acórdão n.753508, 20070110630274APC, Relator: ANTONINHO LOPES, Revisor: CRUZ MACEDO, 4ª Turma Cível, Data de Julgamento: 21/11/2012, Publicado no DJE: 27/01/2014. Pág.: 155) (destacado).

Outra não é a posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se observa do seguinte aresto:

“ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. ACUMULAÇÃO DE CARGOS. COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS NÃO DEMONSTRADA. ACÓRDÃO RECORRIDO EM SINTONIA COM O ENTENDIMENTO DO STJ. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. O art. 37 da Constituição Federal e o art. 118 da Lei 8.112/1990 preveem a acumulação remunerada de dois cargos ou empregos privativos de Profissionais de Saúde, desde que haja compatibilidade de horários e os ganhos acumulados não excedam o teto remuneratório previsto no art. 37, XI da Lei Maior. **2. Hipótese em que o Tribunal de origem, ao dirimir a controvérsia, concluiu que não houve comprovação da compatibilidade de horários a permitir a pretendida acumulação de cargos.** 3. **O acórdão recorrido está em sintonia com o entendimento do STJ de que a pretendida acumulação de cargos, no caso, é ilícita, tendo em vista que a jornada semanal da parte autora é superior ao limite de 60 horas semanais.** 4. Ainda que ultrapassado esse óbice, rever o entendimento consignado pela Corte local quanto à incompatibilidade de horários entre os cargos que se pretende acumular requer revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é inadmissível na via estreita do Recurso Especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ. 5. Recurso Especial não provido.” (REsp 1666668/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/06/2017, DJe 21/06/2017) (destacado).

Desta forma, não tendo a impetrante demonstrado seu direito líquido e certo mediante apresentação de prova quanto a compatibilidade de horários, correta a sentença *a quo* denegou a segurança pretendida.

DISPOSITIVO

Por tais razões, com base nos precedentes citados, conheço da apelação interpostapara negar-lhe provimento, integralmente a sentença recorrida.

É como voto.

Fortaleza, 12 de março de 2018.

PROCESSO: 0046290-58.2005.8.06.0001-APELAÇÃO CÍVEL

APELANTE: FRANCISCO CARVALHO NETO

APELADO: MUNICÍPIO DE FORTALEZA

RELATORA: DESEMBARGADORA MARIA NAILDE PINHEIRO NOGUEIRA

EMENTA: ADMINISTRATIVO. PERMISSÃO DE USO. ALEGATIVA DE ERRO. ANULAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO. PRETENSÃO DE REPARAÇÃO PELOS DANOS MORAIS. PROCESSO ADMINISTRATIVO. CONCORDÂNCIA AOS VALORES DE BENFEITORIAS APURADOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CELEBRAÇÃO DE TERMO DE AJUSTE PARA TÉRMINO DA PERMISSÃO DE USO. ACEITE DO PAGAMENTO DAS BENFEITORIAS. INSUBSISTÊNCIA DE ELEMENTOS A CONFIGURAR ERRO NA EFETIVAÇÃO DO AJUSTE. PROCESSO ADMINISTRATIVO REGULAR. PLEITO DE REPARAÇÃO PELOS DANOS MORAIS. CARÊNCIA DE ELEMENTOS. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

1. O tema em debate gira em torno do questionamento sobre término do termo de permissão de uso de bem imóvel firmado entre o Sr. Francisco Carvalho Neto e o Município de Fortaleza, em que o permissionário alega ter sido prejudicado no negócio jurídico entabulado, requerendo a anulação do mesmo e a condenação do Ente Municipal pelos danos morais sofridos.

2. Dentre os elementos probatórios trazidos aos autos consta processo administrativo visando a desocupação das barracas de praia comprometidas pelas obras de urbanização da Av. Beira Mar, em que se registra laudo de avaliação das benfeitorias realizadas no imóvel (fl. 68/69), sendo tal documento subscrito pela parte recorrente em concordância ao valor apurado pela Administração Municipal.
3. Em sequência, o permissionário firmou Termo de Ajuste para desocupação do equipamento público e rescisão da Permissão estabelecida junto à Administração Pública.
4. O argumento apresentado pelo Recorrente fundamenta-se em alegado vício na vontade ao subscrever o aludido termo de ajuste, pois hipoteticamente subsistiria promessa por parte do Município de Fortaleza de que lhe seria fornecido local diverso para realizar suas atividades como comerciante.
5. O processo administrativo e o Termo de Ajuste foram claros e precisos ao estabelecerem a imediata retirada do ocupante do imóvel através do aceite do pagamento pelas benfeitorias realizadas no valor de R\$ 18.000,00 (dezoito mil reais), inexistindo qualquer causa ou motivo registrado a fundamentar a saída da parte insurgente do bem público, excetuado o pagamento das benfeitorias, cujo recebimento foi confirmado pela própria parte.
6. No caso em comento, não se destacam elementos suficientes para apontar o alegado erro substancial por parte do permissionário ao firmar seu consenso

em retirar-se do imóvel de propriedade do Município de Fortaleza.

7. Conclui-se, à míngua de elementos probatórios apresentados pela parte insurgente, que o Processo Administrativo nº 52750/2015 visando a desocupação da barraca de praia ocupada pelo Recorrente, com o objetivo de realizar obras de urbanização da Av. Beira Mar, ocorreu regularmente, sendo cumpridos todos os elementos legais necessários para sua consecução.

8. Via de consequência, ante a regularidade do processo administrativo de término da permissão de uso, resta prejudicado o pleito de reparação por possíveis danos morais sofridos, por completa ausência de elementos fáticos e jurídicos a ensejar tal pretensão.

9. Recurso conhecido e improvido. Sentença mantida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em conhecer da Apelação nº 0046290-58.2005.8.06.0001, julgando-a improcedente, nos termos do voto da eminente Relatora.

Fortaleza, 28 de fevereiro de 2018.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta por Francisco Carvalho Neto com intuito de reformar sentença prolatada pela Magistrada da 14ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza o qual julgou improcedente

Ação Anulatória de Negócio Jurídico cumulada com Reparação de Danos Morais objetivando o afastamento do cancelamento unilateral do termo de permissão de uso de bem imóvel em face do Município de Fortaleza.

O recorrente, em suas razões recursais, sustenta a plausibilidade do controle jurisdicional da Administração Pública. Alega que tal controle pode ser realizado sempre que o ato administrativo violar a legalidade. Aponta o precedente em torno do julgamento da ADPF nº 45 e colaciona outros julgados semelhantes sobre o tema.

Esclarece que o Município de Fortaleza firmou acordo com o apelante, o qual somente foi aceito mediante a promessa de que lhe seria fornecido novo local para que o Recorrente pudesse exercer suas atividades laborais de comerciante. Destaca que o pacto fora assinado sem a assistência de defensor ou advogado, fato que ressalta ter sido a referida avença celebrada em grau de desigualdade, bem como não fora acompanhada de testemunhas, razões pelas quais deve ser declarada nula estabelecendo-se o *status quo ante* ou a Administração deve ser obrigada a pagar a indenização pleiteada na exordial.

Ao cabo, postula o conhecimento e provimento do recurso para que seja restaurado o *status quo ante* restabelecendo o Apelante na condição de permissionário do Município de Fortaleza, condenando o Ente municipal a obrigação de pagar indenização pelos danos morais sofridos.

O Município de Fortaleza apresenta contrarrazões ao recurso aduzindo inicialmente que houve ampliação dos limites objetivos da lide, uma vez que o pleito intentado pelo Autor foi no sentido de ser anulado o negócio jurídico cumulado ao pedido de indenização a título de danos morais, restando impossibilitada a ampliação em novo pedido em razão dos óbices material e processual.

Aponta ter sido cumprido rigorosamente o procedimento para desocupação do espaço público através de notificação prévia para término do contrato de permissão, e após firmado acordo escrito, efetivado sem qualquer vício no consentimento, foi aceito o valor de R\$ 18.000,00 (dezoito mil reais) pelas benfeitorias realizadas, sendo desocupado voluntariamente o espaço.

Argumenta inexistir prova de vício de consentimento, ou ainda, inoportunizar danos morais por inexistir qualquer violação sobre os direitos de personalidade do recorrente em decorrência da natureza precária da relação entre o Poder Público e o Permissionário.

Descreve a relação de permissão de uso de bem público, cujo caráter se reveste de ato negocial, unilateral, discricionário e precário, sendo facultado ao particular a utilização individual de determinado bem público, mas sempre modificável e revogável unilateralmente pela Administração.

Ao término, postula pelo improvimento do recurso, ante a inexistência de equívoco ou erro na sentença admoestada.

É o relatório no que há de essencial.

VOTO

O tema em debate gira em torno do questionamento sobre o término do termo de permissão de uso de bem imóvel firmado entre o Sr. Francisco Carvalho Neto e o Município de Fortaleza, em que o permissionário alega ter sido prejudicado no negócio jurídico entabulado, requerendo a anulação do mesmo e a condenação do Ente Municipal pelos danos morais sofridos.

De início, trago o ensinamento do renomado doutrinador José dos Santos Carvalho Filho, o qual esclarece o delineamento da permissão de uso, instituto publicista, em que restou firmado o liame contratual entre as partes litigantes:

Permissão de uso é o ato administrativo pelo qual a Administração consente que certa pessoa utilize privativamente bem público, atendendo ao mesmo tempo aos interesses público e privado.

O delineamento jurídico do ato de permissão de uso guarda visível semelhança com o de autorização de uso. São realmente muito semelhantes. A distinção entre ambos está na predominância, ou não, dos interesses em jogo. Na autorização de uso, o interesse que predomina é o privado, conquanto haja interesse público como pano de fundo. Na permissão de uso, os interesses são nivelados: a Administração tem algum

interesse público na exploração do bem pelo particular, e este tem intuito lucrativo na utilização privativa do bem. Esse é que nos parece ser o ponto distintivo.

Quanto ao resto, são idênticas as características. Trata-se de ato unilateral, discricionário e precário, pelas mesmas razões que apontamos para a autorização de uso.

A questão do prazo e da revogabilidade também se aplica às permissões de uso. Sendo o ato discricionário e precário, pode a Administração revogá-lo posteriormente se para tanto houver razões de interesse público. No entanto, os Tribunais, a nosso ver com razão, têm exigido que o ato revogador tenha motivo bem definido e claro, para não mascarar possível desvio de finalidade em prejuízo do permissionário. Em relação à indenização, no caso de permissão a prazo certo, ou permissão condicionada, a aplicação é a mesma adotada para as autorizações de uso. Aliás, é oportuno registrar que a permissão condicionada de uso tem maior grau de permanência que a permissão simples e muito se aproxima da figura do contrato, passando a confundir-se, em alguns momentos, com a concessão de uso, a ser estudada logo à frente.

O ato de permissão de uso é praticado *intuitu personae*, razão por que sua transferência a terceiros só se legitima se houver consentimento expresso da entidade permitente. Nesse caso, a transferibilidade retrata a prática de novo ato de permissão de uso a permissionário diverso do que era favorecido pelo ato anterior.

Dentre os elementos probatórios trazidos aos autos consta processo administrativo visando a desocupação das barracas de praia comprometidas pelas obras de urbanização da Av. Beira Mar – Processo nº 52750/2015. No trâmite processual se registra laudo de avaliação das benfeitorias realizadas no imóvel (fl. 68/69), sendo tal documento subscrito pela parte recorrente em concordância ao valor apurado pela Administração Municipal.

Em sequência, o permissionário, Sr. Francisco Carvalho Neto, firmou Termo de Ajuste para desocupação do equipamento público e rescisão da Permissão estabelecida junto à Administração Pública, fls. 70/72.

O argumento apresentado pelo Recorrente fundamenta-se em alegado vício na vontade ao subscrever o aludido termo de ajuste, pois hipoteticamente subsistiria promessa por parte do Município de Fortaleza de que lhe seria fornecido local diverso para realizar suas atividades como comerciante. Neste ponto, vale transcrever a lição do civilista Flávio Tartuce:

O motivo de um negócio jurídico pode ser conceituado como sendo a razão pessoal da sua celebração, estando no seu plano subjetivo. Ensina Zeno Veloso, citando Clóvis Beviláqua, que, “os motivos do ato são do domínio da psicologia e da moral. O direito não os investiga, nem lhes sofre influência; exceto quando fazem parte integrante do ato, quer apareçam como razão dele, quer como condição de que ele dependa”. O motivo, portanto, diferencia-se da causa do negócio, que está no plano objetivo. Ilustrando, quando se analisa um contrato de compra e venda, a causa é a transmissão da propriedade. Os motivos podem ser os mais variados, de ordem pessoal das partes: o preço está bom, o imóvel é bem localizado, o comprador quer comprá-lo para presentear alguém etc.

Assim sendo, o falso motivo, por regra, não pode gerar a anulabilidade do negócio, a não ser que seja expresso como razão determinante do negócio, regra essa que consta do art. 140 do CC. Esse dispositivo trata do erro quanto ao fim colimado, que não anula o negócio.

(Tartuce, Flávio. Manual de direito civil: volume único. 7. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro : Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.p. 176).

O processo administrativo e o Termo de Ajuste foram claros e precisos ao estabelecerem a imediata retirada do ocupante do imóvel através do aceite do pagamento pelas benfeitorias realizadas no valor de R\$ 18.000,00 (dezoito mil reais), inexistindo qualquer causa ou motivo registrado a fundamentar a saída da parte insurgente do bem público, excetuado o pagamento das benfeitorias, cujo recebimento foi confirmado pela própria parte.

No caso em comento, não se destacam elementos suficientes para apontar o alegado erro substancial por parte do permissionário ao

firmar seu consenso em retirar-se do imóvel de propriedade do Município de Fortaleza. Registre-se que não se pode avaliar, através do contexto probatório apresentado, ter havido por parte do Recorrente divergências sobre a natureza do ato, o objeto principal de declaração, ou alguma das qualidades a ele essenciais.

Acrescente-se que a alegativa da parte em subsistir vício no negócio jurídico em razão de não se encontrar acompanhado de advogado para formalizar sua vontade em processo administrativo não encontra sustentação na jurisprudência pátria.

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça é pacífico acerca da discricionariedade e precariedade da permissão de uso de bem público, podendo a Administração Pública promover, a qualquer momento, a retomada do bem, desde que observado o devido contraditório:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. IMÓVEL FUNCIONAL OCUPADO POR AGENTE DE PORTARIA. LEI N. 8.025/90, REGULAMENTADA PELO DECRETO N. 99.266/90. RESCISÃO DO TERMO DE PERMISSÃO DE USO APÓS NOTIFICAÇÃO PARA FAZER USO DA PREFERÊNCIA DE COMPRA. POSSIBILIDADE. ESBULHO CONFIGURADO. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

1. Autos versando sobre ação de reintegração de posse visando à retomada de apartamento funcional da União, que é objeto de permissão de uso desde 19 de julho de 1978, ocasião em que o requerido entrou na posse do imóvel mediante assinatura de Termo de Ocupação firmado com o antigo DASP, hoje Secretaria de Administração Federal.

[...]

7. A jurisprudência desta Corte entende que a modalidade de permissão de uso consiste em instituto de direito administrativo caracterizado pela unilateralidade por parte do ente público, discricionariedade e precariedade, podendo a Administração Pública promover, a qualquer momento, a retomada do bem, bastando, para tanto, a verificação de que a revogação da permissão se demonstrava conveniente e oportuna, nos termos da Súmula 473 do STF.

Precedentes: RMS 17.644/DF, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 12/4/2007; RMS 18.349/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJ 23/8/2007; RMS 16.280/RJ, Min. José Delgado, Primeira Turma, DJ 19/4/2004; RMS 17.160/RJ, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJ 29/11/2004, REsp 116.074/DF, Rel. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, Sexta Turma, DJ 9/6/1997.

8. Sendo assim, agindo a Administração Pública Federal em consonância com a legislação aplicável, tem-se que a não desocupação do imóvel, após extinto o prazo, caracteriza o esbulho possessório que autoriza a reintegração definitiva da União na posse do bem imóvel.

9. Recurso especial provido.

(REsp 1164419/DF, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/11/2010, DJe 10/11/2010).

ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. ATO JUIZ DE DIREITO DO TJDF. COMPETÊNCIA. PERMISSÃO DE USO. REVOGAÇÃO. SÚMULA Nº 473 DO STF. DESNECESSIDADE DE CONTRADITÓRIO. “TERMO DE CONTRATO” QUE AUTORIZA SUA RESCISÃO SE AUSENTE FINALIDADE.

1. Nos termos do art. 8º, III, c, da Lei 8.185, de 1991 (que dispõe sobre a organização judiciária do Distrito Federal e dos Territórios), compete ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios processar e julgar mandado de segurança contra ato praticado por Juiz de Direito do Distrito Federal.

2. A permissão de uso é instituto de caráter precário que pode ser revogado a qualquer tempo pela Administração Pública, desde que não mais se demonstre conveniente e oportuna. Aplicação da Súmula 473 do STF.

3. No caso, ademais, a permissão deixou de ter a destinação para a qual fora concedida, fato por si só autorizador da sua revogação, segundo previsto no contrato.

4. Recurso ordinário a que se nega provimento.

(RMS 17.644/DF, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/03/2007, DJ 12/04/2007, p. 210).

Conclui-se, à míngua de elementos probatórios apresentados pela parte insurgente, que o Processo Administrativo nº 52750/2015 visando a desocupação da barraca de praia ocupada pelo Recorrente, com o objetivo de realizar obras de urbanização da Av. Beira Mar, ocorreu regularmente, sendo cumpridos todos os elementos legais necessários para sua consecução.

Via de consequência, ante a regularidade do processo administrativo de término da permissão de uso, resta prejudicado o pleito de reparação por possíveis danos morais sofridos, por completa ausência de elementos fáticos e jurídicos a ensejar tal pretensão.

Em face de todo o exposto, CONHEÇO da Apelação interposta, julgando-a IMPROCEDENTE, mantendo-se integralmente a sentença vergastada que julgou improcedente o pedido autoral.

É como voto.

Fortaleza, 28 de fevereiro de 2018.

APELAÇÃO CÍVEL Nº.: 0054899-25.2008.8.06.0001

APELANTE: COMPANHIA DE SEGUROS ALIANÇA DO BRASIL

APELADO: ESPÓLIO DE JOSEFA ORIÁ OLIVEIRA, MARTHA ORIÁ RIBEIRO E MIRIAN ORIÁ QUEVEDO

ORIGEM: 1ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE FORTALEZA

RELATORA: DESEMBARGADORA LIRA RAMOS DE OLIVEIRA

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO INTERTEMPORAL. DECISÃO RECORRIDA PROFERIDA SOB A ÉGIDE DO CPC-15. TEORIA DO ISOLAMENTO DOS ATOS PROCESSUAIS. EMBARGOS À EXECUÇÃO. SEGURO DE VIDA. DOENÇA PREEXISTENTE. AUSÊNCIA DE PROVA DE MÁ-FÉ DA SEGURADA. AUSÊNCIA DE EXAMES MÉDICOS PRÉVIOS. RECUSA ILEGÍTIMA DE COBERTURA SECURITÁRIA. INEXISTÊNCIA DE SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE EXECUÇÃO. VEDAÇÃO À SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO JUSTIFICADA DO VALOR QUE ENTENDE DEVIDO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

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-15.

3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que a cobertura securitária não pode ser recusada sob alegação de doença preexistente caso a seguradora não comprove a má-fé do segurado quando da contratação do seguro saúde nem tenha exigido a realização de exames médicos para tanto.

4. Tal entendimento se justifica na vedação em presumir a má-fé do segurado diante de suposta ciência e dolosa omissão quanto à doença preexistente. Acrescente-se que a seguradora, ao celebrar o contrato, tem plenas condições de se cercar de elementos probatórios suficientes à ciência da saúde e do estado de risco do segurado mediante a exigência de exames e perícias médicas. Não depende somente da declaração do segurado para se prevenir de indesejadas doenças preexistentes que deturpem a condição de risco originalmente convencionada.

5. Desse modo, a responsabilidade de investigação, ciência e comunicação de doença preexistente é da instituição seguradora. Admitir a transferência deste encargo para o segurado representaria lhe imputar o risco do negócio, que deve ser arcado pela seguradora, e não pelo segurado.

6. Não assiste à instituição seguradora posição jurídica que lhe isente do dever de indenizar se não consegue provar a má-fé da seguradora na omissão de sua condição de saúde ou se não foi realizado exame médico prévio, ainda que o sinistro tenha decorrido de doença preexistente ao tempo da celebração do contrato.

7. Quanto à caracterização de sucumbência recíproca, a apelante aduz que a parte apelada também foi vencida em metade de seus pleitos autorais. Contudo, a sentença dos Embargos à Execução é de total improcedência e inexistente pedido em que as embargadas tenha sucumbido. A sucumbência fixada na sentença refere-se apenas à lide instaurada na defesa da executada e não merece reforma.

8. Por fim, a recorrente alega que eventual condenação deve respeitar os limites de indenização estipulados na apólice contratada, de modo que sua responsabilidade não exceda a quantia segurada. Todavia, esta não é matéria tratada pela decisão recorrida, cujo pronunciamento caracterizaria supressão de instância por este órgão de competência recursal. Além disso, caso quisesse a apelante controverter sobre valores em sede de embargos, deveria ter apresentado justificadamente o valor que entende devido, e não apenas expor ao órgão revisor o receio de que futuramente possa a execução alcançar quantia acima da originalmente prevista. Assim, quanto a este ponto também não merece prosperar a insurgência recursal.

9. Recurso conhecido e desprovido.

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 recurso, nos termos do voto da Relatora.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta por Companhia de Seguros Aliança do Brasil em face de sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza, que, nos autos de Embargos à Execução, ajuizados pela recorrente em desfavor de Espólio de Josefa Oriá Oliveira, Martha Oriá Ribeiro e Mirian Oriá Quevedo, julgou improcedente o pedido, mantendo incólumes as cláusulas celebradas no contrato de seguro de vida.

Petição inicial às fls. 02/22.

Impugnação não apresentada, conforme certidão de decurso de prazo às fls. 221.

Sentença às fls. 225/227, na qual o magistrado de primeiro grau entendeu, em síntese, que: 1) é dever da seguradora se cercar de elementos, como exames e perícias médicas, que atestem antecipadamente eventual doença preexistente, não se podendo presumir má-fé do segurado em face de suposta omissão de doença já presente à época da contratação do seguro; 2) uma vez que a seguradora não exigiu a realização de exames médicos, não pode recusar cobertura securitária fundada na alegação de má-fé do seguro por omissão de doença preexistente; 3) à seguradora cumpre a prova da má-fé do segurado, que não pode ser presumida; 4) no caso, a seguradora não apresentou documento que comprovasse a preexistência da cardiopatia à celebração do contrato de seguro.

Inconformada, a promovente interpôs Recurso de Apelação (fls. 232/250), alegando, em síntese, que: 1) o segurado tem o dever de declarar o estado de risco no contrato celebrado, não podendo omitir informações relevantes que possam alterar condições de pactuação da apólice; 2) a seguradora agiu de má-fé, porquanto a doença preexistente era de seu pleno conhecimento e não a informou à apelante; 3) como a seguradora somente deve cobrir riscos predeterminados, a seguradora não faz jus à cobertura; 4) houve no caso sucumbência recíproca, o que enseja a compensação de honorários ou a redução destes. Por fim, requer que sejam respeitados, ante eventual condenação, os limites de indenização estipulados na apólice pactuada, de modo que sua responsabilidade não exceda a quantia segurada.

Contrarrazões juntadas pelos recorridos às fls. 269/272.

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)

Inicialmente, tendo em vista que este julgamento se realiza sob a égide do novo Código de Processo Civil, em vigência desde o dia 18 de março de 2016, forçoso tecer algumas considerações acerca da incidência de suas disposições ao recurso sob análise.

Com a entrada em vigor do novo CPC, 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. Sobre o tema, vale ressaltar o disposto no seu artigo 14, o qual veda aplicação retroativa da nova lei processual: *“A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada”*.

A norma incorpora a teoria do isolamento dos atos processuais, cujo fundamento 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, portanto, o postulado *tempus regit actum*. Nesse sentido, dispõe o artigo 1.046, do CPC: *“Ao entrar em vigor este Código, suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes, ficando revogada a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973”*.

Em relação aos requisitos de admissibilidade e cabimento dos recursos, deve ser considerada a data em que foi dada publicidade à decisão a ser objeto de impugnação recursal. Assim, 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. No caso dos autos, a decisão recorrida foi proferida sob a égide do CPC-15, sendo este o diploma normativo aplicável à admissibilidade deste recurso.

3. Sobre a admissibilidade do recurso

O recurso foi apresentado tempestivamente, pois a decisão recorrida foi publicada no dia 03/05/2016, conforme certidão de fls. 230, e a apelação fora protocolada no dia 18/05/2016, conforme informações do sistema e-SAJ.

Preparo recolhido, conforme atesta documento de fls. 250.

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.

Conheço, portanto, do recurso.

4. Sobre o mérito recursal

A controvérsia jurídica sobre a qual gravita a demanda recursal concerne à possibilidade da negação de cobertura securitária sob alegação de doença preexistente.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que a cobertura securitária não pode ser recusada sob alegação de doença preexistente caso a seguradora não comprove a má-fé do segurado quando da contratação do seguro saúde nem tenha exigido a realização de exames médicos para tanto.

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SEGURO DE VIDA. DOENÇA PREEXISTENTE. NÃO COMPROVAÇÃO DE MÁ-FÉ. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO IMPROVIDO.

(...)

2. Nos termos da jurisprudência do STJ: “Não comprovada a má-fé do segurado quando da contratação do seguro saúde e, ainda, não exigida, pela seguradora, a realização de exames médicos, não pode a cobertura securitária ser recusada com base na alegação da existência de doença pré-existente” (AgRg no AREsp 177.250/MT, Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, DJe de 30/10/2012).

3. Mediante análise do conjunto fático-probatório dos autos, tem-se que o eg. Tribunal de origem concluiu que o segurado não procedeu de má-fé por ocasião da contratação do seguro. Nesse contexto, afigura-se inviável rever tal conclusão, tendo em vista o óbice da Súmula 7/STJ.

4. Agravo regimental improvido. (AgInt no AREsp 826.988/MT, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 17/05/2016, DJe 03/06/2016)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE SEGURO DE VIDA EM GRUPO. DOENÇA PREEXISTENTE. AUSÊNCIA DE EXAMES PRÉVIOS. INEXISTÊNCIA DE MÁ-FÉ DO SEGURADO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. DANO MORAL. PEDIDO DE REDUÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. REVISÃO QUE SE ADMITE TÃO SOMENTE NOS CASOS EM QUE O VALOR SE APRESENTAR IRRISÓRIO OU EXORBITANTE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. **Consoante entendimento pacificado nesta eg. Corte, tem-se que a seguradora não pode eximir-se do pagamento da indenização securitária, sob a alegação de doença preexistente, se não exigiu a realização de exames médicos previamente à contratação ou não comprovar a má-fé do segurado. Precedentes. (...)** (AgRg no AREsp 818.609/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 04/02/2016, DJe 22/02/2016)

Tal entendimento se justifica na vedação em presumir a má-fé do segurado diante de suposta ciência e dolosa omissão quanto à doença preexistente. Acrescente-se que a seguradora, ao celebrar o contrato, tem plenas condições de se cercar de elementos probatórios suficientes à ciência da saúde e do estado de risco do segurado mediante a exigência de exames e perícias médicas. Não depende somente da declaração do segurado para se prevenir de indesejadas doenças preexistentes que deturpem a condição de risco originalmente convencionada.

Desse modo, a responsabilidade de investigação, ciência e comunicação de doença preexistente é da instituição seguradora. Admitir a transferência deste encargo para o segurado representaria lhe imputar o risco do negócio, que deve ser arcado pela seguradora, e não pelo segurado.

No caso dos autos, afirma a companhia apelante que a segurada já era portadora, à época da contratação do seguro, de doença que ocasionou o óbito, tendo integral ciência da patologia. Para tanto, colaciona aos autos a declaração médica de fls. 42/44, alegando que a doença já existia desde janeiro de 1997, sendo portadora quando da pactuação do contrato em abril de 1998.

Ocorre que da análise do documento não se permite inferir que a segurada tivesse ciência da condição patológica que lhe afligia. Isso porque a declaração foi emitida em 29 de abril de 1999, após o seu óbito, contando apenas com a assinatura de um médico. Conclusão diversa poderia resultar do exame probatório caso do documento constasse a assinatura da segurada, evidenciando que esta tinha conhecimento de sua condição de saúde e de sua situação de risco, o que não ocorreu.

Aponta-se, de igual modo, a carência de exames médicos datados da época da assinatura do contrato que cumpririam função de subsidiar as informações declaradas às fls. 42/44. Nesse mesmo sentido é a jurisprudência do STJ, vejamos: “A Corte estadual, embasada na jurisprudência do STJ, entendeu que a seguradora-agravante não poderia negar o pagamento da indenização se assumiu o risco ao não realizar os exames médicos antes da contratação do seguro de vida, considerando ilícita a recusa da cobertura securitária, sob a alegação de doença preexistente.” (AgRg no REsp 1299589/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/09/2015, DJe 11/09/2015); “Esta Corte Superior é firme no entendimento de que, sem a exigência de exames prévios e não provada a má-fé do segurado, é ilícita a recusa da cobertura securitária sob a alegação de doença preexistente à contratação do seguro.” (AgRg no AREsp 429.292/GO, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/03/2015, DJe 13/03/2015).

Além disso, embora do referido documento se verifique a assinatura de um profissional da área médica, trazendo em alguma medida legitimidade técnica às informações relatadas, não se pode concluir que este estivesse em contato e em comunicação com a segurada ao tempo da assinatura do contrato de seguro, o que se colhe da ausência de preenchimento do quesito 4 pelo declarante (fls. 42), cujo teor se reproduz: “desde que data o colega vinha assistindo o segurado”.

Diante da minuciosa análise probatória, deve-se reafirmar a premissa apta a caracterizar a má-fé da segurada, qual seja, o fato dela ter conhecimento da sua condição de saúde e do seu estado de risco à época da contratação e ainda assim omitir-se. Não é relevante à discussão dos autos que houvesse doença preexistente à época do contrato, porquanto esta por si só não é hábil a caracterizar a má-fé da segurada. Ela deve estar associada ao conhecimento da segurada desta condição, o que a seguradora não logra êxito em provar. Do contrário, estar-se-ia a presumir a omissão dolosa da falecida.

Ao impulso dessas considerações, não assiste à instituição seguradora posição jurídica que lhe isente do dever de indenizar se não consegue provar a má-fé da segurada na omissão de sua condição de saúde ou se não foi realizado exame médico prévio, ainda que o sinistro tenha decorrido de doença preexistente ao tempo da celebração do contrato.

Quanto à caracterização de sucumbência recíproca, a apelante aduz que a parte apelada também foi vencida em metade de seus pleitos autorais. Contudo, a sentença dos Embargos à Execução é de total improcedência e inexistente pedido em que as embargadas tenha sucumbido. A sucumbência fixada na sentença (fls. 225/227) refere-se apenas à lide instaurada na defesa da executada e não merece reforma.

Por fim, a recorrente alega que eventual condenação deve respeitar os limites de indenização estipulados na apólice contratada, de modo que sua responsabilidade não exceda a quantia segurada. Todavia, esta não é matéria tratada pela decisão recorrida, cujo pronunciamento caracterizaria supressão de instância por este órgão de competência recursal. Além disso, caso quisesse a apelante controverter sobre valores em sede de embargos, deveria ter apresentado justificadamente o valor que entende devido, e não apenas expor ao órgão revisor o receio de que futuramente possa a execução alcançar quantia acima da originalmente prevista. Assim, quanto a este ponto também não merece prosperar a insurgência recursal.

5. Dispositivo

Diante do exposto, conheço e nego provimento ao recurso de apelação, mantendo em todos os termos a sentença vergastada.

Deixo de majorar os honorários advocatícios recursais, uma vez que se encontram arbitrados em sede de sentença em percentual máximo.

É como voto.

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.

Expedientes necessários.

Fortaleza, 14 de setembro de 2016.

PROCESSO: 0079194-97.2006.8.06.0001 – APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA

APELANTE: MUNICÍPIO DE FORTALEZA

APELADOS: FELIPE FREIRE DUARTE LOPES DE MELO E ANA LUIZA FREIRE DUARTE LOPES DE MELO

RELATOR: DR. SÉRGIO LUIZ ARRUDA PARENTE, PORT. 1494/2018

EMENTA: REEXAME NECESSÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. INSCRIÇÃO DE NETOS SOB GUARDA JUDICIAL COMO DEPENDENTES DA AVÓ PERANTE O IPM – INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DO MUNICÍPIO. FINS PREVIDENCIÁRIOS E ASSISTENCIAIS. AMPARO INICIALMENTE NO ART. 9º, INCISO V DO DECRETO MUNICIPAL Nº 3.574/1970 E EM SEGUIDA NO ART. 3º, INCISO III DA LEI Nº 8.409/1999, QUE FOI POSTERIORMENTE ALTERADO PELA LEI Nº 8.807/2003, A QUAL PASSOU A PREVER O BENEFÍCIO SOMENTE PARA OS MENORES SOB TUTELA. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. MAIORIDADE CIVIL DOS BENEFICIÁRIOS NOS TERMOS DO ART. 5º DO CÓDIGO CIVIL. AFASTAMENTO DO DIREITO PRETENDIDO. PERDA SUPERVENIENTE DE OBJETO E FALTA DE INTERESSE DE AGIR. REMESSA OFICIAL E RECURSO APELATÓRIO CONHECIDOS E PROVIDOS. DESCONSTITUIÇÃO DA SENTENÇA A QUO. INDEFERIMENTO DO PLEITO AUTORAL. INVERSÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. ISENÇÃO DO RESSARCIMENTO DAS

CUSTAS POR PARTE DA MUNICIPALIDADE. MEDIDAS QUE SE IMPÕEM.

1. Em pauta, benefício de assistência à saúde perante o IPM – Instituto de Previdência do Município de Fortaleza, a ser usufruído por netos, na condição de dependentes de avó materna, que é servidora pública municipal aposentada e então guardiã dos mesmos.

2. Amparo, inicialmente, no Decreto Municipal nº 3.574/1970 e, posteriormente, na Lei nº 8.409/1999, que previa o benefício para menores sob Guarda Judicial, como ocorria no caso em tela, vindo a ser alterada tal situação quando da promulgação da Lei nº 8.807/2003, que passou a exigir a Tutela Judicial para que os menores permanecessem como beneficiários perante o IPM, ocasionando a judicialização do pedido dos autores para que continuassem a usufruir dessa condição, ainda que não mais atendendo a condição trazida pela novel legislação de regência.

3. Ocorre que, de acordo com as respectivas certidões de nascimento acostadas aos autos, os destinatários do benefício em tela atingiram a maioridade civil, nos termos do art. 5º do vigente Código Civil, não mais podendo usufruir da condição de dependentes da avó, por terem deixado de implementar a condição *sine qua non* para estar sob Guarda ou Tutela Judicial, qual seja, a de ser menor de idade, situação essa que, vale a ressalva, já deixara de se delinear quando da prolação da sentença *a quo*, o que ensejaria a extinção do processo, sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, inciso VI do CPC/1973,

por perda do objeto, tendo em vista que não mais concorreria o interesse processual.

4. Reexame Necessário e Recurso Apelatário interposto pelo Município de Fortaleza conhecidos e providos.

5. Desconstituição da sentença, para indeferir o pleito autoral, ante a maioria civil dos promoventes, inverter a verba de sucumbência fixada e isentar o apelante de ressarcir eventuais custas processuais pagas. Medidas que se impõem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Processo nº 0079194-97.2006.8.06.0001, acordam os Desembargadores que compõem a 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, em conhecer do Reexame Necessário e da Apelação Cível e dar-lhes provimento, restando desconstituída a sentença proferida na Primeira Instância, nos termos do voto do relator.

Fortaleza, 31 de outubro de 2018.

RELATÓRIO

Cuidam-se os presentes autos de Reexame Necessário e Apelação Cível interposta pelo Município de Fortaleza em desfavor da sentença prolatada pela MMA. Juíza de Direito da 15ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza que, nos autos da Ação Ordinária com Pedido de Tutela Antecipada pelos ora Apelados Felipe Freire Duarte Lopes de Melo e Ana Luiza Freire Duarte Lopes de Melo, julgou procedente o pedido, determinando que fossem os mesmos incluídos como dependentes e beneficiários de sua avó Zenete Freire Duarte, servidora pública municipal aposentada, perante o IPM – Instituto de Previdência do Município de Fortaleza.

Condenou, ainda, a Municipalidade em pauta ao pagamento de custas e honorários advocatícios no *quantum* de R\$ 1.000,00 (hum mil reais) e submeteu a decisão ao segundo grau de jurisdição obrigatório.

Em suas razões recursais (fls. 90/99), reiterou o recorrente, em sede de preliminar, sua ilegitimidade passiva *ad causam*, vez que já o havia feito quando da oferta de sua contestação, apontando para o fato de que “a ausência de pronunciamento judicial a respeito da preliminar arguida impede sua apreciação pela Instância Superior, em razão de que haveria supressão de instância, o que é vedado pelo ordenamento jurídico pátrio”, requerendo “que seja declarada a nulidade da sentença e devolvidos os autos ao Juízo de origem”, a apreciação, pelo Juízo *a quo*, da referida preliminar.

No mérito, argumenta a inexistência de direito adquirido a regime jurídico pelos servidores públicos do Município de Fortaleza, tendo em vista que o vínculo estabelecido é de natureza estatutária, que não contempla “a garantia de continuarem regidos sempre pelas mesmas regras”, sendo a Municipalidade livre para efetuar as modificações no Estatuto de regência, tornando-se essas aplicáveis “não só aos futuros servidores, mas também àqueles que, até então, estavam submetidos à disciplina anterior”, com arrimo no que dispõem o art. 18 c/c o art. 30, inciso I da Constituição Federal de 1988.

Prossegue afirmando que agiu legitimamente ao alterar a legislação que anteriormente previa a inscrição como dependentes daqueles que estavam sob Guarda de servidor(a) municipal, passando a exigir para a usufruição do benefício apenas os que estivessem sob Tutela, não tendo os autores, ademais, comprovado que residiam no mesmo endereço da avó e nem tão pouco que dela dependiam economicamente.

Requeru, por derradeiro, a reforma da sentença impugnada e o provimento do recurso apelatório interposto.

Recebida a Apelação em seu duplo efeito e determinada a intimação da parte contrária para contrarrazoar, através do despacho proferido à fl. 100, transcorreu *in albis* prazo de , como certificado à fl. 106.

Instada a se manifestar, via despacho proferido à fl. 112, ofertou a douta Procuradoria Geral de Justiça – PGJ o parecer de fls. 114/119, opinando pelo conhecimento mas pelo improvimento da Irresignação interposta.

Às fls. 123/124 repousa comando determinando a manifestação de ambas as partes, no prazo de 5(cinco) dias, nos termos do art. 933 do CPC/2015, ante a verificada maioria dos beneficiários em comento e os eventuais desdobramentos deste fato, atendendo os litigantes o chamamento, o IPM às fls. 126/128 e os recorridos às fls. 130/131, pugnando o primeiro pela extinção da ação, ante a perda do objeto da mesma, e os segundos pelo “enfrentamento da matéria em sede recursal, com o desprovemento integral do recurso apelatório, mantendo-se inalterada a sentença prolatada, para os seus efeitos legais”, não tendo se manifestado o Município de Fortaleza, conforme certidão exarada à fl. 132.

É o relatório, no que há de essencial.

VOTO

1. Da admissibilidade recursal:

Dispõe o art. 14 do novel Código de Ritos Pátrio, *in verbis*:

Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.

Acerca do dispositivo legal acima referido pontifica Cassio Scarpinella Bueno¹:

Aprimorando a segunda parte do art. 1.211 do CPC de 1973, o texto do art. 14 agasalha expressamente o princípio do *tempus regit actum* que deve ser entendido como a incidência imediata das novas leis no processo em curso com a preservação dos atos processuais já praticados. É essa a razão pela qual se extrai do dispositivo também o chamado “princípio do isolamento dos atos processuais”, corretamente garantido (art. 5º, XXXVI,

1 Novo Código de Processo Civil Anotado, 2ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, págs. 63/64

da CF), ao assegurar o respeito aos atos processuais praticados e às situações ídicas consolidadas sob o pálio da lei anterior.

O Superior Tribunal de Justiça – STJ, por sua vez, objetivando orientar quanto à admissibilidade dos recursos, bem como regulamentar a transição à nova Lei Adjetiva Civil, editada em 16/03/2015 e o direito intertemporal aplicável à espécie, providenciou o enunciado administrativo abaixo:

Enunciado administrativo nº 2:

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.

Sendo assim, presentes os pressupostos intrínsecos (cabimento, legitimidade e interesse em recorrer) e extrínsecos (tempestividade, regularidade formal e inexistência de causa impeditiva ou extintiva do poder de recorrer) que autorizam a admissibilidade da Apelação, recebo-a nos termos em que estabelece o art. 515, *caput* §§ 1º, 2º e 3º do Código de Processo Civil instituído pela Lei nº 5.869/1973, tendo em vista a Irresignação em comento ter sido interposta sob a égide desse diploma legal retro mencionado.

Relativamente ao Reexame Necessário, condiciona o mesmo a eficácia da sentença à sua reapreciação pelo Tribunal ao qual está vinculado o juiz que a proferiu. Desta forma, conheço da presente remessa oficial e passo a apreciá-la.

Quanto à preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* suscitada pelo apelante, não merece ser acolhida, tendo em vista que o IPM - Instituto de Previdência do Município, mesmo sendo uma autarquia municipal, dotada de personalidade jurídica de direito público e de autonomia administrativa e financeira, de acordo com o disposto no art. 37, inciso XIX da nossa Lei Maior, foi criado por lei específica para administrar, no âmbito previdenciário, o Município de Fortaleza, restando assim motivada a sua legitimidade para

tomar parte na lide que ora se examina, mas na situação de litisconsórcio passivo necessário com a Municipalidade retro referida, em conformidade com o art. 113, inciso III do CPC/2015², tendo restado atendida a exigência contida no art. 114³ desse mesmo diploma legal, uma vez que o IPM compôs a relação jurídico processual, via peça contestatória ofertada às fls. 49/60, além de ter sido devidamente intimado da sentença de fls. 85/87, como se v fl. 89, embora quedando-se inerte, como certificado fl. 106.

Iniciando a análise meritória, o cerne da controvérsia reside na manutenção dos apelados, como dependentes de sua avó junto ao IPM, embora a atual legislação de regência exija que, para a usufruição desse benefício, estejam os mesmos sob Tutela e não sob Guarda, como estiveram outrora os recorridos.

Ressalte-se, por oportuno, que a Sra. Zenete Freire, juntamente com seu esposo – Sr. Antonio Duarte, requereram e obtiveram a guarda judicial dos netos Ana Luiza Freire Duarte Lopes de Melo e Felipe Freire Duarte Lopes de Melo, em 09/03/1992, quando esses contavam com 11(once) meses de idade, conforme Termos de Provisão de Guarda que repousam à fl. 25 e à fl. 26, respectivamente, passando os mesmos a usufruírem da condição de dependentes da avó materna, servidora pública municipal aposentada, perante o IPM, para fins de assistência à saúde, conforme os documentos encartados à fl. 27 dos autos e de acordo, inicialmente, com o disposto no art. 9º inciso V do Decreto Municipal nº 3.574, de 07/12/1970 (fl. 31), que assim previa:

Art. 9º. Consideram-se dependentes do segurado para os efeitos deste Regulamento:
(...)

-
- 2 **Art. 113.** Duas ou mais pessoas podem litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente, quando:
- c)
- III** – ocorrer afinidade de questões por ponto comum de fato ou de direito;
- 3 **Art. 114.** O litisconsórcio será necessário por disposição de lei ou quando, pela natureza da relação jurídica controvertida, a eficácia da sentença depender da citação de todos que devam ser litisconsortes.

V – os enteados e os menores que vivam sob a guarda do segurado por determinação judicial, sendo-lhes aplicável o disposto quanto aos filhos;

Com o advento da Lei nº 8.409/1999, a condição de dependentes por serem menores sob guarda judicial permaneceu, vindo a ser alterada tal situação quando da promulgação da Lei nº 8.807/2003, que passou a exigir a Tutela Judicial para que os menores permanecessem como beneficiários perante o IPM, ocasionando a judicialização do pedido dos autores para que continuassem a usufruir dessa condição, ainda que não mais atendessem a condição trazida pela então novel legislação de regência.

O inciso III do art. 3º da Lei nº 8.409, de 24/12/1999, que dispunha sobre a assistência à saúde dos servidores do Município de Fortaleza, assim rezava:

Art. 3º. São considerados dependentes dos segurados, para o fim de assistência à saúde:

(...)

III – o enteado e o menor sob a guarda ou tutela judicial, desde que designado pelo segurado, comprovadas a residência e a dependência econômica e, no caso de menor sob guarda ou tutela, a respectiva decisão judicial.

Quando da edição da Lei nº 8.807, de 26/12/2003, que modificou o diploma legal acima referido, o dispositivo supra passou a ter o seguinte teor:

Art. 3º. São considerados dependentes dos segurados, para os fins de assistência à saúde:

(...)

III – o enteado e o menor sob Tutela Judicial, desde que designado pelo segurado ou segurada, comprovadas a residência e a dependência econômica e, no caso de menor sob Tutela, a respectiva decisão judicial.

Constata-se, desta feita, como já indicado no despacho proferido às fls. 123/124, que ambos os diplomas legais exigiam, para a inscrição como

dependente do(a) segurado(a), para fins assistenciais, que estivesse o menor sob guarda ou tutela, mostrando-se essencial, portanto, que fosse MENOR DE IDADE.

A respeito das supramencionadas Guarda e Tutela, encontram-se ambas previstas na Lei nº 8.069, de 13/7/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), a primeira nos arts. 33 a 35 e a segunda nos arts. 36 a 38, tendo a segunda (tutela) também previsão nos arts. 1.728 a 1.766 do Código Civil, constituindo-se essas em institutos diferentes entre si, não podendo ser consideradas como figuras análogas, geradoras de desdobramentos idênticos para que finalidade for.

Sobre os mesmos discorre o doutrinador Caio Mário da Silva Pereira⁴:

Em linha de princípio, a criança e o adolescente devem ser criados no seio de sua família natural, que é a comunidade formada pelos pais, ou qualquer deles e seus descendentes. Neste propósito, estabelece a Constituição Federal (art. 227) e a Lei nº 8.069/1990 que a todos deve ser assegurada convivência familiar e comunitária. Em não sendo possível a permanência na família natural, o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece princípios através dos quais a criança e o adolescente são colocados em “família substituta”.

As modalidades legalmente previstas de colocação em família substituta são: a guarda, a tutela e a adoção.

(...)

A “guarda” destina-se a regularizar a posse de fato, e pode ser concedida em caráter liminar ou incidental, nos procedimentos de adoção e tutela (§ 1º do art. 33, ECA), vedada, contudo, no de adoção por estrangeiro (art. 31, ECA). (...) Traduz, em princípio, uma situação provisória, podendo, excepcionalmente, como na hipótese do § 2º do art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente, para “atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito da representação para a prática de atos determinados”.

4 Instituições de Direito Civil. Vol. V. Direito de Família. 23ª edição revista e atualizada por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2015, págs. 533 e 560/561

Estabelecida a guarda, é obrigação do seu titular a prestação de assistência material, moral e educacional, conferindo-se ao guardião o direito de se opor a terceiros, inclusive aos pais (art. 33, ECA). Gera como imediata consequência, permanecer a criança ou adolescente na companhia e sob a responsabilidade do detentor, para todos os fins e efeitos legais.

A tutela consiste no encargo ou *munus* a alguém para que dirija pessoa e administre os bens de menores de idade e que não incide no poder familiar do pai ou da mãe. Este, normalmente, incorre na tutela, quando os pais são falecidos ou ausentes, ou decaíram da *patria potestas*(art. 1.728, CC/2002).

Falecendo um dos pais, o poder parental concentra-se no outro, ainda que este venha a contrair novas núpcias. Falecendo ambos, ou sendo declarados ausentes, os filhos menores são postos em tutela. Igualmente incide na tutela o filho que não atingiu a maioridade, se os pais decaírem do poder familiar.

Anote-se, assim, que a guarda e a tutela albergam situações fáticas e legais diferenciadas e, consequentemente, com efeitos diversos no mundo jurídico e, mais especificamente, como *in casu*, no âmbito de benefício a ser usufruído, ratificando-se a condição essencial de ser menor de idade para que deles possa valer-se eventual interessado(a).

Nessa esteira, visualiza-se, no caso sob enfoque, que nos termos do art. 5º⁵ do Código Civil, os netos da segurada, que pretendiam continuar usufruindo da condição de dependentes da mesma, alcançam a maioridade civil, de acordo com as certidões de nascimento de fls. 23/24, não podendo mais, por essa razão, estarem sob guarda ou tutela dos avós maternos, o que afasta o direito dos mesmos de permanecerem como beneficiários assistenciais perante o IPM, tendo em vista que j não mais atendem condição essencial para tal, valendo o destaque de que j não mais a atendiam, quando da prolação em 28/04/2014 da sentença *a quo*, data em que j contavam com 23 (vinte e três) anos de idade, o que teria ensejado a extinção do processo, sem resolução de muito, nos termos do art. 267, inciso VI do CPC/1973, por perda do objeto, tendo em vista que não mais concorreria o interesse processual.

5 Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. 11ª ed. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2012. págs. 525/526

A perda de objeto da ação, no curso do processo, segundo a jurisprudência amplamente dominante em nossos pretórios, acarreta o desaparecimento do interesse de agir, *in verbis*:

A perda do objeto da demanda acarreta a ausência de interesse processual, condição da ação cuja falta leva à extinção do processo (art. 267, VI), ficando prejudicado o recurso (STJ, 1ª T., RMS 19.055, Min. Teori Zavascki, j. 9.5.06, DJU 18.5.06).

Também a extinção do processo, sem resolução de mérito, quando não concorrer qualquer das condições da ação (possibilidade jurídica, legitimidade das partes e interesse processual) está prevista no art. 267, VI do CPC. Sobre o tema, ensinam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery⁶:

Para que o juiz possa aferir a quem cabe a razão no processo, isto é, decidir o mérito, deve examinar questões preliminares que antecedem lógica e cronologicamente a questão principal: o mérito, vale dizer, o pedido, a pretensão, o bem da vida querido pelo autor. O mérito é a última questão que, de ordinário, o juiz deve examinar no processo. Essas questões preliminares dizem respeito ao próprio exercício do direito de ação (condições da ação) e à existência e regularidade da relação jurídica processual (pressupostos processuais). As condições da ação possibilitam ou impedem o exame da questão seguinte (mérito). Presentes todas, o juiz pode analisar o mérito, não sem antes verificar se também se encontram presentes os pressupostos processuais. Ausente uma delas ou mais de uma, ocorre o fenômeno da carência de ação (CPC 301 X), circunstância que torna o juiz impedido de examinar o mérito. A carência de ação tem como consequência a extinção do processo sem resolução do mérito (CPC 267 VI). As condições da ação são três: legitimidade das partes (*legitimatatio ad causam*), interesse processual e possibilidade jurídica do pedido. As condições da ação são matéria de

6 Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. 11ª ed. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2012. págs. 525/526

ordem pública, a respeito da qual o juiz deve pronunciar-se *ex-officio*, a qualquer tempo e grau de jurisdição, pois a matéria é insuscetível de preclusão (CPC 267 §3.º e 301 §4.º). Frise-se, ainda, que no íterim do trâmite processual no segundo grau de jurisdição, o exame das condições da ação pode ser realizado até o momento imediatamente anterior à proclamação do resultado pelo presidente da turma julgadora.

Sobre a questão em análise, assim decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul - TJRS:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE GUARDA. PESSOA QUE COMPLETOU A MAIORIDADE NO CURSO DA DEMANDA. PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO. EXTINÇÃO DO FEITO.

Diante da perda superveniente do objeto da ação de guarda (maioridade alcançada durante a tramitação do feito), deve ser julgada extinta a demanda, sem resolução de mérito, ficando prejudicado o exame do apelo. DE OFÍCIO, DECRETADA A EXTINÇÃO DO FEITO. (Apelação Cível Nº 70051498244, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 22/11/2012).

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE GUARDA. MENOR QUE ATINGIU A MAIORIDADE NO CURSO DA DEMANDA. PERDA DO OBJETO.

Não se justifica dar andamento à presente demanda quando o menor já implementou a maioria civil, sendo flagrante a perda do seu objeto. EXTINGUIRAM O FEITO, SEM JULGAMENTO DE MÉRITO, PREJUDICADO O RECURSO. (Apelação Cível Nº 70041301870, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 15/09/2011).

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE GUARDA. MENOR QUE ATINGIU A MAIORIDADE NO CURSO DA DEMANDA. PERDA DO OBJETO.

Não se justifica dar andamento à presente demanda quando a menor já implementou a maioria civil, sendo flagrante

a perda do seu objeto. EXTINGUIRAM O FEITO, SEM JULGAMENTO DE MÉRITO, PREJUDICADO O RECURSO. (Apelação Cível Nº 70033747288, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 27/05/2010).

Já sobre a matéria em pauta merecem destaque as jurisprudências deste egrégio Tribunal de Justiça a seguir colacionadas:

0737617-11.2000.8.06.0001 - APELAÇÃO. PREVIDENCIÁRIO. SÚPLICA PELA EXTENSÃO DE BENEFÍCIO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA OFERTADO PELO IPM DOS 21 ANOS DE IDADE ATÉ OS 24 ANOS. À ÉPOCA ERA MENOR SOB GUARDA JUDICIAL DA TIA SEGURADA. CONTINUIDADE DA CONDIÇÃO DE DEPENDENTE. IMPOSSIBILIDADE. MODIFICAÇÕES LEGISLATIVAS. PREVALÊNCIA DA LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO CONHECIDO MAS DESPROVIDO.

1. O cerne da discussão consiste na possibilidade ou não de se estender o benefício do IPM, referente à assistência médica, para além dos 21 anos de idade até os 24 anos, a dependente que, quando menor, esteve sob guarda de sua tia, servidora pública municipal, sob a alegativa de ingresso no ensino superior, bem como de sérios problemas com a saúde.

2. Subsiste nítido embate travado entre a disposição do Estatuto da Criança e do Adolescente – que, segundo o art. 33, § 3º “confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários” - e as disposições da legislação previdenciária atualizada, que além de não permitirem a equiparação de menor sob guarda à dependente, limita a estes o deleite das vantagens somente até 21 anos, salvo nos casos de invalidez. Prevalece, nesse caso, a legislação previdenciária.

3. De fato, inexistente qualquer lei que assegure aos filhos e dependentes maiores de 21 anos dos segurados do regime previdenciário próprio dos servidores públicos municipais,

o direito de figurarem na condição de dependentes para fins previdenciários ou assistenciais, até 24 (vinte e quatro) anos, mesmo que estejam matriculados em curso de nível superior. Precedentes do STJ.

4. Desse modo, impõe-se o DESPROVIMENTO RECURSAL. ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, pelo Conhecimento e Desprovemento do Recurso, nos termos do voto do Relator. Francisco Darival Beserra Primo - Presidente do Órgão Julgador. Relator(a): FRANCISCO DARIVAL BESERRA PRIMO; Comarca:Fortaleza;Órgão julgador: 8ª Câmara Cível;Data do julgamento: 02/02/2016;Data de registro: 02/02/2016.

0868423-46.2014.8.06.0001 - DIREITO PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. CESSAÇÃO DO BENEFÍCIO DIANTE DO ATINGIMENTO DA MAIORIDADE – ILEGALIDADE. INCIDÊNCIA DA NORMA DA ÉPOCA DO ÓBITO DO INSTITUIDOR DO BENEFÍCIO PARA PERMITIR O GOZO ATÉ OS 21 ANOS DE IDADE. APLICAÇÃO DA SÚMULA 340 DO STJ. MATÉRIA SEDIMENTADA NESTA CORTE DE JUSTIÇA. APELO E REMESSA NECESSÁRIA PARCIALMENTE PROVIDOS.

1. A decisão investivada deve ser reformada, pois a regência do denominado benefício previdenciário deve ocorrer pela lei da data da morte do instituidor da pensão por morte, o que justifica a extensão do direito até o interessado completar 21 (vinte e um) anos. Incidente ao caso, portanto, a legislação especial constante do art.7º, I, da Lei Estadual nº 10.776/82 e a Lei Federal 8.213/91.

2. Afasta-se, dessa forma, a direito ao recebimento dos proventos até a idade de 24 anos, ainda que universitário, por ausência de amparo legal.

3. Apelação Cível e Reexame Necessário parcialmente providos.

ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, pelo Parcial Provimento do Apelo e da Remessa Necessária, nos termos do voto do Relator.

FRANCISCO DARIVAL BESERRA PRIMO - Presidente do Órgão Julgador. Relator(a): FRANCISCO DARIVAL BESERRA PRIMO; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 8ª Câmara Cível; Data do julgamento: 15/12/2015; Data de registro: 15/12/2015.

Assim sendo, por todo o exposto, considerando tudo o que dos autos consta, princípios legais, doutrinários e jurisprudenciais aplicados à espécie, CONHEÇO DO REEXAME NECESSÁRIO E DO RECURSO APELATÓRIO INTERPOSTO PELO MUNICÍPIO DE FORTALEZA PARA DAR-LHES PROVIMENTO, DESCONSTITUINDO A SENTENÇA RECORRIDA, que determinou a usufruição de benefício assistencial, na condição de dependentes, de netos de servidora pública municipal aposentada, para:

1. Indeferir o pleito autoral ante a maioria civil dos promoventes;

2. Inverter os ônus sucumbenciais, tendo em vista que a ação de origem foi interposta quando já vigorava a Lei nº 8.807/2003, que previa a concessão do benefício pleiteado pelos autores somente em caso de estarem os menores sob Tutela Judicial e não sob Guarda Judicial, mantendo o *quantum* fixado a título de honorários advocatícios mas em favor do Município de Fortaleza, permanecendo suspensa, entretanto, a quitação pela parte apelada, em face da concessão dos benefícios da gratuidade da Justiça, consoante o que dispõe o art. 98, §1º VI c/c § 3º da mesma norma supra aludida;

3. Isentar o apelante do ressarcimento das custas processuais eventualmente pagas pela parte contrária, em razão da sucumbência, valendo a ressalva de que não tiveram os recorridos que desembolsar qualquer valor, a esse título, em razão de ser beneficiários da Justiça gratuita, como supramencionado.

É como voto.

Fortaleza, 31 de outubro de 2018.

PROCESSO N.º: 0082635-86.2006.8.06.0001 – APELAÇÃO CÍVEL.
ORIGEM: 10ª VARA DE FAMÍLIA DA COMARCA DE FORTALEZA/CE.
ASSUNTO: RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL.
APELANTE: F. E. B. F., M. E. B. F.
APELADA: E. DE F. S.
RELATORA: DRA. MARLÚCIA DE ARAÚJO BEZERRA, JUÍZA
CONVOCADA PELO TJCE. – PORTARIA N.º 1.713/2016

EMENTA: DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE RECONHECIMENTO DE SOCIEDADE DE FATO *POST MORTEM*. SENTENÇA QUE RECONHECE UNIÃO ESTÁVEL. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO DAS PARTES. PRELIMINAR DE JULGAMENTO *EXTRA PETITA* REJEITADA. INTERPRETAÇÃO LÓGICO-SISTEMÁTICA DA PETIÇÃO INICIAL. PRELIMINAR DE VÍCIO POR INSUFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IGUALMENTE REJEITADA. FUNDAMENTOS EXPRESSOS E CLAROS. ART. 226 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO. COMPROVAÇÃO DE CONVIVÊNCIA PÚBLICA E DURADOURA, COM OBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL QUE PERDUROU E DEVE SER RECONHECIDA ATÉ O CASAMENTO DO *DE CUJUS* COM OUTRA MULHER. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

1. Não deve o julgador se prender exclusivamente à capitulação formal dos pedidos autorais e à nomenclatura da ação empregada pelo demandante, quedando-se alheio à realidade dos fatos, sob pena

de incidir em excesso de formalismo, subvertendo a instrumentalidade das formas disciplinada nos arts. 154 e 244 do Código de Processo Civil que vigia à época da propositura da ação.

2. É permitido ao órgão judicante, não obstante a ausência de expresso pedido autoral, prover o reconhecimento e dissolução de união estável havida entre a autora e o cônjuge, *de cujus*, de uma das promovidas, relacionamento este anterior ao casamento, cuja configuração emana cristalina do conjunto probatório, sem que tal se configure sentença *extra petita*.

3. Inconsistente a alegativa de vício por insuficiência de fundamentação do *decisum*, observando-se que a decisão em berlinda apresenta-se plenamente coerente e logicamente concatenada, enfrentando com proficiência as teses controvertidas. Sça que padece de tal vício é aquela que não explica ao exegeta as razões que levaram o juiz a acolher ou a rejeitar a demanda ajuizada. Ressalte-se que sentença imotivada não é sentença que se reputa injusta.

4. Devidamente comprovados, mediante prova documental e testemunhal, os requisitos de durabilidade, publicidade e continuidade do relacionamento com o *de cujus*, nos termos do art. 226, § 3º da CF, mister se faz manter a sentença que reconheceu a união estável.

5. Precedentes dos tribunais superiores.

6. Mantém-se reconhecimento de evidente união estável ocorrida no período anterior ao casamento do *de cujus*, conforme fixado na sentença.

7. Recurso conhecido, porém improvido. Sentença mantida.

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 -86.2006.8.06.0001 para negar-lhe provimento, nos termos do voto desta Relatoria.

Fortaleza/CE, 24 de julho de 2017.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta por F. E. B. F. e M. E. B. F., visando a anulação da sentença proferida pelo Juízo da 15ª Vara de Família da Comarca de Fortaleza/CE, que julgou procedente a Ação de Reconhecimento de União Estável promovida por E. DE F. S.

Na exordial, às páginas 03/05, afirma a autora que conviveu maritalmente, a partir de meados de 1989 ao final de 1995, com L. F. de S. F. Na constância de tal união, adveio o nascimento de uma filha, sendo este relacionamento público e notório. Requereu, ao final, que seja julgado procedente o pleito inaugural, determinando-se o reconhecimento de sociedade de fato.

Em sede de emenda à inicial (páginas 18/19), a requerente afirma ter convivido com L. F. de S. F. por sete anos, antes deste haver contraído matrimônio com F. E. B. F., com a qual teve outra filha, M. E. B. F., vindo o mesmo a falecer em 25/05/2001. Alega, ainda, que pretende habilitar-se junto à Polícia Militar como ex-companheira do policial falecido.

Contestação apresentada pelas herdeiras do *de cujus* às páginas 34/50, suscitando, preliminarmente, inépcia da inicial, incompetência do juízo e prescrição. No mérito, requer seja julgada improcedente a demanda.

Termo de Audiência às páginas 150/151, na qual o patrono das promovidas pleiteia que haja o saneamento do processo, ocasião em que a parte autora rebateu os argumentos contestatórios e ratificou o pedido inaugural. Dada a palavra ao representante do Ministério Público, pugnou este pelo prosseguimento do feito, com designação de audiência de instrução.

Despacho às páginas 152/154, rejeitando as preliminares aduzidas e designando audiência de instrução.

Termo de Audiência (páginas 279/283), na qual foram colhidos os depoimentos das testemunhas arroladas pela autora e pelas promovidas.

Memoriais apresentados pela parte autora às páginas 321/323 e pelas promovidas às páginas 324/331.

Parecer da d. Promotoria de Justiça às páginas 334/335.

Sobreveio a sentença, às páginas 337/343, julgando procedente o pedido, reconhecendo a existência de uma União Estável entre E. DE F. S. e L. F. de S. F., no período afirmado na peça vestibular, declarando, ademais, que a requerente, no referido tempo, conviveu sob dependência econômica do falecido convivente.

Apelação apresentada às páginas 348/362, pleiteando, preliminarmente, a anulação do processo, com o retorno dos autos à origem, em face de decisão *extra petita*, contendo, ainda, vício de fundamentação. Alternativamente, pugna pela reforma do *decisum* vergastado, para que seja julgada totalmente improcedente a pretensão deferida pelo Juízo *a quo*.

Contrarrrazões às páginas 377/385, refutando a argumentação da parte recorrente e decertando pela preservação do *veredictum primus*.

Parecer Ministerial às páginas 391/395, declarando não haver interesse público na demanda.

Eis o relato.

VOTO

Conheço da apelação interposta, eis que presentes os requisitos de admissibilidade.

1. Preliminares:

1.1. Julgamento *extra petita*:

Argui-se a nulidade da sentença, sob a alegação de que fora proferido julgamento *extra petita*, dada a declaração de existência de união

estável, enquanto o pedido deduzido na inicial se resumiu a requerer o reconhecimento de sociedade de fato entre a recorrente e o *de cuius*.

Compulsando os autos, verifica-se que a sentença não padece do defeito apontado, uma vez que se restringiu aos limites do pedido. Ademais, o magistrado de 1ª instância, ao prolatar o *decisum* ora fustigado demonstrou estar aos valores da economia e celeridade processuais.

A autora nominou a ação como “Reconhecimento de Sociedade de Fato”, restringindo-se a requerer, no tópico relacionado aos pedidos, o reconhecimento de sociedade de fato para que surta todos os legais efeitos desta relação. Olvidou, porém, o requerimento expresso de reconhecimento e a dissolução da união estável existente entre as partes.

Ressalte-se, porém, inclusive em atenção à instrumentalidade das formas, que não se pode ficar adstrito, unicamente, ao que está contido no tópico da petição usualmente denominado “Dos Pedidos”, refratando-se completamente a necessária interpretação teleológica e sistemática da peça vestibular que atende, como *in casu*, os requisitos de admissibilidade.

O colendo STJ, acalentando tal entendimento, vem decidindo que as consequências dessa ausência de pedido expresso devem ser interpretadas sob uma ótica mais moderna do Processo Civil, que se volta, com acerto, para uma efetiva prestação jurisdicional, para a justa composição da lide e para a pacificação das relações sociais.

Neste sentido:

“AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CONDENATÓRIA - UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE IMAGEM PARA FINS COMERCIAIS/PUBLICITÁRIOS - DECISÃO UNIPessoal CONHECENDO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO PARA NEGAR SEGUIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. INSURGÊNCIA RECURSAL DO RÉU.

(...). 2. Não se pode reputar de *extra petita* a decisão que interpreta de forma ampla o pedido formulado pelas partes, pois o pedido é o que se pretende com a instauração da demanda e se extrai da interpretação lógico-sistemática

da petição inicial. Precedentes.” (STJ – Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento n.º 1.415.130/SC – Relator: Ministro Marco Buzzi – Publicação: 14/2/2014).

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. ISENÇÃO DE CUSTAS DO INSS. JUSTIÇA ESTADUAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 178/STJ. ALEGAÇÃO DE JULGAMENTO *EXTRA/ULTRA PETITA*. INOCORRÊNCIA. INTERPRETAÇÃO LÓGICO-SISTEMÁTICA DA PETIÇÃO INICIAL. AGRAVO INTERNO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

(...). 2. **O pedido do autor contido na exordial deve ser interpretado levando em consideração toda a petição inicial, e não apenas o capítulo “dos pedidos”, utilizando-se o método lógico-sistemático.** 3. Agravo regimental a que se nega provimento.” (Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 769.765/SP – Relatora: Ministra Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora Convocada do TJPE) – Publicação: 27/08/2013).

Destarte, conforme a jurisprudência mais moderna do STJ, não se faz imprescindível que os pedidos venham especificados literalmente em tópico próprio da petição inicial, bastando que se possa entender, com clareza e precisão, do inteiro teor da petição inicial, o que realmente pretende a parte demandante.

Inferre-se, com translúcida nitidez, no caso em tablado, que a parte autora, ao propor a presente ação, buscava que o Poder Judiciário reconhecesse e dissolvesse a união estável que alegara haver mantido com *o de cujus*.

Portanto, a preliminar de julgamento *extra petita* não prospera.

1. 2. Vício por insuficiência de fundamentação:

Igualmente não se vislumbra, na espécie, qualquer ício por insuficiência de fundamentação.

A sentença que padece de tal vício é aquela que não explica ao exegeta as razões que levaram o juiz a acolher ou a rejeitar a demanda ajuizada. Ressalte-se que sentença imotivada não é sentença que se reputa injusta.

Configura-se o mencionado defeito quando há a ausência de motivos da sentença, não enfrentando o julgador a matéria controvertida com o exame das teses defendidas pela partes dentro do processo.

Trata-se, o imotivado, de *decisum* que não contém em si uma explicação lógica, resultado da inteligência do Juiz, construída sob premissas que resultam em uma conclusão expressiva da vontade do Estado-Juiz com a sujeição de todos à autoridade da coisa julgada.

Aqui, tal não se afigura. Com efeito, embora não favorável à apelante, a sentença enfrentou e resolveu as teses controvertidas com lógica e coerência sistêmica, atendendo pois, satisfatoriamente, à imposição constitucional de fundamentação.

Preliminar de vício por insuficiência de fundamentação, pois, igualmente rejeitada.

2. Questão prejudicial ao mérito – prescrição:

Quanto a tal questão é preciso não perder de vista que as ações de reconhecimento ou dissolução de sociedade de fato ou de união estável possuem natureza pessoal, e, como tal, a elas é aplicável o prazo prescricional vintenário, de acordo com o artigo 177 do Código Civil de 1916, quando já decorrido mais da metade do lapso temporal previsto na lei revogada, na data da entrada em vigor do Novo Código Civil.

“Ação de reconhecimento de união estável c/c partilha de bens reveste-se de natureza pessoal, de modo que se aplica o prazo prescricional vintenário, que deve ser contado a partir da ruptura da vida em comum, de acordo com o artigo 177 do CC/16, vigente à época da abertura da sucessão.” (STJ – Recurso Especial n.º 2007/0295900-6 [.015.975/SP] – Relatora: Ministra Nancy Andrighi – Publicação: 28/05/2008).

Assim, não transcorrido o prazo vintenário entre a data da dissolução da união estável e a data da propositura da ação, **impõe-se o afastamento da prejudicial de prescrição, fenômeno não observado no presente feito.**

3. Mérito:

As recorrentes alegam que as provas coligidas aos autos demonstram que, efetivamente, o relacionamento da recorrida com o *de cujus* não preenche os requisitos do instituto da união estável, a saber não havia entre os mesmos afetividade e intimidade, e que, tampouco, as provas apresentadas esclarecem a espécie de relacionamento que a requerente possuía com o falecido.

O instituto da união estável está disciplinado na Lei n.º 9.278/96, que prevê, em seu artigo 1º, o seguinte:

“Art. 1º. “É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família.”

Em idêntico sentido, o Código Civil de 2002, no artigo 1.723, também dispôs acerca da mencionada entidade familiar.

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.”

Pela leitura dos dispositivos acima transcritos, observa-se que, na atual sistemática jurídica, não mais se exige período mínimo de convivência, sob o pressuposto de não ser o fator tempo caracterizador do relacionamento como união estável, mas sim os demais elementos constantes nos dispositivos referidos.

Escrutinando detidamente as provas carreadas aos autos, firmei convencimento de que estão presentes tais requisitos, o que corrobora a afirmação da autora, segundo a qual mantinha com o falecido uma convivência ostensiva e duradoura, cujo objetivo era a constituição de uma unidade familiar.

Veja-se o que concluiu, quanto a isto, o Ministério Público no provecto parecer constante às páginas 334/335:

“As testemunhas R. M. F. DE S. e M. A. F. DE S., ouvidas em juízo declararam que a requerente e L. F. de S. F. conviveram maritalmente sob o mesmo teto como se fossem marido e mulher, de forma pública, contínua e duradoura, por um período aproximado de oito a dez anos.

Assim sendo e em face de toda prova produzida em juízo entende o Ministério Público que o pedido da autora preenche os requisitos e formalidades legais, notadamente o art. 1.723 do Código Civil:

(...)

Portanto, comprovado restou a convivência marital alegada pela autora, com o nascimento de uma filha inclusive, daí opinar o Ministério Público pela procedência da ação, com a declaração da existência da alegada união estável.”

Extraio, outrossim, do *verdictum primus*, às páginas 339/343:

“Quanto à pretensão contida na exordial, o que as provas carreadas aos autos demonstram, a toda evidência, é que a promovente E. de F. S. e L. F. de S. F., falecido em 25.05.2001, constituíram, sim, conforme se extrai dos documentos e testemunhos colhidos em instrução, uma União Estável no período compreendido entre junho de 1989 ao final do ano de 1995, na medida em que viveram por todo aquele lapso temporal sob o mesmo teto, mantendo incólume o *affectio maritalis*, sendo reconhecidos por todos como se marido e mulher fossem, sem existência de qualquer óbice legal conhecido, e com uma filha advinda desse relacionamento.

(...)

(...), tem-se uma relação que foi constituída entre a promovente e L. F. de S. F. entre meados de 1989 ao final de 1995, bem antes, portanto, deste contrair matrimônio com a requerida F. E. V. B. F., fato ocorrido em 06.12.1996, não havendo, como já dito, relações amorosas paralelas, devendo se considerar como primeira prova relevante o nascimento de L. F. de F. S., ocorrido em 20.08.1993, conforme certidões de fls. 52 e 9, respectivamente.
(...)”.

Sobre o tema:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA. UNIÃO ESTÁVEL E SOCIEDADE DE FATO. DISTINÇÃO ENTRE OS INSTITUTOS. UNIÃO ESTÁVEL COMPROVADA. PARTILHA DE BENS. EXAME DE ESFORÇO COMUM NA AQUISIÇÃO DE BENS DURANTE A CONVIVÊNCIA. DESNECESSIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Existe fundamental distinção entre a sociedade de fato e a união estável. A primeira tem natureza puramente contratual, enquanto a segunda decorre de direito de família. 2. Deduzida pretensão relativa à união estável e ausente reconvenção, não se pode examinar a existência de suposta sociedade de fato. 3. Comprovada a existência de união estável, a partilha dos bens, comprovada a aquisição onerosa durante a união, deve ser feita em igual proporção, independentemente da prova do esforço comum. 4. APELAÇÃO CÍVEL conhecida e provida para alterar a partilha.” (TJMG – Apelação Cível n.º 1.0720.06.025246-0/001 – Relator: Desembargador Caetano Levi Lopes - Publicação: 01/07/2009).

É cediço que o reconhecimento da união estável como espécie de entidade familiar a distingue de outras formas de relacionamento afetivo ou amoroso. A proteção especial conferida à família pelo art. 22. da Constituição Federal se estende à união estável, daí advindo os efeitos próprios do direito de família, em relação aos direitos e obrigações que enseja.

Essa percepção é relevante para a compreensão dos elementos caracterizadores da união estável, sendo imprescindível para o seu reconhecimento o elemento do intuito de constituir família. Significa dizer que os conviventes são aqueles que se apresentam perante a sociedade como verdadeira entidade familiar, externando o entrelaçamento de vidas, assistência mútua, comunhão de planos, responsabilidades e patrimônio.

A união estável se assemelha, de fato, a um casamento, ostentando o casal a situação de marido e mulher, de modo que a qualquer um que os conheça transpareça tal *status*. Sob o aspecto social, portanto, há que se verificar uma convivência que revele um grau de comprometimento recíproco e vida em comum compatível com o casamento. A averiguação do elemento subjetivo também é bastante pertinente para a caracterização da união estável, pois os envolvidos devem considerar aquele relacionamento como constitutivo de uma entidade familiar, evidenciando plenamente o *animus de more uxorio*.

Embora a coabitação seja indicativo significativo da união com objetivo de constituir família, não é indispensável à caracterização do concubinato, como ficou consolidado pela Súmula 382 do STF. Da mesma forma, não houve exigência no Código Civil de tempo mínimo de relacionamento para a configuração da união estável, embora esse elemento possa ser considerado para se estabelecer se a convivência é duradoura e contínua. Ainda assim, o longo período do relacionamento não é suficiente para a constituição da união estável, como, também, o curto tempo da união, por si só, não a exclui.

Os elementos constitutivos da união estável devem ser comprovados pela parte que requer o seu reconhecimento, aplicando-se o ônus probatório versado no art. 333, I, do CPC. A prova deve ser hábil a demonstrar que o relacionamento mantido pelo casal formava um vínculo próprio de uma entidade familiar, através da comunhão de vidas, prestação de assistência mútua e afetos voltados para uma união duradoura, como se casados fossem.

A prova testemunhal, na espécie de que ora se cuida, demonstra plenamente a existência de união estável entre a requerente e o falecido L. F. de S. F.. Independentemente de prova documental, os depoimentos das

testemunhas R. M. F. de S. e M. A. F. de S. são aptos à comprovação da união estável, pois demonstram a convivência pública duradoura – caracterizada por atenções recíprocas – da autora com o *de cujus*, com manifesto intento de constituição familiar, até o rompimento da relação no final do ano de 1995, tendo nascido dessa união, inclusive, uma filha.

“(…); que o relacionamento entre eles era um relacionamento que se mostrava para a sociedade, pois não era clandestino; e no bairro vive, eles se apresentavam como se fossem marido e mulher, (...) pelo que sabe, tal relacionamento era contínuo e se houve interrupção, não é de seu conhecimento; (...)” (R. M. F. de S., páginas 279/281).

“(…); sabe que o Sr. L. F. teve um relacionamento com a Sra. E. (...) houve um momento em que o Sr. L. F. relacionou-se simultaneamente com a parte autora e com Dona E.; que confirma que o relacionamento entre o Sr. L. F. e Dona E. começou antes dele casar-se com Dona E., (...) afirma que no período em que o Sr. L. F. conviveu exclusivamente com Dona E., os dois frequentavam e conviviam com a mãe do Seu L., com os irmãos e os primos do Sr. L., (...) e se apresentavam para esta família como se fossem marido e mulher; não tem certeza, mas acha que Seu L. conviveu maritalmente com Dona E. por uns 8 anos, sendo que, de forma exclusiva, por uns 5 anos e meio, e o restante já estando ele se relacionando também com Dona E.; (...)” (M. A. F. de S., página 282).

A Constituição Federal, no artigo 226, § 3º, reconhece a entidade familiar formada pela união estável entre homem e mulher, resguardando-lhe proteção jurídica. A garantia de incondicional tutela jurídica exige a reunião de requisitos legais, quais sejam: convivência contínua, pública, duradoura, com o objetivo de constituir família. Se o conjunto probatório demonstra que o relacionamento havido entre a autora e o *de cujus* revestia dos requisitos descritos no artigo 1.723 do Código Civil, necessário o reconhecimento da união estável.

Ressalte-se, aqui, a presença de boa-fé da autora, quanto ao pedido de reconhecimento do relacionamento havido entre ela e o *de cujus*

que a fluência desta convivência se deu anteriormente ao casamento daquele com a requerida Francisca E. B. F., apontando para a constatação da existência da união estável.

No caso vertente, como dito, não paira, ao meu sentir, nenhuma dúvida de que a apelada e o falecido viviam sob o regime de união estável.

Diante de todo o exposto, conheço da presente apelação, negando-lhe provimento, manter hígida a sentença vergastada.

É como voto.

Fortaleza/CE, 24 de julho de 2017.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0098549-88.2009.8.06.0001, ORIUNDA DA 2ª VARA DE EXECUÇÕES FISCAIS E CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA DA COMARCA DE FORTALEZA.

APELANTE: FAZENDA PÚBLICA DO MUNICÍPIO DE FORTALEZA.

APELADA: FRANCIMI MAGALHÃES TORRES DE CARVALHO.

RELATOR: JUIZ CONVOCADO DR. HENRIQUE JORGE HOLANDA SILVEIRA.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. SUPOSTA REMISSÃO. INEXISTÊNCIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO. IMPOSSIBILIDADE. INDISPONIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 141 E 156, IV DO CTN. SENTENÇA ANULADA.

1. Tratam os autos de Apelação Cível interposta em face de sentença que extinguiu a presente execução fiscal ante a suposta remissão do crédito tributário.
2. Constatado equívoco por parte da Procuradoria Municipal ao requerer a extinção do processo por suposta remissão do débito discutido nos autos.
3. Por força da indisponibilidade do crédito tributário, que somente pode ser extinto nos casos expressamente previstos em lei, não é possível ao Poder Judiciário reconhecer a sua extinção quando confrontado com situação que não se amolda ao fato jurídico abstratamente previsto.
4. Violação aos arts. 141 e 156, inciso IV do Código Tributário Nacional.
 - Apelação conhecida e provida.
 - Sentença anulada.

ACORDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível nº 0098549-88.2009.8.06.0001, em que figuram as partes acima indicadas. Acorda a 3ª Câmara de Direito Público do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer da apelação interposta, para dar-lhe provimento, anulando a sentença recorrida, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

Tratam os autos de Apelação Cível interposta com o objetivo de desconstituir sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara de Execuções Fiscais e Crimes contra a Ordem Tributária da Comarca de Fortaleza que decidiu pela extinção do processo nos termos do art. 924, IV do CPC.

O caso/a ação originária:Fazenda Pública do Município de Fortaleza ajuizou Ação de Execução Fiscal em face de Francimi Magalhães Torres de Carvalho, com base em certidão da dívida ativa, oriunda de débito de IPTU.

À fl. 21, a parte exequente peticionou requerendo “*a extinção do vertente feito, porquanto o crédito tributário ora em execução encontra-se abrangido pela remissão*”.

A sentença:às fls. 22/23, o Juízo da 2ª Vara de Execuções Fiscais e Crimes contra a Ordem Tributária da Comarca de Fortaleza decidiu pela **extinção do processo nos termos do art. 924, IV do CPC**, sob o fundamento de que haveria se configurado renúncia ao crédito tributário. Transcrevo o dispositivo da sentença:

“Isto posto, em virtude da extinção administrativa do crédito tributário, JULGO EXTINTA a presente ação executiva, com arrimo no artigo 26 da Lei nº 6.830/80, c/c os artigos 924, inciso IV, e 925, *caput*, do novo Código de Processo Civil”.

A apelação: inconformada, a Fazenda Pública Municipal interpôs recurso (fls. 28/32) afirmando que o débito perseguido nos presentes autos não se amoldara aos requisitos previstos em lei para que se operasse a sua remissão, de maneira que a petição de fl. 21 se consubstanciaria em mero erro material.

Inexistiram contrarrazões, conforme despacho de fl. 42.

Desnecessária a intervenção do Ministério Público, nos termos da súmula 189 do STJ.

É o relatório.

Peço dia para julgamento.

VOTO

Trata o caso de Apelação Cível interposta em face de sentença que extinguiu a presente execução fiscal ante a suposta remissão do crédito tributário.

Compulsando os autos, constata-se que, após o ajuizamento da ação, a parte exequente houve por bem peticionar (fl. 21) com o fim específico de requerer a extinção do processo sob o fundamento de que o crédito tributário materializado por meio da Certidão de Dívida Ativa de fl. 04 haveria sido alcançado pela remissão. Confira-se:

“**O Município de Fortaleza**, por seu Procurador adiante assinado, vem, com o costumeiro respeito, requerer a **extinção** do vertente feito, porquanto o crédito tributário ora em execução encontra-se abrangido pela **remissão**, como aponta a Secretaria de Finanças do Município de Fortaleza no extrato de cálculos em apenso.” (destaques no original)

Ocorre que, posteriormente, após a prolação da sentença de fls. 22/23, a Fazenda Pública Municipal verificou a ocorrência de equívoco, uma vez que o débito tributário de titularidade de Francimi Magalhães Torres de Carvalho não preencheria todos os requisitos legalmente previstos para que restasse operada a remissão, razão pela qual pugnou pela anulação da sentença, consequente continuidade do feito executivo.

Eis o cerne da controvérsia. Passo, pois, à sua análise.

Como sabido, a remissão é modalidade de extinção do crédito tributário prevista no art. 156, inciso IV do Código Tributário Nacional, que assim dispõe:

Art. 156. **Extinguem o crédito tributário:** (...)

IV - **remissão;**” (destacamos)

Entretanto, para que tal instituto reste configurado, devem ser fielmente observados os requisitos previstos em lei, circunstância não verificada na espécie, consoante se depreende mediante simples análise das razões expostas no apelo de fls. 28/32:

“À desdúvida, dispõe o artigo 17 da retromencionada Lei Municipal 10.370/2015, abaixo transcrito:

Art. 17. Sem prejuízo do disposto no art. 16 desta Lei, ficam remetidos, do ofício, os créditos de natureza tributária e não tributária da Fazenda Municipal, inscritos ou não na Dívida Ativa do Município, ajuizados ou não, parcelados ou não, decorrentes de fatos geradores ocorridos até 31 de dezembro de 2009, desde que o valor do crédito de mesma natureza, consolidado por sujeito passivo, na data da publicação desta Lei, seja inferior a R\$ 2.000,00 (dois mil reais). (grifo nosso)

Pelo artigo acima traslado, extraem-se os requisitos da remissão:

- a) Fato gerador até 31 de dezembro de 2009;
- b) Valor do crédito de mesma natureza, consolidado por sujeito passivo e de mesma natureza, na data da publicação da lei, inferior a R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

Isto posto, **consoante se testifica da prenuncial, a quizila executiva em comento foi aforada em agosto de 2009, instruída com a certidão da dívida ativa nº 2009/013901, representando o crédito tributário de IPTU atinente aos anos/exercícios de 2006 e 2007, portanto fato gerador ocorrido antes de 31 de dezembro de 2009.**

Todavia, tal como dantes explanado, é imperioso que a situação concreto observe a todos os requisitos legais, a fim de fazer jus à remissão do débito tributário. No caso em apreço, o executado possui outros débitos tributários, os quais enfeixam a mesma índole do crédito objeto desta demanda executiva, ou seja, têm natureza tributária, sendo, entretanto, o somatório dos créditos tributários de responsabilidade do exequido no valor total de R\$ 2.539,50 (dois mil, quinhentos e trinta e nove reais e cinquenta centavos), superior ao limite de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) prescrito na Lei Municipal.

Destarte, o crédito tributário não apresenta todos os requisitos legais, evidenciando o erro material, do qual decorreu o equivocado requesto da ora apelante à fl. 21, sentenciando o Juízo *a quo* a extinção do feito às fls. 22-23.” (destacamos)(trecho de fls. 30/31)

Sendo assim, para além do evidente descuido da Procuradoria do Município de Fortaleza ao peticionar no feito informando a extinção de crédito tributário que efetivamente não se configurara, deve a sentença ser reformada, a fim de que o processo siga sua regular tramitação.

Tal raciocínio se justifica por força da indisponibilidade do crédito tributário, que somente pode ser extinto nos casos expressamente previstos em lei, não sendo possível ao Poder Judiciário reconhecer a sua extinção quando confrontado com situação que não se amolda ao fato jurídico abstratamente previsto.

Não é outro o raciocínio que se extrai do art. 141 do Código Tributário Nacional, *in verbis*:

“Art. 141. O crédito tributário regularmente constituído somente se modifica ou extingue, ou tem sua exigibilidade suspensa ou excluída, nos casos previstos nesta Lei, fora dos quais não podem ser dispensadas, sob pena de responsabilidade funcional na forma da lei, a sua efetivação ou as respectivas garantias.” (destacamos)

De igual maneira, o entendimento firmado pela jurisprudência pátria:

“EXECUÇÃO FISCAL IPVA Extinção do feito pelo Juízo “a quo”, nos termos do art. 794, I, do CPC, atendendo ao pedido do próprio exequente. Apelo fazendário para dar regular prosseguimento à execução, sustentando que houve equívoco no requerimento de extinção apresentado pelo Procurador do Estado em razão de erro técnico e de informática ocorrido no processamento digital de petições. Existência de contradição contida na própria petição de extinção que traz em epígrafe a informação de suspensão do débito fiscal. Provimento judicial de 1º. Grau embasado em premissa fática equivocada. Crédito tributário que é de interesse público - Indisponibilidade do direito que afasta a ocorrência de preclusão lógica. Anulação da r. sentença por estar embasada em premissa fática diversa da realidade. RECURSO PROVIDO.” (TJSP; Apelação 0220087-97.2013.8.26.0014; Relator (a): Flora Maria Nesi Tossi Silva; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Público; Foro das Execuções Fiscais Estaduais - Vara das Execuções Fiscais Estaduais; Data do Julgamento: 27/07/2016; Data de Registro: 28/07/2016) (destacamos)

* * * * *

“APELAÇÃO CÍVEL. EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. 1. SUPOSTO PAGAMENTO. EXTINÇÃO. EQUÍVOCO DA FAZENDA PÚBLICA. DOCUMENTO QUE NÃO COMPROVA O PAGAMENTO. VIOLAÇÃO AO ART. 794, INC. I, DO CPC E ART. 156, INC. I, DO CTN. 2. INTERESSE DA EXEQUENTE NA REFORMA DA SENTENÇA. INDISPONIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO NA FORMA DO ART. 141, DO CTN. ERRO DE FATO. INEXISTÊNCIA DO PAGAMENTO. PROSSEGUIMENTO DO EXECUTIVO FISCAL, SEM PREJUÍZO DE POSTERIOR DEFESA DO DEVEDOR. 3. ENCAMINHAMENTO DE PEÇAS AO MINISTÉRIO PÚBLICO. Recurso provido.” (TJPR - 2ª C. Cível - AC - 924804-8 - Guaratuba - Rel.: Pericles Bellusci de Batista Pereira - Unânime - J. 10.07.2012) (destacamos)

Sendo assim, restando verificado que o julgamento de 1ª instância ocorreu mediante premissa fática inexistente, o provimento da apelação interposta, consequente anulação da sentença recorrida, é medida que se impõe.

DISPOSITIVO

Por tais razões, conheço da apelação interposta, para dar-lhe provimento, anulando a sentença proferida em 1º grau de jurisdição, para o fim específico de determinar que o processo retorne ao Juízo *a quo* tenha regular tramitação, uma vez que a alegada remissão não se verificou na hipótese em apreço, devendo prevalecer, assim, a indisponibilidade do crédito tributário, manifestação direta do princípio da supremacia do interesse público.

É como voto.

Fortaleza, 26 de março de 2018.

APELAÇÃO Nº 0100284-15.2016.8.06.0001

APELANTES: JOSÉ CLOVIS DE ANDRADE RUBENS, JOBSON DA COSTA SOUSA, REOCIANE COSTA SOUSA, ROBSON COSTA SOUSA, FRANCISCO DO CARMO SOUSA FILHO E ROMISON DA COSTA SOUSA
APELADO: ESTADO DO CEARÁ

RELATOR: DES. PAULO AIRTON ALBUQUERQUE FILHO

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO À SAÚDE. NECESSIDADE DE TRANSFERÊNCIA E DISPONIBILIDADE DE LEITO EM UTI. TUTELA ANTECIPADA DEFERIDA. FIXAÇÃO DE ASTREINTES. DECISÃO NÃO CUMPRIDA. ÓBITO DA AUTORA 02 (DOIS) DIAS APÓS A INTIMAÇÃO DO ENTE ESTATAL. PEDIDO DE HABILITAÇÃO DE HERDEIROS. EXECUÇÃO DE ASTREINTES. ADMISSIBILIDADE DA HABILITAÇÃO. HONORÁRIOS DEVIDOS. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. APRECIÇÃO EQUITATIVA. CRITÉRIOS DO ART. 85 DO NCPC.

1. Não obstante exista, no caso em análise, questão pertinente aos direitos personalíssimos e fundamentais da autora (saúde), os quais foram extintos com o seu falecimento, verifica-se que subsistem direitos pecuniários decorrentes das lesões aos aludidos direitos.
2. É assente que o óbito da autora acarreta a perda do objeto da obrigação de fazer, mas não quanto à execução da multa cominatória fixada pelo descumprimento da obrigação imposta, ultimada antes do falecimento da requerente.
3. Cumpre salientar que admitir a habilitação dos herdeiros para executar multa cominatória imposta

em ação de obrigação de fazer não está conferindo natureza indenizatória às astreintes, mas apenas concedendo aos herdeiros a possibilidade de executar um direito já incorporado ao patrimônio do *de cujus*.

4. APELAÇÃO CONHECIDA E PROVIDA PARCIALMENTE, A SENTENÇA PARA DETERMINAR A HABILITAÇÃO DOS HERDEIROS PARA O FIM ESPECÍFICO DE EXECUTAR AS ASTREINTES FIXADAS NA DECISÃO INTERLOCUTÓRIA DE FLS. 17/22, BEM COMO CONDENAR O ESTADO DO CEARÁ A ARCAR COM O PAGAMENTO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS EM R\$ 1.500,00, COM ESTEIO NO PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE E NO ART. 85 DO NCPC.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível, ACORDAM os Desembargadores membros da 1ª Câmara de Direito Público do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer do recurso apelatório para dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto proferido pelo e. Relator.

Fortaleza, 20 de fevereiro de 2017.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta por JOSÉ CLOVIS DE ANDRADE RUBENS E OUTROS face da sentença de fls. 53/56, prolatada pelo MM. Juiz de Direito da 8ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza, nos autos da Ação Ordinária, interposta em face do DO CEARÁ.

Na exordial, a autora alega que sofreu um acidente vascular cerebral (AVC) e, diante da gravidade de sua enfermidade, pleiteia pela disponibilidade de um leito na Unidade de Terapia Intensiva (UTI) junto a um Hospital Terciário com os devidos recursos, consoante laudo médico.

Às fls. 17/22, o d. juízo de origem deferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, determinando que o Estado do Ceará, no prazo máximo de 24 horas, providencie a transferência e internação em leito de UTI de hospital terciário, preferencialmente o Hospital Geral de Fortaleza (HGF) da paciente Reobia de Sousa da Costa e, caso se verifique a insuficiência de vagas na rede de saúde pública, o réu deverá arcar com as custas da internação em leito de UTI de hospital terciário da rede particular. Ademais, fixou multa diária de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) em caso de descumprimento, a ser bloqueado diariamente através do sistema Bacenjud.

Às fls. 31/32, juntada de petição informando o falecimento da autora, requerendo, por conseguinte, a habilitação dos herdeiros e o pedido de procedência da demanda para fins de execução da multa por parte dos herdeiros.

Certidão de fl. 52 atestando que o Estado do Ceará não apresentou defesa no prazo legal.

Em sentença, o d. magistrado de piso extinguiu o processo sem resolução de mérito, nos termos do art. 485, incisos VI e IX do CPC/2015, sob o argumento de que a pretensão dos possíveis herdeiros de recebimento do montante correspondente à multa diária não figura como instituto vocacionado à indenização pelo descumprimento do preceito estabelecido judicialmente.

Apelação Cível interposta às fls. 61/71 pelos sucessores de Reobia de Sousa da Costa, sustentando que o percebimento do valor correspondente à multa diária incorporou-se ao patrimônio da falecida, podendo, portanto, ser transmitido aos respectivos herdeiros, pois se trata de direito patrimonial e não personalíssimo. Ademais, afirmam que as astreintes são meio e modo de coação, contudo, a partir do momento em que são consolidadas, passam a ter patrimonialidade e, por isso, transmissibilidade. Diante disso, requerem a habilitação dos herdeiros e a confirmação da medida antecipatória e o

respectivo valor da multa fixado, o qual, após o trânsito em julgado, será executado pelos herdeiros em razão do descumprimento por parte do apelado.

Devidamente intimado, o Apelado apresentou contrarrazões (fls. 77/80) requerendo a manutenção da sentença de extinção sem resolução de mérito em todos os seus termos, condenando os herdeiros ao pagamento de honorários advocatícios.

É o relatório.

Solicito inclusão em pauta do presente feito.

VOTO

Diante da presença dos pressupostos de admissibilidade, conheço da presente Apelação Cível.

Trata-se de ação ordinária objetivando o fornecimento pelo Estado do Ceará de leito em Unidade de Terapia Intensiva – UTI junto a um hospital terciário.

O pleito autoral foi acolhido através da decisão interlocutória de fls. 17/22, a qual determinou que o Estado do Ceará, no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas, providenciasse a transferência e internação em leito de UTI de hospital terciário, preferencialmente o Hospital Geral de Fortaleza (HGF) da paciente Reobia de Sousa da Costa e, caso se verificasse a insuficiência de vagas na rede de saúde pública, arcasse com as custas da internação em leito de UTI de hospital terciário da rede particular, fixando multa diária de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) em caso de descumprimento.

O ente estatal fora intimado acerca da supramencionada decisão no dia 06/01/2016, consoante certidão de fls. 26/27.

Posteriormente, em 08/01/2016, a Sra. Reobia de Sousa da Costa veio a falecer, conforme comprova a certidão de óbito de fl. 33.

Diante desta circunstância, os herdeiros da autora peticionaram pedindo a habilitação nos autos e, por conseguinte, a procedência da demanda para fins de execução da multa em seu favor.

Não obstante exista, no caso em análise, questão pertinente aos direitos personalíssimos e fundamentais da autora (saúde), os quais foram

extintos com o seu falecimento, verifica-se que subsistem direitos pecuniários decorrentes das lesões aos aludidos direitos.

É assente que o óbito da autora acarreta a perda do objeto da obrigação de fazer, mas não quanto à execução da multa cominatória fixada pelo descumprimento da obrigação imposta, ultimada antes do falecimento da requerente.

Com efeito, mostra-se cabível a habilitação dos herdeiros no presente feito, uma vez que o crédito pelo descumprimento da ordem judicial adveio antes do óbito, integrando, assim, o patrimônio da autora.

Sobre o tema, posicionam-se os Tribunais Pátrios, consoante precedentes abaixo:

PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. ÓBITO DO AUTOR. EXECUÇÃO DE ASTREINTES. HABILITAÇÃO DOS HERDEIROS. ADMISSIBILIDADE.

1. Cuida-se de apelação interposta em face de sentença que extinguiu o processo sem resolução de mérito, nos termos do art. 267267, VI, do CPC/2015, em face da perda do objeto da ação.

2. Como herdeiros legítimos do *de cujus*, não se pode entender prejudicado o direito dos sucessores de executar a multa que seria devida em face do descumprimento da obrigação se o autor ainda estivesse vivo.

3. Ademais, permitir a habilitação dos sucessores para a cobrança da multa não significa dar às astreintes a natureza indenizatória pela morte do autor, mas tão somente de executar um direito já incorporado ao patrimônio do *de cujus*.

4. Apelação provida. (TRF-5, Apelação Cível nº 08010436220134058000, Rel. Des. Francisco Cavalcanti, Primeira Turma, Julgado: 29/05/2014)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. FALECIMENTO DO AUTOR APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO. HABILITAÇÃO DOS HERDEIROS. EXECUÇÃO DA ASTREINTES PELO DESCUMPRIMENTO DA TUTELA ANTECIPADA. INTERESSE.

1. O ponto divergente neste recurso diz respeito à possibilidade de os sucessores do autor/falecido executarem o valor acumulado a título de astreintes.
2. Na espécie, a morte do autor tem como consequência a perda do objeto quanto ao fornecimento do fármaco ou custeio de novas despesas ou pedido de reembolso.
3. **Contudo, não afasta a legitimidade dos herdeiros do falecido de se habilitarem nos autos para executar o valor devido pelo descumprimento da tutela antecipada que determinou o fornecimento do medicamento. E isso, porque o crédito pelo descumprimento de ordem judicial adveio antes do óbito, integrando, assim, o patrimônio do autor. Precedentes do STJ e do TJRJ.**
4. Ademais, as astreintes foram confirmadas por sentença, já transitada em julgado, que as tornaram definitivas, formando título executivo judicial e, portanto, devidas e passíveis de execução forçada, na forma do artigo 778, § II, do Código de Processo Civil/2015. Precedente do TJRJ.
5. Recurso não provido. (TJ/RJ, AI nº 00612281520168190000, 14ª Câmara Cível, Rel. Des. José Carlos Paes, Publicação: 03/02/2017)

Admitir a inaplicabilidade da multa diária em razão unicamente do óbito do credor da obrigação significa considerar que a medida assecuratória é desprovida de qualquer força coercitiva, principalmente nas questões relacionadas ao direito à saúde, como no presente caso. Em tal cenário, o descumprimento do comando judicial poderia ser até mais vantajoso para o devedor, vez que a perda de objeto da obrigação de fazer desoneraria o Estado por completo de seu dever de prestar saúde.

Ademais, cumpre salientar que admitir a habilitação dos herdeiros para executar multa cominatória imposta em ação de obrigação de fazer não está conferindo natureza indenizatória às astreintes, mas apenas concedendo aos herdeiros a possibilidade de executarem um direito já incorporado ao patrimônio do *de cujus*.

Por fim, denota-se que o juízo de origem, ao extinguir o feito sem resolução de mérito, deixou de condenar as partes em relação aos ônus de sucumbência, conforme sentença de fl. 55.

Em obediência ao princípio da causalidade, a parte que deu causa à instauração do processo deve arcar com as despesas decorrentes do feito.

Nesse contexto, dando-se a correta interpretação ao princípio da causalidade, é forçoso reconhecer que o responsável pelo ajuizamento desta ação foi o ente estatal ao não disponibilizar o leito de UTI junto a um Hospital Terciário, razão pela qual este deve responder pelo seu pagamento.

Como no presente feito não houve condenação, tampouco seria possível mensurar o proveito econômico obtido que se relaciona à saúde e à vida da autora, a condenação em honorários deve ser pautada sobre o valor atualizado da causa. No entanto, nas causas em que o valor da causa for muito baixo, como no caso em análise (R\$ 100,00), o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, consoante art. 85 do Novo Código de Processo Civil:

Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

(...)

§2º. Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos:

I - o grau de zelo do profissional;

II - o lugar de prestação do serviço;

III - a natureza e a importância da causa;

IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

§3º. Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, a fixação dos honorários observará os critérios estabelecidos nos incisos I a IV do § 2º e os seguintes percentuais:

(...)

§ 4º - II - não havendo condenação principal ou não sendo possível mensurar o proveito econômico obtido, a condenação em honorários dar-se-á sobre o valor atualizado da causa;

(...)

§ 8º Nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, **quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando o disposto nos incisos do § 2º.**

Diante dos argumentos aqui explanados, hei por bem fixar a verba honorária de sucumbência no valor de R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais), de acordo com a equidade imposta no art. 85 do NCPC.

Isto posto, conheço da Apelação Cível interposta para dar-lhe parcial provimento, reformando a sentença para determinar a habilitação dos herdeiros para o fim específico de executar as astreintes fixadas na decisão interlocutória de fls. 17/22, bem como condenar o Estado do Ceará a arcar com o pagamento dos honorários advocatícios arbitrados em R\$ 1.500,00 (hum mil e quinhentos reais), nos termos do art. 85, §8º, do NCPC.

É como voto.

Fortaleza, 20 de fevereiro de 2017.

PROCESSO: 0135281-58.2015.8.06.0001 - APELAÇÃO

APELANTE: ANDERSON CAVALCANTE ALMEIDA

APELADO: MUNICÍPIO DE FORTALEZA

CUSTOS LEGIS: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL

RELATOR: DES. PAULO FRANCISCO BANHOS PONTE

EMENTA: DIREITO PÚBLICO. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. GUARDA MUNICIPAL. EXAME PSICOLÓGICO. PREVISÃO NORMATIVA. LEGALIDADE DA EXIGÊNCIA. NULIDADE NÃO EVIDENCIADA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. Ação em que candidato de concurso público para Guarda Municipal de Fortaleza restou inapto na avaliação psicológica, impugnando a legalidade da etapa;

2. O ente público suscita em suas razões a perda de interesse processual pois o certame estaria encerrado. Entendimento de que a impugnação de etapa do concurso público encerrado não conduz à perda de objeto. Precedente do STJ. Preliminar rejeitada.

3. No mérito, a exigência de avaliação psicológica decorre de imposição normativa, da Lei complementar municipal n. 04/91, que expressamente prevê a necessidade de realização de “exame psicotécnico” aos candidatos do concurso público para Guarda Municipal;

4. O edital, em atenção ao comando normativo, previu a realização de fase para avaliação psicológica, de modo objetivo e sindicável,

submetendo, inclusive, a segunda oportunidade e recurso, fugindo a qualquer ilação de subjetividade;

5. Entendimento firmado de que a exigência editalícia não sofre reproche quando lastreada em comando normativo.

6. Recurso conhecido e desprovido. Sucumbência majorada.

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 do recurso, mas para negar-lhe provimento, de acordo com o voto do Relator.

Fortaleza, 1 de outubro de 2018

RELATÓRIO

Da ação de origem

Cuidava-se de ação ordinária na qual o ora apelante e então autor ANDERSON CAVALCANTE ALMEIDA postulou a nulidade do ato administrativo que concluiu por sua eliminação de certame público para o cargo de Guarda Municipal do MUNICÍPIO DE FORTALEZA em vista de sua reprovação na fase de avaliação psicológica.

Da sentença apelada

Sentença às fls. 505/509 julgando improcedente o pleito anulatório.

Das razões do pedido de reforma

Suscita o apelante em seu recurso de fls. 514/522, como *causa de pedir* recursal, a nulidade do exame psicológico realizado pois não teria o Conselho Federal de Psicologia competência para validar exames, uma vez que “as resoluções que servem de suporte legal para o edital são emanadas de ente sem autorização legal” (fl. 517).

Defende, enfim, a nulidade do item 10.4.4 do edital 14/2013-SESC/SEPOG do concurso para Guarda Municipal de Fortaleza, além dos itens 10.4.2, 10.4.3 e 10.4.8, por possuírem subjetividade prejudicial ao aferimento das capacidades dos certamistas.

Do pedido de nova decisão

Requer o provimento do recurso e o provimento dos pedidos exordiais.

Das contrarrazões

Manifestando-se às fls. 526/541, pelo MUNICÍPIO DE FORTALEZA restou defendido, de início, a perda do interesse processual, já tendo o referido certame encerrado em 2015, com homologação definitiva em 2016, pelo ato 485/2016-SEPOG.

No mérito, defende a lisura do exame psicológico previsto no edital do concurso em alusão, cuidando-se de avaliações objetivas e cujos resultados as partes interessadas possuem acesso para eventual exercício de impugnação.

Ressalta a predominância de entendimentos em arrimo ao resultado apresentado em primeiro grau, sendo desmerecida a súplica recursal, ao que requer o desprovimento do apelo.

Da intervenção ministerial

Instada a se manifestar sobre o mérito recursal, pela d. Procuradora de Justiça oficiante em segundo grau restou lançado o lúcido parecer de fls. 549/557 no qual opina pelo conhecimento e desprovemento do apelo.

É o relatório.

Voto

Pressupostos de admissibilidade

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

Da preliminar suscitada pelo ente público

A edilidade sustenta em preliminar a perda do interesse do recorrente sobre o mérito recursal tendo em vista a homologação do resultado do certame. Sucede que o STJ tem entendimento firmado no sentido de que, “quando a ação busca aferir a suposta ilegalidade de uma das etapas do concurso, a homologação final deste não conduz à perda de objeto do *mandamus*” (AgRg no RMS 34.333/GO, Rel. Ministro Herman Benjamin, 2ªT, DJe 03/10/2011).

Preliminar que se rejeita.

De meritis

No mérito, a suscitação feita pelo apelante nos remete unicamente à legalidade do exame psicológico aos candidatos no certame público para Guarda Municipal do município de Fortaleza, regido pelo edital 14/2013-SESEC/SEPOG e pelo qual restou eliminado.

In casu, verifica-se que a Lei Complementar Municipal nº 04/91 prevê expressamente a submissão dos candidatos ao cargo de Guarda Municipal à avaliação psicotécnica, nos termos referendados no Edital de Regência, senão veja-se o que dispõe o art. 15 da norma citada:

“São requisitos indispensáveis ao Corpo da Guarda Municipal da Classe de Guardas, Agentes de Cidadania e Agentes Especiais:

I - segundo grau completo;

II - idade mínima de 18 (dezoito) anos e máxima de 35 (trinta e cinco) anos;

III - boa saúde física e mental, e não ser portador de deficiência física incompatível com o exercício do cargo;

IV - reputação ilibada, comprovada mediante documentação a ser exigida no edital do concurso público.

Parágrafo Único: O requisito de saúde mental previsto no inciso III será exigido, no concurso público, mediante exame psicotécnico, nos termos do Edital”.

Os itens do edital indicados pelo recorrente apenas referendam a opção legislativa sobre a necessidade do exame, inexistindo qualquer suscitação, exceto *en passant* no presente apelo, de subjetividade do exame.

Conforme entendimento firmado neste Sodalício, **“não há ilegalidade no ato administrativo que considera inapto candidato em Avaliação psicológica que se baseia em critérios objetivos, observando as especificações da norma de regência e do edital do concurso para provimento de cargo de Guarda Municipal de Fortaleza**. A simples alegação de subjetividade da avaliação psicológica não se sustenta pela presença de critérios objetivos no edital. (TJCE, Agravo de Instrumento nº 0622872-93.2015.8.06.0000, Relator Desembargador Francisco Gladysson Pontes, 3ª Câmara de Direito Público, Julgado em 12/12/2016).

Em corroboração, temos:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. EXAME PSICOTÉCNICO. PREVISÃO EM LEI ESPECÍFICA

DA CARREIRA. DESNECESSIDADE. ATENDIMENTO À SÚMULA VINCULANTE 44 DO STF E AOS REQUISITOS APONTADOS PELA JURISPRUDÊNCIA DO STJ. DENEGAÇÃO DO *WRIT* EM SENTENÇA ESCORREITA. DESPROVIMENTO SEM HONORÁRIOS RECURSAIS.

1. O juiz singular denegou a segurança sob os fundamentos primordiais de que: (a) para o atendimento à Súmula Vinculante 44 do STF basta a previsão do exame psicotécnico em lei, mesmo que esta não trate da disciplina específica do cargo a ser provido; (b) no caso concreto, a observância do verbete em comento decorre do art. 9º, §1º, da Lei Municipal nº 737/2014, que estabelece normas gerais para os certames promovidos pelo Município de Mombaça; (c) é imanente à lei o caráter geral e abstrato, sendo até recomendado que se reservem aos atos de hierarquia inferior a definição dos critérios e as minúcias sobre a fase em tela; inadmissível seria a total falta de baliza normativa, abrindo margem a subjetivismo; (d) o item 9.1.4., „a“, do edital nº 001/2014 contém atributos objetivos relacionados ao desempenho profissional e o edital nº 011/2016 viabiliza o conhecimento dos motivos ensejadores da reprovação no exame psicológico mediante prévio agendamento com a Administração, faculdade, porém, não exercida pelos impetrantes. 2. O decisório não merece reproche, porquanto a jurisprudência não impõe a regência do tema pela lei própria da carreira, consoante se extrai do inteiro teor dos atuais precedentes do STJ e do acórdão prolatado pelo STF no julgamento do Agravo de Instrumento em Recurso Extraordinário com Repercussão Geral (AI 758533 QO-RG); outrossim, **não é vedado reservar ao regulamento do certame a definição dos critérios objetivos de avaliação**. 3. É prescindível que o edital indique o tipo de teste a ser utilizado no exame psicológico, o que poderia, inclusive, contribuir para a adoção de estratégias pelos candidatos com o fito de se encaixar no padrão requisitado, na tentativa de manipulação de respostas e condutas comportamentais diversas daquelas que seriam melhor colhidas espontaneamente, em prejuízo do interesse público. Precedentes do TJCE. 4. Na hipótese vertente, os editais nº 1º/2014, 10/2015, 11/2015 e 12/2015 evidenciam o **regramento suficiente do exame psicotécnico por intermédio de critérios objetivos, a viabilidade de acesso**

aos laudos para conhecimento das razões da reprovação do candidato nessa fase, assim como a possibilidade de impugnação e até de reformulação do recurso, restando plenamente observados os pressupostos bastantes à legitimidade da etapa em debate. Desse modo, descabe cogitar da ofensa aos princípios do amplo acesso aos cargos públicos, isonomia, razoabilidade e impessoalidade, supostamente oriunda da ilegalidade afirmada. 5. Recurso conhecido e desprovido, sem honorários recursais, porquanto descabida a verba na via do *writ*. (TJCE – AC 0006486-47.2015.8.06.0126, Relator Des. FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA; Comarca: Mombaça; Órgão julgador: 1ª Câmara Direito Público; Data do julgamento: 29/01/2018; Data de registro: 29/01/2018)

Ao visto, a irresignação não medra em solo fértil, estando a decisão de piso devidamente fundamentada quando a não nulidade do edital que se amolda à legislação regente da matéria.

Do dispositivo

ISSO POSTO, conheço do recurso para negar-lhe provimento. Sucumbência majorada para R\$1.500,00 (mil e quinhentos reais), nos termos do art. 85, §11, do Código de Processo Civil.

É como voto.

Fortaleza, 1 de outubro de 2018.

PROCESSO Nº 0155191-13.2011.8.06.0001 - APELAÇÃO CÍVEL

APELANTE: . C. DE S.

RELATOR: DESEMBARGADOR HERÁCLITO DE SOUSA VIEIRA NETO

APELAÇÃO CÍVEL. CONSTITUCIONAL. CIVIL. FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL *POST MORTEM*. CONVIVÊNCIA ENTRE HOMEM E MULHER SEM IMPEDIMENTOS MATRIMONIAIS. (ART. 1.521, CC). INFIDELIDADE MÚTUA. OCORRÊNCIA. FATO QUE NÃO DESCARACTERIZA O INSTITUTO. REQUISITOS LEGAIS NECESSÁRIOS (ART. 226 § 3º DA CF/88 E ART. 1.723 DO CC). OCORRÊNCIA. CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO QUE APOIA O PLEITO AUTURAL. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA.

O cerne da discussão reside na possibilidade de reconhecimento da união estável *pos mortem* em havendo notícia de traição durante a convivência do casal.

Os depoimentos prestados pelos vizinhos do casal, atestaram que os desentendimentos, resultaram em crise conjugal com separação por um período aproximado de 03 (três) meses; declararam ainda que o casal era conhecido publicamente como uma família, composta de marido, mulher e um filho; ademais, esclareceram que apesar da incontestada infidelidade, o distanciamento deles fora apenas temporário, pois voltaram a viver juntos, convivência que findou com a morte dele.

No que pese a fidelidade como requisito para o reconhecimento da união estável, referida particularidade não deve ser considerada como característica essencial, tampouco, sopesada isoladamente, pois é o conjunto probatório por inteiro que deve nortear o convencimento do julgador; acrescente-se que o artigo 1.724 do Código Civil, dispõe que “as relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos”; assim, tem-se que o dever de lealdade e não de fidelidade, restou incluído de forma expressa na norma atinente à espécie para fins de configuração da união estável. A doutrina destaca que “infere-se, com tranquilidade, que a união estável está submetida a alguns elementos essenciais: i) diversidades de sexos; ii) estabilidade; iii) publicidade; iv) continuidade; v) ausência de impedimentos matrimoniais. É bem verdade que esses elementos, necessariamente, precisam estar conectados a um elemento principal, que é o ânimo de constituir família, isto é, a intenção de estar vivendo como se casados fossem (a chamada convivência *more uxório*).” (Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, Curso de Direito Civil, Famílias, v. 6, São Paulo: 2015, p. 465).

5. No caso concreto, apesar dos episódios de traição mútua, o casal voltou a viver junto, evidenciando que decidiram exercer o perdão e retomar o convívio familiar; assim, nesse cenário, entendo que a infidelidade não tem o condão de invalidar o reconhecimento da união estável, haja vista

que estão presentes os outros requisitos, estes primordiais para a caracterização do instituto, a saber, convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

6. Recurso CONHECIDO e PROVIDO. Decisão alvejada reformada. Ação Julgada procedente. Reconhecendo da união estável entre a autora e o “de cujus” durante o interstício compreendido entre setembro/2002 até a morte do varão em março/2010.

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores integrantes da Primeira Câmara de Direito Privado do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, nos autos da Apelação cível nº 0155191-13.2011.8.06.0001, por unanimidade, por uma de suas Turmas, em conhecer do recurso para DAR-LHE PROVIMENTO, nos termos do voto do eminente Relator.

Fortaleza, 7 de março de 2018.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação cível interposta por M. C. de S. em face da decisão do Dra. Shirley Maria Viana Crispino Leite, Juiz de Direito da 7ª Vara de Família da Comarca de Fortaleza/CE, prolatada nos autos da ação de Reconhecimento de União Estável “Post Mortem”.

Em sede de petição inicial a autora/apelante afirmou que conviveu em regime de união estável com S. F. R. de M. por aproximadamente 17 anos, perdurando até o falecimento dele em março/2010; informa que desse relacionamento nasceu em 05/09/1994, um filho, S. C. de M.; narra que quando começou a se relacionar com S., o mesmo era casado e separado

de fato de L. B. T.; alega que a convivência do casal era pública e o casal era reconhecido como marido e mulher; esclarece que o “de cujus” teve três filhos fruto do primeiro casamento, sendo estes, D. T. de M., S. T. de M. e R. T. de M., bem como uma outra filha, A. B. L. de M., fruto de um relacionamento extraconjugal.

Menciona ainda que em virtude do falecimento de S., passou a receber um benefício junto ao INSS, na condição de companheira perante a Previdência Social; aduz que o falecido deixou um automóvel como bem adquirido durante a união estável, um Kadett cinza ano 1994, no valor aproximado de R\$ 7.000,00 (sete mil reais) e valores depositados na Caixa Econômica Federal, não sabendo identificar o montante. (fls. 1/10).

Requeru ao final a citação de D. T. de M., S. T. de M., R. M. B. V. e A. B. L. de M., representada por L. L. de M.; pleiteou o julgamento procedente da ação e reconhecimento da união estável “post mortem”, bem como a condenação da parte promovida no ônus sucumbencial. (fls. 1/8).

Documentos às folhas 11/25.

Contestação apresentada por D. T. de M., S. T. de M. e R. M. de B. V., requerendo preliminarmente o indeferimento da petição inicial por considerá-la inepta e conter pedido juridicamente impossível; no mérito, alegam que os fatos narrados pela promovente são contraditórios, o que demonstra inverídica a alegativa de união estável pleiteada, pois o relacionamento caracteriza-se como concubinato; defendem que a autora em nada contribuiu para constituir o patrimônio deixado pelo “de cujus”; afirmam ainda que a autora não manteve boa conduta e traiu o Senhor S. publicamente, resultando na separação de corpos no ano de 2009, ocasionando ainda um quadro depressivo no mesmo e morte por infarto agudo do miocárdio; aduzem que de modo ilegal a autora mantém a posse do veículo deixado pelo falecido, patrimônio que deve ser repassado para o espólio; ao final requereram o acolhimento da preliminar de inépcia da petição inicial e no mérito o julgamento improcedente da ação com o julgamento improcedente da ação. (fls. 34/43).

Documentos anexados pela parte promovida às folhas 44/81.

Réplica e documentos às folhas 93/106.

Decretada a revelia de A. B. L. de M., representada por L. L. de M.. (fl. 154).

Audiência de instrução com tomada dos depoimentos pela magistrada singular. (fls. 163/165 e fls. 197/198).

Memorias apresentados pela demandante. (fls. 201/206).

Não foram apresentados memorias pela parte demandada, conforme certidão acostada à fl. 208.

Parecer Ministerial de primeiro grau pela improcedência do pedido. (fls. 209/211).

Sobreveio o julgamento improcedente da ação através da sentença de folhas 213/214.

Em recurso de apelação alega-se em síntese que a instrução processual demonstrou que o relacionamento entre a autora e o “de cujus” teve início após a separação de fato dele e a esposa com quem era civilmente casado; destaca-se que a convivência em questão perdurou por 17 anos, resultando no nascimento de um filho (1994) e findou com o falecimento do varão; ressalta-se que deve ser considerada a prova anexada aos autos quanto ao registro da requerente junto ao INSS na condição de dependente/beneficiária do falecido e que os desentendimentos momentâneos do casal que geraram infidelidade não descaracterizam a união estável entre ambos; ao final, fora requerido o provimento do recurso com o julgamento procedente da ação. (fls. 216/224).

Em contrarrazões às folhas 232/237, as promovidas argumentam que a peça apelatória é uma mera repetição dos fatos narrados na exordial; defendem que no caso concreto, em virtude da ausência de fidelidade e respeito entre a autora e o “de cujus”, resta descaracterizada a união estável nos termos do Código Civil vigente; ressaltam que a sentença deve ser mantida pois a autora não provou o alegado, ônus que lhe incumbia nos termos do artigo 333, II, CPC/1973; requereram ao final o desprovimento do apelo e manutenção da decisão alvejada.

Parecer Ministerial de segundo grau às fls. 243/252 no sentido de que seja conhecido o recurso, reformada a sentença e julgado procedente o pedido de União Estável “Post Mortem.”

É o relatório.

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do apelo.

O cerne da discussão reside na possibilidade de reconhecimento da união estável *pos mortem* em havendo notícia de traição durante a convivência do casal.

Ressalto que o Instituto da União Estável é previsto na Constituição/88, nos seguintes termos:

Art. 226 § 3º. Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

No caso concreto, a demandante afirma haver convivido em regime de união estável com S. F. R. de M., por 17 anos até o falecimento dele em 01 de março de 2010, inclusive com o nascimento de um filho, S. C. de M. em 05 de setembro de 1994. (certidão de óbito à fl. 18 e certidão de nascimento à fl. 15).

Em contrapartida, as apeladas, filhas do casal, defendem, em síntese, que o relacionamento entre a autora e o “cujus” nunca evoluiu ao ponto de ser considerado uma união equiparada ao casamento, haja vista a inexistência dos requisitos necessários, notadamente no que concerne a fidelidade, lealdade e respeito; alegam que a instrução processual deixou claro que a recorrente traiu o companheiro, ocasionando a infidelidade conjugal.

DA POSSÍVEL CAUSA IMPEDITIVA

No que se refere aos impedimentos de que trata o artigo 1.521 do Código Civil, não há óbice ao reconhecimento da união estável no caso de um ou ambos ainda estarem na condição de casado, mas, separados de fato. É que “o casamento simultâneo de um dos conviventes não impede o

reconhecimento da união estável, sobretudo se, durante a instrução probatória, resta demonstrada a separação de fato e o decreto do divórcio direto.” (STF - RE: 665333 DF, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 20/03/2012, Primeira Turma).

Inferre-se da documentação colacionada nos autos que por sentença datada de 30 de setembro de 2002, concretizou-se a separação judicial de S. F. R. de M. e L. T. de M. (genitora das promovidas).

Nesse contexto, vejo que inexistia qualquer impedimento matrimonial para a convivência da autora com o “de cujus”, uma vez que o varão era separado de fato da esposa com que casou-se em 1976 e a demandante era solteira.

DOS REQUISITOS DA ALEGADA UNIÃO ESTÁVEL

Importante então destacar que “inferre-se, com tranquilidade, que a união estável está submetida a alguns elementos essenciais: *i*) diversidades de sexos; *ii*) estabilidade; *iii*) publicidade; *iv*) continuidade; *v*) ausência de impedimentos matrimoniais. É bem verdade que esses elementos, necessariamente, precisam estar conectados a um elemento principal, que é o ânimo de constituir família, isto é, a intenção de estar vivendo como se casados fossem (a chamada convivência *more uxório*). **É possível perceber, inclusive, que a intenção de estar convivendo como se casados fossem apresenta-se como elemento principal, fundamental para a caracterização da entidade familiar.** Enfim, é verdadeira *conditio sine qua non*. Os demais elementos, assim, podem ser compreendidos de forma acessória, pois a presença deles, sem o *animus familiae*, não implicará no reconhecimento de uma união estável.” (Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, Curso de Direito Civil, Famílias, v. 6, São Paulo: 2015, p. 448). GN.

Sobre a matéria, o Art. 1.723 do Código Civil dispõe:

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Comentando os apontados requisitos, o Ministro Cezar Peluso, em Código Civil Comentado, 3ª ed. rev e atual., editora Manole, São Paulo, 2009, p. 1908/1909, observa:

“São os seguintes os requisitos da união estável: a) *convivência pública*: a publicidade exigida pela lei é a que significa notoriedade da relação, ou seja, **que a união seja reconhecida no meio social em que vivem os companheiros**, não podendo ser, portanto, secreta ou clandestina; b) *duradura e contínua*: a união do homem e da mulher deve ser durável, e não passageira, breve, circunstancial ou momentânea, para que seja considerada estável. Ainda que o legislador não tenha estabelecido o prazo mínimo para seu reconhecimento – que poderia ser de dois anos, segundo Regina Beatriz Tavares da Silva, em Novo Código Civil comentado (São Paulo, Saraiva, 2002)-, **exigiu que se considerem a consistência e a efetividade da união**. (...) c) *objetivo de constituição de família*: não é qualquer relação amorosa que caracteriza a união estável. Mesmo que celebrada em contrato escrito, pública e duradura, com relações sexuais, com prole, e, até mesmo, com certo compartilhamento de teto, pode não estar presente o elemento fundamental consistente em desejar constituir família. Assim, o namoro aberto, a “amizade colorida”, o noivado não constituem união estável. É indispensável esse elemento subjetivo para a configuração da união estável. Para Zeno Veloso (op. Cit.) **é absolutamente necessário que entre os conviventes, emoldurando sua relação de afeto, haja esse elemento espiritual, essa *affectio maritales*, a deliberação, a vontade, a determinação, o propósito, enfim o compromisso pessoal e mútuo de constituir uma família**. A presença ou não deste elemento subjetivo será definida pelo juiz, diante das circunstâncias peculiares de cada caso concreto.” GN.

No caso concreto, extrai-se da prova oral:

(...) que quando adoeceu ele esta na companhia da autora; que ele foi internado no hospital São Raimundo no dia que infartou; que não chegou a fazer cirurgia; que faleceu após

o infarto que foi fulminante; que começou a namorar em 1993 e que foi morar junto em fevereiro de 1994; que ele falou que morava com a irmã; que com três meses que estava namorando com ele, este foi morar com a irmã; que no período em que convivia com ele, ele estava casado, somente depois de três meses que ele foi morar com a mãe; que, salve engano, foi no começo de 1993 que ele foi morar com a mãe; que depois ele se separou; **que depois da separação conviveu até o dia que ele faleceu; que saiu de casa em junho de 2009. Quando foi no começo de julho de 2009, começou a voltou e em setembro 2009.** viajou em janeiro de 2010 para Guaramiranga; que em janeiro ele comprou uma televisão para casa; que quando trabalhava a depoente ajudava. Dada a palavra ao patrono das promovidas **a autora disse que no período em que teve o relacionamento com a moça que saiu da sala de audiência, L., veio saber da existência da filha, esta já tinha três anos;** que foi este o motivo da briga, tinha ciúmes, além do que ele ia para o bar beber, juntamento com o tio das promovidas; que como ele ia beber com o tio delas ele terminava desabafando e o tia perguntava porque ele contava do relacionamento dele; que depois desse período de amizades entre os casais, pois o tio também era casado, terminou se envolvendo com ele, praticamente um ou dois meses e depois o abandonou; que foi na época em que voltou para S.; que falou para S. isto; que com medo dele por falar isto, fez um B.O. Dizendo que estava separado dentro de casa, como medo da violência; que no mês de junho estava na casa da depoente e se relacionando com o tia das filhas de Sr. S. e logo terminado o relacionamento foi para casa de sua genitora retornando após um mês; **que o retorno aconteceu no início de setembro de 2009 e ele faleceu em 01 de março de 2010; que saiu de casa no final de junho de 2009; que tinha vida conjugal com os dois; que o momento da traição foi uma loucura; um caso sem pensar; que fez isso porque achava que ele tinha um caso com a mãe da menina que ele ia visitar; que foi uma vingança besta; que ele admitiu que tinha tido um caso com a outra; que ele falou que quando ela engravidou tinha a abandonada; que acha que se ele não a tivesse traído ela também não o trairia;** o tio era o esposo da irmã da mãe das filhas do primeiro casamento; que não

se recorda da data do B.O. Que trabalhou em uma clínica; que não tem formação superior; que é técnica em radiologia; que noções de nomenclatura de remédios. Dada a palavra ao M.P. **A depoente disse que sabia do caso que ele tinha com outra mulher antes da filha, porém só soube da existência da menor, depois de três anos.**”(M. C. de S. – autora – fls. 164/165). GN.

“(...) respondeu que é vizinho de dona M. há seis anos; (...); **que a autora encontrava-se na companhia de Sr. S., falecido; que eles viviam como marido e mulher; que o depoente chegou a viajar com sua namorada e com o casal, inclusive o filho; que houve um briga entre o casal, porém não sabe dizer a época, mas que sabe que tratou-se de uma briga normal, pois logo em seguida retornaram a viver juntos;** que na época ela foi para a casa de sua genitora; que soube disso através dele; que não recorda a tempo da quebra do lapso temporal que deve ser ininterrupta, porém, avalia que foi no máximo de três meses; que eles passaram a viver como marido e mulher; que não sabe se nesse ínterim ela teve outra pessoa, posto que não foi relatado nada para o depoente; que o garoto ficou na companhia do pai; que a autora trabalhava fora, na área da saúde, mas não sabe dizer se era hospital ou clínica; que não sabe dizer como eram feitas as despesas de casa; **que o depoente era levada que vivessem como marido e mulher porque viajavam juntos, tinham filhos em comum e viviam bem.**Dada a palavra a representante da defensoria pública a testemunha respondeu; **que nos dias que antecederam ao seu falecimento o Sr. S. morava com Dona M.; que nesse período o Sr. S. não levou nenhuma outra mulher ao apartamento; que o tratamento de Sr. S. a dona M. era de esposa; que sabia de S. era casado; que pelo que sabe ele não mantinha nenhuma relação com a primeira esposa.**Dada a palavra ao patrono da promovida o depoente disse que não recorda que Sr. S. tenha estado bêbado e vomitado no bar e sido levado pela filha para o apartamento dele (este apto. considerado dele era o que vivia com dona M.), antes da briga do casal.” GN. (R. B. da S., fl. 163).

“(…) **que Sr. S. conviveu com M.**; que quando conheceu o S., aqui presente, filho do casal, ele tinha mais ou menos cinco ou seis anos; **que até antes de falecer o via lá, morando com dona M.; que o casal teve um desavença, mas pouco tempo voltou a viver junto novamente; que foi uma desavença, como marido e mulher tem; que eles ficaram separados uns dois ou três meses;** que crer que ela tenha ido para a casa de sua genitora; que não sabe responder se no período que esteve distante após a briga, a autora arranhou outra pessoa; que ele continuou morando na casa dele; que o filho ficou com o pai; **que Dona M. era apresentada como esposa por Sr. S.**; que não houve nenhum comentário do retorno de Dona Marli para o lar; que ele falou que tinha uma filha de outro relacionamento com outra pessoa; que não sabe se ele conviveu com essa outra pessoa; **que achava que ela era esposa dele porque ele convivia com ela, saía com o filho e a autora e viajava com ela; que na época do falecimento ele estava morando com M., porém acha que ele faleceu no hospital;** que o apto. Ficou fechado; que ele faleceu do coração. Dada a palavra a Defensora Pública a testemunha disse que ele falou a depoente que já foi casado; que não sabe informar se ele voltou a conviver com a primeira mulher; que não sabe dizer se a primeira mulher frequentava a casa dele. Dada a palavra ao patrono da ré, nada perguntou. **Dada a palavra ao representante do M.P. a testemunha disse que não sabe se o relacionamento de S. com outra mulher, de nome L. foi concomitante com o relacionamento de Dona Marli.**” (M. L. de S. B., fls. 163/164). GN.

“(…) **que faz 14 anos que reside no apto., onde ainda é vizinha da autora e ela conviveu com o falecido desde que a depoente foi para lá, há 14 anos; que por último houve uma briga onde houve separação de fato do casal; que após esta briga ele retornou;** que da união adveio um filho chamado S.; que acredita que ela não tenha arranjado outra pessoa no período da separação; que não conheceu o Sr. F. de S. C.. Dada a palavra ao representante da defensoria pública a testemunha respondeu a depoente diz **que Dona M. era apresentado como esposa de Sr. S. publicamente; que sabe que eles ficaram juntos até a morte; que viu Sr. D. morando**

na casa de M. até a morte. Dada a palavra ao patrono da promovida, a testemunha disse que tinha convívio social no pátio do edifício e ele **era tido como esposa dela;** que não sabe que o falecido tinha outra mulher; que não conheceu outra mulher de S.; que não sabe informar se quando foi feito o BO o Sr. S. saiu de casa. Dada a palavra ao M.P. Nada foi perguntado.” (C. M. C. P. – fl. 197). GN.

“(…) respondeu que conhece a Sra. L. e que ela é sua vizinha há muitos anos; que conheceu também o Sr. S.; que a separação de dona L. foi gerada pela dona M., a qual mantinha um relacionamento com ele; que quando L. separou-se por este motivo, ele foi para a casa dos pais dele, mas nunca abandonou a família; que L. não arranhou nenhum outro homem para manter relacionamento após a separação; que pela sociedade, Dona L. é conhecida como mulher direita; que não sabe da vida pessoal de dona M.. Dada a palavra ao patrono da promovida a testemunha disse que o Sr. S. já estava morando em outro bairro e que neste período não teve mais contato. REINQUIRIRÃO da Sra. A. S. R. N., **a testemunha disse que S. disse para a testemunha que estava em crise com M. e estava morando no Joquey. Continuando com a palavra o patrono da parte promovida, a testemunha disse que Dona L. sempre reclamava que o dinheiro da família estava pouco e sendo desviado para outra família.** Dada a palavra ao representante da defensoria pública, quis indagar à testemunha que disse que costumava viajar com o Sr. S.; que tem conhecimento de que o Sr. S. tem um filho com dona M.; que nas viagens que fazia com o Sr. S. ele levava somente a primeira família; que o Sr. S. morou na casa dos pais dele quando da separação com a Sr. L.; que os pais do falecimento moravam no Bairro Vila Manuel Sátiro; que depoente chegou a ver o Sr.S. na casa de seus pais, quando ele estava separado de L.; **que sempre via o Sr. S. acompanhado de M. na casa dos pais dela (M.);** que inicialmente ele ainda vivia com a primeira família mas, depois, L. soube e rompeu com ele. Dada a palavra ao representante do M.P., a testemunha disse que não sabe dizer em companhia de quem ele se encontrava quando foi para o hospital; que ele havia dito, nesta época, que estava em crise com dona M. e a depoente, sabendo que

ele tinha várias mulheres, perguntou onde ele se encontrava morando e ele respondeu que nem ele mesmo sabia; que M. morava no mesmo bairro que a depoente e dona L., ou seja, no Bonsucesso, porém depois do relacionamento com S., dona M. mudou-se dali, não sabendo a depoente para qual bairro. (A. S. R. N., fls. 197/199). GN.

“respondeu que pelo que sabe que dona L. separou-se por causa de muitos chifres; que nunca viu dona L. com outro homem na época em que era casada com S.; que L.r era bem quista socialmente; que não tem muito contato com dona M., por isso não sabe dizer se ela era bem quista. Dada a palavra ao patrono da promovida, a testemunha disse que não sabe dizer por qual motivo dona L. saiu do bairro; **que não sabe dizer a causa da morte, mas em conversa informou notou que ele esta deprimido e perguntou o que se passava e este disse que havia se separado de M.;que ele disse que se separou de M. porque ela lhe deu um chifre;** que ele disse que deu um apto para M.; que deu um carro; que até o momento de seu falecimento, S. frequentava a casa de Dona L., afirmando à depoente que ela era “muito minha amiga”; Dada a palavra ao representante da defensoria pública, nada perguntou. Dada a palavra ao representante do M.P., a testemunha quando disse quem informou que S. foi para o hospital foi a dona L., mas a testemunha não sabe com quem ele convivia nessa época; que nunca ouviu falar onde ocorreu o velório de S.” (L. M. N. S., fls. 197/199). GN.

“(…) respondeu que sabe que S. faleceu; que ele faceu na UTI; que é enfermeida e trabalhava junto com a Dra. S.; que a irmã de S. é pediatra e ainda está viva; que a conversa com Sa. foi no hospital da Unimed; que segundo a Dra. Sa, irmã do de cujus, disse para a depoente que quem entrava na UTI era da família de fato e de direito para fazer visitas; que lembra de um fato interessante para o desenrolar da ação, fato este que lembra que uma vez foi fazer o cabelo na casa de L. e lá encontrou sr. S.; que L. havia pedido para que a depoente desse uma olhada em S. pois este não estava bem. Que assim sendo, a depoente mediu a pressão que estava alta, que ele esta com taquicardia e disse que havia sido traído por uma

de suas namoradas, cujo nome era M.; que nesse época notou que ele estava com as artérias das temporas dilatadas; que a depoente disse para L. que ele ia morrer. Dada a palavra ao patrono da parte promovida, a testemunha disse que ele era um homem “raparigueiro”, mas a mulher oficial era L.; que frequenta do salão de L. desde 1998; que ele morreu uma semana após os fatos acima narrados pela depoente; **que não sabe quem acompanhou o falecido quando ele deu entrada no hospital; que a família oficial o assistiu no momento da doença;**que nunca viu a autora no hospital para visitar o falecido. Dada a palavra ao representante da defensoria pública a testemunha disse que conheceu L. desde 1998; que frequenta a casa de dona L.; que chegou a dormir lá; que a irmã da depoente mora ao lado da autora. Na ocasião o representante da defensoria pública disse que contraditava a testemunha por ser a mesma amiga íntima de L.. A MM Juíza aceitou a contradita e disse que mantinha o depoimento como informação. Dado a palavra ao representante do .P., a testemunha disse que não sabe onde foi o velório de S.” (M. L. N. dos S., fls. 197/199). GN.

In casu, observa-se da prova colhida nos autos ser fato incontroverso que durante a convivência entre M. e S., ambos cometeram traição, inclusive com o nascimento de A. B. no ano de 2002 , fruto do envolvimento dele com L. L. M., que chamada ao feito, na condição de representante da filha, deixou de se manifestar findando na decretação da revelia à fl. 154 dos autos.

Os depoimentos prestados por R., C. M. e M. L., os dois primeiros, vizinhos do casal, atestam que os desentendimentos, resultaram em crise conjugal com separação por um período aproximado de 03 (três) meses.

Declararam ainda que o casal era conhecido publicamente como uma família, composta de marido, mulher e um filho, este nascido em 1994; ademais, esclareceram que apesar da incontestada infidelidade, o distanciamento de M. e S. fora apenas temporário, pois voltaram a viver juntos, convivência que findou com a morte dele.

Em contrapartida, as testemunhas arroladas pela parte promovida demonstraram não possuir muito conhecimento sobre a vida da autora e do “de cujus”, carecendo de contribuição sólida para a formação de um juízo de valor.

No que pese a fidelidade como requisito para o reconhecimento da união estável, entendo que, referida particularidade não deve ser considerada como característica essencial, tampouco, sopesada isoladamente, pois é o conjunto probatório por inteiro que deve nortear o convencimento do julgador.

Acrescente-se que o artigo 1.724 do Código Civil, dispõe que “as relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de **lealdade**, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos”; assim, tem-se que o dever de lealdade e não de fidelidade, restou incluído de forma expressa na norma atinente à espécie para fins de configuração da união estável.

Nesse entender, lecionada Maria Berenice Dias:

“Falar em direitos e deveres na união estável sempre acaba levando a um cotejo com os direitos e deveres do casamento. Chama a atenção o fato de inexistir paralelismo entre os direitos agregados e os deveres impostos a cada uma das entidades familiares. **Aos companheiros são estabelecidos deveres de lealdade, respeito e assistência (CC 1.724), enquanto no casamento os deveres são de fidelidade recíproca, vida no domicílio conjugal e mútua assistência (CC 1.566).** Em comum há a obrigação de guarda, sustento e educação dos filhos.

Não se atina o motivo de ter o legislador substituído fidelidade por lealdade. Como na união estável é imposto tão só o dever de lealdade, pelo jeito inexistente a obrigação de ser fiel. E se os companheiros não têm o dever de serem fiéis e nem de viverem juntos, a manutenção de mais de uma união não desconfigura nenhuma delas. Assim, nada impediria o reconhecimento de vínculos simultâneos. A jurisprudência, no entanto, ainda reluta em admitir esta realidade que existe e sempre existiu. Não tendo como fazê-las desaparecer,

acaba-se apelando para a surrada analogia com a sociedade de fato, fórmula que durante décadas serviu de justificativa para retirar as uniões extramatrimoniais do âmbito do Direito das Famílias” (Manual de direito das famílias, 12. ed. rev. Atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017; p. 265/266). GN.

No mesmo sentido:

“Outra diferença diz respeito à lealdade e não à fidelidade, o que merece maiores aprofundamentos. **Ora, é possível que alguém seja leal sem ser fiel. Imagine-se, nesse contexto, um relacionamento de maior liberdade entre os companheiros, em que ambos informam previamente que há a possibilidade de traição.** Assim, abre-se a possibilidade, como ocorre em alguns países Nórdicos, de uma *cláusula de férias do relacionamento*. Essa cláusula pode ser invocada, por exemplo, no caso de crises entre companheiros, gerando um distanciamento físico e afetivo de ambos no período invocado.

Na hipótese de uma união estável, a este autor parece que tal questão até pode ser regulamentada pelos conviventes por meio do contrato firmado entre as partes. No casamento, não há essa possibilidade, uma vez que a fidelidade é, expressamente, um dever imposto aos cônjuges. **Essa maior abertura na união estável serve para diferenciar substancialmente as duas entidades familiares, o que é salutar em um sistema que valoriza a pluralidade das famílias.**” (Flávio Tartuce, Direito Civil, v. 5, Direito de Família, 13 ed. rev. Atual e ampl, Rio de Janeiro, Forense, 2018, p. 369). GN.

É que “o dever de fidelidade não é um requisito expresso para a configuração da união estável, que é uma sociedade de fato. Dessa forma, nada impede que duas pessoas constituam um patrimônio comum - uma vida em comum - sem que mantenham a fidelidade. Eventuais traições ou relacionamentos havidos em eventuais breves separações que o casal teve, ao longo dos anos, não afasta a caracterização da união estável”. (Apelação Cível Nº 70068085315, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ivan Leomar Bruxel, Julgado em 13/07/2017).

Destaco os julgados:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE COBRANÇA C/C COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - SEGURO DE VIDA - APÓLICE QUE CONTEMPLA A CONTRATANTE COM O RECEBIMENTO DE INDENIZAÇÃO PELO FALECIMENTO DO CÔNJUGE - VÍCIO DE CONSENTIMENTO - VERIFICADO - UNIÃO ESTÁVEL - DEMONSTRADA - BENEFICIÁRIA - COMPANHEIRA.

A declaração firmada pela parte de que não mais mantinha união estável com o falecido não surte qualquer efeito jurídico, por conter vício de consentimento. O fato de os conviventes não terem adquirido bens e gerado filhos durante a convivência não descaracteriza a união estável. **A fidelidade não é requisito para caracterizar a união estável (art. 1.724 do CC), sendo, por outro lado, um desdobramento do dever de lealdade. O fato de o falecido ter mantido relacionamento amoroso antes de óbito com terceira pessoa não tem o condão de invalidar a união estável, porquanto sem qualquer vínculo material.** Constatado da apólice e/ou do certificado de seguro de vida que o cônjuge sobrevivente será beneficiário em caso de sua morte do outro, é o caso de se determinar o pagamento do capital segurado. (TJMG - Apelação Cível 1.0713.14.011353-9/001, Relator(a): Des.(a) José Augusto Lourenço dos Santos, 12ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 31/01/2018, publicação da súmula em 09/02/2018). GN.

DIREITO DE FAMÍLIA E PROCESSUAL CIVIL. UNIÃO ESTÁVEL. RELACIONAMENTO AFETIVO. EXISTÊNCIA CONTROVERSA. ASSIMILAÇÃO COMO UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO. EXISTÊNCIA DOS ELEMENTOS IDENTIFICADORES. RELACIONAMENTO “ABERTO”. TOLERÂNCIA RECÍPROCA. ENVOLVIMENTO SEXUAL EVENTUAL COM PESSOAS DIVERSAS. ELISÃO DOS ELEMENTOS IDENTIFICADORES DA UNIÃO ESTÁVEL. INSUBSISTÊNCIA. DISSOLUÇÃO. PATRIMÔNIO. DIREITOS SOBRE IMÓVEL. ELISÃO DA PARTILHA. AQUISIÇÃO ONEROSA. ESFORÇO COMUM.

PRESUNÇÃO LEGAL INERENTE AO REGIME DE BENS. AQUISIÇÃO COM RECURSOS ADVINDOS DE DOAÇÃO EXCLUSIVAMENTE EM FAVOR DE UM DOS CONVIVENTES. PROVA. EXISTÊNCIA. AFASTAMENTO DA PRESUNÇÃO LEGAL. (CC, ARTS. 1.658 E 1.660, I). PARTILHA. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÕES FINANCEIRAS. PARTILHA. AGREGAÇÃO NO CURSO DO VÍNCULO. AGREGAÇÃO ONEROSA. RATEIO. NECESSIDADE. RESOLUÇÃO LINEAR. ALCANCE DE AMBOS OS CONSORTE. PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E QUE VEDA O LOCUPLETAMENTO ILÍCITO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ DO RÉU. INOCORRÊNCIA. SENTENÇA E APELO FORMULADOS SOB A ÉGIDE DA NOVA CODIFICAÇÃO PROCESSUAL CIVIL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS RECURSAIS. INCIDÊNCIA (NCPC, ARTS. 85, §§ 2º E 11).

1. A união estável se assemelha ao casamento, encerrando os deveres de respeito, assistência e lealdade recíprocos, daí porque sua caracterização exige a comprovação de que o relacionamento havido fora contínuo, duradouro, público e estabelecido com o objetivo de constituição de família, legitimando que, apreendidos esses requisitos, seja conferido ao vínculo essa qualificação e reconhecido como entidade familiar (CC, art. 1.723 e Lei nº 9.278/96, art. 1º). 2. **Conquanto a fidelidade recíproca integre os deveres de respeito e lealdade inerentes à caracterização do relacionamento como união estável, a tolerância, por ambos os conviventes, da subsistência de relacionamentos sexuais eventuais no curso do vínculo com outras pessoas não é suficiente, notadamente quando do conhecimento e assentimento de ambos, para ilidir do vínculo havido de forma contínua, duradoura, pública e com o intuito de constituição de família os elementos necessários à sua qualificação e assunção como união estável.** . Consubstancia verdadeiro truismo que, reconhecida a subsistência da vida em comum passível de ser emoldurada como união estável, o patrimônio amealhado durante o relacionamento a título oneroso, presumindo-se que derivara do esforço conjugado de ambos os conviventes, deve ser partilhado igualmente em havendo a dissolução do vínculo (CC, arts. 1.723 e 1.725 e Lei

nº 9.278/96, art. 5º). 4. Reconhecida a subsistência e dissolução da união estável, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens, resultando na presunção de que os bens adquiridos na constância do vínculo a título oneroso comunicam-se, passando a integrar o acervo comum, devendo ser rateados na hipótese de dissolução do relacionamento, observadas as exceções estabelecidas pelo próprio legislador à presunção legal emoldurada como forma de ser preservado o alcance do regime patrimonial eleito (CC, arts. 1.658, 1.659, II, e 1.660, I.). (...). 10. Apelações conhecidas, desprovida a da autora e parcialmente provida a do réu. Majorados os honorários advocatícios impostos à autora. Unânime. (TJDE. Acórdão n.1018282, 20150111308324APC, Relator: TEÓFILO CAETANO 1ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 17/05/2017, Publicado no DJE: 05/06/2017. Pág.: 382-420). GN.

UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO. FIDELIDADE. Existindo robusta prova oral e documental a evidenciar a existência de uma relação pública, duradoura e contínua, vivenciada com o intuito de constituir família, é de ser reconhecida a união estável mantida entre o casal litigante. **A infidelidade de parte de um dos conviventes não desconfigura a união estável, não sendo a fidelidade requisito para o seu reconhecimento. Inteligência do art. 1.723 do Código Civil.** Embargos infringentes desacolhidos. (SEGredo DE JUSTIÇA) (Embargos Infringentes Nº 70011654001, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 08/07/2005. GN.

No caso concreto, apesar dos episódios de traição mútua, o casal voltou a viver junto, evidenciando que decidiram exercer o perdão e retomar o convívio familiar; assim, nesse cenário, entendo que a infidelidade não tem o condão de invalidar o reconhecimento da união estável, haja vista que estão presentes os outros requisitos, estes primordiais para a caracterização do instituto, a saber, convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Corroborando com o mesmo pensamento, manifestou-se o e. Procurador de Justiça, cujo parecer mostra-se relevante, pelo que destaco alguns trechos:

Do mesmo modo, não se pode, hodiernamente, descaracterizar a união estável ou o casamento pela simples existência de conduta adúltera no seio da relação interpessoal. **O que mais identifica uma família é seu elo afetivo existente, mesmo que persistam concomitantemente alguns elementos censuráveis moralmente.**

Os elementos de prova contidos nos autos apontam que, de fato, houve uma conduta desrespeitosa partindo de ambos os envolvidos atinente ao descumprimento do dever de fidelidade. **Todavia, os depoimentos das testemunhas indicam que ambas as ofensas foram perdoadas, ou seja, a vida em comum dos companheiros não se tornou insuportável, voltando à convivência familiar após um breve período de desestabilização.**

Não se pode punir unicamente a autora, deixando de extrair os efeitos jurídicos da relação de união estável que existiu entre esta e o Sr. S., pelo fato de ambos terem incidido em conduta adúltera, mas perdoada pelos próprios interessados/ofendidos, que tais fatos não sejam bem aceitos pela moral convencional.

Os erros (e quem não é passível de cometê-los?) não devem gerar efeitos perpétuos, passando por cima de uma situação de vínculo afetivo que perdurou por vários anos e de uma conciliação recente. **Ou será que se admite a desintegração automática de um casamento quando restar violado o dever de fidelidade?**

O enlaçamento de vidas entre os companheiros foi comprovado, visto que ambos permaneciam sob o mesmo teto, provendo o filho de ambos, através de esforços mútuos e vivendo como marido e mulher, numa relação pública, duradoura e contínua. Resta presente, portanto, a *affectio societatis* familiar.(fls. 250/251). GN.

Portanto, ao meu sentir, o conjunto fático-probatório, foi determinante para o convencimento de que assiste razão ao pleito autoral, pois presente na história em consideração, o *affectio societatis* - a comunhão de duas vidas com ânimo de constituir família.

Isto posto, firme nos propósitos acima, conheço da apelação interposta, DANDO-LHE PROVIMENTO, reformando a sentença alvejada para julgar procedente a ação, reconhecendo a união estável entre a autora e o “de cujus” durante o interstício compreendido entre setembro/2002 até a morte dele em março/2010.

No azo, tendo em vista o julgamento procedente da ação, condeno a parte promovida ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios que ora fixo em 20% sobre o valor da causa.

É como voto.

PROCESSO Nº 0170439-48.2013.8.06.0001 APELAÇÃO CÍVEL

APELANTE: MARIA DO SOCORRO PORTO

APELADO: EDGARD BETTI

RELATOR: DES. TEODORO SILVA SANTOS

EMENTA: DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DIREITO CIVIL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. DESISTÊNCIA POR PARTE DO PROMITENTE VENDEDOR. CUMPRIMENTO DE CLÁUSULA CONTRATUAL. ARRAS. PAGAMENTO ANTECIPADO. DEVOUÇÃO DEVIDA. PACTA SUNT SERVANDA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Trata-se de Apelação Cível em face de sentença que julgou improcedente a ação de cumprimento de contrato c/c indenizatória, sob o fundamento de que o desfazimento do contrato analisado nos autos teria se dado por iniciativa da parte promovente, promissária compradora.

2. Analisando-se as teses contidas nos autos, bem como as provas produzidas e não refutadas, tem-se que há confissão de fatos, e teses incontroversas (incidência do artigo 374 incisos II e III do CPC/2015) tendo em vista que a prova produzida unilateralmente pela parte autora é firme e mostra a mudança de intenção do promitente vendedor, em momento posterior à assinatura do contrato. Da mesma sorte a própria prova produzida unilateralmente pela parte ré atua contra seu direito, diga-se, em benefício da parte autora.

3. Os *e-mails* anexados de forma conjunta pelas partes litigantes, são categóricos em demonstrar

que em 16/03/2013, portanto, 4 dias antes do prazo final para adimplemento do contrato, o promitente vendedor desistiu da venda, conforme está expresso nos documentos anexos à exordial, bem como à contestação (fls.42/43; 105, e-SAJ).

4. Tem-se, assim, pela aplicação do disposto no artigo 418 do Código Civil de 2002. Precedente do STJ.

5. Ao indicar fato desconstitutivo do direito autoral a parte promovida recebeu o ônus de comprovar sua tese, conforme disposto no artigo 373 do CPC/2015. Tendo em vista que a parte apelante indicou as provas que fundamentam seu direito, bem como a parte promovida corroborou com a prova produzida, há de se reconhecer a inadequação da sentença, para, então, reformá-la, determinando-se o cumprimento da cláusula quarta do contrato (fls.88/94, e-SAJ), impondo ao promovido a devolução do valor pago antecipadamente pela promissária compradora (apelante), no montante de R\$40.000,00 (quarenta mil reais) acrescido de 20% do montante das arras, com incidência de juros de 1% ao mês, bem como correção monetária pelo INPC, ambos incidentes desde o desfazimento da avença (16/03/2013) (responsabilidade contratual – obrigação líquida).

6. Ante a alteração do resultado da demanda, inverte-se o ônus sucumbencial, a ser suportado pela parte promovida/apelada, custas e honorários sucumbenciais em 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação.

7. Referida obrigação fica suspensa, em face do benefício da gratuidade judiciária requerido pela

parte promovida/apelada, 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. Apelação cível conhecida e parcialmente provida. Sentença reformada.

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 e dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 21 de março de 2018.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta por MARIA DO SOCORRO PORTO (fls.150/161, e-SAJ), em face de sentença prolatada pelo MM. Juízo da 9ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza/CE (fls.144/149, e-SAJ) que, nos autos da Ação de Cumprimento de Contrato c/c Indenizatória proposta em face de EDGARD BETTI, julgou improcedente a demanda, nos termos a seguir reduzidos:

[...] Isto posto, julgo improcedente a ação de que trato, o que faço condenando a autora ao perdimento das arras que pagou ao réu, cabendo a este a ela, autora, restituir, acrescidas de correção pelo INPC, desde a data do efetivo pagamento de cada uma, as parcelas de Condomínio acima mencionadas. Em consequência deste *decisum*, revogo a tutela antecipadamente concedida à demandante, no sentido da proibição junto ao Registro de Imóveis da transferência para terceiros do imóvel objeto do litígio, cabendo à Secretaria do Juízo, uma vez transitada em julgado esta decisão, comunicar a revogação de que trato ao Oficial do Cartório de Imóveis competente.

A requerente pagará ao patrono do réu que foi vencido em parte mínima do pedido, a verba honorária no percentual de 10% (dez por cento), incidente sobre o valor da condenação a ela imposta, de logo esclarecido que, tendo em vista a gratuidade da Justiça a ela, demandante, a esta condenação é aplicável o disposto no art. 98, §§ 2º e 3º do NCP. Considerando que por esta decisão está sendo julgado o feito apenso, providencie-se a expedição de uma cópia dela, a ser acostada ao mesmo processo. [...]

Irresignada, a parte promovente, ora apelante, interpôs o presente recurso, requerendo a reforma da sentença, meio pelo qual sustenta as seguintes teses: a) que sofreu danos em decorrência do não cumprimento do contrato, obstado pela conduta da parte promovida; b) que deve ser dado imediato cumprimento ao contrato estabelecido entre as partes, bem como à reparação de danos pleiteada, e c) alternativamente que seja ressarcido, em dobro, os valores pagos pela parte promovente. Requer, por fim, o provimento do recurso.

Devidamente intimada, a parte promovida, ora apelada, apresentou contrarrazões recursais (fls.168/172, e-SAJ), refutando, em síntese, a tese recursal, meio pelo qual requer que se julgue improcedente o recurso apresentado.

Destaque-se que a decisão recorrida foi disponibilizada no Diário de Justiça eletrônico em 30/03/2017 (fl.162, e-SAJ), e o recurso de Apelação Cível fora interposto em 29/03/2017 (fl.150, e-SAJ). A parte litiga sob o benefício da gratuidade judiciária (fl.149, e-SAJ).

É o breve 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 30/03/2017 (fl.162, e-SAJ). O recurso foi interposto em 29/03/2017 (fl.150, e-SAJ), sendo, portanto, tempestivo.

Do preparo: a parte apelante litiga sob os benefícios da justiça gratuita.

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 presente demanda versa sobre litígio existente entre as partes, no que toca a desistência na execução de negócio jurídico, contrato de compra e venda de imóvel, em que se previu o pagamento de arras, a fim de assegurar o cumprimento do contrato/direito de arrendimento.

A parte apelante, recorre da sentença, que julgou o pleito autoral improcedente, tendo a sentença recorrida se fundamentado no fato de que a desistência do contrato teria se dado por iniciativa da parte promovente, promissária compradora do imóvel.

Analisando-se as teses contidas nos autos, bem como as provas produzidas e não refutadas, tem-se que há confissão de fatos, e teses incontroversas (incidência do artigo 374 incisos II e III do CPC/2015) tendo em vista que a prova produzida unilateralmente pela parte autora é firme e mostra a mudança de intenção do promitente vendedor, em momento posterior à assinatura do contrato. Da mesma sorte a própria prova produzida unilateralmente pela parte ré atua contra seu direito, diga-se, em benefício da parte autora. Explico.

É que os e-mails anexados de forma conjunta pelas partes litigantes, são categóricos em demonstrar que em 16/03/2013, portanto, 4 dias antes do prazo final para adimplemento do contrato, o promitente vendedor desistiu da venda, conforme está expresso nos documentos anexos à exordial, bem como à contestação (fls.42/43; 105, e-SAJ).

A lide é de pouca complexidade, não havendo demais provas a serem analisadas, senão a cláusula quarta do contrato em que estabelece o ônus pelo desfazimento da avença. Segue transcrição:

Clausula Quarta – DA DESISTÊNCIA, TOLERÂNCIA, RESCISÃO E MULTAS. No caso de desistência de uma das partes, será rescindido o contrato mediante as seguintes condições: **a) se a desistência for por parte do PROMITENTE VENDEDOR, este ficará obrigado a devolver à PROMISSÁRIA COMPRADORA o valor do sinal recebido mais 20% (vinte por cento), a título de multa pela rescisão contratual;** b) Se a desistência for por parte da promissária compradora, a mesma perderá o sinal pago a título de multa pela rescisão contratual; c) Se até a data de 20/03/2013, o promitente vendedor não entregar a posse do imóvel, este terá que pagar a quantia de R\$100,00 (cem reais) diários a promissária compradora, até o dia da entrega das chaves do mesmo; d) Se até a data de 20/03/2013, a promissária compradora não efetuar o pagamento de que trata o item “b” da Clausula Terceira deste contrato, esta terá a tolerância de 05 dias úteis contados a partir do vencimento, para efetuar o pagamento (25/03/2013), se este prazo não for obedecido o contrato será rescindido e a multa será de acordo com o item “b” desta Cláusula acrescido de R\$100,00 (cem reais) diários até a data do pagamento a título de multa pela rescisão contratual.

Dessa forma, tem-se pela aplicação do disposto no artigo 418 do Código Civil de 2002. Segue transcrição:

Código Civil de 2002:

Art. 418. Se a parte que deu as arras não executar o contrato, poderá a outra tê-lo por desfeito, retendo-as; se a inexecução for de quem recebeu as arras, poderá quem as deu haver o contrato por desfeito, e exigir sua devolução mais o equivalente, com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, juros e honorários de advogado.

Segue precedente do Colendo Superior Tribunal de Justiça, em caso análogo:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RESOLUÇÃO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL C/C PEDIDO DE REVISÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. CLÁUSULA PENAL COMPENSATÓRIA. ARRAS. NATUREZA INDENIZATÓRIA. CUMULAÇÃO. INADMISSIBILIDADE. PREVALÊNCIA DAS ARRAS. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. TRÂNSITO EM JULGADO.

1. Ação ajuizada em 03/07/2014. Recurso especial interposto em 27/04/2016 e distribuído em 01/12/2016. 2. Inexistentes os vícios de omissão, contradição, obscuridade ou erro material no acórdão recorrido, não se caracteriza a violação do art. 1.022 do CPC/2015. 3. A cláusula penal compensatória constitui pacto acessório, de natureza pessoal, por meio do qual os contratantes, com o objetivo de estimular o integral cumprimento da avença, determinam previamente uma penalidade a ser imposta àquele que der causa à inexecução, total ou parcial, do contrato. Funciona, ainda, como fixação prévia de perdas e danos, que dispensa a comprovação de prejuízo pela parte inocente pelo inadimplemento contratual. 4. De outro turno, as arras consistem na quantia ou bem móvel entregue por um dos contratantes ao outro, por ocasião da celebração do contrato, como sinal de garantia do negócio. Apresentam natureza real e têm por finalidades: a) firmar a presunção de acordo final, tornando obrigatório o ajuste (caráter confirmatório); b) servir de princípio de pagamento (se forem do mesmo gênero da obrigação principal); c) prefixar o montante das perdas e danos devidos pelo descumprimento do contrato ou pelo exercício do direito de arrependimento, se expressamente estipulado pelas partes (caráter indenizatório). 5. Do regramento constante dos arts. 417 a 420 do CC/02, verifica-se que a função indenizatória das arras se faz presente não apenas quando há o lícito arrependimento do negócio, mas principalmente quando ocorre a inexecução do contrato. 6. De acordo com o art. 418 do CC/02, mesmo que as arras tenham

sido entregues com vistas a reforçar o vínculo contratual, tornando-o irretratável, elas atuarão como indenização prefixada em favor da parte “inocente” pelo inadimplemento, a qual poderá reter a quantia ou bem, se os tiver recebido, ou, se for quem os deu, poderá exigir a respectiva devolução, mais o equivalente. 7. Evidenciada a natureza indenizatória das arras na hipótese de inexecução do contrato, revela-se inadmissível a sua cumulação com a cláusula penal compensatória, sob pena de violação do princípio do *non bis in idem* (proibição da dupla condenação a mesmo título). 8. Se previstas cumulativamente, deve prevalecer a pena de perda das arras, as quais, por força do disposto no art. 419 do CC, valem como “taxa mínima” de indenização pela inexecução do contrato. 9. Os juros moratórios, na hipótese de resolução do compromisso de compra e venda de imóvel por iniciativa dos promitentes compradores, devem incidir a partir da data do trânsito em julgado, posto que inexistente mora anterior do promitente vendedor. Precedentes. 10. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, parcialmente provido. (REsp 1617652/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/09/2017, DJe 29/09/2017)

Além disso, 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 apelada, 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)

Assim, dê-se cumprimento à cláusula quarta do contrato (fls.88/94, e-SAJ), determinando-se, ao promovido, a devolução do valor pago antecipadamente pela promissária compradora (apelante), no montante de R\$40.000,00 (quarenta mil reais)(fl.22, e-SAJ) acrescido de 20% do montante das arras, com incidência de juros de 1% ao mês, bem como correção monetária pelo INPC, ambos incidentes desde o desfazimento da avença (16/03/2013) (responsabilidade contratual – obrigação líquida).

Ante a alteração do resultado da demanda, inverte-se o ônus sucumbencial, a ser suportado pela parte promovida/apelada, custas e honorários sucumbenciais em 20% sobre o valor da condenação. Referida obrigação fica suspensa, em face do benefício da gratuidade judiciária requerido pela parte promovida/apelada, 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 março de 2018.

PROCESSO: 0843989-90.2014.8.06.0001 – APELAÇÃO

APELANTE: COMERCIAL DE HORTIFRUTIGRANJEIROS LESSA LTDA

APELADO: ESTADO DO CEARÁ

RELATOR: DR. SÉRGIO LUIZ ARRUDA PARENTE, PORT. 1494/2018

EMENTA: DIREITO TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA. INCIDÊNCIA DO ICMS. IMPORTAÇÃO DE MERCADORIAS. REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ALEGATIVA DE BITRIBUTAÇÃO. EDIÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 33/2001. LANÇAMENTO DO ICMS RELATIVO AO DESEMBARAÇO ADUANEIRO E À SAÍDA PRESUMIDA DA MERCADORIA DO ESTABELECIMENTO DO IMPORTADOR. SÚMULA VINCULANTE Nº 48. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE BITRIBUTAÇÃO OU OFENSA À NÃO CUMULATIVIDADE. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. A questão controversa gira em torno da Apelação manejada pela empresa Comercial de Hortifrutigranjeiros Lessa Ltda em face da denegação da segurança pleiteada contra ato do Coordenador da Administração Tributária da Secretaria da Fazenda do Estado do Ceará, o qual tributou as mercadorias importadas pela empresa apelante, bem como fez incidir sobre o total do produto adquirido, alíquota referente à substituição tributária.

2. O questionamento levantado pela parte recorrente não encontra abrigo jurídico, pois desde a edição da Emenda Constitucional de nº 33/2001, o ICMS incide sobre toda e qualquer importação. Conclui-se que o desembaraço aduaneiro e a saída de mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária constituem dois fatos geradores diversos, aptos a fazer incidir a cobrança do ICMS.

3. O Excelso Pretório pacificou o tema ao editar a Súmula Vinculante de nº 48, com o seguinte teor: “Na entrada de mercadoria importada do exterior, é legítima a cobrança do ICMS por ocasião do desembaraço aduaneiro”.

4. Conclui-se, portanto, que a empresa apelante não possui direito líquido e certo em isentar-se do adimplemento da tributação do ICMS incidente no desembaraço aduaneiro da mercadoria importada, bem como na exação do ICMS quanto à circulação interna da mercadoria sob o regime de substituição tributária, pois insubsistentes os argumentos de bitributação ou ofensa ao Princípio da Não Cumulatividade.

5. Recurso conhecido, mas desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em conhecer e negar provimento à Apelação de nº 0843989-90.2014.8.06.0001, tudo nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 5 de setembro de 2018.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível ajuizada pela empresa Comercial de Hortifrutigranjeiros Lessa Ltda em contrariedade à sentença prolatada às fls. 93/96 pelo Exmo. Juiz da 10ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza, o qual denegou a ordem pleiteada pela empresa apelante/impetrante, reconhecendo a legalidade da cobrança do ICMS com fatos geradores distintos: a importação e a circulação posterior de mercadorias.

Em seu pleito recursal (fls. 101/109), a empresa apelante, em breve exposição, argumenta que o Juízo *a quo* equivocadamente sentenciou o feito, julgando-o improcedente sob o fundamento que a alíquota de 17% (dezessete por cento) incide em conjunto à substituição tributária instituída pela Instrução Normativa de nº 12/2004 da SEFAZ, entendendo o Magistrado que figura legítima a cobrança dúplice do ICMS, tanto no desembaraço aduaneiro como na substituição tributária.

Alega que revende produtos hortifrutigranjeiros trazidos de outros Estados, bem como importados de outros países, e referidos produtos chegam ao Estado do Ceará onde a nota fiscal é cadastrada e a cobrança de tributos calculada antecipadamente em substituição tributária ao volume da mercadoria em entrada no mercado. Aponta que os produtos obtidos encontram-se registrados na Instrução Normativa de nº 12/2004, da SEFAZ/CE, e cujo valor fixado é de R\$ 1,00 (um real) por saca de cebola de 20 kg.

Disserta que os agentes fazendários estavam condicionando a liberação da mercadoria ao pagamento em caráter dúplice de dois impostos – o primeiro relativo à substituição tributária referente à Instrução Normativa nº 12/2004, e o segundo referente a alíquota de 17% (dezessete por cento) sobre o valor total do tributo, fazendo incidir o tributo duas vezes ante o mesmo fato gerador, sendo tal prática arbitrária – bitributação ou *bis in idem* – vedada pelas normas constitucionais.

Ao término, requer o provimento do recurso para reformar a segunda parte do dispositivo de sentença, pertinente a indevida cobrança de 17% (dezessete por cento) sobre o valor da importação das mercadorias elencadas na exordial.

O Estado do Ceará apresenta contrarrazões ao recurso (fls. 117/126), aduzindo que a cobrança do ICMS em substituição tributária e a cobrança do ICMS relativo à importação são legítimos, pois a partir da edição da Emenda Constitucional nº. 33/2001, restou instituída nova base econômica do ICMS a partir da importação, e a questão em comento envolve dois fatos geradores da cobrança de ICMS.

Ressalta que a substituição tributária caracteriza-se pela atribuição a determinado contribuinte da responsabilidade pelo pagamento do valor do ICMS incidente nas operações subsequentes referentes à mercadoria, até sua saída com destino ao consumidor ou usuário final.

Alega que a parte impetrante efetivou dois fatos de obrigações tributárias incidentes do ICMS, referentes à importação de mercadoria, cujo fato gerador decorre no momento do desembarço aduaneiro, e outro referente a substituição tributária nas operações referentes a comercialização futura da mercadoria importada, inexistindo ilegalidade ou arbitrariedade na tributação exercida pela autoridade fiscal.

Conclui requerendo o desprovimento do recurso e a manutenção da decisão guerreada em todos os seus termos.

Instada a se manifestar nos autos, a douta Procuradoria de Justiça entendeu ser desnecessária a intervenção do *Parquet*, uma vez que no presente caso não se discute interesse público primário (fls. 144/146).

É o relatório, no que tinha de essencial.

VOTO

Conheço do recurso de Apelação, uma vez presentes os requisitos de admissibilidade recursal.

A questão controversa gira em torno da Apelação manejada pela empresa Comercial de Hortifrutigranjeiros Lessa Ltda em face da denegação da segurança pleiteada contra ato do Coordenador de Administração Tributária da Secretaria da Fazenda do Estado do Ceará – CATRI-SEFAZ/CE, o qual tributou as mercadorias importadas pela empresa apelante, bem como fez incidir sobre o total do produto adquirido, alíquota referente a substituição tributária.

O argumento principal versa sobre possível bitributação da empresa, uma vez que estaria sendo obrigada a recolher o ICMS relativo à importação das mercadorias e, no mesmo contexto, restaria também tributada em ICMS referente à substituição tributária de toda a mercadoria adquirida. Neste ponto, sobressai a insurgência da empresa, a qual refuta a alíquota de 17% (dezessete por cento) sobre o valor global das mercadorias importadas.

O questionamento levantado pela parte recorrente, contudo, não encontra abrigo jurídico, pois desde a edição da Emenda Constitucional de nº 33/2001, o ICMS incide sobre toda e qualquer importação, independentemente da pessoa ser contribuinte ou não do referido imposto. Senão, veja-se o teor do art. 155, §2º, inciso IX, alínea 'a', da Constituição Federal:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

[...]

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

[...]

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

[...]

IX - incidirá também:

a) **sobre a entrada de bem ou mercadoria importados do exterior por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade, assim como sobre o serviço prestado no exterior, cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o domicílio ou o estabelecimento do destinatário da mercadoria, bem ou serviço;** (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001)

Tal entendimento encontra-se plenamente consolidado no Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, o qual possui diversos julgados sobre

o tema, todos assentes em deduzir que o desembaraço aduaneiro e a saída de mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária constituem dois fatos geradores diversos, aptos a fazer incidir a cobrança do ICMS:

DIREITO ADMINISTRATIVO E TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA. IMPORTAÇÃO DE PRODUTOS SUJEITOS A REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. LANÇAMENTO DO ICMS RELATIVO AO DESEMBARAÇO ADUANEIRO E À SAÍDA PRESUMIDA DA MERCADORIA DO ESTABELECIMENTO DO IMPORTADOR. POSSIBILIDADE. BITRIBUTAÇÃO NÃO CARACTERIZADA.

1. Sendo dois os fatos geradores – o desembaraço aduaneiro e a saída de mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária do estabelecimento do contribuinte – é de se reconhecer a legalidade dos lançamentos tributários levados a efeito pela autoridade impetrada, em face do que dispõem o art. 3º, incisos I e VI, da Lei n.º 12.670/96 e os arts. 457 e 458 do Decreto Estadual n.º 24.569/1997.

2. Demais disso, o STF editou a Súmula Vinculante nº 48, com o seguinte teor: “Na entrada de mercadoria importada do exterior, é legítima a cobrança do ICMS por ocasião do desembaraço aduaneiro.”

3. Precedentes deste Tribunal.

4. Apelação Cível desprovida. (0833446-28.2014.8.06.0001 – Apelação, Relator(a): TEREZE NEUMANN DUARTE CHAVES; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 2ª Câmara Direito Público; Data do julgamento: 08/03/2017; Data de registro: 10/03/2017).

APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. IMPORTAÇÃO DE MERCADORIAS. ICMS. HIPÓTESES DE INCIDÊNCIA: DESEMBARAÇO ADUANEIRO E CIRCULAÇÃO DA MERCADORIA, ESTA ÚLTIMA POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ARTS. 155, II, E SEU § 2º, IX, “A”, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E 1º E 2º, § 1º, INC. I, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 87/1996, COM AS ALTERAÇÕES DA LC Nº 114/2002. APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 661 DO

STF (“NA ENTRADA DE MERCADORIA IMPORTADA DO EXTERIOR, É LEGÍTIMA A COBRANÇA DO ICMS POR OCASIÃO DO DESEMBARAÇO ADUANEIRO”). ALÍQUOTA DE 17% PREVISTA NO ART. 44, I, AL. “B”, CALCULADA NA FORMA DO ART. 28, V, TODOS DA LEI ESTADUAL Nº 12.670/1996. PRECEDENTES DO TJ/CE. RECURSO CONHECIDO, PORÉM DESPROVIDO. (0138543-84.2013.8.06.0001 – Apelação, Relator(a): PAULO AIRTON ALBUQUERQUE FILHO; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 1ª Câmara Direito Público; Data do julgamento: 06/02/2017; Data de registro: 08/02/2017).

DIREITO TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR QUE NEGOU SEGUIMENTO AO RECURSO INTERPOSTO. IMPORTAÇÃO DE PRODUTOS PARA REVENDA. INCIDÊNCIA DO ICMS NO DESEMBARAÇO ADUANEIRO. POSSIBILIDADE. SÚMULA VINCULANTE Nº 22. INEXISTÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. DECISÃO MANTIDA.

1. O cerne da controvérsia consiste em analisar se é lícita ou não a incidência da alíquota de 17% (dezessete por cento) referente ao ICMS cobrado sobre produtos importados no desembaraço aduaneiro.

2. Referida tributação possui previsão na Lei Estadual nº 12.670/96 e na Lei Complementar 87/96, que apresentam absoluta compatibilidade material com a Constituição Federal, considerando que o art. 155, § 2º, IX, “a” inclui o fenômeno jurídico da importação na área de incidência do ICMS.

3. Verifica-se a legalidade e a constitucionalidade da exação procedida pelo Fisco por ocasião do desembaraço aduaneiro, não havendo que se falar na existência de *bis in idem* ou ofensa ao princípio da não cumulatividade.

4. Nesse sentido, o ICMS exigido com base na Instrução Normativa SEFAZ nº 12/2004 possui fato gerador distinto do ICMS sobre o qual recai a presente irresignação. Enquanto o primeiro é relativo à substituição tributária para frente, concretizando-se com a circulação interna da mercadoria; o segundo, concernente à importação, consubstancia-se com

a entrada no país do bem proveniente do exterior.

5. A propósito, o Supremo Tribunal Federal já editou a Súmula Vinculante nº 48: “Na entrada de mercadoria importada do exterior, é legítima a cobrança do ICMS por ocasião do desembaraço aduaneiro”.

6. Recurso conhecido e desprovido. Decisão mantida. (0891620-30.2014.8.06.0001 – Agravo, Relator(a): HERÁCLITO VIEIRA DE SOUSA NETO; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 4ª Câmara Cível; Data do julgamento: 24/02/2016; Data de registro: 25/02/2016; Outros números: 891620302014806000150000)

A corroborar com os entendimentos supra, o Excelso Pretório editou a Súmula Vinculante de nº 48, com o seguinte teor:

Súmula Vinculante 48:

Na entrada de mercadoria importada do exterior, é legítima a cobrança do ICMS por ocasião do desembaraço aduaneiro.

Ora, considera-se ocorrido o fato gerador no momento em que ocorre o desembaraço aduaneiro da mercadoria ou bem importado do exterior, cf. art. 12, IX, da LC 87/96, bem como na circulação da mercadoria, agora incidente a substituição tributária, nos moldes do Decreto nº 24.569/97.

Conclui-se, dessa forma, que a empresa apelante não possui direito líquido e certo em isentar-se do adimplemento da tributação do ICMS incidente no desembaraço aduaneiro da mercadoria importada, bem como na exação do ICMS quanto a circulação interna da mercadoria, pois insubsistentes os argumentos de bitributação ou ofensa ao Princípio da Não Cumulatividade.

Diante do exposto, CONHEÇO do presente apelo, mas para NEGAR-LHE PROVIMENTO, mantendo-se a sentença vergastada, de modo a denegar a segurança perseguida, nos moldes anteriormente fixados, determinando a legalidade da cobrança do ICMS, com fundamento na Súmula Vinculante de nº 48, e na legislação federal e estadual de regência.

Ficam as partes desde já cientes de que a propositura de Embargos de Declaração fora das hipóteses previstas no art. 1.022, *caput* e parágrafo único, da Lei Processual, **poderá** ensejar a condenação do recorrente à multa não excedente a dois por cento sobre o valor atualizado da causa, se porventura os aclaratórios forem reputados manifestamente protelatórios, nos termos do art. 1.026, §2º, do CPC.

É como voto.

Fortaleza, 5 de setembro de 2018.

AGRAVO DE INSTRUMENTO

PROCESSO: 0621397-97.2018.8.06.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO

AGRAVANTE: BAN BAN COMERCIAL DE CALÇADOS

AGRAVADO: MUNICÍPIO DE CAUCAIA

RELATOR: DESEMBARGADOR FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA.

EMENTA: TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE EM EXECUÇÃO FISCAL. CONFISSÃO DE DÍVIDA. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE ATO INEQUÍVOCO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. SÚMULA 393 DO STJ. INVIABILIDADE. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. PRESUNÇÃO DE CERTEZA E LIQUIDEZ DA CDA. AGRAVO DESPROVIDO. DECISÃO MANTIDA POR FUNDAMENTO DIVERSO.

1. Ausente a confissão de dívida reconhecida pelo Judicante singular, pois inexistente nos fólios ato inequívoco e de iniciativa do próprio contribuinte (art. 174, inciso IV, do CTN) de reconhecimento do débito, não sendo bastante, para tanto, a simples constatação de defesa insuficiente na via administrativa.

2. Ainda que assim não fosse, não restaria caracterizada eventual preclusão na arguição da prejudicial de ilegitimidade, pois, com fulcro no princípio da inafastabilidade do controle judicial (art. 5º, inciso XXXV, da CF/1988), inexistente obrigatoriedade de prévio exaurimento da via administrativa antes de acionar-se o Poder Judiciário, haja vista ser descabida a criação de uma jurisdição condicionada ou instância

administrativa de curso forçado, ressalvadas, tão somente, as questões afetas à Justiça Desportiva (art. 217, § 1º, da CF/1988).

3. O Superior Tribunal de Justiça editou o enunciado sumular 393 acerca do cabimento da exceção de pré-executividade na execução fiscal para alegar matéria de ordem pública. Nessa mesma linha, apenas se admite a possibilidade de ser arguida a ilegitimidade passiva da empresa que figura como responsável na Certidão de Dívida Ativa – CDA quando a solução da controvérsia possa ser verificada de plano. Precedentes do STJ.

4. *In casu*, a documentação coligida aos folios não se revela suficiente para a formação de um juízo de certeza acerca da questão discutida nos autos, sendo necessária dilação probatória e, por conseguinte, descabido o manejo da exceção de pré-executividade.

5. Agravo desprovido.

ACÓRDÃO

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

Fortaleza, 14 de maio de 2018.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Ban Ban Comercial de Calçados em face de decisão (p. 87-91) proferida pelo Juiz de

Direito Francisco Biserril Azevedo de Queiroz, da 2ª Vara Cível da Comarca de Caucaia, nos autos do processo nº 0059105-09.2016.8.06.0064 (execução fiscal) proposta pelo Município de Caucaia, mediante a qual rejeitou a exceção de pré-executividade.

Na decisão adversada, o Judicante *a quo* deliberou que: a) a exceção de pré-executividade apenas é admitida para matérias cognoscíveis de ofício e que não demandem dilação probatória; b) dentre as matérias suscitadas, somente podem ser analisadas as questões atinentes à ilegitimidade passiva e à decadência; c) é descabida a alegada ilegitimidade, pois tal preliminar não foi suscitada no curso do processo administrativo de apuração do débito, restando caracterizada a confissão de dívida; e d) não está configurada a decadência.

Nas razões recursais (p. 01-14), a agravante aduz, em síntese:

a) que na origem o ente público ajuizou execução fiscal da CDA nº 102/2016, originada do Auto de Infração nº 000352/2011, por meio do qual foi constatada a existência de débito do ISSQN, referente à obra de construção no imóvel no período de 2010, no valor de R\$ 72.882,70 (setenta e dois mil oitocentos e oitenta e dois reais e setenta centavos), que atualizado e acrescido de multa resultou no montante de R\$ 143.663,65 (cento e quarenta e três mil, seiscentos e sessenta e três reais e sessenta e cinco centavos);

b) ser cabível pela via da exceção de pré-executividade a arguição de ilegitimidade passiva, haja vista tratar-se de matéria de ordem pública e não necessitar de dilação probatória;

c) a sua ilegitimidade passiva, pois, na qualidade de mera locatária do imóvel, não é sujeito passivo da obrigação tributária, nem pode ser responsabilizada no lugar de terceiro;

d) “que a responsabilidade tributária pelo recolhimento do imposto é da empresa MRR GUEDES ADMINISTRAÇÃO DE BENS SOCIEDADE SIMPLES LTDA (proprietária, locadora e tomadora dos serviços de construção que incidiu o ISS – imposto sobre serviços)” (p. 06), a qual, inclusive, já havia recolhido parte do tributo; e

e) que não houve confissão de dívida.

Ao final, requer a reforma da “decisão ora atacada, implicando acolhimento da exceção de pré-executividade (extinção da execução com julgamento do mérito em relação ao agravante – art. 269, I, CPC), condenando, por conseguinte, o agravado no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, tendo em vista que não há necessidade de dilação probatória e a agravante é parte manifestamente ilegítima para figurar na execução fiscal referida” (p. 13).

Preparo recolhido às p. 15-16.

Junta às razões recursais a documentação de p. 17-249.

Em 27.02.2018, os autos foram a mim distribuídos por sorteio no âmbito da 1ª Câmara de Direito Público (termo de p. 250).

O Município de Caucaia apresentou espontaneamente suas contrarrazões às p. 252-276, nas quais alega: a) que, conforme Súmula 393 do STJ, “a exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória”; b) não ser possível atribuir efeito suspensivo à exceção; c) a certeza, liquidez e exigibilidade da certidão executada na origem; d) o não cabimento da exclusão do executado do polo passivo do processo e a incidência da Súmula 392 do STJ; e) que a agravante, apesar de ter apresentado defesa e recurso, olvidou-se de arguir a sua ilegitimidade passiva no curso do processo administrativo; f) a litigância de má-fé; g) a responsabilidade da recorrente como substituto tributário; h) a validade do crédito apurado e da multa aplicada; i) não cabimento de honorários advocatícios.

Desnecessária a intervenção do Ministério Público (Súmula 189 do STJ).

É o relatório.

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do agravo.

Ab initio, impende ressaltar que se admite em tese a oferta de exceção de pré-executividade na execução fiscal para alegar matéria de ordem

pública, dentre as quais se destacam as condições da ação, desde que a sua análise não dependa de dilação probatória.

Esse é o entendimento constante na Súmula 393 do STJ:

Súmula 393:

A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória.

Dito isso, passo ao exame da situação.

Na origem, o ente público ajuizou em desfavor da agravante a execução fiscal da CDA nº 102/2016 (p. 18, repetida às p. 25, 27 e 83), no valor de R\$ 143.663,65 (cento e quarenta e três mil, seiscentos e sessenta e três reais e sessenta e cinco centavos), advinda do Auto de Infração nº 000352/2011 (p. 23), no qual foi constatada a existência de débito do ISSQN do exercício de 2010 referente às obras de edificação destinada à atividade comercial.

Em seguida, a agravante opôs exceção de pré-executividade (p. 37-50), que foi rejeitada pelo Judicante singular (p. 87-91).

Contra essa decisão volta-se o presente agravo de instrumento, no qual se aduz, em suma, a ausência de confissão de dívida e a ilegitimidade passiva da recorrente, tendo em vista que a empresa MRR Guedes Administração de Bens Sociedade Simples Ltda. é a responsável tributária pelo débito inscrito em dívida ativa.

Pois bem.

Extraí-se dos autos que a Certidão de Dívida Ativa nº 102/2016 (p. 18, repetida às p. 25, 27 e 83) originou-se do Auto de Infração nº 000352/2011 e do Processo Administrativo nº 014616/2011, no qual discutiu-se a existência e quantitativo da dívida tributária em nome da agravante.

Nada obstante as conclusões apresentadas pelo Judicante *a quo*, entendo que o fato de a preliminar de ilegitimidade passiva da Ban Ban Comercial de Calçados não ter sido arguida no processo administrativo não configura, *per se*, confissão de dívida.

Com efeito, a confissão de dívida apenas acontece mediante reconhecimento do débito por ato inequívoco e de iniciativa do próprio contribuinte (art. 174, inciso IV, do CTN), não sendo bastante, para tanto, a simples constatação de defesa insuficiente na via administrativa, especialmente quando, tal como na espécie, houve a impugnação do valor do crédito em todas as oportunidades em que a ora agravante se manifestou no processo administrativo (defesa de p. 147-153 e recurso de p. 200-209).

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça tem verificado a ocorrência de confissão de dívida, por exemplo, nos pedidos de adesão a programa de parcelamento (AgInt no AREsp 1077282/SP, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/10/2017, DJe 13/10/2017) e de compensação de débito, quando o sujeito passivo explicitamente reconhece a existência da dívida e adota medidas para efetuar o pagamento.

Tais circunstâncias, contudo, não se assemelham ao caso vertente, no qual a agravante, apesar de não ter arguido sua ilegitimidade passiva na esfera administrativa, questiona a existência do crédito tributário desde o início.

Ainda que assim não fosse, não restaria caracterizada eventual preclusão na arguição da prejudicial de ilegitimidade, pois, com fulcro no princípio da inafastabilidade do controle judicial (art. 5º, inciso XXXV, da CF/1988), inexistente obrigatoriedade de prévio exaurimento da via administrativa antes de acionar-se o Poder Judiciário, haja vista ser descabida a criação de uma jurisdição condicionada ou instância administrativa de curso forçado, ressalvadas, tão somente, as questões afetas à Justiça Desportiva (art. 217, § 1º, da CF/1988).

Ultrapassada essa questão e prosseguindo na análise da insurgência recursal, impende destacar que, não obstante a legitimidade das partes ser matéria de ordem pública, o seu exame, na espécie, resta inviabilizado por demandar dilação probatória.

De fato, como visto alhures, em regra, a ilegitimidade passiva pode ser enfrentada por exceção de pré-executividade, excluindo-se os casos em que essa matéria não puder ser verificada de plano.

A esse respeito, colaciono precedente do STJ, aplicável *mutatis mutandis* à hipótese em tablado:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ART. 535, II, DO CPC/1973. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. SÚMULA 393/STJ. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA.

1. Inexiste contrariedade ao art. 535, II, do CPC/1973 quando o Tribunal de origem decide fundamentadamente todas as questões postas ao seu exame. Ademais, não se deve confundir decisão contrária aos interesses da parte com ausência de prestação jurisdicional.

2. Dispõe a Súmula 393/STJ: “A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória”. Assim, nesta via recursal não cabe nenhuma apreciação que venha a ultrapassar o conhecimento sumário das informações postas nos autos.

3. No caso, o Tribunal regional entendeu que, para acatar arguição de ilegitimidade passiva, seria necessária a dilação probatória, inviável em exceção de pré-executividade.

4. Nesse contexto, infirmar a conclusão a que chegou o aresto combatido no sentido de que as provas apresentadas nos autos impossibilitam o conhecimento da matéria demandaria a incursão na seara fático-probatória do presente incidente, tarefa soberana às instâncias ordinárias, o que impede o reexame na via especial devido ao óbice da Súmula 7/STJ.

5. Agravo interno a que se nega provimento. (STJ, 2ª Turma. AgInt no AREsp 993.953/SP. Relator Ministro Og Fernandes, julgado em 21/03/2018, DJe 27/03/2018)

Compulsando-se os autos, verifica-se que a agravante aduz ser parte ilegítima para figurar no polo passivo da execução fiscal em epígrafe, por entender que a empresa MRR Guedes Administração de Bens Sociedade Simples Ltda., em alguns documentos também denominada de MMR, é a responsável tributária pelo débito, por ser a tomadora dos serviços de construção, fato gerador do referido imposto.

Ocorre que 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. 204, 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.

Nesse contexto, apesar do alvará de construção (p. 66), da matrícula do imóvel (p. 111-113), e do comprovante de pagamento do ISS (p. 64) estarem no nome da empresa MRR e de esta ter sido indicada como tomadora do serviço de construção (contrato de construção por empreitada de p. 69 e 97-109) e como locadora no contrato de locação celebrado com Ban Ban Comercial de Calçados (p. 117-119), entendo que o material probatório juntado não é apto o suficiente para afastar, de pronto, a presunção de certeza da CDA.

Com efeito, como destacou o Município de Caucaia, em que pese o contrato de locação (p. 117-119) referir como termo inicial o dia 01.11.2010 e final o dia 30.10.2025, o Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica – CNPJ (p. 53) aponta o dia 30.06.2009 como data da abertura da filial e indica como endereço o mesmo constante no Auto de Infração (p. 23).

Essa confusão de datas, a relação existente entre as sobreditas empresas e a efetiva correspondência entre o objeto do contrato de construção por empreitada (p. 69 e 97-109) e do auto de infração ensejador da CDA, ora executada, demandam dilação probatória, o que não é cabível na via estreita da exceção de pré-executividade, hipótese em que a executada apenas poderia se defender por embargos

Além disso, ainda que superado o reconhecimento da suposta confissão de dívida, causa-me estranheza o fato de que a agravante/excipiente deixou de arguir a sua ilegitimidade na via administrativa, mesmo estando assistida por advogado (defesa de p. 147-153 e recurso de p. 200-209).

Desse modo, observo que a documentação coligida aos fólios não se revela suficiente para a formação de um juízo de certeza acerca da questão discutida nos autos, sendo necessária dilação probatória e, por conseguinte, descabido o manejo da exceção de pré-executividade.

Sob tais fundamentos, conheço do recurso para negar-lhe provimento.

É como voto.

PROCESSO: 0621667-92.2016.8.06.0000 AGRAVO DE INSTRUMENTO
AGRAVANTE: METALÚRGICA HISPANO LTDA ME
AGRAVADO: MÓVEIS DE AÇO ÂNGELO FIGUEIREDO S/A
RELATOR: DES. TEODORO SILVA SANTOS

EMENTA: CIVIL E PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. EXECUTADA. PESSOA JURÍDICA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE. RELAÇÃO CIVIL-EMPRESARIAL. ART. 50 DO CÓDIGO CIVIL. TEORIA MAIOR. ATOS ILÍCITOS. COMPROVAÇÃO ESPECÍFICA. DESVIO DE FINALIDADE OU CONFUSÃO PATRIMONIAL. DECISÃO AGRAVADA CONFORME ORIENTAÇÃO FIRMADA NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PRECEDENTES. AGRAVO DE INSTRUMENTO NÃO PROVIDO.

1.- As provas (fls.369/373) trazidas pela agravante no cumprimento de sentença são, por si sós, suficientes para indicar a confusão patrimonial das empresas HISPANO ESTRUTURAS METÁLICAS LTDA e METALÚRGICA HISPANO LTDA – ME, visto que ambas são cadastradas no mesmo endereço, exercem a mesma atividade econômica e, conforme a própria agravante traz na sua peça, são administradas por irmãos.

2.- 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. Precedentes do STJ.

3.- Caso concreto em que constatada “intrínseca relação entre as empresas, caracterizada pelos sócios, diretores e procuradores em comum, bem

como mesmas atividades a se caracterizarem como componentes de um grupo econômico familiar, com desvio de finalidade e confusão patrimonial para o mau uso das empresas criadas”, conforme entendimento firmado nas Turmas que integram a 2ª Seção do STJ. Possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica.

4.- Caracterizada a mora do mutuário, viabiliza-se os direitos do credor de inscrever o nome do devedor em cadastros restritivos e tomar as medidas legais para cobrança do valor devido e busca e apreensão do bem dado em garantia fiduciária. Condutas que configuram exercício regular de direito.

5.- Agravo de instrumento conhecido e não 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 NEGAR PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO, nos termos do voto do relator.

Fortaleza, 13 de dezembro de 2017.

RELATÓRIO

Adota-se o relatório elaborado na oportunidade da decisão interlocutória (fls.413/414) que apreciou o pedido de efeito suspensivo, aditando-o em seguida:

METALÚRGICA HISPANO LTDA-ME interpôs Agravo de Instrumento (fls.1/11, e-SAJ) com pedido de tutela antecipada, visando reformar decisão interlocutória (fls.374/375, e-SAJ)

proferida pelo Juízo da 10ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza/CE que, nos autos do Cumprimento de Sentença proposto por ENÍSIO CORDEIRO GURGEL, decretou a desconsideração da personalidade jurídica da impugnante, nos termos a seguir:

[...] Verifica-se, com mais certeza, a ilicitude na simples constatação de que a nova empresa METALURGICA HISPANO LTDA exerce suas atividades praticamente no mesmo endereço a qual está sediada a empresa promovida HISPANO ESTRUTURA METÁLICAS LTDA. Há sérias evidências, pois, de que os sócios de ambas as empresas promoveram a confusão patrimonial da empresa ré através do esvaziamento da pessoa jurídica, mediante a abertura de nova sociedade do mesmo ramo comercial, na busca visível de lesar credores. Assim, comprovados, na espécie, os requisitos do art. 50 do CC/2002, revela-se cabível o pleito do requerente, no tocante a desconsideração da personalidade jurídica da empresa promovida, para fazer atingir o patrimônio dos sócios. Isto posto, ACOELHO o petitório de fls. 350/355, em relação a desconsideração da personalidade jurídica da empresa METALURGICA HISPANO LTDA (CNPJ nº.10.194.360/0001-25) e da empresa HISPANO ESTRUTURA METÁLICAS LTDA (CNPJ nº. 07.231.186-39). Defiro o pedido do BACEN-JUD em nome da empresa METALÚRGICA HISPANO LTDA (CNPJ nº. 10.194.360/0001-25), bem como dos sócios da empresa HISPANO ESTRUTURA METÁLICAS LTDA, o Sr. ANTONIO CAULLET DE CARVALHO NEVES (CPF nº. 015.419.513-87) e a Sra. MARIA ENCARNACION DIAS HERNANDEZ BRITO (CPF nº. 194.430.303-06), no valor atualizado de R\$37.046,32 (trinta e sete mil, quarenta e seis reais e trinta e dois centavos). [...]

Como razões para reforma da decisão agravada, a parte agravante argumenta que a confusão patrimonial apontada pelo julgador foi presumida, não tendo sido apresentada provas suficientes para alcançar o pleito de desconsideração da personalidade jurídica.

Acrescenta-se que, em decisão interlocutória (fls.413/414), foi denegado o efeito suspensivo postulado.

Intimado, o agravado apresentou contraminuta (fls.416/420), prestigiando a decisão interlocutória proferida no Juízo da 10ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza/CE.

Finalmente, veio o processo concluso para julgamento. É o Relatório.

VOTO

O recurso apresentado foi interposto por quem detinha legítimo interesse, é adequado, tempestivo e devidamente preparado (fl.386). Conhecido, portanto.

No agravo de instrumento, em cognição sumária, decide-se pela manutenção ou reforma de uma decisão do Juízo de primeiro grau. Assim, o julgamento favorável depende da demonstração da probabilidade do direito alegado e do risco de dano concreto grave ou perda de resultado útil do processo.

Na hipótese em tela, não se vislumbra prognóstico favorável ao pedido formulado pela METALÚRGICA HISPANO LTDA - ME, visando à reforma da decisão recorrida. As provas (fls.369/373) trazidas pela agravante no cumprimento de sentença são, por si sós, suficientes para indicar a confusão patrimonial das empresas **HISPANO ESTRUTURAS METÁLICAS LTDA** e **METALÚRGICA HISPANO LTDA – ME**, visto que ambas são cadastradas no mesmo endereço, exercem a mesma atividade econômica e, conforme a própria agravante traz na sua peça, são administradas por irmãos.

Neste caso, a fundamentação utilizada pelo julgador *a quo* para determinar a desconsideração da personalidade jurídica deve ser mantida por encontrar amparo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em textual:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL.
CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. DECISÃO
MONOCRÁTICA. ART. 932 DO CPC/15. POSSIBILIDADE.
EXECUTADA. PESSOA JURÍDICA. DESCONSIDERAÇÃO
DA PERSONALIDADE. RELAÇÃO CIVIL-EMPRESARIAL.

ART. 50 DO CÓDIGO CIVIL. TEORIA MAIOR. ATOS ILÍCITOS. COMPROVAÇÃO ESPECÍFICA. DESVIO DE FINALIDADE OU CONFUSÃO PATRIMONIAL. BENS NÃO LOCALIZADOS. HIPÓTESE NÃO CONFIGURADA. PROVIMENTO. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. Nos termos do art. 557 do CPC/73 e do art. 932 do CPC/15, pode o relator julgar monocraticamente recurso para alinhar a controvérsia ao entendimento jurisprudencial vigente. Precedentes.

2. O art. 50 do Código Civil, aplicável às relações civis-empresariais, adota a Teoria Maior da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica, só podendo ser aplicado quando comprovado especificamente desvio de finalidade ou confusão patrimonial.

(...)

4. Agravo interno não provido. (AgInt no REsp 1585391/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 07/11/2017, DJe 14/11/2017)

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. POSSIBILIDADE. (...)

2. Dessa forma, observa-se que o Tribunal de origem analisou a prova dos autos para concluir acerca da intrínseca relação entre as empresas, caracterizada pelos sócios, diretores e procuradores em comum, bem como mesmas atividades a se caracterizarem como componentes de um grupo econômico familiar, com desvio de finalidade e confusão patrimonial para o mau uso das empresas criadas.

(...)

4. Agravo interno não provido. (Ag.Int no Ag.Int nos EDcl no AREsp 983.360/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 10/10/2017, DJe 13/10/2017)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EMPRESARIAL. PROCESSO CIVIL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. RECONHECIMENTO DE GRUPO ECONÔMICO. REVISÃO DOS FATOS AUTORIZADORES. SÚMULA Nº 7/STJ.

1. 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. Rever a conclusão no caso dos autos é inviável por incidir a Súmula nº 7/STJ.

2. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 441.465/PR, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/06/2015, DJe 03/08/2015)

Em conformidade com o entendimento sedimentado no Superior Tribunal de Justiça, firmado nas Turmas que integram a 2ª Seção, tem-se que a possibilidade de desconsideração da personalidade quando constatada *“intrínseca relação entre as empresas, caracterizada pelos sócios, diretores e procuradores em comum, bem como mesmas atividades a se caracterizarem como componentes de um grupo econômico familiar, com desvio de finalidade e confusão patrimonial para o mau uso das empresas criadas”*. É exatamente isso que o Juízo de primeiro grau percebeu em sua análise das provas, conforme o seguinte trecho da decisão recorrida:

No presente caso, a meu ver, restou demonstrada a ocorrência de abuso de personalidade, no viés confusão patrimonial, uma vez que os sócios da empresa promovida HISPANO ESTRUTURA METÁLICAS LTDA (CNPJ nº. 07.231.186-39) presumem-se estar intrinsecamente relacionados a nova sociedade do mesmo ramo de fabricação de estruturas metálicas denominada METALURGICA HISPANO LTDA (CNPJ nº. 10.194.360/0001-25), conforme pode-se comprovar mediante análise dos documentos de fls. 360 e 326, além da semelhança incontestável dos nomes e sobrenomes de todos os sócios de ambas empresas, o telefone de contato é o mesmo utilizado nos dois estabelecimentos comerciais e a denominação das empresas é praticamente igual.

Verifica-se, com mais certeza, a ilicitude na simples constatação de que a nova empresa METALURGICA HISPANO LTDA exerce suas atividades praticamente no mesmo endereço a qual está sediada a empresa promovida HISPANO ESTRUTURA METÁLICAS LTDA. Há sérias evidências, pois, de que

os sócios de ambas as empresas promoveram a confusão patrimonial da empresa ré através do esvaziamento da pessoa jurídica, mediante a abertura de nova sociedade do mesmo ramo comercial, na busca visível de lesar credores.

Assim, verificada a confusão patrimonial, cabível a desconsideração da personalidade jurídica, vez que presentes os pressupostos legais insertos no artigo 50 do Código Civil de 2002.

Analisando a tese recursal, em confronto com as provas e documentos indicados nesta espécie recursal, não se vislumbra prognóstico favorável à pretensão da parte agravante. Merece ser prestigiada a decisão do juízo de primeiro grau, com fundamentação apoiada em precedentes do STJ.

Assim exposto, encaminha-se o voto em NEGAR PROVIMENTO ao agravo de instrumento.

Fortaleza, 13 de DEZEMBRO de 2017.

PROCESSO: 0621821-13.2016.8.06.0000 – AGRAVO DE INSTRUMENTO

AGRAVANTE: TRANSNORDESTINA LOGÍSTICA S.A

AGRAVADO: MUNICÍPIO DE IGUATU

RELATORA: DESEMBARGADORA MARIA NAILDE PINHEIRO NOGUEIRA

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. CÍVEL. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. LINHA FÉRREA. OBRAS PÚBLICAS EMPREENDIDAS PELO MUNICÍPIO. ÁREA NÃO EDIFICÁVEL. LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA. FLEXIBILIZAÇÃO QUANDO NÃO DEMONSTRADO FIM ESPECÍFICO OU UTILIZAÇÃO DA VIA. PRECEDENTES. NECESSIDADE DE INSTRUÇÃO PROBATÓRIA. PRESSUPOSTOS DA TUTELA DE URGÊNCIA NÃO DEMONSTRADOS. CONJUNTO PROBATÓRIO INSUFICIENTE. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. Trata-se de Agravo de Instrumento proposto pela empresa Transnordestina Logística S/A em contrariedade a decisão do MM. Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Iguatu – CE, o qual indeferiu o pleito liminar em face da qualificação da posse detida pelo Município de Iguatu.

2. Observa-se que a posse empreendida pelo Município de Iguatu não trata de constituição de loteamento ou qualquer outra edificação habitável, mas aparentemente visa somente a construção de avenida e esgoto, obras públicas em prol da coletividade, conforme se registra nas fotos anexadas pelo próprio Agravante.

3. Há farta jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça flexibilizando a limitação administrativa da área não edificável no entorno de linhas férreas quando não comprovada a utilização específica da via para o objetivo proposto. Ressalte-se que nos fólios do presente recurso não restou indicada a utilização plena da via, sendo imprescindível a oportunização em instrução probatória suficiente para averiguar a qualificação da área questionada.
4. O caso em apreço não entremostra os requisitos necessários para a concessão do efeito suspensivo requestado pela Agravante, pois não se registram nos autos os elementos dispostos nos arts. 560 e seguintes do CPC, de modo a comprovar a turbacão ou o esbulho praticado pelo réu e a perda da posse, bem como o cumprimento dos pressupostos da tutela de urgência em razão do conjunto probatório insuficiente trazido aos autos, conforme manifestação do *Parquet*.
5. Agravo de Instrumento 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 do Agravo de Instrumento nº. 0621821-13.2016.8.06.0000, mas para julgá-lo improvido, tudo nos termos do voto da Des. Relatora.

Fortaleza, 4 de julho de 2018.

RELATÓRIO

Cogita-se de Agravo de Instrumento interposto por Transnordestina Logística S/A em face da decisão do MM. Juiz de Direito da

2ª Vara da Comarca de Iguatu – CE, que nos autos da Ação de Reintegração de Posse de nº 0029541-40.2012.8.06.0091, indeferiu o pleito liminar em razão da posse ter se alongado por período superior a 1 (um) ano, devendo obedecer ao rito ordinário.

A empresa agravante narra que os argumentos utilizados para fundamentar o *decisum* recorrido não sustentam, pois a partir de uma inspeção realizada no local do esbulho se constata a invasão dos limites impostos pela legislação, relativos à área, subsistindo perigosa proximidade dos imóveis questionados.

Ressalta que a faixa não edificável representa área reservada por medida de segurança em caso de tombamento dos vagões que compõem as locomotivas, bem como afirma que a estabilidade dos imóveis levantados poderão encorajar outras pessoas a adotarem postura semelhante.

Apona não restarem dúvidas acerca da posse da Agravante sobre o bem esbulhado, quando passou a figurar como titular de direitos e deveres relacionados à exploração do serviço público de transporte ferroviário de cargas na faixa de domínio denominada “Malha Nordeste”.

Alega que o Município agravado foi notificado administrativamente quanto à ilegalidade dos imóveis levantados, sendo registrado, também, boletim de ocorrência. Mesmo diante de tal cenário, o Ente Municipal recusou-se a desocupar o imóvel e a restituir o mesmo ao estado em que se encontrava, mesmo cientes das irregularidades perpetradas.

Detalha que a área não edificável corresponde a 15 m para cada lado dos trilhos, após a faixa de domínio. Entretanto, a faixa de domínio representa área mínima de 6 metros, devendo ser respeitada quando estiver prévia e legalmente registrada, consoante o caso em apreço, havendo limitação total de construção na área de 37,5 m para cada lado dos trilhos.

Aduz que as provas juntadas aos autos foram obtidas por meio de fiscalização efetuada por equipe de profissionais especializados em preservação de ferrovias, sendo tal inspeção munida de fotografias, onde se expõem, de forma completa, a situação encontrada no esbulho fazendo constar o impacto e as possíveis consequências advindas da invasão sofrida.

Elenca as disposições dos arts. 71 e 200 do Decreto Lei 9.760/46, bem com o teor da Súmula de nº 340, do STF. Sustenta haver, no caso em tela, os pressupostos necessários para concessão da liminar de reintegração de posse.

Ao cabo, requer a atribuição de efeito suspensivo visando a imediata reintegração de posse em favor da Agravante, com a ordem de demolição de toda e qualquer edificação erguida pelos ocupantes.

Documentação às fls. 18/274.

Em despacho de fl. 282, observou-se que nos termos do art. 562, parágrafo único, do CPC/73 encontrava-se vedada a manutenção ou a reintegração liminar contra pessoas jurídicas de direito público sem prévia audiência dos respectivos representantes judiciais. Em face de tal disposição legal, deixou de se examinar o pedido de liminar, reservando a análise de tal súplica para após a formação do contraditório.

A parte agravada, devidamente intimada do feito, deixou transcorrer o prazo legal sem nada apresentar ou requerer, conforme fl. 284 dos autos.

Instado a se manifestar no feito, a douta Procuradoria Geral de Justiça, fls. 287/291, opina pela manutenção da decisão agravada.

É o relatório

VOTO

Trata-se de Agravo de Instrumento proposto pela empresa Transnordestina Logística S/A em contrariedade a decisão do MM. Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Iguatu – CE, o qual indeferiu o pleito liminar em face da qualificação da posse detida pelo Município de Iguatu.

De início, vale apontar que subsiste no caso em tela área não edificável, nos 15 metros de largura após a faixa de domínio da ferrovia, a qual representa indiscutível limitação ao direito de construir, afetado por limitação administrativa, consoante o art. 4º da Lei 6.766/1979.

Art. 4º. Os loteamentos deverão atender, pelo menos, aos seguintes requisitos:

[...]

III - ao longo das águas correntes e dormentes e das faixas de domínio público das rodovias e ferrovias, será obrigatória a reserva de uma faixa não-edificável de 15 (quinze) metros de cada lado, salvo maiores exigências da legislação específica;

Contudo, observa-se que a posse empreendida pelo Município de Iguatu não trata de constituição de loteamento ou qualquer outra edificação habitável, mas aparentemente visa somente a construção de avenida e esgoto, obras públicas em prol da coletividade, conforme se registra nas fotos anexadas às fls. 81/86 e 90/94 juntadas aos autos pela própria Agravante.

De mais a mais, há farta jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça flexibilizando a limitação administrativa da área não edificável no entorno de linhas férreas quando não comprovada a utilização específica da via para o objetivo proposto. Ressalte-se que nos fólios do presente recurso não restou indicada a utilização plena da via, sendo imprescindível a oportunidade em instrução probatória suficiente para averiguar a qualificação da área questionada. Seguem julgados sobre o tema.

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVOS LEGAIS FEDERAIS. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 211 DO STJ. APLICAÇÃO DA REGRA PREVISTA NO ART. 1.025 DO CPC/2015. PREQUESTIONAMENTO FICTO. INVIABILIDADE. REQUISITOS LEGAIS NÃO PREENCHIDOS. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. EDIFICAÇÃO ÀS MARGENS DE FERROVIA. ÁREA NÃO EDIFICÁVEL. FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL. DIREITO À MORADIA E À DIGNIDADE HUMANA. ANÁLISE PELO STJ. INVIABILIDADE. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO STF. JULGADO ANCORADO NAS PROVAS DOS AUTOS. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. PRECEDENTE.

1. Extrai-se do acórdão recorrido que os dispositivos legais apontados como violados e as matérias a eles correlatas não foram objeto de apreciação pelo Tribunal de origem, nem sequer implicitamente. Desse modo, carece o tema do indispensável prequestionamento viabilizador do recurso especial, razão pela qual não merece ser apreciado. Aplicação do óbice fundado na Súmula 211 do STJ.

2. O Superior Tribunal de Justiça possui precedente no sentido de que “a admissão de prequestionamento ficto (art. 1.025 do CPC/2015), em recurso especial, exige que no mesmo recurso seja indicada violação ao art. 1.022 do CPC/2015, para que se possibilite ao Órgão julgador verificar a existência do vício inquinado ao acórdão, que, uma vez constatado, poderá dar ensejo à supressão de grau facultada pelo dispositivo de lei” (REsp 1.639.314/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 10/4/2017).

3. Quando a controvérsia é solucionada com amparo em princípios ou dispositivos constitucionais, o recurso especial é inviável, sob pena de usurpação da competência reservada pela Constituição ao Supremo Tribunal Federal. Precedentes: AgRg no REsp 1.119.910/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 11/12/2009; REsp 735.156/PE, Rel. Ministro Francisco Falcão, Rel. p/ acórdão Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 3/11/2008.

4. Na via especial, não cabe a análise de tese recursal que demande a incursão na seara fático-probatória dos autos. Incidência da orientação fixada pela Súmula 7 do STJ.

5. No caso, concluiu a Corte de origem pela impossibilidade da desocupação e da demolição das construções localizadas às margens da malha ferroviária descrita nos autos, sob o fundamento de que ficou verificado o abandono da área ora em litígio, resultado do sucateamento da malha ferroviária, sem perspectiva de utilização.

Para rever tal entendimento, demandaria o reexame das provas dos autos, providência vedada, nesta via, por força da orientação fixada pela Súmula 7 do STJ.

6. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no REsp 1658415/PB, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/04/2018, DJe 11/04/2018).

ADMINISTRATIVO. REINTEGRAÇÃO DE POSSE CUMULADA COM DEMOLITÓRIA. CONSTRUÇÃO ÀS MARGENS DE FERROVIA. ÁREA NÃO-EDIFICÁVEL. TRÂNSITO DE TRENS DESATIVADO E AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE REATIVAÇÃO. PREVALÊNCIA DO DIREITO À MORADIA E AO PRINCÍPIO - VETOR DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ACÓRDÃO OBJETO DO RECURSO ESPECIAL EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE.

I - Com relação à alegada violação dos arts. 71 e 200 do Decreto-Lei n. 9.760/46, e dos arts. 98, 99, 100 e 102 do Código Civil, verifica-se que razão não assiste aos recorrentes, pois em nenhum momento o acórdão recorrido sinalizou pela possibilidade de usucapião ou alienação da área pública invadida, ou de permitir a legalização da posse de bens públicos, cingindo-se, apenas, a negar a reintegração de posse formulada nos autos em razão das circunstâncias e peculiaridades do caso concreto.

II - A respeito dessa decisão, o Tribunal *a quo*, embasado em laudo pericial, entendeu que não seria razoável promover a demolição das moradias com o consequente desalojamento de seus ocupantes, aproximadamente 330 famílias, sobretudo pela inexistência de tráfego de trens na área invadida, uma vez que esse serviço se encontra desativado e em situação de abandono, sem previsão de reativação. (fl. 890-891).

III - Nessa senda, adentrar no mérito do acerto ou desacerto do aresto recorrido que levou em conta em sua decisão as especificidades do caso concreto, como o abandono, o sucateamento e a falta de previsão de reativação da malha ferroviária, bem como a própria ação incitadora do Estado que, mesmo se tratando de área invadida, permitiu a prestação de serviços básicos à população local, como energia elétrica, fornecimento de água, coleta domiciliar de lixo e telefonia, demandaria o reexame dos elementos fático-probatórios dos autos, o que não é possível por via de recurso especial, por óbice da incidência da Súmula n. 7/STJ.

IV - No que trata da alegada violação do art. 9º, §2º, do Decreto n. 2.089/63, e art. 4º, III, da Lei n. 6.769/79, melhor sorte não ampara os recorrentes, visto que, conforme explicitado no acórdão recorrido, a negativa do pedido de reintegração

de posse e de demolição das construções se fundamenta no fato de a linha ferroviária estar desativada e em situação de abandono, não havendo perspectiva de sua reativação, fatos esses que, evidentemente, se não afastam, pelo menos mitigam o conceito de área *non aedificandi* e, conseqüentemente, prejudicam a análise da suposta violação dos dispositivos mencionados.

V - Já a respeito da apontada dissidência jurisprudencial existente entre o acórdão recorrido e julgados de outros Tribunais, verifica-se que o exame da questão também ficou prejudicado, haja vista as peculiaridades fáticas de cada caso, como o tempo de ocupação da área invadida, a possibilidade de risco à segurança dos moradores, o total de famílias afetadas, a possibilidade de reativação da malha ferroviária, a ação ou omissão do Estado, etc. Incide, portanto, mais uma vez, o enunciado sumular n. 7/STJ.

VI - Agravo interno improvido. (AgInt no REsp 1673044/PB, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/02/2018, DJe 26/02/2018).

ADMINISTRATIVO. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. CONSTRUÇÃO ÀS MARGENS DE FERROVIA. ÁREA NÃO EDIFICÁVEL. IBURA DE BAIXO. RECIFE-PE. TRÂNSITO DE TREM DESATIVADO E AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE REATIVAÇÃO. DIREITO À MORADIA. PRETENSÃO DE REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA DO STJ.

I - Com relação à alegada violação dos arts. 71 e 200 do Decreto-Lei n. 9.760/46, e arts. 98, 99, 100 e 102 do Código Civil, o Tribunal *a quo*, embasado em laudo pericial, entendeu que não seria razoável promover a demolição das moradias com o conseqüente desalojamento das famílias, tendo em vista que o tráfego de trens na área invadida, sob a jurisdição da recorrente, se encontra desativado e sem previsão de reativação, não oferecendo ameaça à segurança dos moradores

II - Assim, para se verificar o acerto ou desacerto do aresto recorrido que levou em conta em sua decisão as especificidades do caso concreto, como o abandono, o sucateamento e a falta de previsão de reativação da malha ferroviária, além da ausência de risco para os moradores, demandaria o reexame

dos elementos fáticos probatórios dos autos, o que não é possível por via de recurso especial, por óbice da incidência do enunciado n. 7 da Súmula do STJ.

III - No que trata da alegada violação do art. 9º, §2º, do Decreto n. 2.089/63, e art. 4º, III, da Lei n. 6.766/79, melhor sorte não ampara os recorrentes, visto que, conforme explicitado no acórdão recorrido, a negativa do pedido de reintegração de posse e de demolição das construções se fundamenta no fato de a linha ferroviária estar desativada e em situação de abandono, não havendo perspectiva de sua reativação, fatos esses que, evidentemente, se não afasta, pelo menos mitiga o conceito de área *non aedificandi* e, conseqüentemente, prejudica a análise da suposta violação dos dispositivos mencionados, ensejando a incidência do óbice n. 7 da Súmula STJ.

IV - Quanto à alegada divergência jurisprudencial, verifico que a incidência do óbice sumular n. 7/STJ impede o exame do dissídio, na medida em que falta identidade entre os paradigmas apresentados.

V - Agravo interno improvido. (AgInt no REsp 1657485/PE, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/11/2017, DJe 10/11/2017).

O caso em apreço não entremostra os requisitos necessários para a concessão do efeito suspensivo requestado pela Agravante, pois não se registram nos autos os elementos dispostos nos arts. 560 e seguintes do CPC, de modo a comprovar a turbacão ou o esbulho praticado pelo réu e a perda da posse, bem como o cumprimento dos pressupostos da tutela de urgência em razão do conjunto probatório insuficiente trazido aos autos.

Nestes termos valho-me dos ensinamentos do ilustre civilista, Flávio Tartuce ao tratar de requerimento de reintegração de posse após decorrido ano e dia, em que se sustenta a observância dos requisitos da tutela de urgência para concessão liminar de reintegração de posse, pressupostos não demonstrados no caso em epígrafe:

Em relação à ação de força velha, repise-se que essa segue o procedimento comum (pelo CPC/1973, rito ordinário), não cabendo liminar para os devidos fins. Todavia, segundo o entendimento majoritário da doutrina e da jurisprudência

anteriores, caberia a tutela antecipada nessa demanda, conforme reconhecido pelo Enunciado n. 238 do CJP/STJ, da III Jornada de Direito Civil: “Ainda que a ação possessória seja intentada além de ‘ano e dia’ da turbação ou esbulho, e, em razão disso, tenha seu trâmite regido pelo procedimento ordinário (CPC, art. 924), nada impede que o juiz conceda a tutela possessória liminarmente, mediante antecipação de tutela, desde que presentes os requisitos autorizadores do art. 273, I ou II, bem como aqueles previstos no art. 461-A e §§, todos do CPC”. Não é diferente a conclusão da jurisprudência superior (STJ, REsp 555.027/MG, 3.^a Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 27.04.2004, DJ 07.06.2004, p. 223). Consideramos que esse entendimento deve ser mantido com a emergência do Novo CPC, especialmente quanto ao procedimento chamado de comum, que passa a ser a regra. Ademais, em vez da incidência da antiga tutela antecipada, repise-se que caberão as tutelas de urgência ou de evidência, de acordo com as circunstâncias do caso concreto (arts. 300 e seguintes do Novo CPC). (Tartuce, Flávio. Manual de direito civil: volume único. 7. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro : Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017, pag. 621) (sublinhados nossos).

Pelas razões acima descritas, CONHEÇO do Agravo de Instrumento mas para NEGAR-LHE PROVIMENTO, mantendo-se a decisão vergastada que indeferiu a concessão da medida liminar de reintegração de posse em favor da Agravante, e em conformidade com a manifestação do Órgão Ministerial em parecer de fls. 287/291.

É como voto.

Fortaleza, 4 de julho de 2018.

PROCESSO Nº: 0625631-59.2017.8.06.0000

AGRAVO DE INSTRUMENTO (AÇÃO DE IMISSÃO NA POSSE)

ORIGEM: 30ª VARA CÍVEL DE FORTALEZA/CE

PROCESSO Nº 0886558-09.2014.8.06.0001

ASSUNTO: IMISSÃO NA POSSE

AGRAVANTE: ALDENOR CORDEIRO FERREIRA E SUA ESPOSA
ANTONIA CÁSSIA OLIVEIRA MARTINS FERREIRA

AGRAVADO: LUANA SEVERO DE OLIVEIRA

RELATOR(A): JUÍZA CONVOCADA MARLÚCIA BEZERRA DE ARAÚJO

EMENTA. PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE IMISSÃO NA POSSE. AQUISIÇÃO DO IMÓVEL MEDIANTE ARREMATACÃO JUNTO À CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. REGISTRO NA MATRÍCULA DO IMÓVEL. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. APELAÇÃO. SUPOSTA FALTA DE CITAÇÃO DE CÔNJUGE. SENTENÇA ANULADA. RETORNO DOS AUTOS AO JUÍZO DE ORIGEM. AGRAVANTES LEGALMENTE SEPARADOS HÁ QUASE UMA DÉCADA. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA DO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU PELA CONCESSÃO DA TUTELA DE EVIDÊNCIA. IMISSÃO IMEDIATA NA POSSE. ABUSO DO DIREITO DE DEFESA E MANIFESTO PROPÓSITO PROTTELATÓRIO. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA HÍGIDA E SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADA. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ CARACTERIZADA. RESPONSABILIDADE DAS PARTES AGRAVANTES. IMPOSIÇÃO DE MULTA. 10% (DEZ POR CENTO) SOBRE O VALOR ATUALIZADO DA CAUSA. CRIAÇÃO DE OBSTÁCULO À EFETIVIDADE DA DECISÃO

JUDICIAL. ATO ATENTATÓRIO À DIGNIDADE DA JUSTIÇA. IMPOSIÇÃO DE MULTA NO VALOR DE 20% (VINTE POR CENTO) SOBRE O VALOR CORRIGIDO DA CAUSA. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE POR CINCO ANOS EM RAZÃO DA GRATUIDADE JUDICIÁRIA. RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA DO ADVOGADO. DESLEALDADE PROCESSUAL. APURAÇÃO PELO ÓRGÃO CENSOR DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. INDÍCIOS DE CRIME. APURAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. DECISÃO MANTIDA.

1. Cuida--se de recurso de Agravo de Instrumento contrapondo-se à decisão interlocutória concessiva de tutela provisória de imissão de posse, baseada no abuso do direito de defesa e no manifesto propósito protelatório.

2. O imóvel – objeto desse litígio - foi adquirido pela promovente, ora agravante, através de contrato de instrumento particular de mútuo, prenotado em 21/07/2014, após regular arrematação junto à Caixa Econômica Federal, consoante Matrícula Imobiliária nº R 9/12.265 do Cartório de Registro de Imóveis do 6º Ofício de Registro de Imóveis da Comarca de Fortaleza/CE.

3. A agravada, como legítima proprietária do imóvel, ajuizou ação de Imissão na Posse, de onde se extrai o presente Agravo de Instrumento, ora em análise. Aludida demanda, após regular tramitação foi contemplada com sentença de mérito, em 17/11/2015, pela procedência do pedido inaugural,

assegurando à promovente ora agravada, o ingresso na posse do imóvel em litígio.

4. Aludida sentença foi desafiada por recurso de apelação interposto pelo promovido, tendo sido conhecida e provida, por unanimidade, por membros desta 3ª Câmara de Direito Privado, com relatoria e voto condutor de minha lavra, sob o fundamento de nulidade processual por suposta irregularidade no polo passivo, uma vez que o promovido seria casado, não tendo o seu cônjuge virago sido citado naquela demanda.

5. O processo retornou ao Juízo de origem e, após diligências, restou evidenciado que o suposto casal já estava legalmente separado há quase dez(10) anos, tendo inclusive a ex-esposa já contraído novas nupcias, além de haver declaração expressa na averbação do divórcio de que o casal não tinha bens a partilhar.

6. O Juízo de piso deferiu, então, pedido de tutela provisória de evidência (imissão na posse), independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, por entender que restou caracterizado o *abuso de direito de defesa e o manifesto propósito protelatório* dos agravantes, ao interpor recurso de apelação com fundamento sabidamente inverídico, no caso, a existência de um casamento já dissolvido há quase uma década.

7. De outro lado, a conduta dos agravantes revela uma alta e gravíssima dose de litigância de má-fé, na medida em que, valendo-se de um recurso de apelação, legalmente previsto, falseiam a verdade, declaram um estado civil não existente, ludibriam

o Poder Judiciário e obtém uma decisão colegiada viciada, cuja relatoria coube a mim, induzindo a todos os membros desta Câmara em erro grotesco. Isso foi uma clara demonstração de desrespeito ao Judiciário, de afronta às nossas instituições e de desprezo ao Estado Democrático de Direito. Tal conduta não pode passar ao largo do esquecimento e à margem da impunidade, deve ser enérgica e exemplarmente rechaçada.

8. A lastimável conduta processual dos promoventes se subsume com exatidão nos contornos dos casos que caracterizam litigância de má-fé, de acordo com a disciplina relativa à responsabilidade das partes por dano processual, insculpida nos arts. 79 e 80 do Repertório Processual Civil de 2015. Condenação ao pagamento de multa fixada em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa. Inteligência do art. 81 do CPC/2015.

9. O manejo de recurso de apelação desprovido de real fundamento, caracteriza ato atentatório à dignidade da justiça, por criar embaraços à efetividade da jurisdição, conforme preceitua o § 2º, do art. 77 do CPC/2015. Condenação dos agravantes ao pagamento de multa arbitrada em 20% (vinte por cento), incidente sobre o valor corrigido da causa.

10. Sobre a responsabilidade do advogado, é cediço que o sistema processual não o responsabiliza diretamente por litigância de má-fé. Tão somente, impõe a ele o dever de lealdade previsto no art. 77 do CPC, lançando sobre a parte as implicações que, porventura, sejam advindas de seu comportamento desleal, ao passo que o Estatuto da OAB, no art. 32

e respectivo parágrafo único, preconizam que: “O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa. Parágrafo único: Em caso de lide temerária, o advogado será solidariamente responsável com seu cliente, desde que coligado com este para lesar a parte contrária, o que será apurado em ação própria”. Necessidade, portanto, de comunicação ao Órgão Disciplinar da OAB-CE para adoção das devidas providências.

11. Comunicação ao Ministério Público do Estado do Ceará, na pessoa do Procurador-geral de Justiça, a fim de apurar a prática de conduta criminosa e, se assim o entender, promover a competente ação penal.

12. Recurso conhecido e improvido. Decisão inalterada.

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores integrantes da Terceira Câmara de Direito Privado do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, nos autos da Apelação nº 0625631-59.2017.8.06.0000, por unanimidade, em conhecer do recurso para negar-lhe provimento, nos termos do voto da eminente Relatora.

Fortaleza/CE, 27 de junho de 2018..

RELATÓRIO

Trata-se de Agravo de Instrumento, alojado nas páginas 1/33, interposto por ALDENOR CORDEIRO FERREIRA e ANTONIA CASSIA OLIVEIRA MARTINS FERREIRA, desafiando decisão interlocutória prolatada pelo Juízo da 30ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza/CE, alojada

nas páginas 399/402 dos autos da Ação de Imissão na Posse – Processo nº 0886558-09.2014.8.06.0001, proposta por Luana Severo de Oliveira, que concedeu-lhe tutela provisória de imissão na posse.

Narram os agravantes que propuseram uma Ação de Interdito Proibitório, processo nº 0885020-90.2014.8.06.0001, contra a agravada, com petição que ingressou em juízo em data de 28.08.2014, sendo que o então Juiz da 30ª Vara Cível, em respondência, realizou audiência de justificação, em data de 28.01.2015, estando presentes a agravada e seu advogado, oportunidade em que o Juiz reconheceu a posse com ânimo de proprietários, por mais de dez (10) anos e a “sentença liminar transitou em julgado”.

Verberam que somente o agravante varão foi citado para a Ação de Imissão de Posse proposta pela agravada e, dentre outras preliminares, foi levantada a prejudicial de impossibilidade jurídica do pedido, em face do art. 923 do CPC/73, com a mesma redação repetida pelo art. 557 do vigente CPC.

A Ação de Interdito Proibitório, sem qualquer outra prova e com uma liminar transitada em julgado, foi julgada improcedente e, ao mesmo tempo, foi julgada procedente a Ação de Imissão de Posse (*de onde se extrai o presente agravo de instrumento*), com a expedição de mandado para cumprimento da tutela.

Informa que interpôs apelação nos autos da Ação de Imissão de Posse, Processo nº 0886558-09.2014.8.06.0001, tendo esta Colenda Câmara prolatado uma decisão, provendo o apelo, com a decretação de nulidade da sentença, com o retorno dos autos ao Juízo de origem, para que fosse citado o cônjuge virago.

O juízo de origem verificou que a sentença foi cassada pela falta de citação do cônjuge virago, quando na verdade o promovido não era mais casado, pois já estava divorciado desde 2008, o que, segundo o entendimento daquele Juízo primevo, evidenciou abuso do direito de defesa e manifesto propósito protelatório da parte em cumprir a decisão, terminando por deferir o pedido de imissão na posse, contra a qual ora se agrava.

Reclama que o magistrado não abriu vista da petição que atravessara nos autos, com a certidão de casamento dos agravantes e averbação de seu divórcio, conforme determina o art. 437 § 1º- do CPC.

Sustenta também que o juiz não observou os fundamentos exigidos pelo art. 489 e seus incisos e parágrafos do CPC, bem como que não pode o magistrado afastar o efeito suspensivo da apelação sob a presunção de que a liminar será desconstituída pelo Tribunal.

Suscita, ainda, que não pode haver conflito da decisão agravada com a liminar transitada em julgado na ação possessória, mesmo porque foi uma surpresa o conhecimento de duas sentenças prolatadas, sem qualquer prova de destruição da liminar da ação possessória irrecorrida e sem o exame da proibição de proposição da Ação de Imissão de Posse.

Requer, ao final, a concessão de efeito suspensivo e, por fim, cassação da decisão agravada.

Mais adiante, nas páginas 724/750, os agravantes atravessam petição requerendo a concessão de tutela de urgência para o fim de determinar a suspensão da execução do despacho agravado.

Em contrarrazões recursais de páginas 755/756, assenta que em face da inexistência da litisconsorte passivo necessário, foi requerida a tutela de evidência, anexando-se cópia da Certidão de Divórcio da agravante Antônia Cássia Oliveira Martins Ferreira, desde 18/03/2008, com o agravante, quando esta na condição de divorciada, casou-se com Francisco Danilo Ferreira, conforme verifica-se pelo Termo de Casamento lavrado às fls.010, do Livro B/00, sob o número 610, do Cartório Costa Lima, da Comarca de Maracanaú-CE, tudo constante da certidão prefalada e anexada, havendo assim em face do que fora demonstrado ao MM. Juiz, este proferiu a concessão da tutela antecipada nos termos requerido, determinando assim a desocupação do imóvel objeto da ação.

Vieram-me os autos conclusos.

É o relato.

VOTO

1. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

Deve-se realçar, inicialmente, que o presente recurso foi interposto já sob a vigência do Código de Processo Civil de 2015, pelo que o exame dos requisitos de admissibilidade do recurso deve observar as

disposições do debutante diploma processual, *a contrario sensu* do Enunciado Administrativo nº 02 do Superior Tribunal de Justiça, *verbo ad verbum*: “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”.

Sob esse espectro normativo, portanto, presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade recursal, conheço do recurso.

Tratando-se, portanto, de recurso manejado sob a vigência da lei processual de 2015, aplica-se à espécie todo o repositório jurídico prescrito neste Diploma Legal.

2. MÉRITO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO

Cuida-se de recurso de Agravo de Instrumento, inserto nas páginas 1/33, interposto por ALDENOR CORDEIRO FERREIRA e ANTONIA CASSIA OLIVEIRA MARTINS FERREIRA, contrapondo-se à decisão interlocutória concessiva de tutela provisória de imissão de posse, prolatada pelo Juízo da 30ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza/CE, alojada nas páginas 399/402 dos autos da Ação de Imissão na Posse – Processo nº 0886558-09.2014.8.06.0001, proposta por Luana Severo de Oliveira.

O ponto nuclear do presente recurso está no acerto ou desacerto da decisão interlocutória prolatada pelo Juízo monocrático da instância de piso, alocada nas páginas 399/402 dos autos do Processo nº 0886558-09.2014.8.06.0001 – Ação de Imissão na Posse, que deferiu o pedido de imissão na posse sobre o imóvel em litígio, no caso, uma casa residencial situada na rua Mangaba, 537 – bairro Itaperi, nesta Capital.

A fundamentação da decisão guerreada está no inc. I, do art.311 do CPC, que autoriza a implementação da tutela de evidência quando ficar caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte. Isso exige, ainda que em rápido retrospecto, uma inspeção sobre os atos processuais:

O imóvel – objeto desse litígio - foi adquirido pela promovente LUANA SEVERO DE OLIVEIRA através de contrato de instrumento particular de mútuo, prenotado em 21/07/2014, após regular arrematação junto à Caixa Econômica Federal, consoante Matrícula Imobiliária nº R 9/12.265 do Cartório de Registro de Imóveis do 6º Ofício de Registro de Imóveis da Comarca de Fortaleza/CE (páginas 9/12 dos autos originários).

A agravada, como legítima proprietária do imóvel, ajuizou ação de Imissão na Posse, de onde se extrai o presente Agravo de Instrumento, ora em análise. Aludida demanda, após regular tramitação foi contemplada com sentença de mérito, em 17/11/2015, pela procedência do pedido inaugural, assegurando à promovente LUANA SEVERO DE OLIVEIRA, ora agravada, o ingresso na posse do imóvel em litígio (páginas 109/111).

Referida sentença foi desafiada por recurso de apelação interposto pelo promovido ALDENOR CORDEIRO FERREIRA. O apelo foi conhecido e provido, por unanimidade, por membros desta 3ª Câmara de Direito Privado, com relatoria e voto condutor de minha lavra, consoante páginas 336/341, sob o fundamento de nulidade processual por suposta irregularidade no polo passivo, uma vez que o promovido seria casado com ANTONIA CÁSSIA DE OLIVEIRA MARTINS, que não fora citada naquela demanda.

O processo retornou ao Juízo da 30ª Vara Cível e, após diligências, restou evidenciado que a senhora ANTONIA CÁSSIA DE OLIVEIRA MARTINS não residia no endereço. No entrelaçar dos fatos, aportou aos autos a Certidão de Casamento acostada na página 378 dos autos originários, que traz informações fundamentais ao deslinde da causa, a saber:

a) O casal ALDENOR CORDEIRO FERREIRA e ANTONIA CÁSSIA DE OLIVEIRA MARTINS já estava divorciado desde 18/03/2008, conforme escritura pública passada em Notas do Cartório Melo Júnior;

b) Não havia bens a partilhar;

c) A divorciada contraiu núpcias com Francisco Danilo Teixeira.

Na esteira desse quadro fático-probatório, o Juízo de piso deferiu pedido de tutela provisória de evidência, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, por entender que

restou caracterizado o **abuso de direito de defesa e o manifesto propósito protelatório** dos agravantes, ao interpor recurso de apelação com fundamento sabidamente inverídico, no caso, a existência de um casamento já dissolvido há quase uma década.

Nessa perspectiva, somente há de se discutir no presente agravo se é acertada ou não a decisão interlocutória sob o fundamento do abuso de direito de defesa e o manifesto propósito protelatório praticado pelos agravantes. Outras questões periféricas como impossibilidade de discussão de propriedade, existência de uma tutela de urgência “transitada em julgado”, a existência de união estável (aliás sequer comprovada por escritura pública ou sentença judicial transitada em julgado), não estão no tablado das discussões e, portanto, não têm qualquer cabimento ou relevância ao desate deste recurso. Trata-se de questões totalmente fora do eixo de discussão, que devem ser perquiridas após a cognição exauriente perante o Juízo primevo.

Abstraindo-me de qualquer prolixidade, adoto a precisa lição de Maria Helena Diniz, sobre abuso de direito, que segundo ela constitui-se no uso de um “direito, poder ou coisa além do permitido ou extrapolando as limitações jurídicas, lesando alguém. *“Sob a aparência de um ato legal ou lícito, esconde-se a ilicitude no resultado,* “por atentado ao princípio da boa-fé e aos bons costumes ou por desvio de finalidade socioeconômica para a qual o direito foi estabelecido. No ato abusivo há violação da finalidade econômica ou social”. A autora prossegue: “O abuso é manifesto, ou seja, o direito é exercido de forma ostensivamente ofensiva à justiça. A ilicitude do ato praticado com abuso de direito possui [...] natureza objetiva, aferível independentemente de culpa e dolo” (DINIZ, Maria Helena. Código Civil anotado. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 209)

No vertente caso, os agravantes valeram-se de um recurso de apelação, legalmente previsto, mas sob falso argumento, conseguindo anular uma sentença e obstaculizar a efetividade da jurisdição, o que, aliás, além de configurar abuso do direito de defesa, caracteriza manifesto propósito protelatório, ferindo, inclusive, o princípio da boa-fé processual e prejudicando o princípio da duração razoável do processo.

À guisa da matéria vejamos elucidativo aresto da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

“Evidente a intenção do agravante em prolongar indefinidamente o exercício da jurisdição, mediante a interposição dos inúmeros recursos e petições desprovidos de qualquer razão e notoriamente incabíveis. II – Recurso manifestamente infundado: imposição ao pagamento de multa de 10% (dez por cento) do valor corrigido da condenação, nos termos do art. 557, § 2º, do CPC” (STF, 1a T., AI no 608.735 AgR-ED-AgR-ED-AgR, Rel. Min. Ricardo , ac. 05.05.2009, *DJe* .06.2009).

É, portanto, inequívoca a postura de abuso de direito de defesa e de manifesto propósito protelatório adotada pelos agravantes, de modo que a manutenção da decisão interlocutória hostilizada é medida que se impõe.

3. RESPONSABILIDADE DOS AGRAVANTES POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ

Ultrapassado o exame do mérito do recurso, perpasso à análise, de ofício, da conduta processual da parte agravante que, após sucumbir em sentença regularmente prolatada pelo Juízo de Piso, interpôs recurso de apelação sob o argumento de nulidade processual, pela não citação da sua esposa ANTÔNIA CÁSSIA DE OLIVEIRA MARTINS, argumento que até então apresentava tanta verossimilhança que este Colegiado conheceu e proveu o recurso e terminou por anular a sentença, tudo sob a relatoria desta magistrada que, igualmente ludibriada, prolatou voto que conduziu os ardilosos apelantes à vitória no recurso, que atendeu sua pretensão e declarou a nulidade daquela sentença.

Conforme já explicitado acima, após o regresso dos autos ao Juízo de origem, veio à tona que, na realidade, o casal estava legalmente divorciado desde 18/03/2008, inclusive a ex-esposa ANTONIA CÁSSIA DE OLIVEIRA MARTINS contraíra novas nupcias com FRANCISCO DANILO TEIXEIRA,

o que, mais uma vez, desmascara outra falsa declaração dos promovidos, no caso, a afirmativa de que se separaram por um desentendimento momentâneo, mas que continuaram a relação sob o formato de união estável. Nem é preciso relembrar que a existência de casamento afasta a possibilidade de configuração de união estável (art. 1.723, § 1º, do Código Civil).

O que se vê, incontestavelmente, é um rosário de mentiras, uma sequência de inverdades, um histórico de falsas versões. Um comportamento típico de pessoas que não se importam com as consequências de seus atos para obter aquilo que pretendem, ainda que seja ao preço vil da iniquidade e da perversão moral.

Lamentavelmente, nos dias de hoje, valores como ética e boa-fé, cujos primórdios encontram raízes na filosofia grega, em especial nas imortais lições de Aristóteles, Sócrates e Platão, estão perdidos nos porões da consciência humana. Trata-se, a propósito, de uma realidade não apenas do nosso universo jurídico, mas, infelizmente, das relações humanas como um todo.

A conduta dos agravantes, pois, revela uma alta e gravíssima dose de litigância de má-fé, na medida em que, valendo-se de um recurso de apelação, legalmente previsto, falseiam a verdade, declaram um estado civil não existente, ludibriam o Poder Judiciário e obtém uma decisão colegiada viciada, cuja relatoria coube a mim, induzindo a todos os membros desta Câmara em erro grotesco. Isso foi uma clara demonstração de desrespeito ao Judiciário, de afronta às nossas instituições e de desprezo ao Estado Democrático de Direito. Tal conduta não pode passar ao largo do esquecimento e à margem da impunidade, deve ser enérgica e exemplarmente rechaçada.

É cediço que no processo civil, enquanto as partes defendem interesses privados, o Estado procura um objetivo maior que é a pacificação social, mediante a justa composição do litígio e a prevalência do império da ordem jurídica.

Disso decorre a preocupação das leis processuais em assentar os procedimentos sob os princípios da boa-fé e da lealdade das partes e do juiz. Por isso mesmo, a lei não tolera a má-fé e arma o juiz de poderes para atuar de ofício contra a deslealdade processual e a má-fé no processo, repelindo

toda sorte de comportamentos processuais como recursos infundados e protelatórios, prova viciada e imoralidades de toda ordem.

Destarte, segundo Humberto Theodoro Júnior “*Para coibir a má-fé e velar pela lealdade processual, o juiz deve agir com poderes inquisitoriais, deixando de lado o caráter dispositivo do processo civil*”.(Humberto Theodoro Júnior, Curso de Direito Processual Civil, Volume I, 55ª edição, Editora Fosenre, pág.98)

A lastimável conduta processual dos promovidos se subsume com exatidão nos contornos dos casos que caracterizam litigância de má-fé, de acordo com a disciplina relativa à responsabilidade das partes por dano processual, insculpida nos arts. 79 e 80 do Repertório Processual Civil de 2015, senão vejamos:

Art. 79. Responde por perdas e danos aquele que litigar de má-fé como autor, réu ou interveniente.

Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que:

- I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;
- II - alterar a verdade dos fatos;
- III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;
- IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;
- V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;
- VI - provocar incidente manifestamente infundado;
- VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

É cediço que da má-fé do litigante resulta o dever legal de indenizar as perdas e danos causados à parte prejudicada (art. 16), No caso em tablado inexistente demonstração de dano material ou moral sofridos pela parte contrária, de modo que não se cogita de impor o pagamento de qualquer indenização nesse sentido.

Não obstante, além do ressarcimento dos prejuízos (quando ocorrem e estão comprovados), o litigante de má-fé sujeita-se a multa superior a 1% e inferior a 10% do valor corrigido da causa, que pode ser aplicada de ofício ou a requerimento da parte.

Vejamos, então, a previsão contida no art.81 do CPC/2015:

Art. 81. De ofício ou a requerimento, o juiz condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou.

É assente o entendimento jurisprudencial em casos análogos, senão vejamos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. AUSÊNCIA DE PEÇA OBRIGATÓRIA À FORMAÇÃO DO INSTRUMENTO. CÓPIA DA DECISÃO RECORRIDA. ART. 525, I, DO CPC.

É ônus do agravante a correta e precisa formação do instrumento de agravo. A norma do art. 525, I, do CPC impõe ao agravante que translate cópia da decisão agravada, sob pena de não conhecimento do recurso. Providência não atendida, pois juntada decisão de processo diverso. Litigância de má-fé. A postura adotada, juntada de decisão de processo diverso, é grave, pois altera a verdade dos fatos e configura conduta temerária, determinando a condenação do recorrente nas penas de litigância de má-fé, com pagamento de multa no valor de 1% do valor da causa. Da mesma forma, a conduta do procurador afronta o disposto no art. 14, II, do CPC, devendo ser oficiada a OAB para apuração de infração ao respectivo Código de Ética. NEGADO SEGUIMENTO, COM CONDENAÇÃO EM LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. (TJ-RS - AI: 70058426974 RS, Relator: Catarina Rita Krieger Martins, Data de Julgamento: 18/02/2014, Décima Sexta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 20/02/2014)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDÊNCIA PRIVADA. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. COMPLEMENTAÇÃO DO VALOR DA CONDENAÇÃO. DESNECESSIDADE. EQUÍVOCO CONSTATADO EM RECURSO ANTERIOR. Da norma processual aplicável ao feito

1. No caso em exame a decisão recorrida foi publicada em período compreendido até 17/03/2016. Assim, segundo os enunciados do Superior Tribunal de Justiça sobre a aplicação do novel Código de Processo Civil, há a incidência da legislação anterior, de acordo com o posicionamento jurídico uniforme daquela Corte, que tem a competência para regular a forma de aplicação da lei federal. 2. A interpretação precitada coaduna com os princípios conformadores da atual legislação processual civil, que dizem respeito a não ocasionar prejuízo à parte ou gerar surpresa a esta com a modificação do procedimento em relação aos atos já efetivados, consoante estabelece o art. 9º, *caput*, e art. 10, ambos do novel Código Processo Civil. Mérito do recurso em análise 3. Preambularmente, releva ponderar que o julgamento deste feito deve ocorrer em consonância com o acórdão proferido por esta Corte, que decidiu o agravo de instrumento n.º 70068764539 relativo ao processo em questão. 4. De acordo com o que se verifica no julgamento do precitado agravo de instrumento foi constatado equívoco no cálculo procedido pela Contadoria Forense relativo à condenação, pois haveria sido computado a maior o valor relativo aos honorários advocatícios, os quais deveriam ser deduzidos da quantia... total, sob pena de enriquecimento ilícito da parte agravante. 5. O que pretende a parte agravante neste recurso é que a ré efetue o depósito dessa quantia reconhecida como indevida, alegando que o pagamento da condenação não teria atendido ao valor apontado pela Contadoria Forense, sem, contudo, atentar ao vício constatado no agravo de instrumento supracitado do qual a parte teve pleno conhecimento. 6. Desse modo, restou evidente que a parte deduziu pretensão contra fato incontroverso, alterando a verdade dos fatos na tentativa de obter vantagem indevida, procedendo de forma temerária ao provocar procedimento infundado, o que coaduna com os incisos que dispõe a esse respeito tanto no anterior como na atual legislação civil. 7. Portanto, no presente feito restou configurada a litigância de má-fé, na medida em que verificadas as hipóteses estabelecidas nos artigos 17 e 18 do anterior Código de Processo Civil, cuja correspondência ocorre com os dispositivos 80 e 81 da novel legislação processual. Negado provimento ao agravo de instrumento, à unanimidade, vencido o Desembargador

Léo Romi Pilau Júnior quanto à condenação por litigância de má-fé. (TJ-RS - AI: 70068053297 RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Data de Julgamento: 31/08/2016, Quinta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 05/09/2016)

No que tange à quantificação da multa por litigância de má-fé é preciso sopesar a gravidade da conduta, o grau de prejuízo que ocasionou ao aparelho judiciário e o quanto a reprovabilidade do comportamento avançou no *iter processual*.

Nesse panorama, tem-se que os agravantes falsearam a verdade, alegando a existência de um casamento civil dissolvido há muito tempo e, mesmo após a descoberta da verdade, tentam novamente ludibriar o Judiciário sob a alegação da existência de uma união estável, juridicamente impossível, porquanto já houvera a ex-esposa do agravante contraído novas núpcias. Registre-se, ainda, a apelação manejada conseguiu, na seara recursal, ludibriar este Colegiado, e obter um provimento de nulidade da sentença, totalmente lastreado em falsa declaração processual.

Assim, considerando esse conjunto de circunstâncias, considerando, ainda, que a improbidade processual resultou no provimento do recurso, com investimento desnecessário de tempo, verba pública e energia, considerando também que a conduta dos agravantes vulnerou os princípios da cooperação e da duração razoável do processo, aplico multa processual aos agravantes, por prática de litigância de má-fé, no seu grau máximo, ou seja, em 10% (dez por cento) incidente sobre o valor corrigido da causa.

4. RESPONSABILIDADE DOS AGRAVANTES POR ATO ATENTATÓRIO À DIGNIDADE DA JUSTIÇA

Os atos praticados pelos sujeitos do processo que se mostram incompatíveis com a dignidade da justiça, encontram-se dispersos por todo o repositório processual.

No vertente caso, os agravantes infringiram a disposição contida na segunda parte, do inc. IV, do art. 77 do CPC/2015, que consiste em não criar embaraços à efetivação das decisões jurisdicionais, seja de natureza provisória, seja de natureza final.

Essa prática nefasta e atentatória à dignidade da justiça está plenamente consubstanciada pelo manejo ardiloso de recurso de apelação, desprovido de qualquer fundamento real (casamento), prejudicando a efetividade do provimento jurisdicional final.

Vejamos, aliás, o que preconiza o § 2º, do art. 77 do CPC/2015, que trata do disciplinamento do ato atentatório à dignidade da justiça, *in verbis*:

§ 2º A violação ao disposto nos incisos IV e VI constitui ato atentatório à dignidade da justiça, devendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa de até 20% (vinte por cento) do valor da causa, de acordo com a gravidade da conduta.

Longe de qualquer retórica repetitiva, despidendo se torna reproduzir as razões de decidir para condenar os agravantes na multa por ato atentatório à dignidade de justiça, porquanto, isso seria revigorar todos os fundamentos que lastreiam a configuração da litigância de má-fé, enfrentados no tópico anterior, uma vez que, tem o mesmo nascedouro – a conduta desleal dos agravantes -, alterando apenas o alvo da agressão processual, no caso, a dignidade da justiça.

Destarte, dentro do balizamento contido no § 2º do art. 77 do CPC/2015, aplico multa no patamar de 20% (vinte por cento) calculado sobre o valor corrigido da causa.

5. RESPONSABILIDADE DO ADVOGADO POR DESLEALDADE PROCESSUAL

De outro lado, impõe-se uma breve análise sobre a responsabilidade do advogado dos agravantes, que não pode nem deve passar incólume. A lealdade, a boa-fé e a veracidade são comportamentos

éticos que devem nortear a conduta do advogado. É que a postura adotada por profissionais da advocacia, irrepreensível ou censurável, reflete diretamente em sua classe. Daí o interesse e a preocupação do legislador em adotar mecanismos jurídicos que garantam a preservação da laboriosa classe dos advogados, exigindo do profissional um comportamento digno da relevância da sua atividade.

Ao que parece, lamentavelmente, o nobre advogado representante dos agravantes, afastou-se desse balizamento ético e enveredou sua postura pelo tortuoso caminho da improbidade processual.

O Código de Processo Civil de 2015 é enfático em repreender práticas desse jaez, trazendo regra expressa no capítulo que trata “DOS DEVERES DAS PARTES E DE SEUS PROCURADORES”, cuja redação abstratamente prevista na norma se enquadra com perfeição ao caso sob exame, precisamente nos arts. 77, incs. I, II e IV, que assim preconizam:

Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo:

I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II - não formular pretensão ou de apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento;

III - *omissis*

IV - cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação;

V - *omissis*

VI - *omissis*

Ressalte-se, no entanto, que a mais consentânea doutrina defende não ser possível a responsabilização do advogado do litigante malicioso dentro do mesmo processo. Entretanto, o direito não deixa esse mal sem terapêutica, pois prescreve que o profissional causídico se submete às sanções correspondentes aplicadas pela Ordem dos Advogados do Brasil, de acordo com o art. 32 da Lei 8.906/94 (Estatuto da Advocacia).

Vale aclarar: O sistema processual não responsabiliza, diretamente, o advogado por litigância de má-fé. Tão somente, impõe a ele o dever de lealdade previsto no art. 77 do CPC, lançando sobre a parte as implicações que, porventura, sejam advindas de seu comportamento desleal, ao passo que o Estatuto da OAB, no supracitado art.32 e respectivo parágrafo único, preconizam que: “*O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa. Parágrafo único: Em caso de lide temerária, o advogado será solidariamente responsável com seu cliente, desde que coligado com este para lesar a parte contrária, o que será apurado em ação própria*”.

O advogado, portanto, sofrerá responsabilização pelo dano processual, mas não nas penas de litigância de má-fé, porquanto há norma específica tratando do caso, que se subsume à infração administrativa de deslealdade processual, cuja tipicidade cabe ao respectivo órgão censor da OAB.

Trata-se de normatização que se consorcia com perfeição ao texto do § 6º do supracitado art. 77 do CPC, *in verbis*:

§ 6º Aos advogados públicos ou privados e aos membros da Defensoria Pública e do Ministério Público não se aplica o disposto nos §§ 2º a 5º, devendo eventual responsabilidade disciplinar ser apurada pelo respectivo órgão de classe ou corregedoria, ao qual o juiz oficiará.

Depreende-se, assim, que as punições previstas no EOAB têm caráter disciplinar, a fim de que condutas desleais e ímprobas sejam coibidas. Destarte, ao Tribunal de Ética e Disciplina do Conselho Seccional da OAB é que compete julgar os processos disciplinares, com o poder de suspender o causídico, de maneira preventiva, quando praticar ele, ato prejudicial à dignidade da justiça. Põe-se em notável evidência, portanto, a responsabilidade administrativa do causídico por comportar-se de maneira antiética e desleal.

Percebo, por fim, indícios de conduta com potencial de configurar crime, impondo-se assim a devida comunicação ao douto Procurador-Geral de Justiça, a fim de que determine, se assim entender, a devida apuração e consequente instauração da competente ação penal.

6. DISPOSITIVO

Diante do exposto, conheço do recurso de agravo de instrumento para negar-lhe provimento, mantendo inalterada a decisão vergastada.

Condeno os agravantes, por litigância de má-fé, ao pagamento de multa que fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, o que faço com base no art. 81 do CPC/2015.

Condeno-os, ainda, por prática de ato atentatório à dignidade de justiça, ao pagamento de multa no patamar de 20% (vinte por cento), calculado sobre o valor corrigido da causa, o que faço com alicerce no § 2º do art. 77 do CPC/2015.

Oficie-se ao Procurador-geral de Justiça do Estado do Ceará, encaminhando-lhe cópia da presente decisão, além de cópia digital dos presentes fólios, a fim de que, conforme seu juízo de valor sobre a prática de conduta criminoso, adote as providências institucionais necessárias à apuração e instauração da competente ação penal.

Oficie-se ao Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil - Seção Ceará, enviando-lhe cópia da presente decisão, bem como de todo o processo, a fim de que, se assim entender, adotar as medidas administrativas e disciplinares cabíveis.

É como voto.

Fortaleza/CE, 27 de junho de 2018.

PROCESSO: 0627658-15.2017.8.06.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO

AGRAVANTE: INSTITUTO ATLÂNTICO

AGRAVADO: BANCO SAFRA S/A

RELATOR: DES. TEODORO SILVA SANTOS

EMENTA: PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. EFEITO SUSPENSIVO. ART. 919, §1º DO CPC. EXISTÊNCIA DE SENTENÇA COM TRÂNSITO EM JULGADO RECONHECENDO A INEXISTÊNCIA DA DÍVIDA. PREJUDICIALIDADE DA EXECUÇÃO. DISPENSA DA PRESTAÇÃO DE CAUÇÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E PROVIDO.

1. Trata-se de Agravo de Instrumento interposto em face de decisão interlocutória que recebeu embargos à execução sem efeito suspensivo. O agravante requer a concessão do efeito suspensivo independente da literalidade do art. 919, §1º do CPC.

2. Em ação de obrigação de fazer foi proferida sentença com trânsito em julgado declarando ser indevida a inscrição do nome do ora agravante em órgãos de proteção ao crédito com fundamento na dívida em questão, em razão da inexistência do débito.

3. A jurisprudência pátria entende que os embargos à execução restam prejudicados por perda de objeto e falta de interesse com o trânsito em julgado de sentença que soluciona controvérsia sobre a dívida objeto da execução. Por consequência deste entendimento e por imposição do art. 485, V e VI do Código de Processo Civil, entende-se

também que a sentença com trânsito em julgado que reconhece a inexistência de dívida acarreta a prejudicialidade da execução.

4. Dessa forma, apesar da exigência do art. 919, §1º do CPC de garantia da dívida, verifica-se que o reconhecimento da inexistência da dívida por sentença com trânsito em julgado acarreta a prejudicialidade da ação de execução. Não há, portanto, que se falar em exigência de prestação de caução para a concessão de efeito suspensivo aos embargos à execução neste caso.

5. Agravo de instrumento conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em CONHECER e DAR PROVIMENTO ao recurso nos termos do voto do relator.

Fortaleza, 28 de março de 2018.

RELATÓRIO

Adota-se o relatório elaborado na oportunidade da decisão interlocutória (fls.233/237) que apreciou o pedido de antecipação de tutela, aditando-o em seguida:

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto por INSTITUTO ATLÂNTICO, recurso devidamente preparado (fls. 10/11), em face de decisão interlocutória (fl. 101, processo nº 0158970-63.2017.8.06.0001), a qual foi disponibilizada no DJe no dia 28/08/2017 (fl. 103, processo nº 0158970-63.2017.8.06.0001), proferida pelo Juízo da 23ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza que, nos autos de Embargos à Execução, proposta em face

de BANCO SAFRA S/A, não concedeu efeito suspensivo aos embargos à execução, nos seguintes termos:

Autue-se em apartado aos autos principais (Processo nº 0135709-69.2017.8.06.0001/0).

Por sua tempestividade, recebo os presentes embargos sem efeito suspensivo, o que faço por observar que o processo executório não se encontra garantido por penhora idôneo, bem como por não me parecer que o prosseguimento da execução se afigure manifestamente suscetível de causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação.

Na minuta recursal, o agravante alega: a) por meio de cédula bancária nº 003190775, datada de 18/02/2013, o agravado concedeu empréstimo ao agravante no valor de R\$ 640.000,00; b) o agravado alega que o pagamento do valor seria feito em 25 parcelas, sendo as primeiras 24 no valor de R\$ 28.274,73, e a 25ª de R\$ 1.255.754,41, com vencimento final para 27/03/2015. Assim, o agravado requer o pagamento do valor atualizado de R\$1.855.976,85, correspondente à última parcela; c) em sede de embargos à execução, o agravante demonstra a existência de ação originária em que se discute a existência da dívida; d) nos autos do processo nº 0158599-70.2015.8.06.000, o agravante aduziu que a 25ª parcela é indevida, uma vez que o contrato firmado entre as partes prevê a dispensa do último pagamento quando todos os demais tivessem sido quitados no prazo devido, como restou comprovado, assim, o juízo concedeu a tutela de evidência; e) a comprovação dos requisitos para a concessão de efeito suspensivo ora pleiteado não seria sequer necessária, uma vez que demonstrado o requisito do *fumus boni iuris*; f) o *periculum in mora* está caracterizado pelos prejuízos às finanças do agravante no caso de ser compelido a realizar o pagamento de tal valor; g) não cabe a aplicação literal do art. 919, § 1º do CPC em razão da manifesta má-fé do agravado, que ajuizou ação de execução apenas para evitar os efeitos da decisão proferida no processo nº 0158599-70.2015.8.06.0001.

Assim, requer preliminarmente a antecipação de tutela para que seja concedido efeito suspensivo aos embargos à execução. Ao fim, pede manutenção da tutela.

A parte agravada não foi ainda intimada.

Eis o relatório.

A referida decisão interlocutória negou o pedido de antecipação de tutela.

Em contrarrazões (fls.241/251), a parte agravada requer a manutenção da decisão recorrida.

Destaque-se que a decisão recorrida foi disponibilizada no Diário de Justiça eletrônico em em 28/08/2017 (fl.103, processo nº 0158970-63.2017.8.06.0001), e o recurso de Agravo de Instrumento fora interposto em 20/09/2017 (fl.01). Preparo recursal recolhido (fls. 10/11).

É o relatório.

Do Juízo de Admissibilidade:

Da tempestividade (art. 1.003, §5º do CPC/2015): a decisão recorrida foi disponibilizada no DJe no dia 28/08/2017 (fl. 103, processo nº 0158970-63.2017.8.06.0001). O recurso foi interposto em 20/09/2017 (fl. 01), sendo, portanto, tempestivo.

Da regularidade formal do agravo de instrumento (arts. 1.015 e 1.016 do CPC/2015): presentes os requisitos legais. Recurso devidamente preparado (fls. 10/11).

Conhecido, portanto, o recurso de agravo de instrumento, pois presentes os requisitos de admissibilidade.

Do Mérito:

O Juízo *a quo* não conferiu efeito suspensivo ao embargo à execução em razão da falta de garantia e da ausência de dano grave de difícil ou incerta reparação.

O agravante argumenta que o art. 919, § 1º do CPC não deve ser aplicado de forma literal em razão da manifesta má-fé do agravado, que ajuizou ação de execução apenas para evitar os efeitos da decisão proferida no processo nº 0158599-70.2015.8.06.0001.

Da análise dos autos do processo nº 0158599-70.2015.8.06.0001, que trata de ação de obrigação de fazer, verifica-se que foi proferida sentença (fls.222/224) com trânsito em julgado declarando ser indevida a inscrição do nome do ora agravante em órgãos de proteção ao crédito com fundamento na dívida em questão, em razão da inexistência do débito, veja-se:

No mérito, conforme se viu nos autos, **é incontroverso o fato da emissão da CDB, a forma de pagamento parcelado em 25 (vinte e cinco) parcelas, e a dispensa da última parcela, em caso de adimplemento tempestivo das 24 (vinte e quatro) parcelas anteriores, consoante disposição contida na cláusula 3ª, paragrafo oitavo da referida cédula de crédito bancário:**

PARÁGRAFO OITAVO: O SAFRA, por mera liberalidade e no intuito de propiciar à EMITENTE o cumprimento de suas obrigações de pagamento, dispensará a EMITENTE do pagamento da última parcela descrita no Campo 11.1 do Quadro II, exclusivamente na hipótese de ocorrer o pagamento pontual de todas as parcelas anteriores, sendo certo que, o SAFRA concederá à EMITENTE, prazo de até 10 (dez) dias após o vencimento para que seja efetivado o pagamento da parcela do mês, sem que o EMITENTE perca o bônus de adimplência. Embora tenha o credor o direito de proceder a inscrição do devedor no cadastro de inadimplentes, é seu dever proceder a retirada da negativação após quitação da dívida. Entretanto, in casu, a inscrição de fls.63 e seu encaminhamento ao BACEN, é medida injusta e abusiva, para não dizer nociva ao promovente, na posição de consumidor (art.2º do CDC), tendo em vista a quitação plena do contrato, não oportunizando sequer uma notificação de cobrança, muito menos a inscrição no rol de inadimplentes.

[...]

Ante o exposto hei por bem JULGAR PROCEDENTE a presente ação, confirmando os efeitos das tutelas deferidas às fls.125/127 e fls.193/194 dos autos, para no mérito declarar INDEVIDA a inscrição nos órgãos de proteção ao crédito lançadas pelo Banco Safra S/A em desfavor do Instituto Atlântico, derivadas da CDB reproduzida as fls.65/70 dos autos.

[...] (grifou-se)

Assim, verifica-se que a dívida em questão já foi objeto de sentença transitada em julgado que reconheceu sua inexistência. A jurisprudência pátria entende que os embargos à execução restam prejudicados por perda de objeto e falta de interesse com o trânsito em julgado de sentença que soluciona controvérsia sobre a dívida objeto da execução. Por consequência deste entendimento e por imposição do art. 485, V e VI do Código de Processo Civil, entende-se também que a sentença com trânsito em julgado que reconhece a inexistência de dívida acarreta a prejudicialidade da execução. Sobre o assunto, posiciona-se a jurisprudência pátria:

Embargos à execução de título executivo extrajudicial. Sentença de improcedência em primeiro grau, com a imposição aos embargantes dos ônus da sucumbência.

1. Nulidade da execução não caracterizada. Execução hipotecária que está submetida ao rito previsto na Lei 5.741/41. Embargantes que nem mesmo alegam que não foram preenchidos os requisitos previstos nos incisos I a IV do art. 2º do mencionado diploma legal.

2. Existência de coisa julgada, diante do trânsito em julgado de sentença proferida em demanda revisional. Extinção do feito no tocante às matérias já decididas em tal demanda (art. 485, V, do C.P.C.), prejudicada a apreciação do inconformismo nessa parte.

3. Questão relativa ao reajuste da taxa de seguro prevista no contrato. Pretensão dos embargantes no sentido de reajustar os prêmios do seguro com base no mesmo índice utilizado para a correção das prestações do financiamento. Hipótese, contudo, em que o contrato já prevê que referidos prêmios serão atualizados nas mesmas épocas e condições previstas na avença. Falta de interesse de agir dos embargantes nesse ponto configurada.

4. Concessão da gratuidade processual aos apelantes que é de rigor, já que eles subscreveram declaração de pobreza e não há nos autos nenhum elemento que demonstre que eles não fazem jus ao benefício. Presunção de miserabilidade que emana das referidas declarações (art. 99, §3º do C.P.C.). **Extinção da demanda, com fundamento no art. 485, V e**

VI, do C.P.C., prejudicada a apreciação do inconformismo nessa parte. Recurso provido em parte, na parte cognoscível, apenas para conceder aos apelantes a gratuidade processual. (TJSP; Apelação 0005966-97.2015.8.26.0654; Relator (a): Campos Mello; Órgão Julgador: 22ª Câmara de Direito Privado; Foro de Vargem Grande Paulista - Vara Única; Data do Julgamento: 03/08/2017; Data de Registro: 17/08/2017)

APELAÇÃO - EXECUÇÃO CONTRA DEVEDORES SOLVENTES - **ANTERIOR REVISIONAL JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE - EMBARGOS OPOSTOS - SOBRESTAMENTO ATÉ TRÂNSITO EM JULGADO DA REVISIONAL** - SENTENÇA DE EXTINÇÃO COM BASE NA COISA JULGADA - RECURSO DOS EMBARGANTES - MATÉRIA ESTRANHA AO PANORAMA DA CAUSA - **MÉRITO DE VALORES PREJUDICADO EM RAZÃO DO DECIDIDO NA REVISIONAL** - RECURSO NÃO CONHECIDO. (TJSP; Apelação 0043162-83.2011.8.26.0576; Relator (a): Carlos Abrão; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Privado; Foro de São José do Rio Preto - 7ª Vara Cível; Data do Julgamento: 09/08/2017; Data de Registro: 10/08/2017)

CONTRATOS BANCÁRIOS – EMBARGOS À EXECUÇÃO – CONTRATO DE EMPRÉSTIMO PESSOAL - SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA – **MATÉRIA DOS EMBARGOS JÁ VERSADA, CONHECIDA E JULGADA EM AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO COM TRÂNSITO EM JULGADO – COISA JULGADA MATERIAL - PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO DOS EMBARGOS** – APELO PREJUDICADO – RECURSO NÃO CONHECIDO. (TJSP; Apelação 0004024-14.2008.8.26.0189; Relator (a): José Wagner de Oliveira Melatto Peixoto; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Privado; Foro de Fernandópolis - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 02/02/2016; Data de Registro: 02/02/2016)

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. SENTENÇA QUE EXTINGUIU O PROCESSO SEM

RESOLUÇÃO DE MÉRITO. **EMBARGOS COM O MESMO OBJETO DE AÇÃO REVISIONAL, EM QUE JÁ HOUVE A PROLAÇÃO DE SENTENÇA COM TRÂNSITO EM JULGADO. PERDA SUPERVENIENTE DO INTERESSE DE AGIR.** SENTENÇA MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO. (TJPR; Acórdão nº 1662711-7; Relator: Fernando Antônio Prazeres; Órgão Julgador: 14ª Câmara Cível; Julgamento em 03/05/2017; Publicado em 09/05/2017)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO MONITÓRIA. SENTENÇA DE EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO (ART. 267, V, DO CPC/1973). INCONFORMISMO DO BANCO AUTOR. **AÇÃO REVISIONAL PROMOVIDA PELO DEVEDOR JÁ TRANSITADA EM JULGADO QUE CONTEMPLA OS MESMOS TÍTULOS DISCUTIDOS NA MONITÓRIA.** AUTOS, ADEMAIS, EM FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. BANCO EXEQUENTE QUE, INTIMADO NESTA ESFERA RECURSAL PARA DEMONSTRAR A CONVENIÊNCIA DO APELO, QUEDOU-SE INERTE. **ESGOTAMENTO DO OBJETO. PERDA SUPERVENIENTE DO INTERESSE RECURSAL.** RECURSO NÃO CONHECIDO.

“Recurso prejudicado é aquele que perdeu o seu objeto. Ocorrendo a perda do objeto, há falta superveniente de interesse recursal, impondo-se o não conhecimento do recurso. Assim, ao relator cabe julgar inadmissível o recurso por falta de interesse, ou seja, julgá-lo prejudicado” (Agravado de Instrumento n. 2008.060262-6, rel. Des. Eduardo Mattos Gallo Júnior, j. 22-2-2012) (Agravado de Instrumento n. 2015.010768-5, de Criciúma, Segunda Câmara de Direito Comercial, rel. Des. Dinart Francisco Machado, j. 7-6-2016). (TJSC, Apelação Cível n. 0000016-21.2005.8.24.0038, de Joinville, rel. Des. Newton Varella Júnior, Segunda Câmara de Direito Comercial, j. 13-03-2018).

Dessa forma, apesar da exigência do art. 919, §1º do CPC de garantia da dívida, verifica-se que o reconhecimento da inexistência da dívida por sentença com trânsito em julgado acarreta a prejudicialidade da ação de execução. Não há, portanto, que se falar em exigência de prestação de caução para a concessão de efeito suspensivo aos embargos à execução neste caso.

Por todo o exposto, encaminha-se o voto no sentido de **CONHECER e DAR PROVIMENTO** ao presente Agravo de Instrumento a fim de modificar a decisão recorrida para conferir efeito suspensivo aos embargos à execução.

É como voto.

Fortaleza, 28 de março de 2018.

PROCESSO: 0627987-27.2017.8.06.0000 – AGRAVO DE INSTRUMENTO
AGRAVANTES: ELAINE CRISTINA CARVALHO DE VASCONCELOS,
RAIMUNDA CLEBIANA CARVALHO CAMILO E SILVÂNIA ROCHA
FREITAS

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ

RELATOR: DESEMBARGADORA MARIA NAILDE PINHEIRO NOGUEIRA

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DECRETAÇÃO DE ESTADO DE EMERGÊNCIA MUNICIPAL. FISCALIZAÇÃO E INSPEÇÃO PELO TCM. RELATÓRIO APONTANDO INDÍCIOS DE IRREGULARIDADES. ALEGATIVA DE MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. AFASTAMENTO DAS SERVIDORAS INTEGRANTES DA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO DO MUNICÍPIO DE BELA CRUZ. 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 Elaine Cristina Carvalho de Vasconcelos, Raimunda Clebiana Carvalho Camilo, Silvânia Rocha Freitas, todas 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 das Agravantes, pelo prazo de 10 (dez) meses, bem como restou decretada a indisponibilidade dos bens das recorrentes.

2. A presente demanda possui comunhão de pedidos e de causa de pedir ao Agravo de Instrumento de nº. 0627480-66.2017.8.06.0000, nos moldes do art. 55, do CPC.

3. 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 constantes 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.

4. No que pertine ao afastamento das Recorrentes, Elaine Cristina Carvalho de Vasconcelos, Raimunda

Clebiana Carvalho Camilo, Silvânia Rocha Freitas, integrantes da Comissão Permanente de Licitação 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.

5. 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”.

6. 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 recurso, nos moldes do voto da eminente Relatora.

Fortaleza, 11 de julho de 2018.

RELATÓRIO

Cogita-se de Agravo de Instrumento interposto por Elaine Cristina Carvalho de Vasconcelos, Raimunda Clebiana Carvalho Camilo, Silvânia Rocha Freitas, todas 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 das Agravantes, pelo prazo de 10 (dez) meses, bem como restou decretada a indisponibilidade dos bens das recorrentes.

Em sua minuta, fls. 01/36, as Agravantes narram que o Prefeito Municipal de Bela Cruz, parte também promovida no processo originário, exarou decreto de emergência o qual não refletiria a real situação do Município, tendo, por fim, ensejar dispensas de licitações em que teriam sido beneficiados outros promovidos na ação de origem.

Alegam que as imputações realizadas pelo *Parquet* encontram-se formuladas de forma precipitada, invertendo-se o princípio da presunção de inocência e boa fé, tornando as recorrentes presumidamente culpadas por atos que sequer foram examinados pelo Poder Judiciário.

Sustentam que o Juízo *a quo* já adiantou seu julgamento de mérito, determinando medida de busca e apreensão e logo após o afastamento das Agravantes, em decisão extemporânea, excessiva e desproporcional.

Afirmam 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.

O Município manifestou-se informando que foram disponibilizados ao TCM todos os documentos solicitados, inclusive os que tratavam dos procedimentos referentes a DL 04/2017 e 002/17, os quais não foram solicitados pelo TCM e não foram remetidos à PROCAP em virtude de não terem sido realizados em data posterior, mas durante a inspeção.

Apontam que os técnicos do TCM consideraram que a dispensa DL 001/2017 encontra-se contemplada nos termos do Decreto nº. 01/2017, que trata da situação de emergência no Município de Bela Cruz, comprovando que o referido instrumento atendeu a real situação vivenciada pelo Município.

Expõem a necessidade de execução das ações administrativas, a exemplo da alocação de veículos e coleta de lixo, o que poderiam trazer maiores prejuízos ao Município. Destacam que a situação deveria ser tratada como emergencial, sob pena de cercear os direitos constitucionais dos munícipes, sendo estabelecido que as contratações efetivadas tinham por objetivo a supremacia do interesse público.

Ponderam sobre a dispensa de licitação das empresas Valentim – Locação e Serviços Ltda – EPP, Montepar Construções e Serviços e CTS Construção e a inspeção realizada ao Hospital Municipal. Asseveram que a dispensa de Licitação de nº 007/2017 – FME teve por fundamento a recomendação ministerial decorrente do Processo de Investigação de Contas – PIC nº 03/2017, não subsistindo razoabilidade no argumento quanto a omissão de informações disponibilizadas no Portal do TCM/CE.

Repelem a suspensão dos efeitos do contrato decorrente da Concorrência Pública CP 001/2017. Declaram que o Município passava por situação de emergência em face da carência de diversos serviços, havendo por parte da Administração Municipal contratação de cunho emergencial para evitar-se acúmulo de lixo.

Insurgem-se ao afastamento decretado pelo Juízo de plano, subsistindo por parte do Magistrado entendimento equivocado quanto a alegada sonegação de informações, sendo medida desproporcional, prejudicando-se as partes ante a carência de demonstração da concreta necessidade da decisão, considerando a efetivação anterior de busca e apreensão de documentos e provas.

Dispõem sobre a ausência de responsabilidade dos membros da comissão permanente de licitação em contratações diretas realizadas pelo Município, não possuindo gerência em relação a edição do Decreto de emergência ou sobre a contratação de empresas.

Ao término, requerem o conhecimento do presente recurso visando a suspensão da decisão agravada, em especial ao afastamento das mesmas do exercício de seus cargos e funções públicas, e no mérito a reforma da mesma de modo a determinar a cassar a decisão interlocutória.

Documentos às fls. 37/833.

Considerando-se a interposição do Agravo de Instrumento de nº 0627480-66.2017.8.06.0000, em que se observa a comunhão de pedidos e de causa de pedir com a presente demanda (art. 55, do CPC), apresentou-se reserva a apreciar da postulação de urgência após a formação do contraditório.

Em contrarrazões ao Agravo, o Ministério Público argumenta, preliminarmente, que o presente recurso não merece prosperar diante da absoluta improcedência das razões recursais, uma vez que as recorrentes intentam a discussão do mérito concernente a ação principal, via inadequada para exame em sede de Agravo de Instrumento.

No mérito, aduz que as partes agravantes sustentam em seu arrazoado recursal a ausência de irregularidades nos processos de contratação; ausência de requisitos autorizadores para concessão da medida liminar e descabimento do afastamento das agentes públicas do exercício de suas funções.

Destaca que na exordial foram constatadas inúmeras irregularidades, com graves indicativos de montagem de documentos e superfaturamento, no processo de Dispensa de Licitação nº. 001/2017-SIE. Afirma que a referida dispensa não foi elaborada para a efetiva prestação do serviço emergencial, uma vez que o Município possui quadro efetivo de garis para a realização da limpeza. Aponta que a referida contratação tinha por escopo “direcionar” recursos públicos para empresas que atuam no Município, forjando aparente concorrência em processos licitatórios.

De igual modo, contesta a Concorrência nº. 001/2017 – SIE, para contratação de serviços de limpeza, ante as irregularidades visando direcionamento para empresa específica, sendo demonstrado que a Comissão de Licitação teve efetiva participação pelas fraudes apuradas, como também sonegou informações requisitadas pelo Ministério Público, justificando-se o afastamento das Agravantes.

Corroborar a imperiosa necessidade de manutenção da decisão objurgada, ante as razões suficientes para afastamento das Recorrentes e o bloqueio de seus bens, de modo a resguardar a efetividade do provimento final, não havendo que se falar em ilegalidade dos valores estipulados, devidamente demonstrados pelo *Parquet*.

Ao término, postula pelo desprovimento do recurso, diante da absoluta improcedência das razões apresentadas, mantendo-se intacta a decisão agravada.

É o relatório.

VOTO

Nos moldes firmados no teor do relatório apresentado, a interposição do Agravo de Instrumento de nº. 0627480-66.2017.8.06.0000, observa a comunhão de pedidos e de causa de pedir com a presente demanda (art. 55, do CPC).

Nesta senda, deve-se observar que o recebimento da Ação de Improbidade deve embasar-se em juízo de delibação, ou seja, deve ofertar substrato probatório/indiciário mínimo, apto a apresentar indícios de autoria e materialidade, não havendo necessidade de maiores elementos probatórios nessa fase inicial.

Conforme restou firmado na decisão prolatada no julgamento do o Agravo de Instrumento de nº. 0627480-66.2017.8.06.0000, 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 nº 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 1º 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 Princípios da Supremacia e indisponibilidade do interesse público e princípio da continuidade dos serviços públicos;

Considerando a previsão contida no art. 24, IV, da Lei nº 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 transmutar-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. 3º 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 foi 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 nº 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 urna 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 das Recorrentes, Elaine Cristina Carvalho de Vasconcelos, Raimunda Clebiana Carvalho Camilo, Silvânia Rocha Freitas, integrantes da Comissão Permanente de Licitação 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 das agentes públicas quando estas, no exercício de suas funções, puserem 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 FÉLIX 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).

Ressalte que a medida de afastamento revestiu-se de caráter precário e não exauriente, sendo fixado prazo limite – 10 meses – para que as Agravantes permaneçam afastadas 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 (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 COLEND A 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 trâfegos, 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 das servidoras, Elaine Cristina Carvalho de Vasconcelos, Raimunda Clebiana Carvalho Camilo, Silvânia Rocha Freitas, pelo prazo de 10 meses indicado na decisão, bem como mantêm-se a indisponibilidade de bens das Agravantes, 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 julho de 2018.

AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE

PROCESSO: 0627119-15.2018.8.06.0000 – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

REQUERENTE: PARTIDO REPUBLICANO DA ORDEM SOCIAL – PROS/CE

REQUERIDO: CÂMARA MUNICIPAL DE FORTALEZA

RELATOR: DESEMBARGADOR FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA

EMENTA: CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR. ART. 46, § 1º, INCISO II, DA LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE FORTALEZA, QUE DISPÕE SOBRE A INICIATIVA PRIVATIVA DO PREFEITO PARA PROPOR PROJETO DE LEI SOBRE MATÉRIA TRIBUTÁRIA. INCOMPATIBILIDADE COM O ART. 60, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO CEARÁ, QUE REPRODUZ O ART. 61, § 1º, DA CF/1988. INCIDÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA SIMETRIA E DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. MATÉRIA TRIBUTÁRIA. INICIATIVA CONCORRENTE. PRECEDENTES DO STF E DO TJCE. PRESENÇA DO *FUMUS BONI IURIS* E DO *PERICULUM IN MORA*. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA.

1. A presente ação foi proposta com o intuito de obter a declaração de inconstitucionalidade da expressão “matéria tributária”, contida no inciso II do § 1º do art. 46 da Lei Orgânica do Município de Fortaleza – LOM, que dispõe sobre a iniciativa privativa do Prefeito para propor projeto de lei sobre tal questão, requerendo-se, ainda, a concessão de medida cautelar para suspensão da locução “matéria tributária”.

2. Está caracterizado o *fumus boni iuris*, pois a norma impugnada afronta o disposto no art. 60, § 2º, da CE, que ao tratar da iniciativa do Governador do Estado do Ceará não incluiu no rol taxativo a prerrogativa de, com exclusividade, legislar sobre matéria tributária, haja vista reproduzir a norma constitucional federal referente ao Presidente da República (art. 61, § 1º, da CF/1988), com base no princípio da simetria.

3. Com efeito, o STF pacificou o entendimento de que o constituinte federal não reservou privativamente ao Presidente da República a iniciativa legislativa sobre matéria tributária, salvo no que se refere aos Territórios. Desse modo, considerando que, nos termos dos arts. 61, § 1º, inciso II, alínea *b*, e 165, da Carta Magna, a referida incumbência é exercida concorrentemente com os membros do Legislativo, não podem as constituições estaduais, tampouco as leis orgânicas, cuidar do tema de maneira diferente, dada a exigência de simetria com o modelo federal do processo legislativo.

4. O *periculum in mora* reside nos prejuízos decorrentes da manutenção dos efeitos de norma inconstitucional, dada a possibilidade de, caso não seja concedida a cautelar, restar prejudicada a atividade legislativa, porquanto os membros do Legislativo Municipal estariam impedidos de propor projeto de lei sobre matéria tributária, ao arrepio dos princípios e regras acima indicados.

5. Medida cautelar deferida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os integrantes do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, unanimemente, em deferir a medida cautelar, para suspender, com efeitos *ex nunc*, a expressão “matéria tributária”, contida no art. 46, § 1º, inciso II, da Lei Orgânica do Município de Fortaleza, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 4 de outubro de 2018.

RELATÓRIO

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade com pedido de medida cautelar (p. 01-09) proposta pelo Partido Republicano da Ordem Social (PROS/CE), visando a declaração de invalidade da expressão “matéria tributária”, contida no inciso II do § 1º do art. 46 da Lei Orgânica do Município de Fortaleza – LOM, segundo o qual:

Art. 46. [...]

§ 1º São da iniciativa privativa do Prefeito as leis que disponham sobre:

[...]

II – organização administrativa, **matéria tributária** e orçamentária e serviços públicos, exceto os contidos no art. 34 desta Lei Orgânica;

De início, o autor sustenta ser parte legítima para propor a presente ação, já que possui representação na Câmara Municipal, em obediência ao art. 127, inciso VI, da Constituição Estadual, e legitimidade ativa universal.

Assevera, ainda, que sobredita norma padece de inconstitucionalidade, pois viola o “sistema constitucional aplicável ao processo legislativo, em particular o rol de reserva de iniciativa para propositura de lei, consolidado no art. 60, § 2º, da Constituição do Estado do Ceará, que

reproduz simetricamente na Carta Estadual o art. 61, § 1º, da Constituição Federal” (p. 02).

Aduz que o art. 46, § 1º, inciso II, da Lei Orgânica do Município de Fortaleza inovou ao prever ser de iniciativa privativa do Chefe do Executivo a propositura de leis que tratem sobre “matéria tributária”, violando o princípio da simetria com os modelos federal e estadual do processo legislativo, cuja observância se impõe ao ente público municipal, nos termos do art. 26 da Constituição Estadual e do art. 29 da CF/1988.

Afirma que “o artigo 60, § 2º, da Constituição do Estado do Ceará, ao reproduzir na Carta Estadual o rol de matérias de iniciativa privativa do Chefe do Executivo, em obediência simétrica ao artigo 61, § 1º, da Constituição Federal, corretamente não elencou a expressão ‘matéria tributária’” (p. 04).

Acrescenta que a prerrogativa de apresentar proposições sobre matéria tributária não se insere no âmbito da iniciativa privativa do Chefe do Executivo, enquadrando-se na regra geral de iniciativa concorrente entre o Prefeito e os membros do Legislativo.

Prossegue o arrazoado no sentido de que a jurisprudência deste Tribunal de Justiça e do STF é pacífica pela ausência de iniciativa privativa, havendo inclusive tese firmada pela Suprema Corte em sede de repercussão geral (Tema 682: “Inexiste, na Constituição Federal de 1988, reserva de iniciativa para leis de natureza tributária, inclusive para as que concedem renúncia fiscal.” ARE 743480).

Pugna pela concessão de cautelar para “para suspender liminarmente a eficácia da expressão ‘matéria tributária’, contida no inciso II, do § 1º, do art. 46 da Lei Orgânica do Município de Fortaleza, tendo em vista que as prerrogativas legislativas dos Vereadores Fortalezenses estão sendo diariamente violadas” (p. 09).

Alega como perigo de demora que houve um aumento abusivo de diversas taxas municipais, promovido pela Lei Complementar Municipal nº 241/2017, e que “os Vereadores de Fortaleza, legítimos representantes da população, eleitos para o exercício da função legislativa, se encontram atualmente tolhidos de tomar qualquer atitude sobre a referida legislação de

taxas municipais. Não podem propor revogação, ou muito menos qualquer ajuste ou alteração, tendo em vista que está expresso, de forma inconstitucional, na Lei Maior do Município, que a iniciativa legislativa sobre qualquer matéria tributária está reservada somente ao Prefeito” (p. 08).

Ao final, requer a procedência da ação para “declarar a inconstitucionalidade da expressão ‘matéria tributária’, contida no inciso II, do § 1º, do art. 46 da Lei Orgânica do Município de Fortaleza” (p. 09).

Juntou a documentação de p 10-264.

À p. 267, determinei a intimação do órgão do qual emanou o ato normativo impugnado, para se pronunciar sobre o pleito cautelar, nos termos do art. 133 do RTJCE.

Informações prestadas pela Câmara Municipal de Fortaleza às p. 271-276, nas quais alega, em suma: a) que a defesa de mérito cabe à Procuradoria do Município; b) a não configuração da inconstitucionalidade apontada na exordial, pois “a elaboração de normas jurídicas municipais segue rigorosamente uma espécie de roteiro definido tanto na Lei Orgânica do Município, por reprodução obrigatória das Constituições do Estado do Ceará e Federal” (p. 274); e c) a ausência do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, uma vez que a LOM foi promulgada nos idos de 1990, não tendo ocorrido qualquer impugnação ao dispositivo em tela até a propositura desta demanda.

É o relato.

VOTO

A presente ação foi proposta com o intuito de obter a declaração de inconstitucionalidade da expressão “matéria tributária”, contida no inciso II do § 1º do art. 46 da Lei Orgânica do Município de Fortaleza – LOM (p. 16-78), o qual possui a seguinte redação:

Art. 46. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer Vereador, ao Prefeito e aos cidadãos.

§ 1º São da iniciativa privativa do Prefeito as leis que disponham sobre:

[...]

II – organização administrativa, **matéria tributária** e orçamentária e serviços públicos, exceto os contidos no art. 34 desta Lei Orgânica; (p. 26-27)

Requeru-se, ainda, a concessão de medida cautelar para suspensão da expressão “matéria tributária” do dispositivo acima transcrito, pleito que será analisado nesta oportunidade.

Pois bem.

É cediço que, em consonância com a jurisprudência consolidada do STF, as hipóteses de limitação da iniciativa estão taxativamente definidas, em *numerus clausus*, no art. 61, § 1º, da Carta Política, e, por simetria, no artigo 60, § 2º, da Constituição Estadual, parâmetros utilizados pelo autor para suscitar a inconstitucionalidade que ora se analisa.

Como consequência, não se deve presumir a aplicação da norma de reserva, que deve decorrer, necessariamente, de expressa previsão constitucional.

Ademais, em atendimento aos princípios da simetria do processo legislativo e da separação dos poderes, as normas de iniciativa privativa devem ser obedecidas em âmbito estadual, distrital e municipal, sob pena de se configurar inconstitucionalidade formal subjetiva.

Outrossim, como expressamente prescreve o art. 26 da Constituição Estadual, reproduzindo no âmbito local o art. 29 da CF/1988, a Lei Orgânica do Município deve atender os princípios estabelecidos nas Constituições Federal e Estadual.

Feitas essas considerações, passo ao exame dos requisitos necessários para o deferimento da medida cautelar pleiteada, quais sejam: o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Da leitura do art. 46, § 1º, inc. II, da LOM, depreende-se estar previsto que compete, com exclusividade, ao Chefe do Executivo Municipal apresentar projeto de lei referente a matéria tributária.

Ocorre que tal disposição não encontra respaldo no art. 60, § 2º, da CE, que ao tratar da iniciativa privativa do Governador do Estado do

Ceará, com base no princípio da simetria reproduz a norma constitucional federal referente ao Presidente da República (art. 61, § 1º, da CF/1988).

Explica-se.

O art. 60, § 2º, da Constituição do Estado do Ceará, com a redação dada pela EC nº 10/1994, dispunha que:

Art. 60. Cabe a iniciativa de leis:

[...]

§ 2º São de iniciativa privativa do Governador do Estado as Leis que disponham sobre:

a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta, autárquica e fundacional ou aumento de sua remuneração; b) organização administrativa, **matéria tributária** e orçamentária, serviços públicos e pessoal, da administração direta, autárquica e fundacional; c) servidores públicos da administração direta, autárquica e fundacional, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria de civis, reforma e transferência de policiais militares e de bombeiros para a inatividade; d) criação, estruturação e atribuições das Secretarias de Estado e órgãos da administração pública. (destaques)

Posteriormente, o § 2º foi alterado pela EC nº 61/2008, passando a ter a seguinte redação:

Art. 60. Cabe a iniciativa de leis:

[...]

§ 2º São de iniciativa privativa do Governador do Estado as leis que disponham sobre:

a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta, autárquica e fundacional, e de empregos nas empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos, ou aumento de sua remuneração;

b) servidores públicos da administração direta, autárquica e fundacional, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria de civis e militares, seu regime jurídico, ingresso, limites de idade, estabilidade, direitos e

deveres, reforma e transferência de policiais militares e de bombeiros militares para a inatividade;

c) criação, organização, estruturação e competências das Secretarias de Estado, órgãos e entidades da administração pública direta e indireta, concessão, permissão, autorização, delegação e outorga de serviços públicos;

d) concessão de subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas e contribuições;

e) matéria orçamentária.

Como se vê, houve a supressão da locução “matéria tributária” da alínea *b* do § 2º do art. 60 da CE, em observância à orientação fixada pelo art. 61, § 1º, da CF/1988, que prevê as matérias de legitimação exclusiva do Presidente da República, *in verbis*:

Art. 61. *[omissis]*

§ 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

[...]

II - disponham sobre:

[...]

b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios;

Acerca desse dispositivo, o Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento de que é concorrente entre o Chefe do Executivo e os membros do Legislativo a iniciativa para legislar sobre matéria tributária, uma vez que a restrição imposta pelo art. 61, § 1º, II, *b* da Constituição apenas é aplicável aos Territórios.

A propósito:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. FINANCEIRO. NORMA CONSTITUCIONAL ESTADUAL QUE DESTINA PARTE DAS RECEITAS ORÇAMENTÁRIAS A ENTIDADES DE ENSINO. ALEGADO VÍCIO DE INICIATIVA.

CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, ARTS. 161, IV, F, E 199, §§ 1º E 2º. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PEDIDO DE INTERVENÇÃO COMO ASSISTENTE SIMPLES. [...] . **A reserva de lei de iniciativa do Chefe do Executivo, prevista no art. 61, § 1º, II, b, da Constituição somente se aplica aos Territórios federais.** Inexistência de violação material, em relação aos arts. 167, IV e 212 da Constituição, na medida em que não há indicação de que o valor destinado (2% sobre a receita orçamentária corrente ordinária) excede o limite da receita resultante de impostos do Estado (25% no mínimo) Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente. (STF. ADI 2447, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 04/03/2009, DJe-228 DIVULG 03-12-2009 PUBLIC 04-12-2009 EMENT VOL-02385-01 PP-00120)

[...] **I – A iniciativa de leis que versem sobre matéria tributária é concorrente entre o chefe do poder executivo e os membros do legislativo. II – A circunstância de as leis que versem sobre matéria tributária poderem repercutir no orçamento do ente federado não conduz à conclusão de que sua iniciativa é privativa do chefe do executivo. III – Agravo Regimental improvido.** (STF. 2ª Turma. RE 590697 ED. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. julgado em 23.08.2011. DJe-171 DIVULG 05.09.2011, destaques)

[...] **1. Não ofende o art. 61, § 1º, II, b da Constituição Federal lei oriunda de projeto elaborado na Assembléia Legislativa estadual que trate sobre matéria tributária, uma vez que a aplicação deste dispositivo está circunscrita às iniciativas privativas do Chefe do Poder Executivo Federal na órbita exclusiva dos territórios federais.** Precedentes: ADI nº 2.724, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 02.04.04, ADI nº 2.304, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 15.12.2000 e ADI nº 2.599-MC, rel. Min. Moreira Alves, DJ 13.12.02.

2. A reserva de iniciativa prevista no art. 165, II da Carta Magna, por referir-se a normas concernentes às diretrizes orçamentárias, não se aplica a normas que tratam de direito tributário, como são aquelas que concedem benefícios fiscais.

Precedentes: ADI nº 724-MC, rel. Min. Celso de Mello, DJ 27.04.01 e ADI nº 2.659, rel. Min. Nelson Jobim, DJ de 06.02.04.

3. Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido se julga improcedente. (STF. Tribunal Pleno. ADI 2464. Relatora Ministra Ellen Gracie. julgado em 11.04.2007. DJe-023 DIVULG 24.05.2007, destaques)

Nessa mesma linha, no julgamento do **ARE 743480 RG/MG** (Relator Ministro Gilmar Mendes), em 11.10.2013, o STF reafirmou a sua jurisprudência no sentido de reconhecer que “Inexiste, na Constituição Federal de 1988, reserva de iniciativa para leis de natureza tributária, inclusive para as que concedem renúncia fiscal” (Tese de repercussão geral nº 682).

Por oportuno, transcrevo trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes, relator do ARE 743480 RG/MG:

O tema já foi enfrentado em diversos julgados do Supremo Tribunal Federal e a jurisprudência da Corte é uníssona em negar a exigência de reserva de iniciativa em matéria tributária, ainda que se cuide de lei que vise à minoração ou revogação de tributo.

As leis em matéria tributária enquadram-se na regra de iniciativa geral, que autoriza a qualquer parlamentar – deputado federal ou senador – apresentar projeto de lei cujo conteúdo consista em instituir, modificar ou revogar tributo.

A Carta em vigor não trouxe disposição semelhante à do art. 60, inciso I, da Constituição de 1967, que reservava à competência exclusiva do Presidente da República a iniciativa das leis que disponham sobre matéria financeira.

Não há, no texto constitucional em vigor, qualquer mandamento que determine a iniciativa exclusiva do Chefe do Executivo quanto aos tributos. Não se aplica à matéria nenhuma das alíneas do inciso II do § 1º do art. 61, tampouco a previsão do art. 165.

Como já decidiu diversas vezes este Tribunal, a regra do art. 61, §1º, II, *b*, concerne tão somente aos Territórios. A norma não reserva à iniciativa privativa do Presidente da República toda e qualquer lei que cuide de tributos, senão apenas a matéria

tributária dos Territórios. (STF ARE 743480 RG, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 10/10/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-228 DIVULG 19-11-2013 PUBLIC 20-11-2013)

Depreende-se, portanto, que o constituinte federal não reservou privativamente ao Presidente da República a iniciativa legislativa sobre matéria tributária, salvo no que se refere aos Territórios.

Desse modo, considerando que, nos termos dos arts. 61, § 1º, inciso II, alínea *b*, da Carta Magna, a referida incumbência é exercida concorrentemente com os membros do Legislativo, não podem as constituições estaduais, tampouco as leis orgânicas, cuidar do tema de maneira diferente, dada a exigência de simetria com o modelo federal do processo legislativo.

Nessa linha, colaciono precedente desta Corte:

DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CAUTELAR. EMENDA À LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE CANINDÉ. ISENÇÃO DO IMPOSTO TERRITORIAL URBANO (IPTU). EXTENSÃO DE BENEFICIÁRIOS. MATÉRIA TRIBUTÁRIA. INICIATIVA CONCORRENTE SEGUNDO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRINCÍPIOS DO PROCESSO LEGISLATIVO ESTABELECIDO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E ESTADUAL. VOTAÇÃO EM DOIS TURNOS. INTERSTÍCIO DE DEZ DIAS. OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. PRINCÍPIO DA SIMETRIA. VÍCIO FORMAL. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA.

1. O cerne da presente controvérsia consiste em saber se a Emenda nº 20/2006, que alterou o art. 140 da Lei Orgânica do Município de Canindé, promovendo uma grande extensão de isenções do Imposto Predial Territorial Urbano (IPTU) no âmbito do aludido município, padece, a princípio, de vício de inconstitucionalidade formal, diante das regras de reserva de iniciativa e da inobservância do processo legislativo, ambos previstos na Constituição Federal e Estadual.

2. Conforme entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal, “A iniciativa de leis que versem sobre matéria

tributária é concorrente entre o chefe do Poder Executivo e os membros do Legislativo. A circunstância de as leis que versem sobre matéria tributária poderem repercutir no orçamento do ente federado não conduz à conclusão de que sua iniciativa é privativa do chefe do Executivo” [RE 590.697 ED, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 23-8-2011, 2ª T, DJE de 6-9-2011]. Nesse tópico não procede a alegação de Inconstitucionalidade formal.

3.A inconstitucionalidade formal resulta de vício no processo de elaboração da lei, podendo decorrer da inobservância das regras de competência ou do devido processo legal legislativo.

4.Com relação ao processo de elaboração de leis, mesmo no âmbito estadual e municipal, devem ser observados os princípios gerais estabelecidos na Constituição Federal, aplicáveis em todos os níveis federativos com as adaptações necessárias em vista do princípio da simetria com o centro.

5.O Poder Originário que aprovou e promulgou a lei Orgânica do Município de Canindé fez constar, na redação originária do seu art. 97, os mesmos requisitos estabelecidos no art. 27 da Constituição Estadual e art. 29 da Constituição Federal para o processo legislativo das emendas, havendo exigência, assim, de dupla discussão e votação, com interstício mínimo de 10 dias entre uma e outra.

6.Consoante restou incontroverso nos autos, a efetivação dos atos legislativos questionados, em um único dia, não tendo sido observado o interstício exigido para a votação, constituem-se em flagrante nulidade, por inconstitucionalidade formal, vez que não observado na espécie o devido processo legislativo, princípio este plasmado, tanto na Constituição Federal, como em nossa Constituição Estadual.

7.Registre-se que as normas constitucionais que disciplinam o devido processo legislativo são de observância obrigatória pelos entes federados, em razão do princípio da simetria, conforme jurisprudência pacificada no Supremo Tribunal Federal.

8.Medida cautelar concedida para suspender os efeitos da Emenda à Lei Orgânica do Município de Canindé nº 20/2006 com efeitos *ex nunc* e *erga omnes*, até julgamento final da presente Ação Declaratória de Inconstitucionalidade. (TJCE.

Órgão Especial. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0628183-02.2014.8.06.0000. Relatora Desembargadora Maria Vilauba Fausto Lopes. Data do julgamento: 28/06/2018. Data de publicação 29/06/2018)

Retomando o foco para o paradigma estadual apresentado, observo que não há expressa previsão da iniciativa privativa do Governador do Estado para legislar sobre matéria tributária.

Ademais, nada obstante o art. 60, § 2º, alínea *d*, da Constituição do Estado do Ceará disciplinar alguns temas referentes à matéria tributária como de iniciativa exclusiva do Governador, entendo que essa alínea padece de duvidosa constitucionalidade, por ser incompatível com a norma dos arts. 61, § 1º, inciso II, alínea *b*, e 165, da Lei Máxima, não servindo, portanto, como parâmetro para sustentar a norma municipal ora questionada.

Tal invalidade, inclusive, foi reconhecida *incidenter tantum*, por unanimidade, pelo Órgão Especial desta Corte de Justiça; *verbis*:

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. LEI MUNICIPAL Nº 8.441/2000 QUE DISPÕE SOBRE A PROPAGANDA E PUBLICIDADE NO MUNICÍPIO DE FORTALEZA. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA. ALEGADO VÍCIO DE INICIATIVA. SUPOSTA OFENSA À LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE FORTALEZA. INCOMPETÊNCIA DESTA CORTE. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DO CHEFE DO EXECUTIVO MUNICIPAL. INOCORRÊNCIA. LEI QUE NÃO TRATA DE ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA E MATÉRIAS AFINS. INCONSTITUCIONALIDADE NÃO RECONHECIDA.

1. Não compete a este Egrégio Órgão Especial apreciar eventual incompatibilidade da Lei Municipal nº 8.441/2000 com a Lei Orgânica do Município de Fortaleza e Constituição Federal. 2. Inexiste a alegada nulidade formal subjetiva da Lei Municipal nº 8.441/2000 por vício de iniciativa. 3. **Declara-se *incidenter tantum* a inconstitucionalidade do art. 60, § 2º, alínea *d*, da Constituição Estadual ante a Constituição Federal, no que tange à iniciativa privativa do Governador do Estado para legislar sobre “concessão de subsídio, ou isenção, redução**

de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas e contribuições”, ou seja, sobre matéria tributária, por incompatível com a norma dos arts. 61, § 1º, inciso II, alínea b, e 165 da Lei Máxima, restando o processo, nesse tocante, extinto sem julgamento do mérito. 4. Não houve qualquer alusão à organização administrativa ou questões afins, inexistindo, portanto, a alegada inconstitucionalidade formal subjetiva. 5. Proclamação incidental da inconstitucionalidade do art. 60, § 2º, *d*, da Constituição Estadual, por incompatibilidade com os arts. 61, § 1º, inciso II, alínea b, e 165 da Constituição Federal, extinguindo o processo nesse aspecto, bem como no que tange às alegadas ofensas à Constituição Federal e a Lei Orgânica do Município de Fortaleza, de conformidade com o art. 267, VI do Código de Processo Civil, além de ter sido admitida a Ação Direta de Inconstitucionalidade unicamente quanto aos demais pontos indicados pelo autor como violadores da Carta Política Estadual, julgando-a improcedente, com consequente revogação da cautelar anteriormente deferida. (TJCE. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0442706-91.2000.8.06.0000. Relator Desembargador Haroldo Correia de Oliveira Máximo. Data de Julgamento: 13.09.2012)

Assim, em juízo de verossimilhança, constato a relevância do fundamento jurídico do pedido, bem como o *periculum in mora*, este residente nos prejuízos decorrentes da manutenção dos efeitos de norma inconstitucional, dada a possibilidade de, caso não seja concedida a cautelar, restar prejudicada a atividade legislativa, porquanto os Membros do Legislativo Municipal estariam impedidos de propor projeto de lei sobre matéria tributária, ao arrepio dos princípios e regras acima indicados.

Sob tais fundamentos, defiro a medida cautelar, para suspender, com efeitos *ex nunc*, a expressão “matéria tributária”, contida no art. 46, § 1º, inciso II, da Lei Orgânica do Município de Fortaleza.

É como voto.

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

APELAÇÃO CRIME

PROCESSO: 0000253-41.2009.8.06.0127 - APELAÇÃO

APELANTE: RICARDO AMBRÓSIO TORRES

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ

RELATORA: DESEMBARGADORA FRANCISCA ADELINEIDE VIANA

EMENTA: PENAL. PROCESSO PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. LESÃO CORPORAL GRAVE. 1. PRELIMINARES DE NULIDADE. 1.1. INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO CONHECIMENTO. PRECLUSÃO. SUPERADA A OPORTUNIDADE DE ARGUIÇÃO DA MATÉRIA. OBSERVA-SE, AINDA, QUE NA INICIAL INEXISTENTE VÍCIO A ENSEJAR O RECONHECIMENTO *EX OFFICIO* DE OCORRÊNCIA DE NULIDADE, PORQUANTO ALI INDICADA SUFICIENTEMENTE A CONDUTA IMPUTADA AO AGENTE. 1.2. DOSIMETRIA DA PENA. VIOLAÇÃO AO ART. 93, IX, DA CF. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO NO CÁLCULO DOSIMÉTRICO. DESCABIMENTO. DEVIDAMENTE INDICADAS AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS QUE AUTORIZARAM A EXASPERAÇÃO DA PENA, EM TODAS AS FASES DO CÁLCULO. 2. ABSOLVIÇÃO. DESCABIMENTO. AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS DEVIDAMENTE COMPROVADAS. ALÉM DO LAUDO PELO QUAL SE ATESTA A LESÃO, INCLUSIVE O RISCO À VIDA, AJUNTAM-SE O PRONTUÁRIO HOSPITALAR E AS DECLARAÇÕES DA VÍTIMA. ACORDO COM

A VÍTIMA NA FASE INVESTIGATIVA QUE NÃO AFASTA A OBRIGAÇÃO DE APURAÇÃO DE RESPONSABILIDADE CRIMINAL. AÇÃO PÚBLICA INCONDICIONADA. 3. REDUÇÃO DA PENA PARA A MÍNIMA PREVISTA EM LEI. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS QUE AUTORIZAM A EXASPERAÇÃO DA PENA. 4. MODIFICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL PARA O ABERTO. NÃO CONHECIMENTO. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. INUTILIDADE DA VIA RECURSAL. MEDIDA JÁ ADOTADA NA ORIGEM.

Recurso parcialmente conhecido e desprovido nessa extensão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos nº 0000253-41.2009. 8.06.0127, em que interposto recurso de apelação por Ricardo Ambrósio Torres contra sentença proferida na Vara Única da Comarca de Monsenhor Tabosa, pela qual condenado por crime previsto no art. 129, §1º, II, do Código Penal Brasileiro

Acordam os Excelentíssimos Senhores Desembargadores integrantes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, em conhecer parcialmente do recurso e lhe negar provimento na extensão conhecida, nos termos do voto da Relatora.

Fortaleza, 7 de março de 2018

RELATÓRIO

Trata-se de autos em que interposto recurso de apelação por Ricardo Ambrósio Torres contra sentença proferida na Vara Única da Comarca

de Monsenhor Tabosa, pela qual condenado por crime previsto no art. 129, §1º, II, do Código Penal Brasileiro, em razão do seguinte fato assim narrado na denúncia:

Consta dos inclusos autos de Inquérito Policial que no dia 11 de maio de 2009, por volta das 19h, Bar da Localidade de Belmonte, neste município e comarca de Monsenhor Tabosa, RICARDO AMBRÓSIO TORRES ofendeu a integridade corporal de Antônio Fábio Ribeiro da Silva, mediante uma facada na região torácica posterior, resultando incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias, e perigo de vida pela localização das lesões nas costas da vítima, conforme exame de corpo de delito de fls. 17.

Segundo se apurou, no dia dos fatos, o denunciado foi até um bar na Localidade de Belmonte, ocasião em que o denunciado teriam jogado e a vítima ganhado do denunciado a quantia de R\$2,00 (dois reais). Em seguida, por motivo fútil, o denunciado desferiu uma facada nas costas da vítima, provocando-lhe as lesões relatadas no exame de corpo de delito de fls. 17 e acompanhamento médico de fls. 45/69. A vítima teve socorro médico e passou por cirurgia para suturar a lesão.

O perigo de vida se revela na gravidade da lesão, pois a vítima foi hospitalizada fls. 45/69 descrito no prontuário médico e também pela sede em que se repousou o golpe.

Face aos princípios da efetividade e da celeridade processual, sirvo-me do relatório constante na sentença de fls. 173 e ss, passando a complementá-lo com as informações atinentes aos atos processuais praticados a partir de então, tudo sem prejuízo de análise criteriosa quanto à adequação do procedimento aos ditames legais prescritos no Estatuto Processual Penal pátrio.

Por tal ato restou condenado por lesão corporal, qualificada pelo risco à vida, ao cumprimento de dois anos e oito meses de reclusão, em regime aberto.

Recurso interposto por meio de petição, fls. 181 e ss, com razões apresentadas *a posteriori*, pelas quais se alega a ocorrência de nulidades. No

mérito, pleiteia-se a modificação do *decisum* para um de cunho absolutório. Alternativamente, a redução da pena para a mínima cabível à espécie e a modificação do regime de execução para o aberto.

Contrarrrazões e parecer da Procuradoria de Justiça no sentido de se lhe negar provimento.

Vieram-me, então, os autos conclusos.

Encaminhados à douta Revisão.

É o breve relatório.

VOTO

Conforme já relatado, trata-se de autos em que interposto recurso de apelação por Ricardo Ambrósio Torres contra sentença proferida na Vara Única da Comarca de Monsenhor Tabosa, pela qual condenado por crime previsto no art. 129, §1º, II, do Código Penal Brasileiro, ao cumprimento de dois anos e oito meses de reclusão, em regime inicialmente aberto.

A insurgência defensiva reside nos seguintes pontos:

- preliminares de nulidade, a primeira ao argumento de que inepta a denúncia porque não se reporta ao necessário exame de corpo de delito; e a segunda, nulidade da sentença, uma vez que ausente de fundamentação na parte que toca o cálculo dosimétrico;

- absolvição, em razão de que não comprovada a materialidade delitiva, decorrente da ausência do necessário laudo pericial, inclusive porque existente nos autos a prova de que houve um acordo entre o ofensor e a vítima, o que elidiria a presente persecução penal;

- redução da pena para a mínima prevista em lei;

- modificação do regime prisional.

Desde já observo que as razões recursais foram expostas em uma petição por demais confusa, onde os pedidos ali não se apresentam em completa harmonia com as alegações formuladas, sendo necessário se observar o que foi alegado no decorrer do processo para se esclarecer, com certo esforço, as reais teses levantadas.

Pois bem, compulsando os autos, vejo que o recurso não pode ser conhecido em sua integralidade e, na parte conhecida, não merece provimento. Explico.

Início com o pedido de reconhecimento de inépcia da inicial, o qual não pode ser conhecido, uma vez que tal fato não foi alegado na fase oportuna, estando o feito na fase posterior à sentença, pela qual se considerou a denúncia apta à acusação, inclusive para a condenação do apelante. Instalada, então, insuperável preclusão. Nesse sentido:

Ementa: PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. NEGATIVA DE AUTORIA. PRETENSÃO QUE NÃO SE COADUNA COM A VIA ESTREITA DO HABEAS CORPUS. ROL DE TESTEMUNHAS. QUESTÃO DEVIDAMENTE EQUACIONADA NAS INSTÂNCIAS INFERIORES. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO NO MOMENTO OPORTUNO. SUPOSTA INÉPCIA DA INICIAL. PRECLUSÃO DA ARGUIÇÃO QUANDO SUSCITADA APÓS A PROLAÇÃO DE SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DE PLANO DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER PRIMA FACIE EVIDENTE QUANDO DO OFERECIMENTO DA DENÚNCIA. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. MATÉRIA NÃO CONHECIDA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. “A arguição de inépcia da denúncia resta coberta pela preclusão quando aventada após a sentença penal condenatória, o que somente não ocorre quando a sentença vem a ser proferida na pendência de habeas corpus já em curso” (RHC 98.091/PB, Rel. Min. Cármen Lúcia). 2. A legislação eleitoral possibilita ao réu ou ao seu defensor oferecer alegações escritas e arrolar testemunhas, *ex vi* do § único do art. 359 do Código Eleitoral (“Art. 359 [...] Parágrafo único. O réu ou seu defensor terá o prazo de 10 (dez) dias para oferecer alegações escritas ou arrolar testemunhas.”). Com efeito, o Impetrante não demonstrou o prejuízo advindo de tal circunstância. Como bem destacado pelas instâncias inferiores, o paciente conhecia as pessoas cujo testemunho em

juízo lhe seria favorável, ressaltando, inclusive, a inexistência, em nenhum momento, de requerimento pela oitiva de outras testemunhas. Assim, não há que se decretar nulidade sem a efetiva demonstração de prejuízo. 3. A estreita via do habeas corpus não comporta o revolvimento do conjunto fático-probatório acostado aos autos, exceto em casos excepcionais e teratológicos. 4. *In casu*, a) o paciente foi condenado pelo Juízo da 141ª Zona Eleitoral – Itava e Cardoso Moreira/RJ, pela prática dos crimes previstos nos arts. 299 e 309, ambos do Código Eleitoral, cada um deles na forma do art. 71 e, ambos, na forma do art. 69 do Código Penal, às penas de 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime aberto, além de multa. b) a defesa interpôs apelação, cujo provimento foi negado pelo Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Rio de Janeiro. Foram opostos embargos de declaração, os quais restaram rejeitados. Sobreveio recurso especial para o TSE, que foi inadmitido na origem. Interposto agravo de instrumento, a Corte Superior Eleitoral negou seguimento ao recurso. Daí o presente habeas corpus. c) Neste *writ*, aduz, em síntese, que: (i) nulidade do processo, na medida em que o rol de testemunhas foi apresentado diretamente pelo paciente, quando, em verdade, seria ato privativo de advogado; (ii) inépcia da denúncia; (iii) a negativa de autoria pelos crimes descritos; e (iv) que a condenação não aplicou o princípio de absorção (princípio da consunção). Requer, assim, a nulidade da ação penal desde a denúncia ou, alternativamente, que seja condenado pela pena mínima *in abstracto* constante no tipo penal do art. 299 do Código Penal. 5. Deveras, a jurisprudência desta Suprema Corte é firme no sentido de que não se conhece, em habeas corpus, de questões que não foram apreciadas nas instâncias inferiores (HC 93.904/RS, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 22.5/2009; HC 97.761/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe 11.12.2009; HC 79.551/SP, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ 20.10.2000; HC 73.390/RS, Rel. Min. Carlos Velloso; HC 81.115/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 14.12.2001). 6. *Writ* denegado. (HC 111363, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 13/08/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-167 DIVULG 26-08-2013 PUBLIC 27-08-2013)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. REEXAME DO CONJUNTO DE PROVAS. INÉPCIA DA DENÚNCIA. PRECLUSÃO. ORDEM DENEGADA.

- 1) A questão relativa à inépcia da denúncia não pode ser analisada, porque alegada somente após a prolação de decisão condenatória, quando já atingida pelo instituto da preclusão.
- 2) O pedido de absolvição formulado pelo paciente exige revolvimento de todo o conjunto probatório, inviável em tema de habeas corpus.
- 3) Coação ilegal não comprovada.
- 4) Ordem denegada. (HC 124.936/RS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 05/04/2010, DJe 26/04/2010)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. PRECLUSÃO. NULIDADE ARGUIDA APENAS DEPOIS DE PROLATADA A SENTENÇA CONDENATÓRIA.

1. Os embargos de declaração têm seus contornos delineados pelo art. 619 do Código de Processo Penal, sendo cabíveis quando há necessidade de supressão de qualquer forma de ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão em uma decisão judicial, incorrentes na espécie.
2. A suspensão dos prazos na origem deve ser comprovada através de certidão ou outro documento idôneo no momento da interposição do recurso.
3. Embargos declaratórios rejeitados. (EDcl no AgRg no AREsp 227.675/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 21/03/2013, DJe 05/04/2013)

PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. NEGATIVA DE AUTORIA. INVIABILIDADE DE REEXAME APROFUNDADO DE PROVAS EM WRIT. NULIDADE. INÉPCIA DA DENÚNCIA. PRECLUSÃO. MAJORANTE. ART. 18, INC. III. DA LEI N. 6.368/76. ABOLITIO CRIMINIS. CUMPRIMENTO

DA PENA. REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. VEDAÇÃO. HABEAS CORPUS DE OFÍCIO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. A via estreita do habeas corpus não se presta ao reexame aprofundado de provas, que se caracteriza pelo rito célere e cognição sumária.

3. A alegação de inépcia da denúncia resta preclusa quando feita após a sentença condenatória.

4. Com o advento da Lei n. 11.343/2006, ocorreu *abolitio criminis* no tocante à majorante prevista no artigo 18, inciso III, da Lei n. 6.368/76, motivo pelo qual, em atenção ao princípio da retroatividade da norma penal mais benéfica, constitui constrangimento ilegal manter a sua incidência na condenação.

5. É vedada a fixação de regime inicial de cumprimento da pena mais rigoroso do que o pertinente à pena aplicada, a tanto não servido o inconstitucional § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90 ou a gravidade abstrata do delito.

6. Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem de ofício, para excluir a majorante prevista no artigo 18, inciso III, da Lei nº 6.368/76, fixando a pena do paciente, definitivamente, em 5 (cinco) anos de reclusão, bem como para reconhecer a possibilidade de progressão de regime, devendo o juízo da execução aferir o atendimento aos requisitos legais. (HC 87.393/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 19/03/2015, DJe 27/03/2015)

HABEAS CORPUS. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. DISCUSSÃO ACERCA DA INÉPCIA DA DENÚNCIA. PRECLUSÃO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. PRECEDENTES. NÃO CONHECIMENTO.

1. A impetração de habeas corpus deve ser compreendida dentro dos limites da racionalidade recursal, para que não se percam as razões lógica e sistemática dos recursos ordinários, até mesmo dos excepcionais.

2. Havendo condenação com trânsito em julgado, apresenta-se

preclusa a alegação de inépcia da denúncia, notadamente se, como no caso, há descrição suficientemente pormenorizada dos fatos, apta ao exercício da ampla defesa.

3. *Writ* não conhecido, por ser substitutivo da medida cabível. (HC 182.676/SP, Rel. Ministro CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR), QUINTA TURMA, julgado em 06/11/2012, DJe 09/11/2012)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA DENÚNCIA. PRECLUSÃO DA TESE DE DEFESA, ANTE A SUPERVENIÊNCIA DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. INSUFICIÊNCIA DE PROVA PARA A CONDENAÇÃO. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I. Com a superveniência de sentença condenatória - que considerou apta a denúncia e as provas suficientes para a condenação - resta superada a alegação de inépcia da denúncia, que não teria descrito, suficientemente, o fato delituoso e todas as suas circunstâncias, quanto ao ora paciente.

II. Segundo a jurisprudência deste Tribunal, a análise da alegação de insuficiência de provas, para a condenação dos pacientes, não pode ser feita na via estreita do *writ*, eis que demanda reexame minucioso de matéria fático-probatória, insuscetível de ser realizado, em sede de habeas corpus.

III. Agravo Regimental desprovido. (AgRg no HC 190.234/RS, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 27/08/2013, DJe 06/05/2014)

Outrossim, observo de plano a inocorrência da alegada nulidade a partir de uma simples leitura do trecho da denúncia acima colacionado.

Quanto à alegação no sentido de que nula a sentença, porque não fundamentada na parte que toca o cálculo dosimétrico da pena, igualmente não merece guarida.

Desde já declaro a inexistência de nulidade. A decisão está suficientemente fundamentada, em consonância com a prova dos autos,

havendo no respectivo trecho a correta revelação dos motivos que motivaram a exasperação da pena.

Colaciono, por oportuno, o respectivo trecho do *decisum*.

Por imperativo legal, passo à dosimetria da pena considerando as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP e obedecendo ao sistema trifásico do art. 68, CP:

1ª Fase – Circunstâncias judiciais (art. 59 do Código Penal)

A) Culpabilidade: foi intensa, pois a lesão foi feita à faca, aumentando a reprovabilidade da conduta;

B) Antecedentes Criminais: o acusado registra anotações criminais, sendo que não é possível que inquéritos e ações penais em, curso aumentem a pena-base;

C) Conduta social: não há elementos para aferi-la;

D) Personalidade: não há dados nos autos para aferi-la;

E) Motivos do crime: foi fútil, em decorrência de ínfimo valor decorrente de aposta;

F) Circunstâncias do crime: não favorecem o réu, eis que praticado durante uma bebedeira, e sofrido o ataque pela vítima nas costas, por covardia;

G) Consequências extrapenais, foram sérias, tendo a vítima sofrido perigo de vida, sendo que tal dado já é valorado no tipo penal do art. 129, §1º, do CP;

H) Situação econômica do réu: não é boa; por fim;

I) Comportamento da vítima, influiu no evento delituoso.

Analisadas as circunstâncias judiciais do "caput" do artigo 59 do Código Penal, vê-se que há uma preponderância de circunstâncias favoráveis ao réu, assim sendo, observando o sistema trifásico consagrado no art. 68, do CP, pela prática de Crime de Lesão Corporal previsto no art. 129, §1º, I e II, do Código Penal, fixo a pena-base em 03(três) anos e 02(dois) meses de reclusão.

2ª Fase – Circunstâncias legais

Reconheço a atenuante da confissão espontânea, apesar de ter dito que a facada se deu pela frente e não pelas costas da vítima. Fixo a pena intermediária em 2 anos e oito meses de reclusão.

3ª Fase – Causas especiais de aumento e/ou diminuição de pena.

Não há causas especiais de aumento e/ou diminuição.
PENA DEFINITIVA. Vencidas as etapas do art. 68 do Código Penal, por entender como necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, fica o réu condenado à pena PRIVATIVA DE LIBERDADE DE 02(DOIS) ANOS E 08(OITO) MESES DE RECLUSÃO.
REGIME. Fixo como regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade o ABERTO (art. 59 c/c art. 33, ambos do Código Penal).

Portanto, não se pode impingir de nula a decisão sob esse argumento, uma vez que se observa que atento o Magistrado às circunstâncias do caso concreto, inclusive relatadas no decorrer do *decisum*. Nesse contexto, de bom alvitre observar que a ausência de fundamentação somente deve conduzir à declaração de nulidade do *decisum* quando se observar que a exasperação da reprimenda se dá de forma arbitrária e sem qualquer sustentáculo nos autos, o que evidentemente não ocorre no caso em questão.

De bom alvitre ressaltar, desde já, que a mera menção equivocada acerca do tipo pena, cuja parte ora destacamos em negrito, não tem o condão de levantar qualquer dúvida quanto ao crime por que efetivamente condenado o réu, tendo em vista que a circunstância relativa ao inciso I do referido artigo foi expressamente afastada pelo Magistrado de piso, por ocasião da parte dispositiva ("Diante do exposto, e de tudo o mais que dos autos consta, julgo procedente em parte o pedido formulado na denúncia, para CONDENAR o acusado RICARDO AMBRÓSIO TORRES, qualificado na denúncia, como incurso nas penas do art. 129, §1º, II, do Código Penal Brasileiro – fl. 177) e, ainda, por ocasião da fundamentação quanto assim decidiu: 'Não há como reconhecer a qualificadora da incapacidade habitual por mais de 30 dias em decorrência das lesões, eis que não foi feita perícia após os 30 dias do fato' (fl. 176)

Outrossim, vejo que valoração dessas circunstâncias será objeto de apreciação de outro pleito defensivo – redução da sanção imposta para a mínima prevista em lei.

No que concerne ao pleito de absolvição, argumenta-se que não há prova da materialidade e afirma-se, ainda, que houve um acordo, mediante o pagamento da importância em pecúnia à vítima que elidiria a responsabilidade criminal, isso à época em que ocorrido o crime.

Sem razão o apelante. O laudo de exame de corpo de delito está acostado à fl. 18 dos autos, documento no qual se atestou que o periciando fora "vítima lesão por arma branca em região torácica posterior. Submeteu-se à sutura simples local e drenagem torácica". Outrossim, ali igualmente registrada a resposta sim ao 5º quesito (se resultou perigo de vida). A isso alia-se a documentação acostada ao Ofício nº 167/2011, oriundo da Santa Casa de Misericórdia (fls. 56 e ss), pela qual se tem a certeza de que a sede da lesão instalou-se no hemitórax esquerdo posterior.

Ademais, a vítima, ouvida em audiência, declarou acerca da cicatriz da lesão nas suas costas, cuja localização está em perfeita harmonia com a prova documental apresentada. E, muito embora o réu tenha afirmado que atingiu a vítima no abdômen, sua declaração já enseja o reconhecimento da materialidade criminosa. Destarte, essa resta comprovada à saciedade, não se podendo impingir a decisão.

Nesse sentido:

Superior Tribunal de Justiça STJ - HABEAS CORPUS : HC 212780 DF 2011/0159527-7

PENAL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE . HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. ATOS INFRACIONAIS EQUIPARADOS AO DELITO DE TENTATIVA DE HOMICÍDIO COMETIDOS MEDIANTE GRAVE AMEAÇA OU VIOLÊNCIA À PESSOA (ECA , ART. 122, INC. I). EXAME DE CORPO DE DELITO INDIRETO. MATERIALIDADE DO CRIME CONFIRMADA. AUSÊNCIA DE NULIDADE. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

01. Prescreve a Constituição da República que "conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de

locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder" (art. 5º, inc. LXVIII). O Código de Processo Penal impõe aos juízes e aos tribunais que expeçam, "de ofício, ordem de habeas corpus, quando, no curso de processo, verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal" (art. 654, § 2º). Desses preceptivos infere-se que, no habeas corpus, devem ser conhecidas quaisquer questões de fato e de direito relacionadas a constrangimento ou ameaça de constrangimento à liberdade individual de locomoção. Por isso, ainda que substitutivo do recurso expressamente previsto para a hipótese, impõe-se seja processado para aferição da existência de "ilegalidade ou abuso de poder" no ato judicial impugnado (STF, HC 121.537, Rel. Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma; HC 111.670, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Segunda Turma; STJ, HC 277.152, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma; HC 275.352, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma). 02. O habeas corpus é ação de "rito célere e de cognição sumária, voltada para a proteção do direito ambulatorial, e não se presta a analisar alegações relativas à absolvição, porque demandam o revolvimento de provas" (HC n. 298.024/SP, Rel. Ministro Walter de Almeida Guilherme, Quinta Turma, julgado em 23/10/2014; HC n. 221.081/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 14/10/2014; HC n. 284.904/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 14/10/2014; HC n. 286.470/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 07/10/2014). 03. O exame de corpo de delito será indispensável, não podendo ser suprido pela confissão do acusado, tão somente nos casos em que a infração deixar vestígios. Quando desaparecidos estes, a prova testemunhal poderá suprir-lhes a falta. Não há que se falar em nulidade processual quando a materialidade do crime for comprovada pela confissão do adolescente e pelos depoimentos da vítima e de testemunhas (CPP, arts. 158 e 167). 04. "O Superior Tribunal de Justiça já sedimentou o entendimento de que o ato infracional análogo ao homicídio qualificado configura conduta praticada mediante grave ameaça ou violência a pessoa" (RHC n. 35.366/PA, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Quinta Turma, julgado em 05/12/2013). 05. Habeas corpus não conhecido.

Supremo Tribunal Federal STF - RECURSO ORDINÁRIO
EM HABEAS CORPUS : RHC 115229 SP

Ementa

EMENTA RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PRONÚNCIA. PROVA DA MATERIALIDADE. EXAME DE CORPO DE DELITO INDIRETO. POSSIBILIDADE. INDÍCIOS DE AUTORIA.

1. Não há falar em ausência de materialidade quando esta foi comprovada por exame de corpo de delito indireto, elaborado a partir de relatório médico - fornecido pelo hospital onde esteve internada a vítima -, e assinado por dois médicos-legistas, conforme autoriza o artigo 158 do Código de Processo Penal.
2. Não há ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa quando os indícios de autoria estão embasados na prova testemunhal colhida nas fases inquisitorial e judicial.
3. Recurso ordinário a que se nega provimento.

Por outro lado, em se tratando de crime que se processa mediante ação pública incondicionada, o alegado acordo firmado à época dos fatos, que se dera mediante o pagamento da quantia de R\$ 250,00, cujo respectivo recibo corresponde ao documento acostado à fl. 08, esse documento não é capaz de impedir o curso normal do processo, tampouco a provocar a pretendida absolvição.

Quanto ao pedido de redução da pena privativa de liberdade, com o fim de se ver penalizado com a sanção mínima prevista em lei, desde já ressalto que, é admitida uma certa discricionariedade do Magistrado no ato de fixação da pena, de modo que cabe a esta Corte aquilatar apenas se a exasperação porventura aplicada obedeceu ao princípio da proporcionalidade, tendo sido corretamente fundamentada, consoante entendimento adotado por nossas Cortes Superiores:

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO. DOSIMETRIA. PLURALIDADE DE QUALIFICADORAS. UTILIZAÇÃO DE UMA PARA QUALIFICAR O CRIME E DAS OUTRAS PARA

EXASPERAR A REPRIMENDA BASE. POSSIBILIDADE. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA (PERSONALIDADE, MOTIVOS, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME). EXISTÊNCIA. *QUANTUM* DE AUMENTO. DISCRICIONARIEDADE REGRADA DO JULGADOR. PRESERVAÇÃO. NECESSIDADE. MAJORAÇÃO QUE NÃO SE MOSTROU DESPROPORCIONAL OU DESARRAZOADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL A SER SANADO NA VIA ESTREITA DO *WRIT*. AUSÊNCIA.

1. Esta Corte Superior de Justiça tem reiteradamente decidido no sentido de ser possível, existindo pluralidade de qualificadoras, a consideração de uma para justificar o tipo penal qualificado e das demais como circunstâncias judiciais ou agravantes da segunda fase da dosimetria da pena.

2. Inexiste constrangimento ilegal na fixação da pena-base quando são levados em consideração elementos concretos dos autos, aptos a justificar a exasperação da reprimenda-base a título de personalidade, motivos, circunstâncias e consequências do crime.

3. É inviável mensurar matematicamente o aumento da pena-base, de forma a se atribuir igual acréscimo de pena para cada circunstância judicial considerada negativa. A lei confere ao julgador certo grau de discricionariedade na análise das circunstâncias judiciais, devendo ser avaliado se a fundamentação exposta é proporcional e autoriza a fixação da pena-base no patamar escolhido.

4. Ordem denegada. (STJ, HC 173.608/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 04/09/2012, DJe 17/09/2012).

HABEAS CORPUS. ROUBO SIMPLES. TENTATIVA. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL. VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. VIOLÊNCIA EXCESSIVA. EXASPERAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO JUSTIFICADA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Nos casos em que a conduta do agente transcender ou extrapolar as circunstâncias ou consequências naturais do tipo, a violência excessiva poderá, e deverá, servir de fundamento para a elevação da pena-base.

2. Havendo suficiente fundamentação quanto à negatividade das consequências do delito, pois extrapolaram aquelas próprias do tipo penal violado, não há o que se falar em ilegalidade do acórdão no ponto em que manteve a pena-base, fixada acima do mínimo, em razão da desfavorabilidade dessa circunstância judicial.

3. A ponderação das circunstâncias do art. 59 do Código Penal não é uma operação aritmética, em que se dá pesos absolutos a cada uma delas, a serem extraídas de cálculo matemático levando-se em conta as penas máxima e mínima cominadas ao delito cometido pelo agente, mas sim um exercício de discricionariedade vinculada.

3. Ordem denegada. (STJ, HC 210.099/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 28/08/2012, DJe 21/09/2012).

HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE FURTO QUALIFICADO. PLEITO DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INVIABILIDADE. REPROVABILIDADE DO COMPORTAMENTO DO AGENTE. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO. ART. 59 DO CP INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE.

1. Para a aplicação do princípio da insignificância, devem ser preenchidos quatro requisitos, a saber: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e d) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

2. No caso, o modo como o furto foi praticado indica a reprovabilidade do comportamento do réu, que demonstrou ousadia ao invadir uma casa, mediante escalada e arrombamento, e dali subtrair três serras, uma tesoura e peças de roupa.

3. Tais fatos não podem ser ignorados, sob pena de se destoar por completo das hipóteses em que esta Corte vem aplicando o princípio da insignificância, pois o emprego de arrombamento e escalada, além da violação de domicílio, para a prática de furto, caracteriza ofensa ao bem jurídico tutelado pela norma penal.

4. É cediço que a pena-base deve ser fixada concreta e fundamentadamente (art. 93, IX, CF), de acordo com as

circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do delito.

5. Na espécie, não se vislumbra a existência de constrangimento ilegal a ser sanado na via estreita do *writ*, porquanto a pena-base fora estabelecida acima do mínimo legal de maneira fundamentada, com lastro em elementos idôneos, atendendo ao princípio da proporcionalidade.

6. Ordem denegada. (STJ, HC 245.397/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 16/08/2012, DJe 27/08/2012)

A propósito, colaciono trecho do voto da Excelentíssima Senhora Ministra do Supremo Tribunal Federal Rosa Weber, quando do julgamento do Habeas Corpus de nº 107.860, do Distrito Federal:

Ora, a dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal e as leis extravagantes não estabelecem rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para tanto.

Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas. Às Cortes Superiores, no exame da dosimetria das penas em grau recursal, compete o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, bem como a correção de eventuais discrepâncias, se gritantes e arbitrárias, nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias inferiores”.

Como já mencionado, da simples leitura do trecho acima colacionado vejo que o Magistrado estabeleceu a sanção de forma incorreta, considerando desfavoráveis ao agente o fato de haver praticado o crime em momento em que ingeria bebida alcoólica, situação que demonstra exacerbada irresponsabilidade, com uma faca – instrumento com maior potencial de ofensividade, observado o fato de que o motivo da agressão se evidencia por demais irrisório, ínfimo, sendo a atitude do réu a ele totalmente desproporcional - atingiu a vítima pelas costas em razão de uma aposta, da qual saíra perdedor e, portanto, devedor da quantia de R\$ 2,00.

Importante observar que *É inviável mensurar matematicamente o aumento da pena-base, de forma a se atribuir igual acréscimo de pena para cada circunstância judicial considerada negativa. A lei confere ao julgador certo grau de discricionariedade na análise das circunstâncias judiciais, devendo ser avaliado se a fundamentação exposta é proporcional e autoriza a fixação da pena-base no patamar escolhido.* (STJ, HC 173.608/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 04/09/2012, DJe 17/09/2012).

Estabelecida, então, a reprimenda básica em três anos e dois meses de reclusão, foi atenuada em seis meses por força da norma contida no art. 65, III, "d", do Código de Processo Penal, a qual restou definitivamente fixada em dois anos e oito meses à míngua de causas de aumento e de diminuição que a pudessem modificar.

Quero dizer, então, que não tenho por injusta essa pena finalmente fixada, considerando inclusive, que a conduta bem se aproxima de uma tentativa de homicídio, inclusive qualificado, porque a vítima foi atingida com uma faca de cinco polegadas – aproximadamente 12,5 cm, na região do hemitórax, pelas costas, conduta essa por demais grave – com o bem afirmou o Magistrado, num ato de covardia. Desta feita, tenho que nada há que sere reparado quanto a esse ponto.

Por fim, no que tange ao pedido de execução da pena em regime aberto, não há motivos para dele conhecer, considerando que a medida já foi adotada na origem. Ora, então tal argumento padece de carência de interesse, evidenciando-se sem qualquer utilidade a análise dos argumentos expostos com o fim se proceder à mudança de regime.

Falta-lhe, portanto, o interesse recursal, pautado na inutilidade de apreciação apreciação do recurso, sendo inócua qualquer medida nesse sentido.

Na lição de Nélson Nery Júnior:

"Existe interesse processual quando a parte tem necessidade de ir a juízo para alcançar a tutela pretendida e, ainda, quando

essa tutela jurisdicional pode trazer-lhe alguma utilidade do ponto de vista prático¹.

Com efeito, o interesse de agir deve estar presente durante todo o decurso processual, sob pena de extinção do feito sem resolução de mérito, o que não é o caso. Na fase recursal não será diferente, sendo inócuo o conhecimento do recurso quando não trará qualquer modificação/benefício.

Em casos semelhantes, em que a pretendida reforma do *decisum* não aproveita de forma alguma ao recorrente, já se decidiu, por reiteradas vezes em casos assemelhados:

JÚRI. HOMICÍDIO QUALIFICADO E CRIME CONEXO DE PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. CONDENAÇÃO. RECURSO DA DEFESA. PRELIMINARES: LEITURA DE POESIA E ILUSTRAÇÃO COM HISTÓRIAS EM QUADRINHO. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO ART. 479 DO CPP; IRREGULARIDADE NA FORMULAÇÃO DE QUESITO ÚNICO SOBRE A TESE DE HOMICÍDIO CULPOSO; E VÍCIO NA COMPOSIÇÃO DO CONSELHO DE SENTENÇA, JURADOS ESTRANHOS AO ROL DOS SORTEADOS PARA SERVIR NA 2ª REUNIÃO PERIÓDICA DO TRIBUNAL DO JÚRI. NULIDADES RELATIVAS EVENTUALMENTE OCORRENTES DURANTE O JULGAMENTO PELO TRIBUNAL POPULAR QUE NÃO FORAM IMPUGNADAS A TEMPO E MODO OPORTUNOS (ART. 571, V e VIII, CPP), COM A NECESSÁRIA COMPROVAÇÃO DO EFETIVO PREJUÍZO. PRECLUSÃO. MÉRITO: PRETENDIDA NULIDADE DO JULGAMENTO POR NÃO TER SIDO RECONHECIDA A PRÁTICA DE HOMICÍDIO SIMPLES PRIVILEGIADO, BEM COMO POR NÃO TER SIDO APLICADO O PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO DO PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO PELO HOMICÍDIO. INOVAÇÃO. TESES QUE NÃO FORAM APRESENTADAS NOS DEBATES EM Plenário e que, CONSEQUENTEMENTE, NÃO FORAM SUBMETIDAS À APRECIÇÃO DO CONSELHO DE SENTENÇA.

1 .Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor; 5ª ed., rev. e ampla., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 711.

INOPORTUNIDADE. INSURGÊNCIA CONTRA A DOSIMETRIA DA PENA. SANÇÃO PENAL FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. NÃO CONHECIMENTO NESTES PONTOS. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (TJ-SC - ACR: 336140 SC 2010.033614-0, Relator: Newton Varella Júnior, Data de Julgamento: 18/10/2011, Primeira Câmara Criminal, Data de Publicação: Apelação Criminal n. , de Itajaí)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. ART. 302, III, DA LEI Nº 9.503/97. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO PARCIAL SUSCITADA PELA PROCURADORIA DE JUSTIÇA. AUSÊNCIA DE SUCUMBÊNCIA E HIPOSSUFICIÊNCIA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO. ACOLHIMENTO. MÉRITO. PRETENDIDA EXCLUSÃO DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO INCISO II DO ART. 302. IMPOSSIBILIDADE. TESTEMUNHAS EM HARMONIA COM OS DEMAIS ELEMENTOS DE PROVA CONSTANTES DOS AUTOS. IMPROVIMENTO DO APELO. 01. Não há interesse de agir quando o pedido feito pelo recorrente consta da parte dispositiva da sentença, por manifesta ausência de interesse recursal, e em consequência inexistência de sucumbência. 02. Os pedidos referentes ao cumprimento da pena pecuniária devem ser analisados pelo juízo da execução, a quem compete aferir a situação econômica do réu e demais requisitos a serem observados. 03. Os depoimentos testemunhais harmônicos e coerentes aliados às demais provas carreadas aos autos, são hábeis a respaldar uma condenação. 04. Apelo improvido. PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO MAJORADO. USO DE ARMA DE FOGO. ART. 157, § 2º, I E II DO CP. PRELIMINAR. NÃO CONHECIMENTO PARCIAL DO RECURSO. JUSTIÇA GRATUITA. COMPETÊNCIA DA EXECUÇÃO PENAL. ACOLHIMENTO. MÉRITO. PRETENDIDA EXCLUSÃO DA MAJORANTE DA ARMA DE FOGO. IMPOSSIBILIDADE. CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE. DESNECESSIDADE DE APREENSÃO. PRECEDENTES. IMPROVIMENTO DO APELO. 01.

Compete ao juízo da execução averiguar a pobreza do réu e decidir sobre a gratuidade da justiça, não podendo o recurso ser conhecido nesta parte. 02. Caracteriza-se a majorante da arma de fogo independente de apreensão e verificação da capacidade lesiva, quando houver realmente intimidação da vítima, nos termos do arcabouço probatório carreado aos autos. (Apelação Criminal nº , Rel. Des. Rafael Godeiro, Dj. 17/05/2011) (TJ-RN - ACR: 112522 RN 2009.011252-2, Relator: Des. Rafael Godeiro, Data de Julgamento: 14/06/2011, Câmara Criminal)

APELAÇÃO CRIME. ROUBO MAJORADO. CONCURSO DE PESSOAS. 1. PRELIMINAR. NULIDADE DO AUTO DE AVALIAÇÃO. INOCORRÊNCIA. (...). 2. ÉDITO CONDENATÓRIO. MANUTENÇÃO. (...). 3. MAJORANTES. CONCURSO DE PESSOAS. MANUTENÇÃO.

O concurso de pessoas restou assente pelo relato da vítima e dos policiais que efetivaram a prisão em flagrante, atestando a divisão de tarefas dos dois agentes, um, entrando no estabelecimento e praticando o roubo, e, o outro, aguardando em uma motocicleta, viabilizando a fuga e o êxito da empreitada criminosa. Desnecessidade da comprovação do prévio ajuste. Majorante mantida. EMPREGO DE ARMA. Não conhecimento do recurso da defesa de João, no ponto, na medida em que não houve condenação pela majorante do emprego de arma. 4. PENA. DOSIMETRIA. (...). 5. REGIME. ACUSADO LUCA. ERRO MATERIAL. (...). PRELIMINAR REJEITADA. APELO DA DEFESA DO RÉU JOÃO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NA PARTE EM QUE CONHECIDO, IMPROVIDO. APELO DA DEFESA DO CORRÉU LUCA PARCIALMENTE PROVIDO PARA, CORRIGINDO-SE ERRO MATERIAL, FAZER CONSTAR O REGIME INICIAL SEMIABERTO PARA CUMPRIMENTO DA PENA, MANTIDAS AS DEMAIS DISPOSIÇÕES DA SENTENÇA. (Apelação Crime Nº 70057225229, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Fabianne Breton Baisch, Julgado em 27/08/2014) (TJ-RS - ACR: 70057225229 RS , Relator: Fabianne Breton Baisch, Data de Julgamento: 27/08/2014, Oitava Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 24/09/2014)

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - HOMICÍDIO TENTADO DESCLASSIFICADO PARA DISPARO DE ARMA DE FOGO - REFORMA DA DECISÃO - FALTA DE INTERESSE RECURSAL - AUSÊNCIA DE SUCUMBÊNCIA PARA A DEFESA - NÃO-CONHECIMENTO.

Não se conhece do recurso por falta de interesse recursal se a decisão desclassificatória beneficiou o réu, alterando a capitulação da denúncia de crime doloso contra a vida para o crime de disparo de arma de fogo, menos grave, não havendo sucumbência para a defesa. (TJ-MG , Relator: Júlio Cezar Guttierrez, Data de Julgamento: 10/06/2013, Câmaras Criminais / 4ª CÂMARA CRIMINAL)

DECISÃO: ACORDAM os Desembargadores integrantes da Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em conhecer parcialmente e, na parte conhecida, negar provimento, aos recursos de Apelação Crime, interpostos pelos réus Jackson Sebastião Pinto e Mateus Pereira. EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - ROUBO MAJORADO (ART. 157, § 2º, II, DO CÓDIGO PENAL)- SENTENÇA CONDENATÓRIA - NÃO CONHECIMENTO DA REANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS - PENA FIXADA NO MÍNIMO LEGAL - FALTA DE INTERESSE RECURSAL - AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVA COMPROVADA ATRAVÉS DE DEPOIMENTO DAS VÍTIMAS E TESTEMUNHAS - INAPLICAÇÃO DO *IN DUBIO PRO REO* - IMPOSSIBILIDADE - ELEMENTOS DE PROVAS SUFICIENTES PARA CONDENAÇÃO - RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NA PARTE CONHECIDA, NÃO PROVIDO. (TJPR - 5ª C.Criminal - AC - 1182316-8 - União da Vitória - Rel.: Maria Mercis Gomes Aniceto - Unânime - - J. 16.10.2014) (TJ-PR - APL: 11823168 PR 1182316-8 (Acórdão), Relator: Maria Mercis Gomes Aniceto, Data de Julgamento: 16/10/2014, 5ª Câmara Criminal, Data de Publicação: DJ: 1445 31/10/2014)

Assim está previsto no Código de Processo Penal:

Art. 577. O recurso poderá ser interposto pelo Ministério Público, ou pelo querelante, ou pelo réu, seu procurador ou seu defensor.

Parágrafo único. Não se admitirá, entretanto, recurso da parte que não tiver interesse na reforma ou modificação da decisão.

Comentando a matéria, Heráclito Mossin, *in* Recurso em Matéria Criminal, Doutrina, Jurisprudência, Modelos de Petição, 4ª ed, Ed. Manole, SP, p. 22:

Os pressupostos recursais subjetivos dizem respeito às pessoas que podem recorrer. Ao tratar da titularidade ativa recursal dispõe o art. 577, do Código de Processo Penal: "O recurso poderá ser interposto pelo Ministério Público, ou pelo querelante, ou pelo réu, seu procurador ou seu defensor". Quanto ao interesse recursal aduz o parágrafo único da precitada norma processual penal: "Não se admitirá, entretanto, recurso da parte que não tiver interesse na reforma ou modificação da decisão", conforme, alias, já ponderado anteriormente quando da dissertação sobre sucumbência.

Portanto pela conjugação de ambos os preceitos processuais transcritos, não basta para recorrer que o sujeito processual tenha titularidade ativa recursal, mas deve ter ele também legítimo interesse na reforma ou modificação da decisão, o que só se verifica quando a sentença ou decisão produzir-lhe sucumbência.

Como assentado por Fernando Tourinho Costa Filho, "Os pressupostos subjetivos são atinentes à pessoa do recorrente. São de duas ordens: a) interesse e legitimidade. A parte não pode recorrer se não houver interesse na reforma. Assim, da sucumbência exsurge o interesse na modificação do ato jurisdicional. Ao lado do interesse, a legitimidade, isto é, a pertinência subjetiva dos recursos, vale dizer, somente a parte lesionada pela decisão a parte que sofreu o gravame, é que poderá recorrer".

Em consonância com a lição externada por Paulo Rangel "interesse significa dizer que a lesão ou ameaça ao direito que não foi reparado pela decisão somente poderá ser convalidada se houver, novamente, intervenção do Estado-juiz, agora, em segundo grau de jurisdição" ..

Ainda, centrado no mesmo interesse predito, afirma Bento de Faria que aquele não se verifica quando: "a) o recorrente alega razões respeitantes a outra parte; b) ou a decisão não é suscetível de ocasionar-lhe prejuízo; c) ou quando a decisão embora injusta, lhe seja vantajosa"..

Destarte, deixo de conhecer desse pleito relativo ao regime de execução da pena.

Isso posto, em parcial consonância com o parecer da Procuradoria de Justiça, conheço parcialmente do recurso e na extensão conhecida, nego-lhe provimento.

Fortaleza, 7 de março de 2018.

0006258-79.2006.8.06.0064 APELAÇÃO CRIMINAL

APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ

APELADO: JOSÉ VILERES CORDEIRO

RELATORA: DESEMBARGADORA MARIA EDNA MARTINS

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIO TENTADO. ANULAÇÃO DO JULGAMENTO. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. VERSÃO ACOLHIDA PELOS JURADOS ENCONTRA RESPALDO NA PROVA COLIGIDA. ACOLHIMENTO DO QUESITO ABSOLUTÓRIO GENÉRICO INDEPENDENTE DA TESE DA DEFESA. POSSIBILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Em decorrência do princípio da soberania dos veredictos, a anulação do julgamento do Conselho de Sentença, sob a alegação de manifesta contrariedade à prova dos autos, somente é possível quando a decisão dos jurados estiver completamente divorciada dos elementos de convicção constantes dos autos, o que não ocorreu no caso em análise.
2. Os jurados podem acolher uma das teses apresentadas, em detrimento de outras, por lhes parecer a que melhor amparo encontra na prova coligida, o que, por si só, não enseja a anulação do julgamento por contrariedade à prova dos autos.
3. A absolvição pelos jurados encontra respaldo na produção probante levada a efeito durante a instrução criminal, não se havendo falar em decisão inteiramente contrária à prova dos autos.

4. A viabilidade da absolvição por clemência ou qualquer outro motivo de foro íntimo dos jurados é decorrência lógica da própria previsão legal de formulação de quesito absolutório genérico, ou seja, não está vinculado a qualquer tese defensiva específica, sendo votado obrigatoriamente mesmo quando o Júri já reconheceu a materialidade e a autoria. (STJ, HC 350895/RJ)

5. Recurso a que se nega 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, porém para negar-lhe provimento, nos termos do voto da Relatora.

Fortaleza, 9 de março de 2018.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Criminal interposta pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO** em face da decisão do Tribunal do Júri que absolveu o recorrido da acusação pelo crime de homicídio tentado.

Aduz o ente ministerial que a decisão do Conselho de Sentença é manifestamente contrária à prova dos autos. Alega que a dinâmica do crime foi presenciada por diversas pessoas, as quais narraram em uníssono a prática delitiva. Argumenta que a prova testemunhal acusatória somente foi contraditada pela versão apresentada pelos réus e pela esposa de um deles. Acrescenta que os disparos efetuados pelas costas não caracterizam a tese da legítima defesa, não defendida em plenário.

Prossegue aduzindo que o quesito obrigatório sobre a absolvição do acusado não confere aos jurados liberdade absoluta para desafiar a atividade probatória.

Requereu o provimento do recurso para anular a sentença recorrida para que o réu seja submetido a novo julgamento.

Contrarrazões às fls. 286/292.

A Procuradoria Geral de Justiça se manifestou às fls. 309/314, pelo conhecimento e provimento do apelo.

É o relatório.

À douta revisão.

VOTO

A apelação baseada no art. 593, inciso III, alínea “d”, do Código de Processo Penal é recurso de fundamentação vinculada, devendo a parte interessada na reforma da decisão proferida pelo Tribunal do Júri demonstrar, de forma fundamentada, o alegado divórcio entre a decisão prolatada e a prova dos autos, num verdadeiro exercício silogístico.

Tal exigência se faz com base no princípio da soberania dos veredictos, que é um dos nortes que balizam as decisões oriundas do Conselho de Sentença que, por sua vez, se alicerça no sigilo do voto e do local da votação, justamente para proteger a imparcialidade na atuação dos juízes leigos, que são os juízes naturais para julgar questões que envolvam crimes dolosos contra a vida, conexos ou não com outras infrações penais.

Consequentemente, para se anular uma decisão deste jaez, não basta apenas a alegação de que o julgamento não respeitou a prova produzida nos autos, até mesmo porque tal análise se dá em razão do princípio da íntima convicção dos jurados. Assim, a mera dúvida na análise da prova ou mesmo a divergência apontada na votação de determinado quesito não autoriza dizer que a decisão é completamente divergente dos elementos de informação contidos nos autos da ação penal.

Desse modo, faz-se mister demonstrar a alegada contrariedade manifesta, explícita, inegável, entre a decisão objeto da impugnação e a

prova dos autos, conforme sedimentado na jurisprudência. A propósito, o enunciado da Súmula 6 deste egrégio Tribunal de Justiça, *litteris*:

As decisões dos jurados, em face do princípio constitucional de sua soberania, somente serão anuladas quando inteiramente contrárias à prova dos autos.

A soberania do Tribunal do Júri, assegurada pelo art. 5o, XXXVIII, “c”, da Constituição Federal, confere ao Conselho de Sentença o direito e a liberdade de optar por uma das versões plausíveis sobre os fatos narrados na denúncia e, como ocorreu no caso concreto, acolher a tese da legítima defesa levantada pelo recorrido, o que não configura decisão manifestamente contrária à prova dos autos, não ensejando nulidade.

No ponto, pacífica é a jurisprudência dos Tribunais Superiores, conforme ilustram os arestos abaixo colacionados:

“Não se anula julgamento proferido pelo Tribunal do Júri por eventual fragilidade das provas, mas tão somente quando os jurados decidem sem nenhum lastro nas provas dos autos, o que não se verifica na espécie.” (STJ, AgRg no AREsp 770400/ES, Rel. Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, DJe 17/05/2016)

“Só se anula julgamento proferido pelo Tribunal do Júri, com fundamento no art. 593, inciso III, alínea d, do Código de Processo Penal, nas hipóteses em que a decisão do Conselho de Sentença é arbitrária, dissociando-se completamente da prova dos autos, o que não ocorre quando os jurados, amparados pelo conjunto probatório existente, optam por uma das versões apresentadas, como no caso destes autos.” (STJ, AgRg no AREsp 36407/RS, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe 07/03/2014)

“A conclusão do Júri, quando não totalmente dissociada das provas dos autos, posto configurar uma das versões extraíveis do conjunto probatório, não implica sua anulação, sob pena de desrespeito à soberania dos veredictos insculpida na Constituição Federal (art. 5º, inciso XXXVIII, letra ‘c’). Precedentes: HC 83961/MS Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, J. 9/03/2004, 2ª Turma; HC 83838/MG, Rel. Min. ELLEN

GRACIE, J. 02/03/2004 2ª Turma; HC 82447/RJ, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, J. 20/05/2003 2ª Turma; HC 74562/SP, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, J. 22/10/1996, 1ª Turma.” (STF, RE 594104 AgR-AgR/MT, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe-094 19/05/2011)

Da análise do acervo probatório produzido durante a instrução criminal se constata que o ente ministerial não logrou êxito em comprovar a alegação de que a decisão dos jurados é inteiramente contrária à prova dos autos.

Nesse sentido, ao ser interrogado perante o juiz monocrático (fls. 71/72), o recorrido respondeu:

“(...) não é verdadeira a acusação que me é feita; (...) no dia do fato, eu estava na casa do outro acusado, o Sr. Jaime, quando a vítima chegou no portão armado com uma faca e entrou na casa do Sr. Jaime de faca em punho; (...) quando vejo a vítima entrando na casa de arma em punho e sem autorização do dono, eu pego um revólver que estava na estante e disparo duas vezes contra a vítima, não com intenção de matá-la, pois os tiros foram na direção das pernas da vítima; fiz isso apenas para defender a mim e ao outro acusado, como também sua esposa que são pessoas já de idade; eu não saí em perseguição à vítima nem me aproximei e efetuei mais disparos que não se concretizaram pelo motivo do revólver ter ‘batido o catolé’ (...)”

Corroborando com a versão defensiva apresentada pelo recorrido, a testemunha Maria Juraci da Silva afirmou às fls. 95:

“(...) estava em casa, na cozinha, batendo bolo quando vi a vítima forçando o portão da minha casa com a faca na mão; eu então adverti o acusado Jaime (meu marido) que a vítima iria lhe matar; a vítima quando já estava no alpendre gritou dizendo que ia matar o acusado Jaime; eu corri para dentro da casa e não vi no momento e nem sei o que aconteceu; quando eu retornei pra fora, a vítima já tinha saído da minha casa; ouvi barulho de tiro, mas não sei quem efetuou os disparos; (...)”.

No mesmo diapasão é o relato da testemunha de defesa Walmir Souza Menezes, prestado às fls. 101:

“(...) eu estava na minha residência e vi quando a vítima por várias vezes tentou entrar na casa do acusado Jaime; a vítima sempre era impedido por uma mulher de entrar na casa do acusado Jaime; (...) quando a vítima tenta pela última vez ingressar na casa de Jaime, ele foi impedida por uma outra pessoa que estava na companhia do acusado Jaime; essa pessoa impediu que a vítima entrasse na casa de Jaime, atirando; (...) com os tiros, a vítima desistiu de entrar na casa do acusado Jaime; (...)”.

Ao ser interrogado em plenário (DVD), o recorrido reiterou as afirmações prestadas em seu anterior interrogatório perante o juiz singular.

Impende ressaltar que cabe exclusivamente ao Conselho de Sentença, constitucionalmente designado para julgar os crimes dolosos contra a vida, a escolha entre as teses possíveis, podendo os jurados acolher qualquer uma delas, em detrimento de outras, por lhes parecer a que melhor amparo encontra na prova coligida, não ensejando a anulação do julgamento por contrariedade à prova dos autos.

In casu, não se pode afirmar que a hipótese acolhida pelos jurados encontra-se completamente divorciada dos elementos de convicção. Ao contrário, a versão albergada encontra suporte na prova dos autos, como acima demonstrado, não cabendo a esta Corte sequer analisar se esta é a versão mais verossímil ou a mais acertada, em virtude do princípio da soberania dos veredictos, cabendo, apenas, perscrutar se existe algum elemento de prova capaz de amparar a tese abraçada pelo Conselho de Sentença.

Portanto, existindo amparo probatório para a tese acatada pelos jurados, resta claro que a decisão não foi arbitrária ou manifestamente contrária à prova dos autos, afastando a possibilidade de anulação do julgamento.

Acerca do quesito genérico que versa sobre a absolvição do acusado, inicialmente cumpre pontuar que não há contradição no fato de

os jurados reconhecerem a materialidade e a autoria do crime de homicídio tentado e mesmo assim absolverem o acusado, independente de qualquer tese apresentada pela defesa, haja vista que o § 2º do art. 483 do Código de Processo Penal determina que, respondidos afirmativamente por mais de 3 (três) jurados os quesitos relativos à materialidade do fato e à autoria ou participação, será formulado quesito com a seguinte redação: “O jurado absolve o acusado?”.

Assim, tratando-se de quesito obrigatório expressamente previsto na norma adjetiva penal, não se pode dizer que há contradição dos jurados quando absolvem o réu, ainda que tenham reconhecido a materialidade e a autoria ou participação. Do contrário não haveria sequer motivos para a previsão legal da formulação do quesito em comento, cuja *ratio essendi* é propiciar ao Conselho de Sentença, soberanamente, no exercício da íntima convicção dos jurados, acolherem, ou não, as diversas teses defensivas eventualmente levantadas em cada caso.

Acerca do tema, vale conferir a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“Relativamente à suposta contradição intrínseca da decisão, ou seja, suposta incompatibilidade entre as respostas aos quesitos, o fundamento do Tribunal *a quo* destoa da jurisprudência consolidada desta Corte Superior. Após as modificações no rito do Tribunal do Júri introduzidas pela Lei n. 11689/2008 a quesitação aberta da absolvição não pode ser tida contraditória em relação ao reconhecimento da autoria e materialidade do crime. Precedentes.” (HC 196966/ES, Rel. Min. JOEL ILAN PACIORNIK, DJe 17/10/2016)

“A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que o art. 483, inciso III, do Código de Processo Penal traduz uma liberalidade em favor dos jurados, os quais, soberanamente, podem absolver o acusado mesmo após terem reconhecido a materialidade e autoria delitivas, e mesmo na hipótese de a única tese sustentada pela defesa ser a de negativa de autoria. Precedentes. (AgRg no REsp 1490467/DF, Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, DJe 01/06/2016)

“1. O art. 483, III, do CPP, após a alteração promovida pela Lei 11.689/2008, prevê o quesito de absolvição genérica, independentemente da tese sustentada pela defesa em plenário. 2. Trata-se de quesito obrigatório, não se revelando contraditório com a resposta afirmativa ao primeiro e segundo quesitos de materialidade e autoria.” (AgRg no REsp 1215688/DF, Rel. Min. NEFI CORDEIRO, DJe 03/11/2015)

“Esta Corte tem decidido que, embora os jurados tenham respondido positivamente aos quesitos da autoria e da materialidade, é possível a absolvição do réu amparada em qualquer tese defensiva, ainda que não sustentada em plenário, como decorrência lógica do sistema da íntima convicção e consagrado na norma insculpida no inciso III do art. 483 do Código de Processo Penal (Precedente).” (AgRg no AgRg no REsp 1308258/DF, Rel. Min. RIBEIRO DANTAS, DJe 22/10/2015)

Vale ainda registrar que como decorrência lógica da previsão legal contida no art. 483, III, do Código de Processo Penal, no Tribunal do Júri também é possível, em tese, a absolvição do réu por clemência ou qualquer outro motivo de foro íntimo dos jurados, independente de qualquer tese defensiva específica, somente sendo cabível a anulação do veredicto absolutório em casos que tais quando não houver nenhuma prova que lhe desse suporte e quando demonstrado que a aplicação da clemência estaria desprovida de qualquer elemento fático que autorizasse sua concessão.

Nesse sentido é entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

“2. O Superior Tribunal de Justiça tem jurisprudência firme no sentido de que o quesito absolutório é genérico, ou seja, deve ser formulado independentemente das teses apresentadas em Plenário, em observância ao princípio da plenitude da defesa e soberania dos veredictos.
(*omissis*)

4. A viabilidade da absolvição por clemência ou qualquer outro motivo de foro íntimo dos jurados é decorrência lógica da própria previsão legal de formulação de quesito absolutório

genérico, ou seja, não está vinculado a qualquer tese defensiva específica, sendo votado obrigatoriamente mesmo quando o Júri já reconheceu a materialidade e a autoria.

5. A possibilidade de absolvição por clemência traz um diferencial a mais quando se trata de anular o veredicto por suposta contrariedade à provas dos autos, quando aquela for postulada pela defesa. Nessa hipótese, deverá o Tribunal de Apelação, além de evidenciar concretamente que o veredicto absolutório não encontra nenhum respaldo nas provas dos autos, também demonstrar que a aplicação da clemência está desprovida de qualquer elemento fático que autorize a sua concessão.” (HC 350895/RJ, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Rel. p/ Acórdão Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe 17/05/2017)

“1. Não se atrela o quesito da absolvição genérica a esta ou aquela tese debatida durante o julgamento da causa, tratando-se de quesito obrigatório. Assim, independentemente do fundamento, os jurados estão aptos ao exercício da absolvição, pois decidem de acordo com a sua íntima convicção.

2. Na hipótese dos autos, a absolvição do acusado não pode ser considerada contraditória, uma vez que embasada em elementos de provas colhidos nos autos e por corresponder a uma das possibilidades asseguradas aos jurados.” (AgRg no REsp 1548434/RS, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe 27/05/2016)

Diante do exposto, conheço do apelo, mas para negar-lhe provimento, mantendo incólume a sentença recorrida.

É como voto.

Fortaleza, 9 de março de 2018.

PROC. 0033122-37.2015.8.06.0001 APELAÇÃO CRIMINAL
APELANTE: SANDER ÍTALO MAGALHÃES ALBUQUERQUE
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
RELATORA: DESEMBARGADORA MARIA EDNA MARTINS

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 157, § 3º, DO CPB. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DEPOIMENTOS FIRMES, COESOS E CONVERGENTES DAS TESTEMUNHAS. PROVA PERICIAL. DEPOIMENTO POLICIAL. VALIDADE. PRECEDENTES. DOSIMETRIA. ATENUANTE DA MENORIDADE NÃO RECONHECIDA. FLAGRANTE ILEGALIDADE. REDUÇÃO *EX OFFICIO*. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A autoria do crime latrocínio restou devidamente comprovada pela produção probante levada a efeito durante a instrução processual. Os depoimentos firmes, coesos e convergentes das testemunhas, corroborados pelo exame pericial balístico, mostram-se hábeis para comprovar a tese da acusação.

2. Não há ilegalidade na condenação penal baseada nos depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão do acusado, desde que submetidos ao crivo do contraditório e corroborados por outros meios de prova. Precedentes.

3. A defesa não se desincumbiu de comprovar o alegado alibi, havendo prova robusta em contrário, restando inviável a súplica absolutória.

4. Não acolhida a alegação de negativa de autoria.

5. A manifesta ilegalidade verificada na fixação da pena do apelante, consistente do não

reconhecimento da menoridade do acusado à época do fato, autoriza, de ofício, a reforma da dosimetria.

6. Recurso a que se nega provimento, reduzida de ofício a pena do apelante pela aplicação da atenuante prevista no inciso I, primeira parte, do art. 65 do CPB.

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, porém para negar-lhe provimento, reduzida *ex officio* a pena do apelante de 22 (vinte e dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 15 (quinze) dias-multa para 20 (vinte) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, nos termos do voto da Relatora.

Fortaleza, 9 de março de 2018.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Criminal interposta por SANDER ITALO MAGALHÃES ALBUQUERQUE contra a sentença de fls. 288/299, que o condenou como incurso nas penas previstas no art. 157, § 3o, do Código Penal.

Alega o recorrente que nada restou comprovado acerca da autoria do delito. Aduz que não há nos autos nenhuma testemunha que tenha presenciado o crime imputado ao recorrente. Argumenta que sempre negou a sua participação no cometimento do latrocínio lhe imputado.

Requeru o provimento do recurso para absolver o apelante.

Contrarrazões às fls. 342/345.

A Procuradoria Geral de Justiça se manifestou às fls. 372/383 pelo conhecimento e não provimento do recurso.

É o relatório.

À douta revisão.

VOTO

A materialidade e a autoria do crime de latrocínio restaram devidamente comprovadas pela produção probante levada a efeito durante a instrução processual. A prova pericial e os depoimentos firmes, coesos e convergentes das testemunhas mostram-se hábeis para comprovar a tese da acusação.

A materialidade encontra-se documentalmente comprovada através Auto de Apresentação e Apreensão de fls. 41, do Termo de Restituição de fls. 42, além do Laudo de Exame de Corpo de Delito (cadavérico) de fls. 56/58, corroborado pelo Laudo Pericial de fls. 72/82, comprobatório de que o projétil que atingiu a vítima fatal saiu da arma apreendida com o acusado.

A autoria delitiva encontra-se devidamente comprovada através dos depoimentos das testemunhas colhidos em em sede inquisitorial e perante a autoridade judicial.

Nesse sentido, a testemunha José Raimundo Nunes da Silva afirmou em Juízo que no dia do fato estava consertando o telhado da casa de sua patroa, que fica de frente para casa da noiva da vítima. Relatou que viu a vítima sair para fumar um cigarro e que ouviu a zoadá de um carro que passou e escutou uma pessoa dizendo “*encosta, encosta*”. Disse que ouviu um estampido e um vulto de uma pessoa passando. Afirmou que um rapaz de uma caminhonete presenciou o crime. Relatou que eram duas pessoas e que um deles lhe disse “*se deita, coroa*” e se deitou em cima das telhas. Afirmou que quando se deitou não viu mais nada. Confirmou que um dos homens ficou no meio da rua e que um deles era alvo e de estatura média (depoimento gravado nos autos digitais).

Vale ressaltar que na Delegacia Policial a testemunha acima reconheceu o acusado como sendo um sujeito com traços semelhantes aos de um dos que participaram do crime, contudo, não tendo como ser taxativo, uma vez que logo que recebeu a ordem para abaixar a cabeça não mais ousou olhar para os executores, conforme se vê do Auto de Reconhecimento Fotográfico de fls. 91/92.

Perante a autoridade policial (fls. 47/48) a testemunha Vladson Lima Barros Leal afirmou que no dia 22/02/2015 por volta das 15:40 estava trafegando em sua L200 de cor prata na Rua Margarida de Queiroz, no bairro Cidade dos Funcionários, quando a uns setenta metros de distância avistou dois elementos entrando num carro preto, não tendo certeza se era celta, não deu para ver a placa, mas viu que os dois rapazes entraram rapidamente no carro e saíram, não deu para ver se entraram na porta traseira ou dianteira, pois estava longe e nem deu para identificar características dos indivíduos por conta da distância, mas deu para perceber que eram dois rapazes magros. Disse que ao baixar o vidro de seu carro ouviu gritos vindos da casa de nº 839, e viu sangue já passando para a calçada de fora. Relatou que desceu de seu carro e foi até lá para ver o que estava acontecendo e que no chão se encontrava um rapaz perdendo muito sangue com perfuração na bochecha e o depoente ainda tentou ajudar a estancar o sangue. Disse que não ouviu tiro e quando entrou na rua já havia “*acontecido o ocorrido*”.

A pedido da representante do Ministério Público foi ouvido na audiência de fls. 206 o delegado da 4ª DHPP, George Ribeiro Monteiro de Almeida, o qual afirmou que o crime ocorreu em um sábado à tarde e que posteriormente tomou conhecimento. Relatou que na segunda-feira se dirigiu com sua equipe para efetuarem investigações, tomaram conhecimento dos fatos e conseguiram identificar algumas câmeras que gravaram as cenas. Disse que uma pessoa informou que estaria fazendo uma reforma de uma casa na frente de onde se deu o ocorrido. Afirmou que referida pessoa reconheceu um dos indivíduos por fotografia. Relatou que o acusado já havia sido preso pela Divisão de Homicídios pela prática de outros crimes e que já era velho conhecido dos investigadores. Disse que dias após o acusado foi preso na posse de uma arma. Relatou que ficou aguardando o resultado do exame de balística e que a partir daí deu continuidade às investigações. Afirmou que o laudo foi taxativo em concluir que o projétil havia partido da arma que foi apreendida com o denunciado. Disse que a polícia militar recebeu denúncia do paradeiro do acusado, tendo a arma sido encontrada em seu quarto. Afirmou que o acusado informalmente confessou o latrocínio. Disse que algumas circunstâncias técnicas levaram a polícia a chegar à pessoa do

acusado. Relatou que o relógio e a corrente da vítima ficaram quebrados no próprio local (depoimento gravado nos autos digitais).

Na mesma audiência também foram ouvidos os policiais militares Paulo Sérgio Leandro da Silva, Messias Jair Oliveira dos Santos e Cláudio André da Costa, que participaram da prisão do acusado, os quais relataram em uníssono que foi encontrada uma arma de fogo na residência do denunciado e que o acusado assumiu a propriedade da arma. Afirmaram que quando prenderam o acusado populares informaram que o mesmo teria participado do latrocínio do advogado. Disseram que o acusado era conhecido da área pela prática de assaltos e homicídios (depoimentos gravados nos autos digitais).

Acerca da validade jurídica do depoimento de policiais, vale conferir a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, conforme ilustram os arestos abaixo parcialmente transcritos:

“A jurisprudência desta Corte é assente no sentido de que o depoimento dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante do acusado constitui meio de prova idôneo, mormente quando corroborado em Juízo, razão pela qual não há falar em insuficiência probatória da circunstância utilizada para exasperar a pena-base.” (HC 350398/SP, Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, DJe 01/08/2016)

“O Tribunal *a quo* formou juízo de condenação a partir das provas testemunhais colhidas durante a instrução criminal. Levou em consideração os depoimentos prestados em juízo pelos policiais responsáveis pela prisão em flagrante do recorrente e apreensão da droga encontrada no veículo ocupado por ele e o corréu. Observou que os testemunhos, além de coerentes com aquilo que havia sido colhido na fase extrajudicial, são contundentes em demonstrar a dinâmica do fato delitivo e confirmar o quadro circunstancial refletido pela denúncia.” (EDcl no AgRg no AREsp 595427/SP, Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, DJe 01/06/2016)

“O depoimento dos policiais militares que flagraram o acusado cometendo o ilícito penal constitui meio idôneo a amparar a condenação, conforme já sedimentou esta Corte de Justiça.” (AgRg no AREsp 739749/RS, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe 27/05/2016)

“Não há como afastar a credibilidade dos depoimentos de policiais prestados em juízo, que, juntamente com outras provas submetidas ao contraditório e à ampla defesa, foram utilizados para corroborar o acervo fático-probatório e fundamentar a condenação. Precedentes.” (REsp 1302515/RS, Rel. Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, DJe 17/05/2016)

“O depoimento dos policiais prestado em juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do paciente, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade das testemunhas, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, fato que não ocorreu no presente caso” (HC 165561/AM, Rel. Min. NEFI CORDEIRO, DJe 15/02/2016)

“Esta Corte de Justiça firmou a compreensão de que o depoimento dos agentes policiais responsáveis pela prisão em flagrante do acusado é meio idôneo a amparar sua condenação, mormente quando corroborado em juízo por outros elementos de prova. Precedentes” (AgRg no REsp 1476566/ES, Rel. Min. GURGEL DE FARIA, DJe 20/08/2015)

A testemunha de defesa ouvida na mesma audiência de fls. 206, Alexsandro Magalhães Albuquerque, nada acrescentou ao acervo probatório que pudesse minimamente contrariar a versão acusatória (depoimento gravado nos autos digitais).

Na audiência de fls. 241 foi decretada a revelia do acusado, que em sede inquisitorial (fls. 51) negou a autoria do latrocínio e afirmou que na hora do crime estava acompanhado de uma moça de nome Karina, que disse ter conhecido em um forró e nunca mais a viu.

Em outras palavras, o álibi alegado pelo recorrente, além de improvable, revela-se frágil diante do acervo probatório harmônico e contundente produzido nos autos, incidindo na espécie a regra do art. 156, *caput*, primeira parte, do Código de Processo Penal.

O apelante negou a autoria delitiva, porém sua versão exculpatória não encontra nenhum respaldo na prova produzida nos autos, não podendo prevalecer isoladamente.

A análise da prova produzida nos autos permite concluir que no vertente feito não resta a menor sombra de dúvidas quanto à materialidade e à autoria do crime de latrocínio praticado pelo acusado, estando o édito condenatório devidamente fundamentado e plenamente amparado pelo acervo probatório coligido.

Por outro lado, muito embora não tenha sido sequer ventilado nas razões recursais, constata-se na sentença vergastada grave erro na segunda fase da dosimetria da pena aplicada ao apelante, consistente do não reconhecimento da menoridade do acusado à época dos fatos narrados na exordial delatória, ensejando, diante na natureza flagrante da ilegalidade, a reforma da dosimetria levada a efeito pelo magistrado singular, em conformidade com a jurisprudência abaixo colacionada:

“3. ‘O efeito devolutivo do recurso de apelação criminal encontra limites nas razões expostas pelo recorrente, em respeito ao princípio da dialeticidade que rege os recursos no âmbito processual penal pátrio, por meio do qual se permite o exercício do contraditório pela parte que defende os interesses adversos, garantindo-se, assim, o respeito à cláusula constitucional do devido processo legal’ (HC nº 214.606/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Dje 3.10.12).

(Omissis)

5. Entretanto, **na hipótese, vislumbra-se flagrante ilegalidade apta a autorizar a concessão da ordem de ofício**, pois segundo a atual orientação da Terceira Seção desta Corte, não há preponderância entre a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência.

6. Habeas corpus não conhecido, por ser substitutivo do recurso cabível. **Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a dosimetria da pena**” (HC 155766/MG, Rel. Min. CAMPOS MARQUES (Des. convocado do TJ/PR), DJe 16/04/2013) *(grifos nossos)*

Compulsando-se os autos verifica-se que à época dos fatos narrados na denúncia o réu era menor de 21 (vinte e um) anos de idade, sendo de rigor a aplicação da atenuante prevista no art. 65, I, primeira parte, do Código Penal.

Porém, em conformidade com a Súmula 231 o Superior Tribunal de Justiça, a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal, resultando na pena intermediária redimensionada de 20 (vinte) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, tornada definitiva à míngua de outras causas de influência na fixação da sanção.

Isso posto, conheço do apelo, mas para negar-lhe provimento, reduzindo de ofício a pena do apelante de 22 (vinte e dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 15 (quinze) dias-multa para 20 (vinte) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, mantendo incólume nos demais aspectos a sentença recorrida.

É como voto.

0113748-87.2008.8.06.0001 APELAÇÃO CRIMINAL

APELANTES CLÁUDIO MÁRCIO MARTINS VASCONCELOS E DANIEL ALMEIDA COSTA

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ

RELATORA: DESEMBARGADORA MARIA EDNA MARTINS

EMENTA: APELAÇÕES CRIMINAIS. ROUBO MAJORADO. ART. 157, § 2º, I E II, DO CPB. MATERIALIDADE E AUTORIAS COMPROVADAS. DEPOIMENTOS DA VÍTIMA CORROBORADOS PELA PROVA TESTEMUNHAL. EMPREGO DE ARMA. APREENSÃO E PERÍCIA. DESNECESSIDADE. COMPROVAÇÃO POR OUTROS MEIOS DE PROVA. PRECEDENTES. DOSIMETRIA. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. RAZOABILIDADE DA PENA-BASE NO PATAMAR FIXADO. PRESENÇA DE DUAS MAJORANTES. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 443 DO STJ. APELOS NÃO PROVIDOS. EXPEDIÇÃO DE MANDADOS DE PRISÃO PARA CUMPRIMENTO IMEDIATO DAS PENAS CONFORME ENTENDIMENTO DO STF.

1. A materialidade e as autorias do crime restaram devidamente comprovadas pela produção probante levada a efeito durante a instrução processual. O relato firme e coeso da vítima, corroborado pelos depoimentos das testemunhas de acusação, mostram-se hábeis o suficiente para comprovar os fatos narrados na denúncia.

2. Não há ilegalidade na condenação penal baseada nas declarações das vítimas, desde que submetidas ao crivo do contraditório e corroboradas por

outros meios de prova, como verificado no caso em análise. Precedentes.

3. Inacolhidas as alegações de negativa de autoria.

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. As vetoriais correspondentes à conduta social dos agentes e às circunstâncias do crime não foram adequadamente valoradas, porquanto fundamentadas com base em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva e inerentes ao tipo penal. A vetorial correspondente às consequências do delito encontra-se devidamente fundamentada, com base em elementos concretos do processo. Porém, considerando a única vetorial desfavorável adequadamente analisada, em cotejo com a pena-base fixada, verifica-se que o *quantum* adotado encontra-se dentro dos parâmetros da razoabilidade.

6. A quantidade de majorantes, por si só, não dá ensejo ao aumento da pena em fração acima do mínimo legal. Incidência da Súmula 443 do STJ.

7. Recursos a que nega provimento.

8. 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).

9. Expedição de mandados de prisão para cumprimento imediato das penas.

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 dos recursos, porém para negar-lhes provimento, determinando a expedição de mandados de prisão para cumprimento imediato das penas, nos termos do voto da Relatora.

Fortaleza, 9 de março de 2018.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelações Criminais interpostas por CLÁUDIO MARCIO MARTINS VASCONCELOS e DANIEL ALMEIDA COSTA contra a sentença de fls. 655/668, que os condenou como incurso nas penas do art. 157, § 2o, I e II, do Código Penal.

Aduz o recorrente CLÁUDIO MARCIO MARTINS VASCONCELOS que não há prova suficiente para corroborar a acusação. Argumenta que a sentença recorrida fora fundamentada em provas frágeis, não havendo prova contundente da autoria delitiva.

Prossegue aduzindo que a majorante do uso de arma de fogo foi imputada ao recorrente, todavia não houve produção probatória no sentido de configurá-la. Aduz que não foi encontrada qualquer arma de fogo com o denunciado nem há nos autos qualquer exame pericial acerca da lesividade da suposta arma. Acrescenta que a pena-base foi fixada além do mínimo legal sem circunstâncias que corroborassem a exacerbação.

Requeru a reforma da sentença vergastada para absolver o recorrente. Alternativamente, requereu a redução da pena-base ao mínimo legal e a desconsideração da majorante. Requeru ainda que seja concedido ao apelante o direito de aguardar o julgamento do recurso em liberdade.

Alega o recorrente DANIEL ALMEIDA COSTA que as provas apuradas em instrução criminal são frágeis para embasar o decreto condenatório. Aduz que a suposta arma não foi periciada e a eventual prova testemunhal não supre a necessidade da prova técnica.

Para fins de prequestionamento constitucional e federal, alega que a pena foi aplicada indevidamente, uma vez que não há provas suficientes para condenar o apelante, assim como não há provas para a incidência da majorante do uso de arma.

Requeru a reforma da sentença para absolver a recorrente ou, alternativamente, o afastamento da majorante do emprego de arma.

Contrarrazões às fls. 722/732.

A Procuradoria Geral de Justiça se manifestou às fls. 743/757 pelo conhecimento e não provimento dos apelos.

É o relatório.

À douda revisão.

VOTO

A materialidade e as autorias do crime de roubo majorado pelo emprego de arma e concurso de pessoas restaram devidamente comprovadas pela produção probante levada a efeito durante a instrução processual. As declarações firmes e coesas da vítima, corroboradas pelos depoimentos das testemunhas de acusação, mostram-se hábeis para atestar os fatos narrados na exordial delatória.

Nesse sentido, ao prestar declarações na audiência de instrução criminal de fls. 222, a vítima relatou com riqueza de detalhes a prática delitiva, assim como reconheceu ambos os acusados, valendo transcrever o seguinte excerto:

“QUE reconhece o acusado Daniel, aqui presente, como a pessoa que estava acompanhada de um outro; QUE no dia do fato narrado na denúncia a declarante estava entrando em seu veículo quando foi abordada por dois indivíduos e um deles é o que está presente nesta audiência; QUE o acusado Daniel entrou no banco de trás, enquanto o seu comparsa assumiu a direção do carro e a declarante foi para o banco do passageiro; QUE a declarante das três vezes que se virou para ver o rosto do acusado foi agredida com tapas no rosto e com uma ‘gravata’; QUE a ‘gravata’ dada pelo acusado foi

muito violenta e a declarante pediu que lhe soltasse. QUE o acusado a agarrou em seu busto e que a declarante dizia que doía e que era operada do coração; QUE o acusado soltou o busto da declarante e voltou a agarrar novamente seu pescoço; QUE o acusado, que estava no volante, não era acostumado a dirigir e no vacilo dele quando passou a marcha errada, a declarante pulou do carro ficando muito lesionada: braço, perna e coxa; QUE não foi preciso acionar a polícia porque na hora em que pulou do carro a Ronda do Quarteirão já vinha próximo; QUE a declarante soube que a Ronda já estava a sua procura, isto porque, na hora em que foi abordada em frente à casa de dona Jane, onde seu carro estava parado e a declarante pediu socorro e acredita que tenha sido a dona Jane que acionou a polícia do Ronda. (...); QUE a depoente abriu o maleiro do carro, guardando as joias no interior deste; QUE em seguida a depoente abriu a porta do veículo, lado do motorista, e na oportunidade em que colocava a primeira perna em seu interior, foi surpreendida por um dos assaltantes, com a arma em punho, que foi encostada ao seu pescoço e em outras partes de sua estrutura corporal; QUE mencionado comportamento criminoso partiu do denunciado foragido de nome Cláudio; QUE foi rendida e colocada no banco do passageiro; QUE dentro do carro houve uma pequena luta corporal quando a depoente tentava tomar a chave, que já estava na ignição; QUE quando dominada e colocada no banco do passageiro observou que o comparsa do acusado, no caso, Daniel Almeida Costa, vulgo 'Tiago', ora categoricamente reconhecido nesta audiência e que entrou em seu veículo pela porta de trás, ficando no banco traseiro, logo atrás da declarante; QUE em meio ao desespero da depoente, em luta pela posse da chave do carro com o assaltante que estava na direção do motorista, o acusado Daniel Almeida Costa projetou uma 'gravata' contra o pescoço da depoente com o objetivo de imobilizá-la; (...) QUE dominada, a depoente foi levada em direção às dunas, mais precisamente no espaço físico reservado a festa denominada Fortal; QUE no caminho, a depoente foi ameaçada de morte, afirmando os acusados que iriam levá-la para a Estrada do Fio; QUE realmente, no momento da abordagem, o acusado foragido de nome Cláudio Márcio, ao anunciar o assalto asseverou: 'PASSE

A MALA PRETA COM AS JOIAS. ISSO É UM ASSALTO. TÁ COM OITO DIAS QUE EU LHE CAÇO'; (...); QUE a testemunha Jane Eyre Aires Barreto, moradora da casa onde em seu carro estava parado, reconheceu categoricamente o acusado Daniel Almeida Costa, justificando, inclusive, perante a autoridade policial que tinha sido professora do acusado no colégio que ensinava; (...) QUE acredita que além de dona Jane outras pessoas assistiram o assalto, pois no momento da abordagem gritou veementemente por socorro dizendo que era um assalto; QUE diante dos seus pleitos, os assaltantes disseram: 'que não era um assalto, mas estavam levando essa louca para o hospital'; QUE o patrimônio subtraído jamais foi recuperado; (...); QUE os acusados ainda levaram mil e duzentos reais em espécie, um aparelho celular habilitado e diversos documentos, inclusive de natureza pessoal; (...); QUE seu celular foi rastreado por determinação judicial, sendo localizado na posse do senhor Pedro José do Nascimento, que se encontra preso pela 1ª Vara Criminal de Fortaleza; (...) QUE reconhece a fotografia de fls. 81 dos autos como a pessoa que lhe abordou e passou a dirigir seu carro no dia do fato narrado na denúncia; QUE além da foto dos autos outras fotos de Cláudio foram apresentadas a declarante; QUE foram apresentadas fotos de vários tamanhos na delegacia e a declarante reconheceu Cláudio em todas as fotos; (...)” (fls. 210/213).

Cumprе pontuar que as declarações prestadas pelas vítimas são de grande importância como elemento probatório para dar suporte à decisão condenatória, mesmo ante a negativa de autoria dos réus. A respeito da validade jurídica do depoimento das vítimas, de bom alvitre colacionar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“Ademais, o acórdão recorrido vai ao encontro de entendimento assente nesta Corte no sentido de que ‘nos crimes contra o patrimônio, geralmente praticados na clandestinidade, tal como ocorrido nesta hipótese, a palavra da vítima assume especial relevância, notadamente quando narra com riqueza de detalhes como ocorreu o delito, tudo de forma bastante coerente, coesa e sem contradições, máxime quando

corroborado pelos demais elementos probatórios' (AgRg no AREsp 865.331/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 09/03/2017, DJe 17/03/2017). Óbice do Verbete Sumular n.º 83/STJ." (AgRg no AgRg no REsp 1292382/DF, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe 12/05/2017)

"Inexiste qualquer ilegalidade no fato de a acusação estar lastreada nas declarações fornecidas pela ofendida em sede policial, já que o roubo teria sido praticado sem a presença de testemunhas, circunstância em que a palavra da vítima merece especial relevo e não pode ser desconsiderada. Precedente." (RHC 60212/MS, Rel. Min. LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (Des. convocado do TJ/PE), DJe 01/09/2015)

"Conforme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a palavra das vítimas é plenamente admitida para embasar o decreto condenatório, mormente em casos nos quais a conduta delituosa é praticada na clandestinidade." (AgRg no AREsp 297871/RN, Rel. Min. CAMPOS MARQUES (Des. convocado do TJ/PR), DJe 24/04/2013)

"As declarações da vítima, apoiadas nos demais elementos dos autos, em se tratando de crimes cometidos sem a presença de outras pessoas, é prova válida para a condenação, mesmo ante a palavra divergente do réu" (HC n. 195467/SP, Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe 22/06/2011)

Este entendimento também é adotado nesta Corte Estadual de Justiça, conforme ilustram os arestos abaixo parcialmente transcritos:

"A palavra da vítima, quando relata de forma segura os fatos, sobrepõe-se à negativa de autoria, em especial quando corroborada pelas testemunhas." (Apelação 0007794-84.2014.8.06.0181, Rel. Des. FRANCISCO LINCOLN ARAÚJO E SILVA, 3ª Câmara Criminal, j. 21/11/2017)

"No presente caso, a firme palavra das vítimas, que reconheceram o acusado como sendo a pessoa que praticou o roubo ora debatido, possui considerável relevância para chegar

na conclusão condenatória tomada em primeira instância, notadamente porque encontra-se perfeitamente harmônica com o restante do arcabouço probatório.” (Apelação 0075299-94.2007.8.06.0001, Rel. Des. LIGIA ANDRADE DE ALENCAR MAGALHÃES, 1ª Câmara Criminal, j. 24/10/2017)

Corroborando com as declarações da vítima os depoimentos das testemunhas Marcos Flávio Silva Ribeiro (fls. 214/215), Cláudio Carvalho Cunha (fls. 216/218), Francisco das Chagas Cavalcante Porto (fls. 219/221) e Jane Eyre Aires Barreto (fls. 247/248), as quais de forma harmônica e convergente relataram perante a autoridade judicial as circunstâncias dos fatos narrados na denúncia.

As testemunhas de defesa ouvidas em Juízo (fls. 562/564 - DVD) não presenciaram o crime e nada acrescentaram ao acervo probatório, limitando-se a emitir opiniões sobre a conduta do acusado. Nada, porém, que pudesse minimamente contrariar a versão acusatória.

Ao serem interrogados perante a autoridade judicial (fls. 158/160, 514/515 e 562/564 - DVD), os apelantes negaram a autoria delitiva, porém suas versões exculpatórias não encontram nenhum respaldo na prova produzida nos autos, não podendo prevalecer isoladamente.

Dessa forma, verifica-se que no caso concreto não resta a menor sombra de dúvidas quanto à materialidade do crime e à autoria delitiva imputada aos recorrentes na exordial acusatória, havendo prova firme, robusta e contundente para dar suporte à condenação, não se vislumbrando nenhuma contradição nos depoimentos da vítima e das testemunhas colhidos durante a instrução criminal, enquanto a tese da negativa de autoria apresentada pelas defesas dos recorrentes não se mostra minimamente convincente.

Quanto ao emprego de arma na prática delitiva, vale ressaltar que nem a apreensão nem a perícia do artefato bélico 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, como acima visto.

Esse entendimento encontra-se consolidado nos Tribunais Superiores, valendo transcrever os seguintes arestos:

“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.” (HC 354566/MS, Rel. Min. JOEL ILAN PACIORNIK, DJe 24/06/2016)

“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, resta devidamente demonstrada, 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 e em perfeita consonância com os preceitos legais e com a jurisprudência dos Tribunais Superiores aplicáveis à espécie.

Relativamente ao *quantum* das reprimendas aplicadas, 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 valoradas 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:

“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.” (STJ, AgRg no HC 270368/DF, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe 20/06/2014)

“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, ao analisar as circunstâncias judiciais elencadas no art. 59 do Código Penal, o juiz singular considerou desfavoráveis, indistintamente em relação a ambos os recorrentes, as seguintes vetoriais:

“Conduta social – tem-se por reprovável, uma vez que não pode classificar de outra forma a ameaça a integridade física de outrem para subtrair patrimônio alheio.

Circunstâncias – Desfavoráveis ao mesmo.

Consequências – As consequências do delito foram de toda danosas, posto que os produtos dos roubos não foram devolvidos a vítima e a mesma foi agredida fisicamente pelo segundo denunciado.”

Com base nessas considerações, fixou para cada um dos apelantes a pena-base de 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

No ponto, verifica-se que as vetoriais correspondentes à conduta social dos agentes e às circunstâncias do crime não foram adequadamente valoradas, porquanto fundamentadas com base em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva e inerentes ao tipo penal.

Acerca do tema, vale conferir o seguinte aresto ilustrativo da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“A jurisprudência desta Corte é firme de que as considerações genéricas e desvinculadas do contexto fático do delito objeto da condenação, assim como elementos inerentes ao próprio tipo penal não servem para o agravamento da pena. Manifesta ilegalidade verificada. Readequação da pena-base

para o mínimo legal. Precedentes.” (HC 292915/SP, Rel. Min. RIBEIRO DANTAS, DJe 05/04/2017)

Por conseguinte, remanesce como desfavorável apenas a vetorial correspondente às circunstâncias do crime, porquanto adequadamente valorada e devidamente fundamentada com base em elementos concretos do processo, particularmente pelo fato de a vítima ter sido agredida fisicamente durante o assalto.

Porém, no caso concreto as penas-base fixadas não devem ser reduzidas. Considerando a única vetorial desfavorável adequadamente analisada, em cotejo com as penas-base de 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses fixadas na sentença atacada, verifica-se que os *quanta* adotados encontram-se dentro dos parâmetros da razoabilidade, haja vista que o intervalo entre as penas mínima e máxima previstas para o crime capitulado no art. 157 do Código Penal é de 6 (seis) anos, sendo razoável que para cada uma das circunstâncias judiciais elencadas no *caput* do art. 59 do mesmo *Codex* corresponda, em tese, um aumento de 1/8 (um oitavo) deste intervalo, ou seja, 9 (nove) meses.

Oportuno registrar que o aumento de 1/8 (um oitavo) do intervalo das penas em abstrato para cada circunstância vetorial não é regra, mas apenas parâmetro norteador, significando dizer que a pena-base pode se descolar muito acima da pena mínima mesmo que apenas uma vetorial seja desfavorável, a depender do respectivo grau de reprovabilidade.

Nesse sentido, vale conferir o esclarecedor julgado do Superior Tribunal de Justiça abaixo colacionado:

“A confecção da dosimetria da pena não é uma operação matemática, e nada impede que o magistrado fixe a pena-base muito além do mínimo legal, ainda que tenha valorado tão somente uma circunstância judicial, desde que haja fundamentação idônea e bastante para tanto (STF, RHC 101576, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, PUBLIC 14-08-2012).” (STJ, AgRg no AREsp 933564/SP, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe 17/11/2016)

Na segunda fase não foi reconhecida nenhuma atenuante ou agravante. Porém, na terceira fase da dosimetria o julgador primevo aumentou a pena em 3/8 (três oitavos), por incidirem as causas de aumento previstas nos incisos I e II do § 2º do art. 157 do Código Penal, mas sem fundamentação concreta para tanto.

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, o que não ocorreu no caso concreto.

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.”

Contudo, apesar de adotar fração acima do mínimo legal sem a devida fundamentação, o magistrado singular, certamente por algum erro de cálculo, acabou por fixar as penas definitivas em 6 (seis) anos de reclusão, o que corresponde exatamente às penas iniciais de 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses elevadas de 1/3 (um terço), nada havendo a reparar.

Especificamente em relação à matéria aduzida pela defesa do recorrente CLÁUDIO MARCIO MARTINS VASCONCELOS, concernente ao alegado direito de recorrer em liberdade, a matéria não é própria para ser discutida em sede de apelação, posto que, em tese, a súplica seria apreciada concomitante ao julgamento do mérito do recurso. Dessa forma, o conhecimento do pedido, neste particular, fica prejudicado pela ocorrência da preclusão lógica.

Nesse sentido, pacífico é o posicionamento da 1ª Câmara Criminal desta Corte, conforme ilustra o seguinte aresto:

“(…) DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE - PRECLUSÃO LÓGICA – NÃO CONHECIMENTO - (...) APELO PARCIALMENTE CONHECIDA E NESTA PARTE IMPROVIDO.

1. *Ab initio*, pugna a defesa pelo direito de apelar em liberdade. Em diversos julgados de minha relatoria, entendimento que a 2ª Câmara Criminal desta Corte também corrobora, reconheci que o pedido de apelar em liberdade, manejado no predito recurso, constitui uma preclusão lógica, ou seja, ato incompatível com o que se queria praticar. Isso porque considerando o longo trâmite de uma apelação criminal até a conclusão desta relatoria e colocação em pauta de julgamento, qualquer eventual ilegalidade ou arbitrariedade no decreto preventivo deverá ter sido atacado pela via do *Writ*, ação autônoma de impugnação de envergadura constitucional e não em apelo criminal, o que leva a sequer conhecer desta parte da irresignação.” (Apelação 65135200280600291; Rel. FRANCISCO PEDROSA TEIXEIRA, 1ª Câmara Criminal, 30/08/2013)

Especificamente em relação à matéria aduzida pela defesa do recorrente DANIEL ALMEIDA COSTA, concernente ao questionamento constitucional e federal, no vertente feito, como acima visto, restou devidamente comprovado pela prova produzida durante a instrução criminal a materialidade do crime de roubo majorado, praticado em concurso de agentes e com emprego de arma, sendo prescindível quanto ao artefato bélico a elaboração de exame pericial, em consonância com a jurisprudência dantes aludida, não se havendo falar em violação à legislação constitucional ou federal no caso concreto, inexistindo também quaisquer dúvidas quanto à autoria delitiva imputada aos recorrentes na exordial acusatória, estando o *quantum* das penas aplicadas dentro dos parâmetros da razoabilidade e da adequação ao caso concreto.

Por fim, verifica-se que na sentença objurgada não foi decretada a prisão dos réus. Porém, 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).

Diante do exposto, conheço dos apelos, mas para negar-lhes provimento, mantendo incólume a sentença recorrida.

Expeça-se os respectivos mandados de prisão para cumprimento imediato das penas.

É como voto.

PROCESSO N.º: 0426790-62.2010.8.06.0001

APELAÇÃO CRIMINAL – 2ª VARA DO JÚRI DA COMARCA DE FORTALEZA/CE

APELANTES: SILAS FERREIRA DE AQUINO E RENAN RODRIGUES PEREIRA

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ

RELATORA: DESEMBARGADORA MARIA EDNA MARTINS

VOTO-VISTA: DESEMBARGADOR MÁRIO PARENTE TEÓFILO NETO

EMENTA: PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. RECURSO DE AMBOS OS RÉUS. JULGAMENTO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIO À PROVA DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. DECISÃO DO TRIBUNAL POPULAR COMPROVADA EM SUPORTE FÁTICO-PROBATÓRIO EXISTENTE.

1. Condenados à pena de 15 (quinze) anos de reclusão, pelo delito de homicídio qualificado, os réus interpuseram apelos sustentando que a decisão dos jurados se deu de forma manifestamente contrária à prova dos autos, pois inexistente elemento que apontasse os mesmos como autores do delito. Renan apresentou insurgência, ainda, no que pertine à pena imposta, pleiteando seu redimensionamento. Silas, por sua vez, requereu a concessão dos benefícios da justiça gratuita.

2. Constata-se no processo, claramente, suporte fático-probatório a ensejar a decisão dos jurados de condenar os apelantes nos termos do artigo 121, § 2º, I e IV, CPB, especificamente pela prova oral colhida tanto no inquérito quanto na instrução, vez que há declarações que dão conta de que Silas

e Renan eram pessoas envolvidas com o tráfico e que tinham uma rixa com Tostão e Patrícia, tia da vítima, intriga esta que ensejou a realização de ameaças por parte dos réus de que matariam todos os familiares e pessoas envolvidas com seus adversários. Além disso, relatos apontam que estas ameaças foram consumadas, visto que diversas pessoas próximas a Patrícia e Tostão acabaram sendo mortas, incluindo a vítima do presente processo. Tais declarações foram confirmadas pela genitora do ofendido, que narrou em juízo que ouviu comentários de que os réus teriam matado seu filho em razão da intriga que existia entre eles, Tostão e Patrícia.

3. Assim, uma vez que o Tribunal do Júri, órgão competente para julgar crimes dolosos contra a vida, tem liberdade para avaliar o conjunto probatório e atribuir a cada elemento o grau de importância que achar devido, não há que se questionar sobre a validade dos depoimentos testemunhais apresentados, pois o Conselho de Sentença é soberano em suas decisões, descabendo a este órgão de 2ª instância adentrar ao mérito do julgamento e discutir o valor atribuído pelos jurados às provas constantes nos autos.

4. Dessa forma, a decisão vergastada é irretocável e merece permanecer intacta, tendo em vista que não foi verificada a contrariedade do veredicto em relação às provas coligidas nos autos, as quais sustentam a tese acusatória a que se afiliaram os jurados, rejeitando a tese das defesas, sem qualquer vício que ocasione dúvidas quanto à legitimidade e soberania características da decisão do Júri.

RECURSO DO RÉU RENAN RODRIGUES PEREIRA. ERRO OU INJUSTIÇA NO TOCANTE À APLICAÇÃO DA PENA. OCORRÊNCIA. NECESSIDADE DE REDIMENSIONAMENTO DA REPRIMENDA APLICADA. EXTENSÃO AO CORRÉU, DE OFÍCIO. INTELIGÊNCIA DO ART. 580 DO CPP. PEDIDO DE GRATUIDADE DA JUSTIÇA. NÃO CONHECIMENTO.

5. O réu Renan Rodrigues Pereira, em sua apelação, também apresenta insurgência no tocante à pena imposta. Dito isto, tem-se que o juiz presidente, quando da análise das circunstâncias judiciais, considerou desfavoráveis a culpabilidade, a conduta social e os motivos do crime, afastando a pena-base em 02 (dois) anos do mínimo legal, que é de 12 (doze) anos.

6. Sobre a culpabilidade, tem-se que ainda que haja menção, por meio da prova oral, que o executor de alcunha Gago era menor de idade, tal não se mostra suficiente para exasperar a pena-base do réu, vez que essa circunstância diz respeito ao estado de pessoa e, por isso, sua comprovação deve ser realizada mediante prova documental hábil, de acordo com as restrições estabelecidas na lei civil, conforme art. 155, parágrafo único, do CPP.

7. No que tange à conduta social, o julgador afirmou que era desfavorável em virtude de haver relatos de que o réu possuía comportamento desajustado, levando em consideração o fato de ele estar sendo processado por várias outras ações penais, inclusive uma delas por homicídio, que se encontrava em grau de recurso. Ocorre que, conforme enunciado sumular nº 444 do Superior Tribunal de Justiça,

inquéritos e ações penais em andamento não podem ser utilizados para exasperar a pena-base, razão pela qual a fundamentação do julgador se mostrou inidônea.

8. Contudo, observando o amplo efeito devolutivo da apelação, tem-se que o fato de haver diversos relatos dando conta de que o acusado era pessoa temida no meio em que vivia, possibilita a manutenção do desvalor da presente vetorial pois, repita-se, esta circunstância refere-se ao comportamento do agente no meio em que vive. Precedentes.

9. Por fim, quanto aos motivos do crime, o julgador afirmou que os mesmos eram torpes, conforme resposta do Conselho de Sentença aos quesitos de fls. 1065. Porém, uma vez que o recorrente foi condenado pelo crime de homicídio com apenas duas qualificadoras, utiliza-se a torpeza para qualificar o delito e retira-se a valoração dada à vetorial dos motivos do crime, para se evitar *bis in idem*, deixando a aplicação da qualificadora sobejante para a 2ª fase da dosagem da sanção. Precedentes.

10. De modo que, persistindo tom desfavorável sobre apenas um dos vetores do art. 59 do Código Penal (conduta social), medida que se impõe é o redimensionamento da pena-base para o patamar de 12 (doze) anos e 08 (oito) meses de reclusão.

11. Na 2ª fase, mantém-se o agravamento da sanção em 01 (um) ano, mesmo quantum fixado pelo juízo singular, em razão de o crime ter sido cometido mediante recurso que impossibilitou a defesa da vítima, ficando a reprimenda definitiva

redimensionada do montante de 15 (quinze) anos de reclusão para o patamar de 13 (treze) anos e 08 (oito) meses de reclusão.

12. Quanto ao regime inicial de cumprimento da pena, deve o mesmo permanecer no inicialmente fechado, tendo em vista a fixação de reprimenda em patamar superior a 08 (oito) anos, em consonância com o art. 33, § 2º, 'a' do Código Penal.

13. Não tendo as mudanças supracitadas se fundado em circunstâncias de caráter exclusivamente pessoal, o redimensionamento da sanção deve ser estendido, de ofício, ao corréu SILAS FERREIRA DE AQUINO, por força do art. 580 do Código de Processo Penal, ficando a reprimenda de ambos, portanto, no montante de 13 (treze) anos e 08 (oito) meses de reclusão. Precedentes.

14. Deixa-se de conhecer o pedido de Silas Ferreira de Aquino referente à concessão dos benefícios da justiça gratuita, já que o entendimento jurisprudencial pátrio é no sentido de que tal pleito é competência do juízo das execuções. Precedentes. RECURSO DE SILAS FERREIRA DE AQUINO PARCIALMENTE CONHECIDO E IMPROVIDO. APELAÇÃO DE RENAN RODRIGUES PEREIRA CONHECIDA E PARCIALMENTE PROVIDA, ESTENDENDO-SE, DE OFÍCIO, AO CORRÉU SILAS FERREIRA DE AQUINO, A ALTERAÇÃO REALIZADA NAS PENAS.

ACORDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação criminal nº 0426790-62.2010.8.06.0001, ACORDAM os desembargadores da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por maioria e em

parcial consonância com o parecer ministerial, em conhecer parcialmente do recurso de apelação interposto por Silas Ferreira de Aquino e lhe negar provimento, e em conhecer do recurso protocolado por Renan Rodrigues Pereira e dar-lhe parcial provimento, estendendo, de ofício, ao corrêu Silas Ferreira de Aquino, a alteração realizada nas penas, nos termos do voto do Relator Designado.

Fortaleza, 12 de setembro de 2017.

Trata-se de apelação interposta pelos recorrentes SILAS FERREIRA DE AQUINO e RENAN RODRIGUES PEREIRA, contra decisão proferida pelo Conselho de Sentença, por meio da qual foi reconhecido que os réus teriam praticado, em autoria intelectual, o delito do art. 121, §2º, I e IV do Código Penal.

Narra a acusação, em síntese, que no dia 19/06/2010, por volta das 10h00min, na Av. Alberto Craveiro, próximo ao Supermercado Makro, o adolescente identificado como “Gago”, na companhia de outra pessoa, assassinou a vítima Carlos Jonatha Nascimento Barros, a mando dos denunciados.

Segundo a delatória, os acusados tinham desavença anterior com o companheiro da tia da vítima, de alcunha Tostão, decorrente de compra e venda de entorpecente, o que teria causado uma tentativa de extermínio das pessoas ligadas aos rivais dos recorrentes.

Após o veredicto, o juízo de piso dosou a sanção, aplicando aos réus pena de 15 (quinze) anos de reclusão, a serem cumpridas em regime inicialmente fechado. (fls. 1068/1070 e 1107/1109).

Interposto recurso pela defesa de Renan Rodrigues Pereira, com fundamento no art. 593, III, 'c' e 'd' do CPP, na própria sessão de julgamento (fls. 1073/1076). Nas razões recursais apresentadas, fls. 1175/1187, defendeu que a condenação se deu de forma manifestamente contrária à prova dos autos. Subsidiariamente, pediu o redimensionamento da pena imposta.

A defesa de Silas Ferreira de Aquino, por sua vez, apresenta inconformismo nos moldes do art. 593, III, 'd' do CPP, relatando, às fls.

1118/1124, que o julgamento aconteceu de forma manifestamente contrária à prova dos autos, pois não houve testemunha ocular do fato. Pede ainda a concessão dos benefícios da justiça gratuita.

Contrarrazões do Ministério Público, fls. 1133/1143 e 1189/1203.

A Procuradoria Geral de Justiça apresentou parecer às fls. 1204/1213, datado de 08 de setembro de 2016, opinando pelo conhecimento dos recursos, para dar-lhes provimento.

A Desembargadora Maria Edna Martins, ao prolatar seu voto (fls. 1220/1222), deu provimento aos pleitos defensivos, anulando o veredicto do Conselho de Sentença, por entender que a decisão dos jurados não encontrava suporte no acervo probatório carreado.

Seguindo a sessão de julgamento, pedi vista dos autos para melhor análise da questão.

É o relatório.

De pronto, informo que, no processo em estudo, hei por bem divergir da Douta Relatora, por entender que é cabível a manutenção das condenações vergastadas, passando a analisar, primeiramente, a alegação de que o veredicto do júri teria sido proferido de forma manifestamente contrária à prova dos autos, ponto comum a ambos os recursos.

DA DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS

Em seu art. 5º, XXXVIII, a Constituição Federal de 1988 prevê o Tribunal do Júri e seus princípios como garantias constitucionais inerentes ao exercício do direito de liberdade. Deveras, além de cláusula pétrea, a instituição milenar do Tribunal do Júri foi expressamente consagrada como garantia individual ao direito de liberdade de indivíduos que estejam sob acusação de um crime doloso contra a vida.

Destarte, o legislador constituinte da Carta de 1988 foi expresso ao consagrar a competência para o julgamento de crimes dolosos contra a vida para o Tribunal do Júri, não aos Tribunais de Justiça.

Por isso, cabe aos jurados a análise de questões de mérito envolvendo estes tipos de infrações penais, e, somente se presente alguma das hipóteses de cabimento do art. 593, III do Código de Processo Penal, será cabível o recurso de apelação.

Dentre os princípios constitucionais, destaca-se, outrossim, o princípio da soberania dos veredictos, segundo o qual as decisões proferidas pelos jurados acerca do mérito devem ser respeitadas, não podendo as cortes recursais modificá-las mas, no máximo, anulá-las e cassá-las, submetendo o réu a novo julgamento.

Neste contexto, importante ressaltar que a apelação por decisão manifestamente contrária à prova dos autos só deve ser considerada procedente quando, conforme destaca Edilson Mougenot Bonfim, “[...] destituída de qualquer apoio nos elementos probatórios carreados ao processo, não encontrando fundamento em nenhum elemento de convicção trazido durante a instrução”.¹

No mesmo sentido, seguem lições de Rogério Sanches e Ronaldo Batista²:

Decisão manifestamente contrária à prova dos autos: aqui, sem dúvida, a mais interessante das hipóteses de apelação contra as decisões do júri, que aparece com mais frequência na prática e que enseja o maior número de controvérsias. Nela, o Tribunal de Justiça, reconhecendo que a decisão dos jurados contrariou a prova dos autos, determina a realização de um novo julgamento (§3º, do art. 593). Não pode o Tribunal, portanto, ao apreciar a apelação, condenar ou absolver, sob pena de ferir o princípio da soberania do júri, mas somente dar provimento ao recurso para que um novo plenário seja realizado.

Para tanto, porém, é preciso que a decisão dos jurados seja manifestamente contrária à prova dos autos. Assim se entende a decisão totalmente divorciada da prova do

1 BONFIM, Edilson Mougenot. Curso de processo penal. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, p. 814.

2 CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Tribunal do Júri – Procedimento Especial Comentado por Artigos, 3ª edição, 2017, Juspodivm, p. 361.

processo, ou seja, não encontra nenhum apoio no conjunto probatório colhido nos autos, “é aquela que não tem apoio em prova nenhuma, é aquela proferida ao arrepio de tudo quanto mostram os autos, é aquela que não tem a suportá-la, ou justificá-la, um único dado indicativo do acerto da conclusão adotada” (RT 780/653).

Pois bem. Preliminarmente, no que tange à alegação de Silas Ferreira de Aquino de que teve sua defesa prejudicada porque algumas das testemunhas por ele arroladas não compareceram em plenário em razão do indeferimento de diligências por parte do magistrado, entendo que a mesma não merece acolhimento, vez que pelo que se extrai dos autos a defesa peticionou às fls. 987 apontando o rol de pessoas que deveriam ser ouvidas. Após, foram expedidos mandados de intimação, não tendo havido êxito na comunicação de algumas das testemunhas arroladas, conforme certidões de fls. 1048; 1053; 1055.

Por esta razão, o julgamento do aludido recorrente foi adiado, tendo sido concedido prazo de 03 (três) dias para que a defesa indicasse as novas localizações das testemunhas. A defesa peticionou requerendo a renovação das intimações exitosas, bem como a realização de diligências, por parte do órgão judicial, para localização das demais. O pleito foi parcialmente deferido pelo magistrado de piso, no sentido de mandar conduzir as testemunhas intimadas, porém não foi acolhido no tocante à busca dos endereços das que não foram localizadas, por ter o juiz entendido que o ônus de indicá-los é da parte que as arrola, procedimento este que se encontra em consonância com os ditames do art. 461 do Código de Processo Penal e com a jurisprudência pátria, não havendo que se falar em irregularidade a ser reconhecida.

Neste sentido:

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. ART. 2º, §§ 2º e 4º, IV e V, DA LEI 12.850/13, ART. 33, C.C. ART. 40, I e V, E ART. 35, DA LEI 11.343/06. INDEFERIMENTO DE SUBSTITUIÇÃO DE TESTEMUNHAS. ENDEREÇOS INEXISTENTES. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

INDEFERIMENTO DE INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS DOMICILIADAS NO EXTERIOR. PRINCÍPIO DA DISCRICIONARIEDADE REGRADA. **AUSÊNCIA DE QUALIFICAÇÃO DE TESTEMUNHA. ÔNUS DA DEFESA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.** RECURSO DESPROVIDO. I - Não há constrangimento ilegal no indeferimento do pedido de substituição de testemunhas, quando a defesa indica endereço inexistente, e, noutro giro, não informa ao juízo acerca de novos endereços nos quais as testemunhas já indicadas pudessem ser localizadas. II - "Estando fundamentada a negativa de oitiva das testemunhas residentes no exterior e não demonstrada a imprescindibilidade da prova, como determina o art. 222-A do CPP, é afastada a alegação de cerceamento de defesa e violação ao princípio do contraditório" (RHC n. 42.954/PE, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 20/10/2016, DJe de 11/11/2016). III - **Compete à defesa fornecer a completa qualificação das testemunhas de defesa, o que não foi observado, mesmo após o magistrado oportunizar a regularização das informações apresentadas.** Recurso ordinário desprovido. (STJ, RHC 78.273/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 16/05/2017, DJe 31/05/2017)

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME DE HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. DILIGÊNCIAS DEFENSIVAS INDEFERIDAS. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. INDEFERIMENTOS JUSTIFICADOS. OITIVA DE TESTEMUNHA DEFENSIVA. DEVOLUÇÃO DE CARTA PRECATÓRIA. SUSPENSÃO DA AÇÃO PENAL. NÃO OCORRÊNCIA. **NÃO LOCALIZAÇÃO DA TESTEMUNHA NOS ENDEREÇOS FORNECIDOS PELA DEFESA. INDEFERIMENTO JUSTIFICADO. RECURSO DESPROVIDO. (...) 3. "Compete à parte fornecer ao Juízo dados suficientes à localização da testemunha arrolada, não sendo o magistrado obrigado a diligenciar para a execução de ato atribuível à defesa."** (HC n. 158.902/SC, Relator o Ministro Og Fernandes, DJe 19/9/2011). 4. Inexiste nulidade processual quando os dados fornecidos pela parte

são insuficientes para a localização da testemunha por ela indicada. No caso, após a segunda tentativa de intimação da testemunha requerida pela defesa e não localizada no endereço por ela fornecido, a própria defesa manteve-se inerte no fornecimento de novos dados suficientes para sua localização, bem como, conforme constante das decisões impugnadas, não demonstrou a relevância de seu depoimento para o esclarecimento dos fatos em apuração, pois, a simples circunstância de ter presenciado o fato, por si só, não demonstra sua imprescindibilidade, eis que não demonstrado em que termos o seu depoimento poderia modificar as premissas fáticas constantes dos autos, atraindo, assim, a aplicação da regra inserta no art. 563 do Código de Processo Penal. 5. Recurso Ordinário em habeas corpus a que se nega provimento. (STJ, RHC 65.334/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 06/10/2016, DJe 14/10/2016)

Ultrapassado este ponto, a **materialidade** do delito em comento encontra-se comprovada pelo laudo cadavérico, fl. 163, laudo pericial de fls. 289/295, bem como pelos depoimentos constantes nos autos.

Sobre a **autoria**, da análise do caso concreto, tem-se que havia teses em conflito, a da acusação, segundo a qual os réus teriam sido autores intelectuais do homicídio qualificado que vitimou Carlos Jonatha Nascimento Barros, e as das defesas dos recorrentes, que sustentavam negativa de coautoria intelectual, conforme atas de fls. 1112/1113 e 1075.

Ambas as teses, ao contrário do que afirmou a eminente Relatora, sustentavam-se em elementos probatórios contidos nos autos, tendo apenas os jurados optado pela da acusação, senão veja-se:

Rosângela Nascimento Rodrigues, genitora da vítima, aduziu em inquérito: (fl. 97)

Que a depoente estava trabalhando na cidade de Pindoretama; que sua cunhada conhecida por Vanessa chegou para a depoente e deu a notícia que tinham matado o Jonathan; que Vanessa disse que havia recebido uma ligação do Márcio, irmão da depoente; que imediatamente deslocou-se a esta

capital e aqui chegando foi direto para casa, no entanto, seus familiares estavam na casa da vizinha Graça; **que a depoente assim que entrou indagou de sua mãe: foram eles, não foram? Que sua genitora respondeu que tinha sido um assalto; que não acreditou do assalto;** que quando chegou na casa da Graça, sua vizinha, a depoente informa que sua irmã Patrícia estava escondida na cozinha da casa da Graça; que a depoente não sabia desse fato; que Patrícia é mais nova que a depoente e a mesma saiu de casa porque estava sendo ameaçada de morte por elementos pertencentes a uma gangue do bairro Tasso Jereissati e Lagamar; **que o companheiro de Patrícia, conhecido por Tostão, é envolvido com tráfico de drogas e com elementos de procedência perigosa; que, por esse motivo, Patrícia teve que sair da casa da depoente para não envolver a família desta; que Patrícia certa vez disse para a depoente que a Gangue dos bairros citados havia dito que iriam acabar com a família da Patrícia e do Tostão; que, como de fato, a depoente não tem como provar, no entanto, os comentários são que os autores do crime foram eles, no caso, Silas ou René; que ouviu também falar que o autor do crime do seu filho foi Gago, do bairro do Dias Macedo; (...)** que a depoente informa que muito tempo antes do crime seu irmão Evanilson sofreu um atentado a bala, no entanto, os tiros pegaram numa outra pessoa que ainda hoje está de cadeira de rodas; que, um mês antes da morte de Jonatan, outro irmão da depoente, Márcio, estava em casa quando chegou ali um carro preto com quatro elementos dizendo que eram da polícia; que referidos perguntaram se Márcio era irmão da Patrícia; que os elementos perguntaram também pelo Tostão; que colocaram a arma apontada para o Márcio e perguntaram para um dos elementos que estava dentro do carro se o Márcio era irmão da Patrícia, tendo o mencionado elemento respondido negativamente; que assim liberaram o Márcio; que percebe-se que eles estavam atrás de matar qualquer familiar do Tostão ou da Patrícia; que antes da morte do Jonatan mataram o irmão do Tostão no bairro do Tancredo Neves; que essa gangue é muito perigosa.

Às fls. 117, a declarante esclareceu:

Que reinquirida acerca dos fatos, disse que, quando esteve nesta Delegacia prestando declarações afirmou que ao chegar da cidade de Pindoretama/CE, usou a seguinte frase “foram eles, não foram?”, se referiu às pessoas de Silas e Renê, os quais moram no Conjunto Tasso Jereissati. (...) que a gangue do Silas é inimiga da gangue do Tostão; que Silas jurou que iria matar todos aqueles ligados à pessoa de Tostão; que a irmã da declarante é companheira de Tostão, o qual encontra-se preso no IPPS; que sabe informar que Tostão chama-se Everardo Patrício; que Silas já matou o irmão de Tostão, cujo nome a declarante não se recorda; que Silas já tentou matar Evanilson, irmão da declarante; que recentemente a declarante recebeu uma ligação telefônica de uma pessoa do sexo masculino, a qual disse a seguinte frase “ei, tu vai morrer; tu tá falando besteira!”; que a declarante acredita que seu filho, Carlos Jonatha Nascimento Barros foi morto por conta dessa rixa entre as gangues do Silas e do Tostão, isso porque Carlos Jonatha andava sempre na companhia de Patrícia, companheira de Tostão.

José Everaldo Patrício Barroso, vulgo Tostão, asseverou: (fls. 131)

Que conhecia a vítima Carlos Jonatha, o qual era sobrinho de Patrícia, companheira do depoente; que não sabe quem teria assassinado Carlos Jonatha, uma vez que na época do crime encontrava-se preso; que conhece a pessoa de Silas, o qual assassinara o irmão do declarante, por nome Evanilson; que é verdade que Silas jurou que iria matar o depoente e todos os seus familiares.

Maria Antônia da Silva, também em inquérito, aduziu que, de imediato, tomou conhecimento que a vítima tinha sofrido um assalto, mas que depois passaram a surgir outros comentários de que não era assalto uma vez que o assaltante não levou a bicicleta da vítima, sem falar que a mesma não tinha nada para levar além da bicicleta; que compareceu ao velório e, lá chegando, os comentários eram que os autores desse crime tinham sido os

mesmos que mataram o irmão do marido da Patrícia; que Patrícia é irmã de Rosângela; que Rosângela é genitora da vítima; que Patrícia convive maritalmente com um indivíduo de nome Everardo que está preso no IPPS; que nesta Delegacia soube que os autores da morte do irmão do Everardo são Júnior, Renan e Silas; que estes foram os mesmos que mataram o Carlos Jonatha segundo comentários do povo; que tem conhecimento que os autores do crime juraram de matar toda a família do Everardo e da Patrícia. (fl. 245)

Fábia Alves de Assis relatou, na Delegacia, que era do conhecimento de todos no bairro que os autores desse crime foram Renan e Silas; que nessa época já existia uma rixa antiga entre Tostão, Renan e Silas; que os dois últimos, ou seja, Renan e Silas, ameaçaram de matar toda a família de Tostão e de Patrícia; que inclusive a depoente na época foi ameaçada de morte também pelo Renan. (fl. 257)

Bruno da Silva Barroso, fl. 263, relatou que Renan e Silas são elementos de alta periculosidade e que muitas pessoas no bairro viram e sabem dos crimes praticados pelos mesmos, porém não falam nada e nem os denunciam com medo de represália.

Em juízo, a testemunha Rosângela Nascimento Rodrigues, mãe da vítima, ao ser perguntada se sabia quem teriam sido os autores do crime que vitimou seu filho, respondeu aos 03min00s, que soube que teriam sido Silas e Renan. Aos 11min50s relatou que ouviu falar que seu filho foi morto em razão de ser sobrinho de Patrícia, que era companheira de Tostão, porque estava havendo uma intriga envolvendo Tostão, e que tinha inclusive morrido muita gente. Aos 14min36s disse novamente que algumas pessoas comentavam que os acusados tinham sido os autores do crime (o que também foi dito aos 16min56s) e outras que tinha sido uma pessoa conhecida como Gago que matou seu filho, mas que no velório os comentários que ouviu foi de que a morte teria sido ocasionada em decorrência de uma intriga entre Tostão e os réus.

A Desembargadora Relatora, ao prolatar seu voto, afirmou que a avó do ofendido, seu genitor e genitora e seu irmão, além de outras testemunhas, quando ouvidos em juízo, não foram capazes de esclarecer os feitos e nenhuma delas presenciou o crime, nem ouviu sobre quem teriam

sido os mandantes da morte da vítima Carlos Jonatha. Disse ainda que a mãe do ofendido chegou a informar que seu filho havia sido morto por engano, mas que nada sabia sobre os mandantes.

Ocorre que, como visto, ao contrário do que foi afirmado no voto primevo, há declarações que dão conta de que Silas e Renan eram pessoas envolvidas com o tráfico e que tinham uma rixa com Tostão e Patrícia, tia da vítima, intriga esta que ensejou a realização de ameaças por parte dos réus de que matariam todos os familiares e pessoas envolvidas com seus adversários.

Além disso, relatos apontam que estas ameaças foram consumadas, visto que diversas pessoas próximas a Patrícia e Tostão acabaram sendo mortas, incluindo a vítima do presente processo.

Tais declarações foram confirmadas pela genitora do ofendido, que narrou em juízo que ouviu comentários de que os réus teriam matado seu filho em razão da intriga que existia entre eles, Tostão e Patrícia.

Mencione-se, ainda, que a Relatora, ao julgar o recurso em sentido estrito interposto pelos réus contra a decisão de pronúncia (fls. 949/956), transcreveu alguns dos depoimentos acima apontados - inclusive o prestado pela genitora da vítima em juízo - e informou que os mesmos eram idôneos e serviam para demonstrar a presença de indícios suficientes de que os réus seriam os mandantes do crime, sendo cabível, portanto, naquele momento, a remessa do caso para julgamento pelo Conselho de Sentença, órgão ao qual caberia analisar a prova colhida e proferir veredicto meritório, senão veja-se:

TRECHO DA DECISÃO DO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO, FLS. 949/956:

Na espécie, a Materialidade do delito restou sobejamente comprovada, especialmente com o Laudo de Exame Cadavérico às pp. 85/87.

Quanto a autoria, no caso em exame, os recorrentes alegam que não existem nos autos provas suficientes que comprovem as suas participações no evento delitivo.

Como registra o Ministério Público, as testemunhas comparecem em juízo curvadas à lei do silêncio.

Contudo, sobre os fatos narrados observa-se os detalhes trazidos pela testemunha Maria Albertisa de Silva Bernardo, que na época do crime tinha uma lanchonete na av. Alberto Craveiro, às pp. 54/55:

"que, a depoente nesse dia estava trabalhando em seu local de trabalho quando em dado momento ouviu um estampido de arma de fogo; que, saiu para fora a fim de verificar o que se tratava; que, viu passar um rapaz numa bicicleta armado de revólver; que, referido rapaz atravessou a rua e passou para o lado da avenida, exatamente do lado do comércio da depoente; (...) que o citado rapaz tem as seguintes características: ALVO, MAGRINHO, DE BONE, COM CARACTERÍSTICAS DE SER MENOR DE IDADE; que, após os disparos a depoente visualizou do outro lado da rua um rapaz caído ao chão, que, foi verificar e lá chegando viu outro rapaz caído ao chão já morto;"

A testemunha Márcio Adriano Nascimento Rodrigues, irmão de Rosângela e tio da vítima, às pp. 80/81, relatou:

"que, tem conhecimento da existência de uma rixa antiga existente entre Silas e 'Tostão'; que, tem conhecimento que Silas teria jurado matar 'Tostão' e toda sua família; que, Jonatha era filho de Rosângela, irmã de Patrícia e do depoente;"

Na sequência, a genitora da jovem vítima, declara que tomou conhecimento no velório de seu filho que os mandantes da execução do mesmo teria sido Silas e Renan (declarações em CD anexo).

Há, também, informações nos autos de que os pronunciados também foram mandantes de outras execuções consumadas e tentadas, todas envolvendo familiares ou pessoas próximas do falecido Carlos Jonatha Nascimento Barros, as quais teriam ligações com Patrícia, irmã da vítima.

É preciso salientar que as referidas testemunhas não foram contraditadas, nem tiveram seus depoimentos impugnados, no que diz respeito às regras processuais, portanto sendo os mesmos idôneos, cabendo ao juiz do feito, com critério, analisar

a prova colhida de acordo com a sua convicção, variando apenas o critério de avaliação de cada depoimento, e não a sua admissibilidade.

Desse modo, existem indícios suficientes de que os recorrentes sejam mandantes do delito de homicídio, cabendo ao Júri Popular dirimir qualquer dúvida quanto à autoria e materialidade delitiva, já que na fase do sumário de culpa vige o princípio in dubio pro societate.

Assim, com a devida vênia ao voto da Relatora, se ao tempo do julgamento do RESE foi informado na decisão que a mãe da vítima havia tomado conhecimento de que os mandantes do delito tinham sido os recorrentes – o que serviu inclusive como um dos elementos para se manter a pronúncia, conforme acima colacionado -, entendendo que seria inviável e até contraditório defender agora, após a prolação do veredicto, que o mesmo deveria ser anulado porque nenhuma testemunha, incluindo-se a aludida genitora, teria ouvido alguma informação sobre a identidade dos mandantes.

Importante ressaltar que a alegação dos réus de que a condenação foi pautada em depoimentos de testemunhas que apenas ouviram falar sobre o crime não tem o condão de desconstituir o julgamento realizado pelo Conselho de Sentença, vez que se sabe que os depoimentos de testemunhas auriculares também são considerados elementos de prova no processo penal.

Neste sentido, vejamos os ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci³:

Testemunhas são pessoas que depõem sobre fatos, sejam eles quais forem. Se viram ou ouviram dizer, não deixam de ser testemunhas, dando declarações sobre a ocorrência de alguma coisa. A pessoa que presencia um acidente automobilístico, por exemplo, narra ao juiz os fatos, tais como se deram na sua visão. **Qualquer depoimento implica uma dose de interpretação indissociável da avaliação de quem o faz, significando, pois, que, apesar de ter visto, não significa que irá contar, exatamente, como tudo ocorreu. Por outro**

3 NUCCI, Guilherme de Souza, Código de Processo Penal Comentado, 15ª edição, 2016, Forense, p. 404.

lado, quando a testemunha depõe sobre o que ouviu dizer de outra pessoa, continua a declarar um fato, isto é, está narrando aquilo que lhe contou um terceiro, não deixando de ser isso uma ocorrência. Entre uma situação e outra a mudança se dá no contexto da avaliação da prova, ou seja, o instrumento para demonstrar ao juiz a veracidade de algo.

Assim, uma vez que, conforme extensamente discutido linhas acima, o Tribunal do Júri, órgão competente para julgar crimes dolosos contra a vida, tem liberdade para avaliar o conjunto probatório e atribuir a cada elemento o grau de importância que achar devido, não há que se questionar sobre a validade dos depoimentos testemunhais apresentados, pois o Conselho de Sentença é soberano em suas decisões, descabendo a este órgão de 2ª instância adentrar ao mérito do julgamento e discutir o valor atribuído pelos jurados às provas constantes nos autos.

Repita-se: a tarefa do órgão recursal, em casos como o da espécie, é apenas analisar se há suporte probatório para sustentar a decisão tomada pelos jurados, não havendo espaço para qualquer valoração das provas colhidas. Não pode este Tribunal *ad quem* se imiscuir novamente na análise meritória do caso, atribuindo pesos distintos a cada prova e entendendo como mais correta uma conclusão diversa da que foi exposta em 1ª instância, pois agindo assim usurparia a competência constitucional do Tribunal dos Sete.

Neste sentido, seguem lúcidas lições de Rogério Sanches, citando Câmara Leal:

Interessante constatar que, à época da entrada em vigor do CPP, havia nítida resistência dos Tribunais de Justiça (então Tribunais de Apelação), na aceitação da soberania do Júri, cujas decisões eram constantemente reformadas em grau de recurso, circunstância que mereceu crítica, dentre outros, de Câmara Leal, ao assinalar que “do modo pelo qual se tem interpretado a lei processual, arrogando-se os tribunais superiores o direito de reforma das sentenças do júri, sem respeito à livre apreciação das provas pelos juízes de fato, o júri tende a perder sua razão de ser, passando de Tribunal Popular, criado para o julgamento pelos pares, a simples

simulacro de tribunal, com suas funções constantemente usurpadas pela justiça togada, convertida em arbítrio absoluto e soberano das decisões⁴.

Neste contexto, tem-se que anular o julgamento porque os depoimentos colhidos são “de ouvir dizer” nada mais seria do que sopesar os elementos de prova constantes nos autos e entender que deveria ser atribuído menor valor ao testemunho indireto, procedimento este que não pode ser realizado por este Tribunal, pois caberia somente ao júri, o qual, inclusive, já realizou a valoração da forma que achou devida, culminando na conclusão de que os réus eram culpados, veredicto este que se encontra amparado em provas produzidas ao longo do inquérito e da instrução, devendo por isso ser mantido.

Corroborando este entendimento:

EMENTA: PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. CONDENAÇÃO EXCLUSIVAMENTE COM BASE EM EM PROVAS DO INQUÉRITO POLICIAL. PROVA ILÍCITA. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. REEXAME DE PROVAS. VIA INADEQUADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia. 2. A alegada nulidade da decisão de pronúncia já foi devidamente analisada e afastada, não havendo que falar em ausência de provas, uma vez que tal tese sequer voltou a ser discutida após a confirmação da decisão pela Corte estadual, em recurso em sentido estrito, sendo incabível agora, após o transcurso de 11 anos, purgar questões processuais sequer discutidas, em respeito à estabilidade

4 CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Tribunal do Júri – Procedimento Especial Comentado por Artigos, 3ª edição, 2017, Juspodivm, pp. 361/362.

jurídica. 3. Não há que falar em ausência de provas para a condenação quando tal questão já foi devidamente analisada e afastada pelas instâncias de origem, oportunidade em que, ao valorarem as provas juntadas aos autos, concluíram pela existência de provas suficientes de autoria, demonstrando por meio dos depoimentos das testemunhas colhidos na fase inquisitorial, e confirmados em juízo, a existência de provas para sustentar a decisão do Conselho de Sentença. 4. A via estreita do habeas corpus não se presta à rediscussão da matéria fático-probatória, devendo a ilegalidade decorrer de fatos incontroversos. Não pode ser no *writ* enfrentada argumentação dependente de revisão interpretativa dos elementos probatórios dos autos, mas, apenas, a verificação, de plano, de grave violação de direitos do paciente. 5. A pronúncia é reconhecimento de justa causa para a fase do júri, cuja análise não exclui as provas colhidas no inquérito policial, por tratar-se de indícios. 6. A legislação em vigor admite como prova tanto a testemunha que narra o que presenciou, como aquela que ouviu. A valoração a ser dada a essa prova é critério judicial, motivo pelo qual não há qualquer ilegalidade na prova testemunhal indireta. 7. Não se procede à revisão da dosimetria da pena quando o pleito é formulado de forma genérica, sem a indicação específica da ilegalidade. 8. Habeas corpus não conhecido. (STJ, HC 265.842/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Rel. p/ Acórdão Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 16/08/2016, DJe 01/09/2016)

No mesmo sentido, tem-se inclusive recente julgado de relatoria da Des. Maria Edna Martins, no qual foi mantido o veredicto do júri por se ter entendido que declarações colhidas no inquérito, provenientes de testemunhas “de ouvir dizer”, eram suficientes para justificar a condenação:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. TRIBUNAL DO JÚRI. ART. 121, §2º, INCISOS I, II E IV, DO CPB. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. VERSÃO ACOLHIDA PELOS JURADOS DEVIDAMENTE COMPROVADA NOS AUTOS. DOSIMETRIA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO

DA SOBERANIA DOS VEREDITOS. PENA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REGULARIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. Em homenagem à soberania dos vereditos, a anulação do julgamento do Conselho de Sentença, sob a alegação de manifesta contrariedade à prova dos autos, somente é possível quando estiver completamente dissociada dos elementos de convicção constantes dos autos, ou seja, quando proferida em contrariedade a tudo que consta dos fólios, o que não ocorre na espécie. 2. Optando os jurados por uma das versões factíveis apresentadas em plenário, impõe-se a manutenção do quanto assentado pelo Tribunal dos Sete, ante a função constitucional assegurada no art. 5º, XXXVIII, "c", da Carta Magna. 3. A decisão dos jurados encontra-se em total consonância com as provas amealhadas no curso do processo, o que determina a aplicação do enunciado da Súmula 6 deste egrégio Tribunal de Justiça. 4. A sentença recorrida encontra-se em conformidade com as disposições pertinentes do Código Penal, individualizada a conduta do apelante e fixada a pena na forma prescrita pelo art. 68, caput, do CPB. 5. Recurso a que se nega provimento. (TJCE, Processo 0107587-27.2009.8.06.0001, Relatora: MARIA EDNA MARTINS; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 1ª Câmara Criminal; Data do julgamento: 27/06/2017; Data de registro: 27/06/2017)

TRECHO DO VOTO:

In casu, o recorrente não logrou êxito em comprovar a alegada contradição às provas coligidas, conforme abaixo será demonstrado.

Embora não se tenha logrado ouvir testemunhas em Juízo, em razão do notório medo de ser executado por parceiros comandados pelos réus, é relevante colacionar depoimentos de dois testigos prestados em sede policial:

"[...] segundo comentários os criminosos haviam sido os indivíduos conhecidos por 'PERIQUITO', PAULO ROBERTO e outro de identidade desconhecida, os quais andavam em

duas bicicletas; [...] que segundo o declarante soube depois, o indivíduo 'PERIQUITO', no dia do crime, chegou para a vítima e perguntou onde ela morava, tendo a mesma respondido que morava nesta mesma rua (Cesário Lange), apontando para a casa; Que um dos indivíduos que andavam com 'PERIQUITO' disse 'ele mora na 'Portelinha', referindo-se a uma favela, que existe ali próximo; que 'PERIQUITO' aproximou-se da vítima e disse: 'qual é bicho, você vai mentir pra gente, você mora na 'Portelinha', tendo o indivíduo PAULO ROBERTO sacado de um revólver e atirado na nuca da vítima; [...]"
(Alangean Lopes da Silva - pp. 14/15)

"[...] Que 'PERIQUITO', cujo nome é EMERSON, o que é conhecido como o 'dono do pedaço', matador de gente e respeitado pelas pessoas e delinquentes que reside no aludido bairro; [...] Que logo também surgiram comentários de que os autores deste crime haviam sido 'PERIQUITO' em parceria com PAULO ROBERTO; [...] Que o motivo do crime, segundo soube, era porque a vítima morava na 'Portelinha' e a ordem é quem morasse na Portelinha e fosse para Levada era morto; [...]"
(Ana Karoline Queiroz da Silva - pp. 17/18)

Atento às versões apresentadas pela acusação e pela defesa, o Tribunal do Júri Popular chegou ao veredicto em consonância com a prova dos autos, rejeitando a tese defensiva da negativa de autoria, resultando na condenação do apelante por homicídio qualificado pela surpresa, torpeza e crueldade.

Impende ressaltar que cabe exclusivamente ao Conselho de Sentença, constitucionalmente designado para julgar os crimes dolosos contra a vida, a escolha entre as teses possíveis, podendo os jurados acolher uma delas, em detrimento de outras, por lhes parecer a que melhor amparo encontra na prova coligida, não ensejando a anulação do julgamento por contrariedade à prova dos autos.

Destarte, não se pode afirmar que a hipótese acolhida pelos jurados encontra-se completamente dissociada dos elementos de convicção. Ao contrário, a versão albergada encontra suporte na prova dos autos, como acima demonstrado, não cabendo a esta Corte sequer analisar se esta é a versão mais

verossímil ou a mais acertada, em virtude do princípio da soberania dos veredictos, cabendo, apenas, perscrutar se existe algum elemento de prova capaz de amparar a tese abraçada pelo Conselho de Sentença.

Portanto, existindo amparo probatório para as teses acatadas pelos jurados, resta claro que a decisão não foi arbitrária ou manifestamente contrária à prova dos autos, afastando a possibilidade de anulação do julgamento.

Saliento aqui que a razão para não se ter declarações de testemunhas presenciais pode, inclusive, decorrer da periculosidade dos acusados, muitas vezes mencionada durante a investigação criminal, nos mesmos termos do julgamento acima colacionado.

Ora, ainda que este Tribunal entendesse de modo diverso da decisão dos jurados, não deveria submeter os réus a novo julgamento em respeito ao preceito constitucional da soberania dos veredictos, pois, repito, não é função dos Tribunais analisar o mérito, substituindo-se aos jurados, mas sim perquirir se a decisão destes tem suporte fático-probatório, ainda que mínimo.

Nesse sentido, colaciono novamente a doutrina de Guilherme de Souza Nucci⁵:

“Por vezes, o tribunal termina invadindo o âmbito exclusivo da apreciação do Tribunal Popular, reformando decisão que está em consonância com a prova, mas não com a orientação da corte togada. Cuida-se, nesse caso, de grave erro, que atenta contra o preceito constitucional da soberania dos veredictos.”

Frise-se: se houver uma única prova em favor da tese da acusação e se os jurados optarem por esta, a decisão soberana do tribunal popular deve ser respeitada. Pode o Tribunal até discordar da decisão dos jurados, mas não é isso que está em questão, e sim se estes decidiram contra a prova.

5 NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 13ª. Edição, Forense, 2016, p. 786.

Certamente, não o fizeram.

No mesmo sentido esta Egrégia Corte consolidou entendimento na Súmula n. 6, cujo enunciado informa que: **as decisões dos jurados, em face do princípio constitucional de sua soberania, somente serão anuladas quando inteiramente contrárias à prova dos autos.**

Assim, nesse diapasão, se permite ao órgão recursal apenas a realização de um juízo de constatação acerca da existência ou não de suporte probatório para a decisão tomada pelos jurados integrantes do Conselho de Sentença, somente se admitindo a cassação do veredicto caso este seja flagrantemente desprovido de elementos mínimos de prova capazes de sustentá-lo.

Segundo Nucci, “*não se trata de atribuição do tribunal togado reavaliar a prova e interpretá-la à luz de doutrina e jurisprudência majoritária. Cabe-lhe, unicamente, confrontar o veredicto dos jurados com as provas colhidas e existentes nos autos, concluindo pela harmonia ou desarmonia entre ambas*”.⁶

Dessa forma, a decisão vergastada é irretocável e merece permanecer intacta, tendo em vista que não foi verificada a contrariedade do veredicto em relação às provas coligidas nos autos, as quais sustentam a tese acusatória a que se afiliaram os jurados, rejeitando a tese das defesas, sem qualquer vício que ocasione dúvidas quanto à legitimidade e soberania características da decisão do Júri.

DO ERRO OU INJUSTIÇA NO TOCANTE À APLICAÇÃO DA PENA

Mantidas as condenações nos termos acima, tem-se que o réu Renan Rodrigues Pereira, em sua apelação, também apresenta insurgência no tocante à pena imposta, razão pela qual passo a analisar a dosimetria, colacionando abaixo trecho da decisão do magistrado de piso: (fls. 1068/1070)

6 NUCCI, Guilherme de Souza. Tribunal do Júri. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 404.

Assim sendo, considerando esta soberana decisão e levando-se em conta as diretrizes do artigo 59 do Código Penal temos: a) a culpabilidade do réu está evidenciada, cuja conduta demonstra um elevado grau de potencialidade na prática deste delito em razão do *modus operandi*, não se olvidando que ele se utilizou de um adolescente para executar a vítima; b) os antecedentes são bons, já que não há registro de condenação penal anterior; c) sobre a conduta do acusado temos que apesar de ele haver revelado que exercia trabalho lícito em companhia telefônica, não fez prova. Já quanto a relatos de que ele possui comportamento desajustado ao convívio social deve ser levado em conta a certidão de fls. 996/998, de onde se vê que o acusado está sendo processado em várias outras ações penais, inclusive uma delas por crime de homicídio, que se encontra em grau de recurso; d) sobre personalidade, não há elementos para mensurá-la; e) motivação do crime foi a torpeza, de conformidade com a decisão do Conselho de Sentença; por fim, porque as circunstâncias judiciais lhe são relativamente desfavoráveis, hei por bem fixar a pena-base em 14 (catorze) anos de reclusão, agravada de 01 (um) ano por considerar que a segunda qualificadora do crime funciona como agravante genérica (RT 624/290), totalizando 15 (quinze) anos de reclusão, tornada definitiva à míngua de outras circunstâncias que possam alterar este quantum, que ele cumprirá inicialmente em regime fechado, em presídio oficial, na forma do art. 34 do Estatuto Penal Punitivo.

Vê-se, pois, que o juiz presidente, quando da análise das circunstâncias judiciais, considerou desfavoráveis a culpabilidade, a conduta social e os motivos do crime, afastando a pena-base em 02 (dois) anos do mínimo legal, que é de 12 (doze) anos.

Sobre a **culpabilidade**, entendo que ainda que haja menção, por meio da prova oral, que o executor de alcunha Gago era menor de idade, tal não se mostra suficiente para exasperar a pena-base do réu, vez que essa circunstância diz respeito ao estado de pessoa e, por isso, sua comprovação deve ser realizada mediante prova documental hábil, de acordo com as

restrições estabelecidas na lei civil, conforme art. 155, parágrafo único, do CPP⁷.

No que tange à **conduta social**, o julgador afirmou que era desfavorável em virtude de haver relatos de que o réu possuía comportamento desajustado, levando em consideração o fato de ele estar sendo processado por várias outras ações penais, inclusive uma delas por homicídio, que se encontrava em grau de recurso.

Pois bem. Conforme enunciado sumular nº 444 do Superior Tribunal de Justiça, inquéritos e ações penais em andamento não podem ser utilizados para exasperar a pena-base, razão pela qual a fundamentação do julgador se mostra inidônea.

Contudo, observando o amplo efeito devolutivo da apelação - que permite ao órgão *ad quem* reanalisar as provas colhidas e apresentar novos fundamentos referentes à dosimetria da pena, desde que não agrave a situação do réu⁸ - entendo que o fato de haver diversos relatos dando conta de que o acusado era pessoa temida no meio em que vivia, possibilita a manutenção do desvalor da presente vetorial pois, repita-se, esta circunstância refere-se ao comportamento do agente no meio em que vive.

Neste sentido:

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. CRIME DE HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. PACIENTE CONDENADO A 18 ANOS DE RECLUSÃO. **PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA NA VALORAÇÃO DESFAVORÁVEL DA CULPABILIDADE, CONDUTA**

7 “II - “[...] Para efeitos penais, a comprovação da idade, como as outras situações quanto ao estado das pessoas, há de ser realizada mediante prova documental hábil, de acordo com as restrições estabelecidas na lei civil. Inteligência do parágrafo único do art. 155 do CPP. Precedentes. (STJ, AgRg no AREsp 975.376/DF, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 06/06/2017, DJe 01/08/2017.)

8 STJ, HC 399.082/ES, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 31/08/2017.

SOCIAL E CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. (...) - A circunstância judicial da conduta social compreende o comportamento do agente no meio familiar, no ambiente de trabalho e no relacionamento com outros indivíduos. No caso, a valoração negativa de dito vetor operou-se com lastro em fundamentação idônea, pois há relatos testemunhais constatando que o acusado era pessoa temida e que vivia mostrando armas para as pessoas e que existem comentários sobre fatos desabonadores de sua conduta. Precedentes. (...) (STJ, HC 385.220/ES, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 06/06/2017, DJe 13/06/2017)

EMENTA: PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. HOMICÍDIO PRIVILEGIADO. QUANTUM DIMINUIÇÃO PELO PRIVILÉGIO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. DOSIMETRIA. DISCRICIONARIEDADE RELATIVA. **PENA-BASE. (...) CONDUTA SOCIAL. COMPROVAÇÃO POR PROVA TESTEMUNHAL. POSSIBILIDADE. PERSUASÃO RACIONAL. (...) A conclusão pela conduta social prejudicial resulta de ouvidas de testemunhas desabonadoras, que qualificaram a conduta do agente perante a sociedade como reprovável, sob o argumento de estar envolvido com drogas e ser temido pela sociedade. Inexiste qualquer óbice da prova da conduta social por meio de testemunhas, haja vista a regra da persuasão racional (CPP, art. 155 c/c art. 167), não havendo falar em tarifação legal da prova neste caso.** Outrossim, maiores incursões sobre a matéria implicaria indevido revolvimento fático-probatório.(...) (STJ, HC 180.167/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 18/08/2016, DJe 24/08/2016)

Por fim, quanto aos **motivos** do crime, o julgador afirmou que os mesmos eram torpes, conforme resposta do Conselho de Sentença aos quesitos de fls. 1065.

De fato, é sabido que quando se está diante de homicídio cometido com duas ou mais qualificadoras reconhecidas pelo Tribunal do Júri, pode uma ser utilizada para qualificar o crime (alterando o intervalo de pena que será utilizado no caso concreto), enquanto as demais podem ser valoradas na pena-base ou na segunda fase da dosagem da sanção, quando também forem consideradas como agravantes dos arts. 61 e 62 do Código Penal.

Ocorre que o julgador, ao dosar a pena, afirmou que o acusado tinha sido condenado pelo crime de homicídio com duas qualificadoras, utilizando uma delas para exasperar a basilar (art. 121 §2º, I, CP) e a outra para agravar a sanção na 2ª fase (art. 121 §2º, IV, CP), acabando por incorrer em *bis in idem*, pois uma delas – não tendo sido, na sentença, especificada qual – foi computada duas vezes: uma para qualificar o crime e a outra para elevar a sanção.

Desta forma, utilizo a motivação torpe para qualificar o delito (qualificadora devidamente reconhecida pelo Conselho de Sentença e que encontra amparo nos autos) e, por isso, retiro o traço negativo atribuído à circunstância judicial dos motivos do crime, ficando a qualificadora sobejante reservada para aplicação na 2ª fase da dosimetria da pena.

Neste sentido, no que pertine ao caso concreto:

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO STJ. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA QUANTO À CULPABILIDADE E ÀS CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. **OCORRÊNCIA DE BIS IN IDEM NO TOCANTE AOS MOTIVOS DO CRIME.** COMPORTAMENTO NEUTRO DA VÍTIMA NÃO ENSEJA EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (...) **3. Ocorre bis in idem quando a torpeza é usada para qualificar o delito e como circunstância judicial negativa consistente no motivo do crime. (...) 6. Recurso especial provido.** (STJ, REsp 1655579/PA, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 28/03/2017, DJe 06/04/2017)

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. **CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. DOSIMETRIA. CULPABILIDADE. INDICAÇÃO DE FATORES QUE NÃO DESBORDAM DOS COMUNS À ESPÉCIE E UTILIZAÇÃO DE CIRCUNSTÂNCIA QUE SERVIU PARA QUALIFICAR O DELITO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. PRÁTICA DO DELITO EM LOCAL PÚBLICO EM DIA DE FERIADO NACIONAL COM A PRESENÇA DA COMUNIDADE. RISCO AOS TRANSEUNTES. FUNDAMENTO VÁLIDO. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. DEBILIDADE PERMANENTE (PARAPLEGIA). DECORRÊNCIA QUE NÃO EXORBITA DAS COMUNS À ESPÉCIE (HOMICÍDIO). QUALIFICADORA SOBEJANTE. UTILIZAÇÃO COMO AGRAVANTE GENÉRICA. POSSIBILIDADE. REDUÇÃO AQUÉM DA MÁXIMA LEGAL PELA TENTATIVA. DECISÃO FUNDAMENTADA. REVISÃO. VIA IMPRÓPRIA. PRESENÇA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE. HC NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. (...) 3. **O fato de o delito ser decorrência de desavenças prévias que resultaram na morte do irmão da vítima, na medida em que caracteriza o motivo torpe (vingança) não pode ser considerado em duas oportunidades para justificar o aumento da pena, como culpabilidade, sob pena de bis in idem, uma vez que tal circunstância já serviu pra qualificar o delito, daí o constrangimento ilegal. (...) 6. Possível é a utilização das qualificadoras sobejantes, que não foram utilizadas para qualificar o delito, como circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, na primeira fase, ou, na segunda fase, como agravantes genéricas, se previstas. Precedentes. (...) (STJ, HC 331.480/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 14/02/2017, DJe 03/03/2017)****

De modo que, persistindo tom desfavorável sobre apenas um dos vetores do art. 59 do Código Penal (conduta social), medida que se impõe é o redimensionamento da pena-base para o patamar de 12 (doze) anos e 08

(oito) meses de reclusão, deixando de se adotar o critério majoritariamente utilizado pela jurisprudência pátria⁹ por ser prejudicial ao réu no presente caso.

Na **2ª fase**, mantém-se o agravamento da sanção em 01 (um) ano, mesmo quantum fixado pelo juízo singular, em razão de o crime ter sido cometido mediante recurso que impossibilitou a defesa da vítima - pois foi circunstância alegada na denúncia, mantida na pronúncia, sustentada em plenário e devidamente reconhecida pelo Conselho de Sentença (com amparo no *modus operandi* narrado pela prova oral) - em observância ao entendimento já mencionado acima de que uma das qualificadoras pode ser utilizada como agravante na dosagem da sanção (art. 61, 'c' do Código Penal), ficando a reprimenda no patamar de 13 (treze) anos e 08 (oito) meses de reclusão.

Redimensionada a pena, portanto, do montante de 15 (quinze) anos de reclusão para 13 (treze) anos e 08 (oito) meses de reclusão.

Quanto ao regime inicial de cumprimento da pena, deve o mesmo permanecer no inicialmente fechado, tendo em vista a fixação de reprimenda em patamar superior a 08 (oito) anos, em consonância com o art. 33, § 2º, 'a' do Código Penal, sem prejuízo de eventual detração a ser realizada pelo juízo das execuções.

Por fim, ressalte-se que o redimensionamento da sanção deve ser estendido, de ofício, ao corréu SILAS FERREIRA DE AQUINO, por força do art. 580 do Código de Processo Penal, uma vez que a fixação da reprimenda, nos pontos alterados por esta Corte, tem fundamentação similar à utilizada para Renan Rodrigues Pereira, não tendo as mudanças se fundado em circunstâncias de caráter exclusivamente pessoal, ficando a sanção de ambos, portanto, no montante de 13 (treze) anos e 08 (oito) meses de reclusão.¹⁰

9 O procedimento consiste em obter o intervalo de pena previsto em abstrato (máximo – mínimo), devendo, em seguida, ser dividido o resultado por 8 (oito) - que é o número de circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, com posterior multiplicação pelo número de vetores negativados. STJ, HC 367.917/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 14/02/2017, DJe 17/02/2017).

10 Art. 580 do Código de Processo Penal: No caso de concurso de agentes (Código Penal, art. 25), a decisão do recurso interposto por um dos réus, se fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, aproveitará aos outros.

Neste sentido, seguem lições de Renato Brasileiro de Lima¹¹:

Efeito extensivo: consectário lógico do princípio da isonomia, do qual deriva a óbvia conclusão de que acusados da prática de um mesmo crime devem ser tratados de maneira semelhante, caso se encontrem em idêntica situação jurídica, o efeito extensivo consiste na possibilidade de se estender o resultado favorável do recurso interposto por um dos acusados aos outros que não tenham recorrido. Por conta desse efeito, a decisão do recurso interposto por um dos acusados no caso de concurso de agentes, desde que fundada em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, aproveitará aos demais (CPP, art. 580). De se ver, portanto, que é possível a extensão benéfica dos efeitos de decisão proferida em recurso de corrêu àqueles que não recorreram, desde que a fundamentação não seja de caráter exclusivamente pessoal.

(...)

Verificando a possibilidade de incidência do efeito extensivo, incumbe ao próprio Tribunal que apreciar o recurso manifestar-se no sentido de estender o resultado favorável dele oriundo aos coautores e partícipes que não recorreram. Caso não o faça, os demais acusados poderão opor embargos de declaração visando provocar o pronunciamento do juízo ad quem acerca do efeito extensivo. Diante da inércia do Tribunal, ou na hipótese de negativa de extensão do efeito benéfico da impugnação do coautor, a solução será a impetração de habeas corpus ao Tribunal competente.

Corroborando este entendimento:

EMENTA: HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. NULIDADE. NÃO CONHECIMENTO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS E MOTIVO DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. BIS IN IDEM. INADMISSIBILIDADE. PLURALIDADE

11 LIMA, Renato Brasileiro. Manual de Processo Penal, 4ª edição, 2016, Juspodivm, p. 2355.

DE QUALIFICADORAS. UTILIZAÇÃO DE UMA PARA QUALIFICAR O CRIME E DAS OUTRAS PARA AGRAVAR A PENA (ARTS. 61, II, C E D, CP). POSSIBILIDADE. CORRÉU. IDENTIDADE DE SITUAÇÕES. INCIDÊNCIA DO ART. 580 DO CPP. (...) 4. **Ordem concedida, em parte, apenas para afastar a valoração negativa das circunstâncias e motivo do crime e, em consequência, reduzir a reprimenda imposta ao paciente, pelo crime de homicídio qualificado, a 19 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado, com extensão da ordem ao corréu Adriano José da Silva.** (STJ), HC 337.787/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 31/08/2017)

Por fim, deixo de conhecer o pedido de Silas Ferreira de Aquino referente à concessão dos benefícios da justiça gratuita, já que o entendimento jurisprudencial pátrio é no sentido de que tal pleito é competência do juízo das execuções.¹²

Diante do exposto, em parcial consonância com o parecer do Ministério Público e em discordância com o entendimento da Relatora, voto em NEGAR PROVIMENTO ao apelo de Silas Ferreira de Aquino e dar PARCIAL PROVIMENTO ao recurso de Renan Rodrigues Pereira, redimensionando a pena imposta e estendendo, de ofício, a alteração ao réu Silas Ferreira de Aquino, mantidas as demais disposições da sentença.

Comunique-se ao juízo das execuções as reformas realizadas na sanção dos réus, conforme dispõem as Resoluções 237/2016 e 113/2010, ambas do Conselho Nacional de Justiça.

É como voto.

Fortaleza, 12 de setembro de 2017.

12 TJDF, Processo 20160610050939 0005026-33.2016.8.07.0006, Órgão Julgador: 3ª TURMA CRIMINAL, Publicação : 23/05/2017 . Pág.: 606/626, Julgamento: 18 de Maio de 2017, Relator: JOÃO BATISTA TEIXEIRA; TJPR - 2ª C.Criminal - AC - 1550094-8 - Pato Branco - Rel.: Roberto De Vicente - Unânime - - J. 09.03.2017.

PROCESSO: 0787545-37.2014.8.06.0001 - APELAÇÃO

APELANTES: FRANCISCO SHAYRON LIMA MONTENEGRO DA CUNHA
E MÁRIO RABELO DA SILVA

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ

RELATOR: DES. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSOS DE APELAÇÃO. LATROCÍNIO TENTADO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA ROUBO. INVIABILIDADE. RECEPÇÃO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE EVIDENCIADAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. SÚMULA N.º 444 DO STJ. TENTATIVA BRANCA. FRAÇÃO DE REDUÇÃO. *ITER CRIMINIS* PERCORRIDO. DIMINUIÇÃO NO PATAMAR DE 2/3. ATENUANTES GENÉRICAS. QUANTUM DE REDUÇÃO INFERIOR A 1/6. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO. PENAS REDUZIDAS. RECURSOS CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS.

1 – Se o acusado, agindo com *animus furandi*, durante a execução do crime patrimonial, desferiu disparos de arma de fogo contra a vítima, não atingindo seu intento somente porque errou os tiros, resta evidenciado, também, o *animus necandi* em sua conduta, eis que, ainda que não tivesse o propósito de matá-la, assumiu, no mínimo, o risco de produzir o evento morte, restando configurada a tentativa de latrocínio.

2 – Inviável o pedido de absolvição quanto ao delito de receptação quando a prova é clara no sentido de que o apelante utilizou-se de arma de fogo de origem ilícita, identificada como sendo um revólver da marca Taurus, calibre 38, nº 1295999, com 3 (três) munições intactas e 3 (três) deflagradas, que tinha sido furtado, em momento anterior, de um depósito de material de construção.

3 - “Em se tratando de tentativa incruenta ou branca, em que a vítima não chegou a ser atingida por disparos, é aplicável a fração máxima de 2/3.” (AgRg no REsp 1555102/DF, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 11/10/2016, DJe 04/11/2016). Precedentes do STJ.

4 - “O Código Penal olvidou-se de estabelecer limites mínimo e máximo de aumento ou redução de pena a serem aplicados em razão das agravantes e das atenuantes genéricas. Assim, a jurisprudência reconhece que compete ao julgador, dentro do seu livre convencimento e de acordo com as peculiaridades do caso, escolher a fração de aumento ou redução de pena, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Todavia, a aplicação de fração superior a 1/6 exige motivação concreta e idônea.” (HC 364.194/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 24/04/2018, DJe 02/05/2018).

5 – Recursos conhecidos e parcialmente providos, para reduzir a pena imposta ao recorrente Francisco Shayron Lima Montenegro da Cunha, para 6 anos e 8 meses de reclusão, e 17 dias-multa, em regime inicial semiaberto, e a reprimenda imposta a Mário Rabelo da Silva para 7 anos e 8 meses de reclusão,

mais 31 dias-multa, no valor unitário do mínimo legal, a ser cumprida em regime inicial fechado, 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 dar parcial provimento, tudo em conformidade com o voto do Relator.

Fortaleza, CE, 25 de julho de 2018.

RELATÓRIO

Apelação interposta por Francisco Shayron Lima Montenegro da Cunha e Mário Rabelo da Silva, contra sentença da lavra do Juízo da 15ª Vara Criminal da Comarca de Fortaleza (fls. 252-266), que condenou o primeiro à pena de 14 anos, 9 meses e 18 dias de reclusão e 145 dias-multa, enquanto o segundo à reprimenda de 15 anos, 7 meses e 6 dias de reclusão, além de 155 dias-multa, ambos em regime inicial fechado, pela prática do crime descrito no art. 157, § 3.º, segunda parte, c/c o art. 14, inciso II, do Código Penal Brasileiro. O recorrente Mário Rabelo da Silva também foi condenado pela prática do delito de receptação – art. 180, caput, do Código Penal.

No recurso de apelação interposto por Mário Rabelo da Silva (fls. 267-277), a Defesa pretende: (I) – a desclassificação da conduta para o crime de roubo com a redução pela tentativa, na fração de 2/3, (II) - a absolvição do crime de receptação em face do princípio da consunção, (III) - a redução da pena para o mínimo legal, consideradas todas as circunstâncias judiciais favoráveis e reconhecimento das atenuantes da confissão e menoridade.

Francisco Shayron Lima Montenegro pretende, por intermédio de suas razões recursais (fls. 344-353), que seja: (I) - “a infração desclassificada para o crime de roubo majorado pelo emprego de arma e concurso de agentes”; ou (II) - “em não se acolhendo o pedido anterior, fixada a pena no

mínimo legal de 20 (vinte) anos, conforme circunstâncias judiciais favoráveis do artigo 59 do Código Penal,” sendo a reprimenda reduzida, em razão da atenuante da menoridade, na fração de 1/6, e em 2/3, por conta da tentativa.

O Ministério Público ofertou contrarrazões às fls. 298-310 e 358-368, onde se impugnam as alegações dos apelantes e pede-se para que seja mantida a sentença recorrida.

Em parecer de fls. 387-401, a douta Procuradoria Geral de Justiça opina pelo improvimento dos recursos.

É o breve relato.

Fortaleza, CE, 25 de julho de 2018.

VOTO

Feito o devido exame dos autos, há de se dizer, de logo, que os recursos foram interpostos tempestivamente, sendo cabíveis na espécie, daí merecerem o pretendido conhecimento.

Passo à análise das insurgências.

Ambos os acusados pretendem a desclassificação da conduta para roubo majorado pelo concurso de agentes e pelo emprego de arma de fogo, na modalidade tentada.

De acordo com a denúncia:

“[...] no dia 23 de setembro de 2014, por volta das 7h05min, na rua Escrivão Pinheiro, 4113, São João do Tauape, em Fortaleza, os corréus FRANCISCO SHAYRON LIMA MONTENEGRO DA CUNHA e MÁRIO RABELO DA SILVA, em comunhão e unidade de desígnios, mediante violência exercida com o uso de arma de fogo, incorreram na prática de latrocínio tentado, com o objetivo de subtrair o veículo *Fiat Uno*, cor preta, placas OIF 0441, pertencente à vítima Fernando George Silveira Franco Júnior, apenas não o consumando por circunstâncias alheias às suas vontades, fato ocorrido na Rua Escrivão Pinheiro, 4113, São João do Tauape, nesta Capital. [...]” (fl. 34)

Segundo aprova colhida nos autos, o ofendido – Fernando George Silveira Franco Júnior, ao prestar suas declarações em Juízo, disse:

“[...] que na data dos fatos, ia saindo para trabalhar por volta das 07h da manhã; que ao abrir o portão o denunciado Mário adentrou em sua residência, enquanto seu comparsa ficou dando cobertura “lá atrás”; que percebeu Mário sacar a arma e fazer menção de atirar e ao ouvir um disparo sacou sua arma e disparou em direção a Mário, trocando tiros com ele; oportunidade em que se virou e disparou em direção do outro réu; que tudo foi muito rápido; que disparou em direção aos dois assaltantes ainda de dentro do veículo; que ao descer de seu veículo percebeu que um dos réus estava caído ao solo, enquanto o segundo empreendeu fuga; que, em seguida, saiu em perseguição do réu, oportunidade em que foi encontrada uma das armas utilizadas no assalto; que logo chegaram policiais militares em motocicletas; que solicitou viaturas e o “SAMU” para o local, a fim de que fosse socorrido o assaltante que ficou caído ao solo, no caso o Shayron, que estava atrás do veículo; que a arma apreendida continha três cartuchos deflagrados; que obteve a informação, colhida através do sistema, por intermédio do delegado de polícia, que a arma apreendida era produto de furto; que seu veículo ficou com perfurações; [...]” (Audiência – fl. 200)

Os apelantes não se insurgiram quanto à autoria e à materialidade delitivas relativas ao crime patrimonial, mesmo porque Mário Rabelo da Silva confessou, em juízo, a prática do crime narrado na denúncia (Audiência - fls. 227), assumindo, inclusive, que se encontrava armado na ocasião e que teria efetuado três disparos, versão corroborada pelas demais provas produzidas.

Ao requerer a desclassificação da conduta para roubo majorado pelo emprego de arma e concurso de agentes, na modalidade tentada, argumentam os apelantes, em síntese, que nenhum dos disparos atingiram a vítima, pois não foram efetuados em sua direção, agindo o réu Márcio em legítima defesa, não havendo falar-se em tentativa de latrocínio, pois não “houve qualquer intenção em praticar homicídio, tendo ocorrido disparos

somente pelo fato da vítima ser policial, portar uma arma e ter efetuado disparos antes mesmo da abordagem por parte dos réus” (fl. 267).

Sem razão a Defesa. A prova é clara quanto à caracterização da tentativa de latrocínio, não havendo falar-se em desclassificação da conduta para roubo majorado tentado.

No caso em análise, restou evidenciada a intenção do recorrente Mário Rabelo de matar a vítima para subtrair os seus bens, pois o revólver foi disparado em sua direção (da vítima) e, embora não tenha sido ela atingida, seu veículo foi alvejado, não sendo atingido o resultado morte, por circunstâncias que não dependeram da vontade dos réus.

A jurisprudência é pacífica no sentido de que o crime de latrocínio tentado se configura independente das lesões sofridas pela vítima e, no caso, restou provado que o acusado Mário Rabelo da Silva atentou contra a vida do ofendido.

Nesse sentido:

“PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. [...]. 2. LATROCÍNIO TENTADO. TIPO QUE NÃO ADMITE TENTATIVA. NÃO VERIFICAÇÃO. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO E PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. 3. NENHUMA VÍTIMA ATINGIDA. IRRELEVÂNCIA. TEORIA FINALISTA. RESULTADO QUE ADMITE CULPA OU DOLO. 4. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

2. “A imputação de tentativa de matar para roubar configura o crime de latrocínio tentado, nenhuma contradição se verificando nesse enquadramento típico, que dispensa inclusive a consumação do dano à vida ou integridade física. O mais, valoração da intenção do agente, de matar para roubar, e do grau de participação na empreitada criminoso, é questão de valoração probatória, cuja revisão é descabida no habeas corpus” (HC 185.164/RJ, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 10/11/2015, DJe 25/11/2015).

3. Diversamente do alegado pelo recorrente, o fato de a vítima não ter sido atingida é irrelevante para a caracterização do crime de latrocínio tentado, uma vez que o direito penal

pátrio adota a teoria finalista e o resultado morte, no crime de latrocínio, pode derivar de dolo ou culpa. Precedentes.

4. Agravo regimental a que se nega provimento. Ementa parcial. Negritamos. (AgRg no HC 367.173/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 16/03/2017, DJe 27/03/2017)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. LATROCÍNIO TENTADO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA ROUBO QUALIFICADO PELA LESÃO CORPORAL GRAVE. PACIENTE QUE ATUOU COM DOLO DE MATAR. ALTERAÇÃO QUE DEMANDARIA O REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. INADMISSIBILIDADE NA VIA ELEITA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- Este Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, tem amoldado o cabimento do remédio heróico, adotando orientação no sentido de não mais admitir habeas corpus substitutivo de recurso ordinário/especial. Contudo, a luz dos princípios constitucionais, sobretudo o do devido processo legal e da ampla defesa, tem-se analisado as questões suscitadas na exordial a fim de se verificar a existência de constrangimento ilegal para, se for o caso, deferir-se a ordem de ofício.

- Esta Corte Superior consolidou o posicionamento segundo o qual configura-se latrocínio na sua forma tentada quando, embora o resultado morte não tenha ocorrido, o agente atuou com intensão de matar a vítima.

- *In casu*, as instâncias ordinárias entenderam que se mostrou evidente a configuração do latrocínio tentado, tendo em vista a demonstração nos autos do dolo de matar a vítima com que o paciente atuou, tanto que efetuou quatro disparos contra a mesma. Nesse contexto, a modificação do referido entendimento importaria em revolvimento fático-probatório, inadmissível na via sumária do habeas corpus.

Habeas Corpus não conhecido. (HC 223.053/SP, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), QUINTA TURMA, julgado em 07/05/2013, DJe 10/05/2013)

Como bem destacado no parecer da douta PGJ, “depreende-se de todo o contexto probatório que **os apelantes assumiram o risco de produzir o resultado morte**, pois as provas coletadas, notadamente pelo fato de **a arma de fogo da qual foram efetuados os disparos contra a vítima fora encontrada em seu poder** e com cartuchos deflagrados, não tendo logrado êxito em seu intento por motivos alheios a sua vontade” (fls. 394).

Logo, se os acusados, agindo com animus furandi, durante a execução do crime patrimonial, desferem disparos de arma de fogo contra a vítima, não atingindo seu intento somente porque erraram os tiros, resta evidenciado, também, o animus necandi em suas condutas, eis que, ainda que não tinham o propósito de matá-la, assumiram, no mínimo, o risco de produzir o evento morte, restando configurada a tentativa de latrocínio. Assim, quem, acompanhado de comparsa, aborda a vítima para subtrair bens móveis e durante a ação dispara tiros contra ela, só pode estar pretendendo matá-la.

Atento, portanto, à dinâmica dos fatos e ao desenrolar dos acontecimentos, dúvidas não existem de que o delito foi praticado com a intenção de desfalcar o patrimônio alheio e, portanto, não há como desclassificar a conduta para roubo majorado, pois que a tentativa de latrocínio exsurge clara, na medida em que a morte da vítima somente não ocorreu por circunstâncias alheias à vontade dos autores, isto é, porque os disparos não chegaram a atingir o ofendido.

Em relação ao pedido de absolvição quanto ao delito de receptação, buscado pela Defesa de Mário Rabelo da Silva, também não merece prosperar.

No caso em análise, a prova é clara no sentido de que o apelante utilizou-se de arma de fogo de origem ilícita, identificada como sendo um revólver, da marca Taurus, calibre 38, nº 1295999, com 3 (três) munições intactas e 3 (três) deflagradas, que tinha sido furtado de um depósito de material de construção.

Não há, portanto, como acolher a falaciosa alegação de Mário de que o revólver apreendido pertencia a seu irmão, na medida em que restou comprovada a origem ilícita do bem. Assim, estava ele conduzindo a arma, e como se sabe, havendo provas no sentido de que o réu estava na posse do bem, objeto do crime, inverte-se o ônus da prova.

Nesse sentido:

RECEPTAÇÃO - MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS - CONDENAÇÃO QUE SE IMPÕE - RECURSO DESPROVIDO E SENTENÇA MANTIDA.

Em tema de receptação, a só posse injustificada da *res* faria - como no furto faz - por presumir a autoria. Ao possuidor, tal sucedendo, é o que competiria demonstrar havê-la recebido por modo lícito. A apreensão da “*res furtiva*” em poder do acusado enseja, indubitavelmente, a inversão do ônus da prova. A receptação dolosa exige dolo específico, de maneira que seria impossível a condenação do agente sem a confissão, porque somente através dela ter-se-ia a convicção segura do elemento subjetivo, consistente no conhecimento prévio do agente a respeito da procedência criminosa da coisa adquirida ou recebida de outrem. Desse modo, para que a sanção se efetive e não fique ao alvedrio do próprio acusado, a prévia ciência da origem criminosa da coisa é passível de ser deduzida através de indícios sérios e da própria conduta do receptor antes e depois do delito. (TJMG - Rel. Des. Sérgio Braga - Ap 1.0439.06.055316-1/001 - DJ 26/06/2007).

Com efeito, não tendo a Defesa se desincumbido do seu mister, de trazer elementos probatórios de suas alegações, cujo ônus, nos termos do artigo 156 do Código de Processo Penal era exclusivamente seu, deve prevalecer a condenação de Mário como incurso nas penas do artigo 180, caput, do Código Penal.

Por outro lado, o pleito de redimensionamento das penas merece acolhida.

Para permitir a análise dos critérios utilizados na operação, faz-se necessário a transcrição de excertos da sentença condenatória, primeiramente quanto ao réu Francisco Shayron Lima Montenegro da Cunha:

I) Em relação ao réu FRANCISCO SHAYRON LIMA MONTENEGRO DA CUNHA:

1. CULPABILIDADE: Ao analisar a reprovabilidade da conduta delitiva empreendida pelo réu, pude constatar que

este possui discernimento suficiente para compreender o caráter ilícito de seu(s) ato(s) e determinar-se de acordo com este entendimento, sendo verdadeiro, pois, que de forma livre e consciente optou por praticá-lo(s), não havendo, assim, qualquer causa que exclua a censurabilidade do delito praticado;

2. ANTECEDENTES: Antecedentes criminais maculados, uma vez que responde a processo pela prática dos delitos capitulados nos arts. 33 e 35, ambos da Lei n. 11.343/06, feito que tramita perante o Juízo da 2ª da Comarca de Cascavel (Não obstante o teor da Súmula 444, do STJ e o fato do STF, no dia 17 de dezembro de 2014, no Recurso Extraordinário 591.054, por seis votos a quatro, tenha entendido que “a existência de inquéritos policiais ou ações penais sem trânsito em julgado não podem ser considerados como maus antecedentes para fins de dosimetria da pena”, na sessão de 24 de junho de 2015, o próprio Pretório Excelso assinalou que rediscutirá a tese de que processos em andamento não podem ser utilizados como antecedentes criminais na fixação da pena-base);

3. CONDUTA SOCIAL: Inexistem elementos para valorá-la;

4. PERSONALIDADE: Inexistem elementos para valorá-la;

5. MOTIVOS DO CRIME: Não transborda o elementar do tipo, tudo levando a crer ter sido o desejo de obtenção de dinheiro fácil;

6. CIRCUNSTÂNCIAS: Desfavoráveis, uma vez que o delito foi cometido em concurso de pessoas;

7. CONSEQUÊNCIAS EXTRAPENAIIS: Inexistem elementos para valorá-la;

8. COMPORTAMENTO DA VÍTIMA: Em nada contribuiu para a prática criminosa.

Ante às circunstâncias acima analisadas, **fixo a pena base de 25 (vinte e cinco) anos de reclusão, além de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa** (considerando as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP e atento às condições econômicas do sentenciado - critério mais favorável).

Em observância ao disposto no art. 68 do CP, passo a verificar a existência das circunstâncias legais previstas nos arts. 61 a 65, do citado estatuto normativo.

Subsiste em favor do réu a atenuante prevista no inciso I (menoridade), do art. 65, do CPB, razão pela qual reduzo a

pena em 04 (quatro) meses de reclusão e 08 (oito) dias-multa, fixando-a em 24 (vinte e quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 242 (duzentos e quarenta e dois) dias-multa.

Inexistem circunstâncias agravantes.

Considerando a causa de diminuição de pena prevista no art. 14, “II” do CPB, reduzo a pena em 2/5 (dois quinto), fixando-a em 14 (quatorze) anos, 09 (nove) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, bem como a 145 (cento e quarenta e cinco) dias-multa.

Assim, fixo a **PENA DEFINITIVA em 14 (quatorze) anos, 09 (nove) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, além de 145 (cento e quarenta e cinco) dias-multa.**

O dia-multa será calculado a razão de um 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato, sujeito à atualização de que trata o art. 49, do CP.

O réu não faz jus às benesses do art. 44 (substituição da pena em RESTRITIVA DE DIREITO), bem assim às do art. 77 (SURSIS Penal), ambos do Código Penal, por não preencher o requisito objetivo.

DO REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA.

Nos termos do art. 33, § 2º, alínea “a”, do CPB, o regime inicial para o cumprimento da pena privativa de liberdade imposta ao(à) acusado(a) é o **FECHADO**, haja vista que sua pena é superior a 08 (oito) anos de prisão.

[...].

Cabe ressaltar que o magistrado poder fixar o montante da pena dentro dos limites legais, mas deve fazê-lo em obediência ao disposto no art. 68 do Código Penal, devendo, a cada etapa, ser motivado com dados concretos. Ou seja, o Juiz sentenciante deverá sopesar as circunstâncias judiciais do art. 59, em seguida as atenuantes e agravantes e, por fim, as causas de diminuição e aumento de pena, para, ao final, estabelecer a pena de forma justa e fundamentada.

In casu, vê-se, com clareza, que, quanto a este réu, os fundamentos expostos pelo magistrado para elevar a pena-base a título de maus antecedentes, são insuficientes para autorizar o incremento, na forma procedida, pois encontra óbice na Súmula n.º 444 do STJ, que reza: “É vedada

a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”. As circunstâncias do crime realmente não favorecem aos réus, pois foi cometido em concurso de pessoas.

Assim, decotada a vetorial dos antecedentes, restando uma única circunstância desfavorável – circunstâncias do crime, utilizando-me do aumento ideal de 1/8 por cada circunstância judicial desabonadora, levando em conta, ainda, o intervalo de apenamento de 10 anos (20 a 30 anos) do crime de latrocínio, fixo a pena-base do recorrente em 21 anos e 3 meses de reclusão, além de 53 dias-multa.

Na segunda fase, o Magistrado de 1º grau limitou-se a reduzir a pena na fração de 1/75, conquanto tenha reconhecido a incidência da atenuante da menoridade relativa. A jurisprudência reconhece que compete ao julgador, dentro do seu livre convencimento e de acordo com as peculiaridades do caso, escolher a fração de aumento ou redução de pena, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Todavia, a aplicação de fração superior a 1/6 exige motivação concreta e idônea, o que não ocorreu na situação dos autos, ao revés, a fração utilizada (1/75), considerando o montante da pena, mostrou-se irrisória. Assim, reduzo a pena de 1/6 (3 anos, 6 meses e 15 dias de reclusão), em face do reconhecimento da circunstância atenuante da menoridade, deixando de atenuar a pena para abaixo do mínimo, em face do teor da Súmula n.º 231 do STJ, atingindo a reprimenda o total de 20 anos de reclusão e 35 dias-multa.

A propósito:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA QUALIFICADA. REDUÇÃO DA PENA INFERIOR A 1/6. MOTIVAÇÃO IDÔNEA DECLINADA. *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. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Dessarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do habeas corpus, pois exigiriam revolvimento probatório.

3. **O Código Penal olvidou-se de estabelecer limites mínimo e máximo de aumento ou redução de pena a serem aplicados em razão das agravantes e das atenuantes genéricas. Assim, a jurisprudência reconhece que compete ao julgador, dentro do seu livre convencimento e de acordo com as peculiaridades do caso, escolher a fração de aumento ou redução de pena, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Todavia, a aplicação de fração superior a 1/6 exige motivação concreta e idônea.**

4. No caso, o Colegiado de origem limitou-se a reduzir a reprimenda na fração de 1/12 pela incidência da atenuante do art. 65, III, “d”, do CP, pois o réu afirmou ter agido em legítima defesa, bem como em razão da existência de um vasto conjunto probatório a respaldar a condenação do réu, notadamente declarações de testemunhas presenciais do fato, não havendo, portanto, ilegalidade na segunda fase da dosimetria a justificar a concessão da ordem de ofício, porquanto restou declinada motivação idônea para a redução inferior a 1/6.

5. Writ não conhecido. (HC 449.831/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 12/06/2018, DJe 20/06/2018)

Na terceira etapa, o apelante busca a redução pela tentativa na fração de 2/3.

No que concerne à fixação da pena em casos de tentativa, deve o julgador sopesar a melhor quantidade cabível ao caso concreto. A lei apenas estabelece limites máximo de redução, com fração de 2/3, e mínimo, de 1/3.

Os Tribunais Superiores têm definido a aplicação a partir de um critério objetivo, levando-se em conta o iter criminis percorrido pelo agente.

In casu, a redução pela tentativa, no meu sentir, não foi procedida de modo adequado. A eleição do redutor, em se tratando de latrocínio tentado, há de ter em conta o iter percorrido pelo agente em direção à lesão do bem jurídico cuja tutela foi pelo legislador considerada mais relevante, vale dizer, em direção ao resultado morte. E, na hipótese, a vítima não foi atingida, tratando-se de tentativa branca. Aqui, nenhum dos tiros disparados chegou a atingir o ofendido, o objeto material (vida), nesse caso, embora tenha sofrido ameaça, não foi efetivamente alcançado pela conduta delituosa, afigura-se proporcional a fixação do redutor em 2/3 sobre a pena-base. Ressalte-se, também que nenhum bem foi subtraído.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. A via eleita revela-se inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedente.

2. O alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação ex officio, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

LATROCÍNIO. TENTATIVA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA ROUBO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO APROFUNDADO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESTREITA DO MANDAMUS. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA DO ACÓRDÃO CONDENATÓRIO. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE.

1. A pretendida desclassificação do crime de latrocínio pelo qual o paciente restou condenado para o roubo é questão que demanda aprofundada análise do conjunto probatório produzido em juízo, providência vedada na via estreita do remédio constitucional.

2. No processo penal brasileiro, vigora o princípio do livre convencimento motivado, em que o julgador, desde que de forma fundamentada, pode decidir pela condenação, não

se admitindo no âmbito do habeas corpus a reanálise dos motivos pelos quais a instância ordinária formou convicção pela prolação de decisão repressiva em desfavor do acusado.

ROUBO CIRCUNSTANCIADO E LATROCÍNIO TENTADO. CONTINUIDADE DELITIVA. IMPOSSIBILIDADE. CRIMES DE ESPÉCIES DISTINTAS.

1. Conforme reiteradas manifestações desta Corte, não há como ser reconhecida a continuidade delitiva entre os crimes de roubo majorado e latrocínio tentado, pois não são delitos da mesma espécie.

DOSIMETRIA. PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. FOLHA DE ANTECEDENTES CRIMINAIS. DOCUMENTO IDÔNEO PARA COMPROVAÇÃO. **TENTATIVA. FRAÇÃO DE DIMINUIÇÃO. PROPORCIONALIDADE COM O ITER CRIMINIS PERCORRIDO. TENTATIVA BRANCA. FRAÇÃO DE REDUÇÃO MÁXIMA.**

1. A jurisprudência dessa Corte tem posicionamento firme no sentido de considerar a folha de antecedentes criminais documento hábil e suficiente para comprovar os antecedentes criminais maculados e a reincidência, dispensando a apresentação de certidão cartorária. Precedentes.

2. De acordo com a jurisprudência desta Corte Superior, a fração de redução da pena decorrente da tentativa guarda relação com a proximidade do momento consumativo. Neste caso, não houve lesão à vítima - tentativa branca - o que implica a incidência da fração máxima de diminuição prevista pelo dispositivo de regência, que é de 2/3.

3. O estabelecimento de fração superior à mínima na terceira fase do cálculo da pena, relativa às hipóteses de roubo circunstanciado depende de fundamentação concreta, não sendo suficiente a simples menção ao número de majorantes, como ocorreu neste caso. Incidência do enunciado sumular n. 443 desta Corte.

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, a fim de reduzir a pena do paciente para 13 (treze) anos, 1 (um) mês e 15 (quinze) dias de reclusão (HC 354.750/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 26/09/2017, DJe 06/10/2017)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. LATROCÍNIO. **TENTATIVA INCRUENTA. MINORANTE. FRAÇÃO DE 2/3. SÚMULA 7/STJ. NÃO INCIDÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO.**

1. **Em se tratando de tentativa incruenta ou branca, em que a vítima não chegou a ser atingida por disparos, é aplicável a fração máxima de 2/3.**

2. Tratando-se de matéria eminentemente de direito, que prescinde de reexame fático-probatório, não é aplicável a Súmula 7/STJ.

3. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1555102/DF, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 11/10/2016, DJe 04/11/2016)

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. CRIME DE TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO, COMETIDO MEDIANTE RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA (ART. 121, § 2.º, IV DO CÓDIGO PENAL). PACIENTE PARTICIPOU DA EMPREITADA CRIMINOSA COMO MOTORISTA DO ATIRADOR. **TENTATIVA BRANCA OU INCRUENTA. AUSÊNCIA DE LESÕES. DIVERSOS DISPAROS DE ARMA DE FOGO. MÁ PONTARIA. ITER CRIMINIS NÃO CONCLUÍDO. REDUÇÃO NA FRAÇÃO MÁXIMA DE 2/3 (DOIS TERÇOS). PRECEDENTES. ALEGAÇÃO DE PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.**

I - Acompanhando o entendimento firmado pela 1.ª Turma do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Habeas Corpus n. 109.956, julgado em 07.08.2012, de relatoria do Excelentíssimo Ministro Marco Aurélio, a 5.ª Turma do Superior Tribunal de Justiça passou a adotar orientação no sentido de não mais admitir o uso do *writ* como substitutivo de recurso ordinário. Entretanto, nos casos de habeas corpus impetrados antes da modificação dessa jurisprudência, tem-se admitido o conhecimento de eventual ilegalidade flagrante de ofício.

II - O entendimento desta Corte evoluiu para não mais se admitir o manejo do habeas corpus em substituição ao recurso próprio, bem assim como sucedâneo de revisão criminal. Precedentes.

III - É fato incontroverso nos autos que a vítima não foi atingida pelos disparos de arma de fogo, o que demonstra tentativa branca ou incruenta de homicídio qualificado.

IV - A 5.^a Turma do Superior Tribunal de Justiça tem orientação firmada no sentido de que no crime de homicídio, em que a vítima não é atingida por circunstâncias alheias à vontade do agente, escapando ileso ou sem graves lesões, o *iter criminis* percorre seu estágio inicial, o que impõe a fixação da redução pela tentativa em sua fração máxima de 2/3 (dois terços). Precedentes.

V - A pena do Paciente foi reduzida de 8 (oito) anos de reclusão, em regime integralmente fechado, para 4 (quatro) anos em regime aberto. A previsão de regime integralmente fechado, previsto no art. 2.º, § 1.º, da Lei n. 8.072/1990, foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do HC 82.959/SP. VI - A alegação de prescrição não merece acolhida. Não houve entre os marcos interruptivos da prescrição o transcurso do prazo previsto no art. 109, IV, do Código Penal. VII - Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para redimensionar a pena, nos termos do voto. (HC 265.189/RJ, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2013, DJe 03/02/2014)

RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 619 DO CPP. INOCORRÊNCIA. OITIVA DE PERITOS E ACAREAÇÃO. INDEFERIMENTO. *PAS NULLITE SANS GRIEF*. DECISÃO CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. REEXAME DE PROVA.

1. Não há violação do artigo 619 do Código de Processo Penal se o Tribunal *a quo* decide todas as questões suscitadas pelas partes e utiliza motivação suficiente para solucionar a controvérsia sem incorrer em omissão ou ausência de fundamentação.

2. A inobservância procedimental não gera nulidade no processo se não resta comprovado o efetivo prejuízo, em obséquio ao princípio *pas de nullite sans grief* positivado no artigo 563 do Código de Processo Penal e consolidado no enunciado n.º 523 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

3. O indeferimento da acareação perante o Tribunal do Júri, por si só, não acarreta cerceamento de defesa já que, nos termos do inciso XI do artigo 497 do Código de Processo Penal, a admissão da prova se inclui no âmbito da discricionariedade do magistrado que preside o julgamento popular.

4. Decidido pelo Tribunal a quo haverem os jurados optado por uma das versões verossímeis dos autos, não há como afastar as conclusões tomadas no julgamento da apelação para afirmar que a decisão proferida pelo Conselho de Sentença era manifestamente contrária às provas dos autos sem incursionar o acervo fático probatório, inviável em sede de recurso especial.

5. Recurso especial improvido.

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DOSIMETRIA. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA NEGATIVA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO. EXASPERAÇÃO. TENTATIVA INCRUENTA. REDUÇÃO DA PENA NO MÁXIMO.

1. Presente circunstância judicial negativa, não pode a pena-base ser fixada no mínimo legal, impondo-se exasperar a reprimenda em obséquio aos princípios da culpabilidade, da proporcionalidade e da razoabilidade.

2. **Na tentativa de homicídio em que a vítima escapa ileso ou sem graves lesões o *iter criminis* percorre seu estágio inicial, impondo-se a redução da pena em sua fração máxima de 2/3 (dois terços).**

3. Agravo conhecido para dar parcial provimento ao recurso especial. (REsp 1327433/PR, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 18/06/2014, DJe 04/08/2014)

PENAL E PROCESSO PENAL. LATROCÍNIO TENTADO. CORRUPÇÃO DE MENORES. PRELIMINAR. NULIDADE DA SENTENÇA. AUSÊNCIA DE CIENTIFICAÇÃO DO RÉU QUANTO AO DIREITO AO SILÊNCIO NA FASE INQUISITORIAL. MERA IRREGULARIDADE. NULIDADE RELATIVA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA ROUBO CIRCUNSTANCIADO. IMPOSSIBILIDADE. *ANIMUS NECANDI* DEMONSTRADO. PARTICIPAÇÃO

DOLOSAMENTE DISTINTA OU PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. TENTATIVA. REDUÇÃO DA PENA NO GRAU MÁXIMO. TENTATIVA BRANCA. POSSIBILIDADE. PENA PECUNIÁRIA. CRIME DE CORRUPÇÃO DE MENORES. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. DECOTE. REGIME. ADEQUAÇÃO. REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS PARA AFERIÇÃO DO PREJUÍZO. DECOTE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Embora não cientificado o réu acerca do direito de permanecer calado, quando inquirido na delegacia, tal nulidade é relativa, devendo ser arguida no momento oportuno sob pena de preclusão, sendo necessária, ainda, a efetiva demonstração do prejuízo, o que não ocorreu na espécie.

2. Na esteira da jurisprudência, consumada a subtração da *res furtiva* e comprovado ter o comparsa do réu (menor infrator) atentado contra a vida da vítima, não consumando o latrocínio por circunstâncias alheias à sua vontade, não há que se falar em desclassificação do crime de latrocínio tentado para o crime de roubo circunstanciado.

3. No crime de latrocínio respondem pelo resultado morte (ou tentativa) todos os que, mesmo não tendo de mão própria realizado o disparo, planejaram, consentiram ou executaram o tipo básico, assumindo o resultado mais grave durante a ação criminosa.

4. Demonstrado nos autos que o réu, consciente e voluntariamente, assumiu o risco de produzir o resultado morte na vítima, ao se associar com o adolescente para a prática do crime de roubo, sabendo que ele portava uma arma de fogo, deve ser mantida a sua condenação pelo crime de latrocínio tentado, sendo incabível falar-se em participação dolosamente distinta.

5. Não há que se falar em participação de menor importância se o réu conduziu o menor até o local do delito e o aguardou, no veículo, para garantir a fuga e o sucesso da empreitada criminosa, o que demonstra que a sua conduta foi relevante para a prática do delito.

6. Como o *iter criminis* percorrido não gerou maiores consequências, uma vez que a vítima não foi atingida pelos disparos de arma de fogo, tratando-se de tentativa branca, deve ser utilizada a fração máxima de 2/3 (dois terços) para diminuição da pena.

7. Fixa-se o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena quando o réu não é reincidente, as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal são favoráveis e a pena aplicada é superior a 4 (quatro) anos e não excede a 8 (oito) anos.

8. Não é possível a condenação do réu à reparação dos danos materiais se não há elementos nos autos que permitam aferir o valor do prejuízo causado à vítima.

9. Recurso provido parcialmente. (Acórdão n.1062402, 20140710112012APR, Relator: DEMETRIUS GOMES CAVALCANTI, Revisor: NILSONI DE FREITAS CUSTODIO, 3ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 23/11/2017, Publicado no DJE: 29/11/2017. Pág.: 165/180)

APELAÇÃO CRIMINAL - LATROCÍNIO TENTADO E ROUBO CIRCUNSTANCIADO - PROVAS SUFICIENTES - CONDENAÇÃO MANTIDA - DESCLASSIFICAÇÃO PARA ROUBO QUALIFICADO - NÃO CABIMENTO - MENOR PARTICIPAÇÃO - NÃO CARACTERIZADA - CONTINUIDADE DELITIVA - IMPOSSIBILIDADE - DOSIMETRIA.

[...].

V. O fato de o acusado ter disparado 3 (três) vezes em direção aos ofendidos, em via pública e em plena luz do dia, é inerente ao tipo do latrocínio.

VI. A tentativa branca justifica a fração máxima de diminuição do artigo 14, inciso II, do CP.

VII. Parcial provimento aos apelos para reduzir as sanções. (Acórdão n.1014746, 20160310032045APR, Relator: SANDRA DE SANTIS, Revisor: ROMÃO C. OLIVEIRA, 1ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 27/04/2017, Publicado no DJE: 10/05/2017. Pág.: 125/137).

Desse modo, na terceira etapa da dosimetria, sobre a pena de 20 anos de reclusão, aplico a fração redutora de 2/3, resultando a reprimenda, em caráter definitivo, em **6 anos e 8 meses de reclusão, e 17 dias-multa**, à

base, cada um, de um trigésimo do salário mínimo vigente à época do fato. O regime inicial de cumprimento da pena é o **semiaberto**, art. 33, § 2º, “b”, do CP.

Passo ao exame da operação dosimétrica procedida em relação ao corréu Mário Rabelo da Silva, assim estabelecida pelo Juízo de primeiro grau:

II) Em relação ao réu MÁRIO RABELO DA SILVA:

1. CULPABILIDADE: Ao analisar a reprovabilidade da conduta delitiva empreendida pelo réu, pude constatar que este possui discernimento suficiente para compreender o caráter ilícito de seu(s) ato(s) e determinar-se de acordo com este entendimento, sendo verdadeiro, pois, que de forma livre e consciente optou por praticá-lo(s), não havendo, assim, qualquer causa que exclua a censurabilidade do delito praticado. Deve ser observado, ainda, que a culpabilidade do acusado restou agravada em razão de ter sido o responsável pelos disparos de arma de fogo deferidos contra a vítima;
2. ANTECEDENTES: Não registra antecedentes criminais;
3. CONDUTA SOCIAL: Inexistem elementos para valorá-la;
4. PERSONALIDADE: Inexistem elementos para valorá-la;
5. MOTIVOS DO CRIME: Não transborda o elementar do tipo, tudo levando a crer ter sido o desejo de obtenção de dinheiro fácil;
6. CIRCUNSTÂNCIAS: Desfavoráveis, uma vez que o delito foi cometido em concurso de pessoas;
7. CONSEQUÊNCIAS EXTRAPENAIS: Inexistem elementos para valorá-la;
8. COMPORTAMENTO DA VÍTIMA: Em nada contribuiu para a prática criminosa.

Ante às circunstâncias acima analisadas, **fixo a pena base de 25 (vinte e cinco) anos de reclusão, além de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa** (considerando as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP e atento às condições econômicas do sentenciado - critério mais favorável).

Em observância ao disposto no art. 68 do CP, passo a verificar a existência das circunstâncias legais previstas nos arts. 61 a 65, do citado estatuto normativo.

Subsiste em favor do réu as atenuantes previstas no inciso I (menoridade) e no inciso III, alínea “d” (confissão), ambas do

art. 65, do CPB, razão pela qual reduzo a pena em 04 (quatro) meses de reclusão e 08 (oito) dias-multa, para cada uma, fixando-a em 24 (vinte e quatro) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 234 (duzentos e trinta e quatro) dias-multa.

Inexistem circunstâncias agravantes.

Considerando a causa de diminuição de pena prevista no art. 14, “II” do CPB, reduzo a pena em 2/5 (dois quinto), fixando-a em 14 (quatorze) anos, 09 (nove) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, bem como a 145 (cento e quarenta e cinco) dias-multa.

Assim, fixo a **PENA DEFINITIVA em 14 (quatorze) anos, 07 (sete) meses e 06 (seis) dias de reclusão, além de 140 (cento e quarenta) dias-multa.**

O dia-multa será calculado a razão de um 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato, sujeito à atualização de que trata o art. 49, do CP.

No que toca ao delito de receptação, **fixo a pena-base em 1 ano e 06 meses anos de reclusão, bem como 20 (vinte) dias-multa.** (considerando as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP e atento às condições econômicas do sentenciado - critério mais favorável).

Em observância ao disposto no art. 68 do CP, passo a verificar a existência das circunstâncias legais previstas nos arts. 61 a 65, do citado estatuto normativo.

Subsiste em favor do réu as atenuantes previstas no inciso I (menoridade) e no inciso III, alínea “d” (confissão), ambas do art. 65, do CPB, razão pela qual reduzo a pena em 06 (seis) meses de reclusão e 05 (cinco) dias-multa, fixando-a em 01 (um) ano de reclusão e 15 (quinze) dias-multa.

Inexistem circunstâncias agravantes.

Inexistem causas de diminuição ou aumento de pena.

Assim, fixo a **PENA DEFINITIVA em 01 (um) ano de reclusão, além de 15 (quinze) dias-multa.**

SOMATÓRIO DAS PENAS

Diante da aplicabilidade ao caso em exame da regra inculpada no art. 69, do Código Penal, fica o réu condenado, **definitivamente, à pena de 15 (quinze) anos e 07 (sete) meses e 06 (seis) dias de reclusão, além de 155 (cento e cinquenta e cinco) dias-multa.**

O dia-multa será calculado a razão de um 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato, sujeito à atualização de que trata o art. 49, do CP.

O réu não faz jus às benesses do art. 44 (substituição da pena em RESTRITIVA DE DIREITO), bem assim às do art. 77 (SURSIS Penal), ambos do Código Penal, por não preencher o requisito objetivo.

DO REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA.

Nos termos do art. 33, § 2º, alínea “a”, do CPB, o regime inicial para o cumprimento da pena privativa de liberdade imposta ao(à) acusado(a) é o **FECHADO**, haja vista que sua pena é superior a 08 (oito) anos de prisão. [...].

Colhe-se da sentença de primeiro grau que o Juízo da 15ª Vara Criminal estabeleceu a pena-base em 5 anos acima do mínimo legal, considerando negativa a **culpabilidade** a as **circunstâncias do crime**, justificando concretamente a necessidade de maior punição.

Contudo, sendo duas as circunstâncias desfavoráveis, utilizando-me do aumento ideal de 1/8 por cada circunstância judicial desabonadora, levando em conta, ainda, o intervalo de apenamento de 10 anos (20 a 30 anos) do crime de latrocínio, reduzo a pena-base do recorrente para 22 anos e 6 meses de reclusão, além de 96 dias-multa.

Na segunda fase, o Magistrado de 1º grau limitou-se a reduzir a pena-base do crime de latrocínio na fração de 1/50, conquanto tenha reconhecido a incidência das atenuantes da menoridade relativa e da confissão. A jurisprudência reconhece que compete ao julgador, dentro do seu livre convencimento e de acordo com as peculiaridades do caso, escolher a fração de aumento ou redução de pena, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Todavia, a aplicação de fração superior a 1/6 exige motivação concreta e idônea, o que não ocorreu na situação dos autos, ao revés, a fração utilizada (1/50), considerando o montante da pena, e a incidência de duas atenuantes, mostrou-se irrisória. Assim, reduzo a pena de 2/6 = 1/3 (7 anos e 1 mês de reclusão), deixando de atenuar a pena para patamar abaixo do mínimo, em face do teor da Súmula n.º 231 do STJ, atingindo a reprimenda o total de 20 anos de reclusão e 64 dias-multa.

Na terceira fase, adotados os fundamentos já expostos, reduzo a pena (20 anos de reclusão, além de 64 dias-multa) de 2/3, resultando, em definitivo, em **6 anos e 8 meses de reclusão, mais 21 dias-multa**, à base, cada um de 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato.

Quanto ao delito de receptação – art. 180, caput, do CPB, vê-se que o magistrado sentenciante não teceu nenhuma consideração acerca das circunstâncias concretas em que praticado o crime em alusão, aumentando a reprimenda básica do referido delito tendo em vista ponderações alusivas ao crime de latrocínio. Desse modo, por ter resultado a pena corporal, imposta pelo sentenciante, no mínimo legal, a mantenho nesse patamar, reduzindo a pena de multa, por igual medida, para 10 dias-multa.

Considerando o cúmulo material – art. 69, do CPB, totaliza-se a pena de Mário Rabelo da Silva em **7 anos e 8 meses de reclusão, mais 31 dias-multa**, a ser cumprida em regime inicial **fechado**, em observância aos critérios previstos no art. 59, do CP, considerando a valoração negativa de duas circunstância judiciais,.

Ante o exposto, dou parcial provimento aos recursos para reduzir a pena imposta a Francisco Shayron Lima Montenegro da Cunha, para 6 anos e 8 meses de reclusão, e 17 dias-multa, em regime inicial semiaberto, e a reprimenda imposta a Mário Rabelo da Silva para 7 anos e 8 meses de reclusão, mais 31 dias-multa, no valor unitário do mínimo legal, a ser cumprida em regime inicial fechado, mantidos os demais termos da condenação.

É como voto.

Fortaleza, CE, 25 de julho de 2018.

HABEAS CORPUS

PROCESSO: 0620764-86.2018.8.06.0000 - HABEAS CORPUS

IMPETRANTES: FRANCISCO MARCELO BRANDAO, SONIA MARINA CHACON BRANDÃO, JOÃO PAULO BRANDÃO MATIAS, BRUNO CHACON BRANDÃO E AMANDA CHACON BRANDÃO

PACIENTE: ITALO FERREIRA DA SILVA

IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA COMARCA DE HORIZONTE

RELATOR: DES. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA: HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO, ESTELIONATO, ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. EXCESSO DE PRAZO. MATÉRIA SUBMETIDA E AINDA NÃO APRECIADA NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. DEMORA NA APRECIÇÃO DO PEDIDO. NEGATIVA À PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. REITERAÇÃO DELITIVA. DECRETO SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. INAPLICABILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E DENEGADA.

01 – A questão alusiva ao excesso de prazo na formação da culpa não foi apreciada pelo Juízo de origem, o que impede o seu conhecimento por esta Corte de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância.

02 - Não obstante, a demora na manifestação do Juízo a quo acerca do tema configura indevida negativa de prestação jurisdicional, pois a ele cabe analisar o aventado constrangimento em razão do excesso de prazo na formação da culpa,

matéria suscitada pela Defesa e ainda não decidida, configurando constrangimento ilegal a ausência de análise da questão.

03 – 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.

04 – No caso em exame, a prisão encontra-se devidamente fundamentada, nos termos do art. 93, IX, da CRFB-1988, em dados concretos, extraídos dos autos: (I) - em razão da periculosidade do Paciente, evidenciada pelo risco efetivo de voltar a cometer delitos, porquanto, além dos crimes pelos quais restou ele denunciado, está sendo processado por delitos de homicídio e roubo, e (II) – pela possibilidade de o Paciente integrar organização criminosa especializada em praticar estelionatos, estando, assim, a decisão impugnada lastreada em dados concretos, apontando a necessidade da prisão cautelar imposta ao Paciente, como forma de garantia da ordem pública, nos termos do art. 312, do CPP.

05 - Indevida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão quando a segregação se encontra justificada e se mostra imprescindível para a garantia da ordem pública.

06 – Ordem parcialmente conhecida e denegada, determinando-se, de ofício, ao Juízo da Comarca de Horizonte, que proceda ao exame do pedido

de relaxamento de prisão formulado em favor do Paciente, fixado, para tanto, o prazo de 5 (cinco) dias, contados da data em que tomar ciência da presente decisão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de *Habeas Corpus*, acordam os Desembargadores da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, em conhecer parcialmente da ordem impetrada, denegando-a na extensão cognoscível, e, de ofício, determinar ao Juízo da Comarca de Horizonte, que proceda ao exame do pedido de relaxamento de prisão formulado em favor do ora Paciente, tudo em conformidade com o voto do relator

Fortaleza, CE, 18 de abril de 2018.

RELATÓRIO

Cuida-se de habeas corpus, com pedido liminar, impetrado em favor de **Italo Ferreira da Silva**, figurando como autoridade coatora o Juízo de Direito da Comarca de Horizonte.

Segundo os autos, o Paciente foi preso em flagrante delito em 26-07-2017, teve a custódia convertida em preventiva e posteriormente foi denunciado pela prática, em tese, dos delitos tipificados nos arts. 157, § 2º, inciso II e 171, do Código Penal, art. 2º da Lei nº 12.850/2013 e art. 1º, da Lei nº 9.613/1998.

Neste habeas corpus a Defesa aduz, em confusa petição, ao que me parece, o excesso de prazo na formação da culpa e a ausência dos requisitos da prisão preventiva, salientando a possibilidade de aplicação de medidas cautelares diversas da prisão.

Indeferida a liminar (fl. 105), prestadas as informações solicitadas - fls. 113-116, manifestou-se a douta Procuradoria Geral de Justiça, em parecer

que assenta nas fls. 121-126, pela concessão da ordem, “sem prejuízo da aplicação de outras medidas alternativas à prisão que possam minimizar os riscos de eventual reiteração delitiva”.

É, no que há de relevante, o relatório.

Em mesa para julgamento.

VOTO

Quanto à alegação de indevida demora no processamento da demanda, a questão não foi apreciada pelo Juízo de origem, o que impede o seu conhecimento por esta Corte de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. GRAVIDADE CONCRETA. PERICULOSIDADE SOCIAL (APREENSÃO DE MACONHA, ECSTASY, LSD, BALANÇA DE PRECISÃO, ANOTAÇÕES DO TRÁFICO). PROTEÇÃO DA ORDEM PÚBLICA. EXCESSO DE PRAZO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. O habeas corpus não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. Para a decretação da prisão preventiva é indispensável a demonstração da existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria. Exige-se, mesmo que a decisão esteja pautada em lastro probatório, que se ajuste às hipóteses excepcionais da norma em abstrato (art. 312 do CPP), demonstrada, ainda, a imprescindibilidade da medida. Precedentes do STF e STJ.

3. Caso em que a prisão preventiva foi mantida pelo Tribunal para garantia da ordem pública em razão da periculosidade

social do paciente, evidenciada pelas circunstâncias concretas extraídas do flagrante, notadamente pela quantidade e variedade de drogas apreendidas - 1.400,05g de maconha, 15 comprimidos de ecstasy e 82 adesivos de LSD, balança de precisão -, além de anotações de vendas do tráfico e dinheiro em espécie. Precedentes.

4. Quanto à alegação de excesso de prazo para a formação da culpa, a questão não foi analisada pelo Tribunal de origem, circunstância que veda a análise direta por esta Corte, por configurar indevida supressão de instância. Precedentes.

5. Habeas corpus não conhecido. (HC 421.424/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 20/02/2018, DJe 27/02/2018)

Cumpra analisar, contudo, a existência de ameaça ou coação à liberdade de locomoção do Paciente, em razão de manifesta ilegalidade, a ensejar a concessão da ordem de ofício.

Sobreleve-se que, em consulta ao andamento do feito, através de contato telefônico com o Juízo de primeira instância, obteve-se a informação de que já foram ouvidas, em audiência realizada em 05-04-2018, as testemunhas cujas oitivas estavam a cargo do Juízo impetrado, pendendo o encerramento da instrução da devolução de cartas precatórias expedidas com a finalidade de colher o depoimento de testemunhas residentes em outras comarcas, circunstâncias que evidenciam, em análise superficial, a superação da alegação.

Com efeito, diante da informação colhida, da análise dos documentos que acompanham a inicial e dos informes prestados pela autoridade impetrada, não vislumbro, de plano, coação ilegal a ensejar a atuação ex officio desta Corte.

Verifica-se, contudo, que fora formulado, na origem, em 22-01-2018, pedido de relaxamento de prisão que até os dias atuais encontra-se pendente de decisão, situação que configura indevida negativa de prestação jurisdicional, tendo em conta que a instância ordinária não apreciou a questão suscitada, devendo o constrangimento, no ponto, ser sanado de ofício.

No mais, a insurgência envolve o exame acerca da fundamentação empregada no encarceramento cautelar do Paciente.

Extraí-se dos autos que o acusado foi preso em flagrante delito em 26-07-2017, teve a custódia convertida em preventiva e posteriormente foi denunciado pela prática, em tese, dos delitos tipificados nos arts. 157, § 2º, inciso II e 171, do Código Penal, art. 2º da Lei nº 12.850/2013 e art. 1º, da Lei nº 9.613/1998.

Os fundamentos da decretação da prisão preventiva, por ocasião da realização da audiência de custódia, foram os seguintes:

“[...]”.

A prisão em flagrante do réu preencheu as exigências legais quanto a sua formalização, merecendo ser mantida nos termos já analisados por ocasião de sua comunicação a este Juízo. No endereço do réus foram encontrados os demais indiciados, além de objetos diversos relacionados à acusação de estelionato, acusação esta sustentada pela confissão elucidadora de uma das indiciadas, Sinélia dos Santos Prata. Contra o indiciado remanesce uma longa folha criminal, em que se registram delitos como homicídio e roubo. Como se vê, flagrante a necessidade, pelo menos neste momento processual, da manutenção da prisão do indiciado, como forma de garantia da ordem pública, tendo em vista o caráter a natureza violenta dos crimes que lhe são atribuídos e ao caráter de organização criminosa que, aparentemente encontra-se envolto o indigitado, nos termos levado a efeito no inquérito policial. [...]” (fl. 24)

Como se vê, a segregação cautelar foi mantida pelo Juízo de primeiro grau: (I) - em razão da periculosidade do Paciente, evidenciada pela risco efetivo de voltar a cometer delitos, porquanto o Paciente além dos crimes pelos quais restou denunciado, está sendo processado por delitos de homicídio e roubo e (II) – pela possibilidade de o Paciente integrar organização criminosa especializada em praticar estelionatos, circunstâncias que apontam a necessidade da prisão cautelar imposta ao Paciente, como forma de garantia da ordem pública, nos termos do art. 312, do CPP.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 691/STF. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA, USURPAÇÃO DE FUNÇÃO PÚBLICA, TRÁFICO DE INFLUÊNCIA E PECULATO. **PRISÃO PREVENTIVA. REITERAÇÃO DE CONDUTA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.** SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INVIABILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL MANIFESTO. AUSÊNCIA.

1. As Turmas integrantes da Terceira Seção desta Corte Superior, na esteira do preceituado no Enunciado n. 691 da Súmula do Pretório Excelso, têm entendimento pacificado no sentido de não ser cabível a impetração de habeas corpus contra decisão de relator indeferindo medida liminar, em ação de igual natureza, ajuizada perante os Tribunais de segundo grau, salvo a hipótese de inquestionável teratologia ou ilegalidade manifesta.

2. No caso, o Magistrado singular, ao decretar a prisão cautelar do ora agravante, disse expressamente que ele vem reiterando na prática de crimes.

3. O Enunciado n. 691 da Súmula do Supremo Tribunal Federal só é superado em casos excepcionais, em que a ilegalidade é manifesta, o que não é o caso destes autos.

4. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 427.758/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 15/03/2018, DJe 27/03/2018)

Lado outro, tem-se por “indevida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão quando a segregação encontra-se justificada e mostra-se imprescindível para acautelar o meio social da reprodução de fatos criminosos” (HC n. 352.736/SP, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 11/5/2016).

À vista do exposto, conheço parcialmente da ordem, para denegá-la na extensão cognoscível, e, de ofício, determinar ao Juízo da Comarca de Horizonte, que proceda ao exame do pedido de relaxamento de prisão formulado em favor do ora Paciente, fixando, para tanto, o prazo de 5 (cinco) dias, contados da data em que tomar ciência da presente decisão.

É como voto.

Fortaleza, 18 de abril de 2017.

PROCESSO: 0621678-53.2018.8.06.0000 - HABEAS CORPUS

IMPETRANTE: JOSÉ CLÁUDIO SOUTO JUSTA

PACIENTE: ANTÔNIO ROBSON MACIEL RODRIGUES

IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DE EXECUÇÃO PENAL
DA COMARCA DE FORTALEZA/CE

RELATOR: DES. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA: HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PEDIDO DE PRISÃO DOMICILIAR COM MONITORAMENTO ELETRÔNICO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONDENAÇÃO DEFINITIVA. REGIME INICIAL SEMIABERTO. PRÉVIO RECOLHIMENTO À PRISÃO. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 674 DO CPP E 105 DA LEP. MANIFESTA ILEGALIDADE. INOCORRÊNCIA. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. O pleito de prisão domiciliar não pode ser enfrentado nesta Corte, tendo em vista que a matéria não foi analisada pelo Juízo a quo, a quem cabe a apreciação do pedido, quando for iniciado o cumprimento da pena.

2. Nos termos da legislação em vigor, notadamente os arts. 674 do Código de Processo Penal e o art. 105 da Lei de Execução Penal, a guia de recolhimento será expedida após o trânsito em julgado da sentença, quando o réu estiver ou vier a ser preso.

3. In casu, a carta de execução foi expedida sem o prévio recolhimento do apenado, sendo determinada a prisão pelo Juízo da 1ª Vara de Execução Criminal da Comarca de Fortaleza, a fim de que seja iniciado o curso do processo de execução, encontrando-se o Paciente, na atualidade,

em lugar incerto e não sabido, inviabilizando, tanto o início da execução, como a apreciação do pedido de prisão domiciliar.

4. Ordem não conhecida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de *Habeas Corpus*, acordam os Desembargadores da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, em não conhecer do presente writ, tudo em conformidade com o voto do relator.

Fortaleza, CE, 25 de julho de 2018.

RELATÓRIO

Cuida-se de habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado em favor de Antônio Robson Maciel Rodrigues, figurando como autoridade coatora o Juízo de Direito da 1ª Vara de Execução Criminal da Comarca de Fortaleza.

Colhe-se dos autos que o Paciente foi processado e condenado, em caráter definitivo, à pena de 6 anos, 10 meses e 15 dias de reclusão, mais multa, em regime inicial semiaberto, por infração ao art. 33, da Lei n.º 11.343/06.

Aduz a impetração, em síntese, que concedido foi concedido ao Paciente o direito de recorrer em liberdade, e que teria ele já cumprido, em prisão provisória, 1 ano e 4 meses da pena que lhe foi imposta, o que já lhe daria, “em tese”, o direito a progredir ao regime aberto.

Afirma não ser “cabível que venha agora voltar em regime mais gravoso, ou seja, cumprir a pena em regime fechado, posto que, atualmente o Sistema Penitenciário do Estado não está podendo viabilizar o semiaberto”, situação que violaria a Súmula Vinculante n.º 56, do Supremo Tribunal Federal.

Finda por requerer a concessão da ordem a fim de que possa cumprir em prisão domiciliar e com monitoramento eletrônico a reprimenda que lhe foi imposta.

Indeferi o pedido liminar, às fls. 30. Foram colhidas as informações junto ao Juízo impetrado (fls. 39-42). A douta PGJ manifestou-se pelo não conhecimento da ordem, nos termos do parecer que assenta nas fls. 48-51.

É, no que há de relevante, o relatório.

VOTO

O que se pretende através deste habeas corpus, em resumo, é a concessão de prisão domiciliar ao Paciente, condenado à pena de 6 anos, 10 meses e 15 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, sob o fundamento de que inexistente no Estado unidade carcerária apta ao cumprimento de sua reprimenda em condições próprias do regime que lhe foi imposto – semiaberto.

O Juízo de primeiro grau, ao prestar os informes consignou:

“[...]”.

“1. O paciente/apenado Antônio Robson Maciel Rodrigues foi condenado pelo juízo da 2ª Vara de Delitos de Tráfico de Drogas Comarca de Fortaleza-CE, à pena de 06 (seis) anos, 10 (dez) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, no regime semiaberto, por infração ao art. 33, “caput”, do SISNAD;

2. A Guia de Recolhimento foi expedida pelo juízo da condenação em desacordo com o art. 674 do CPP, com o art. 105 da LEP, e com as diretrizes do § 1º do art 2º e do art. 8º, ambos da Resolução 113/2010 do CNJ, uma vez que expedida com o sentenciado solto, o que inviabiliza a deflagração da execução penal;

3. Expedido o competente mandado de prisão por este juízo da 1ª VEP, a defesa do paciente/apenado protocolou pedido de prisão domiciliar nos autos da ação executória penal;. Para o enfrentamento do pedido de prisão domiciliar, este juízo entendeu se fazer necessário o pronto recolhimento do apeno

ao IPPOO II, unidade prisional emergencialmente destinada ao regime semiaberto, pois, do contrário, estaríamos a subverter a ordem executória penal concedendo ao sentenciado que não iniciara o cumprimento da pena, benefícios próprios da execução penal, que sequer, diga-se, havia sido deflagrada. [...]” (fls. 41)

Tenho que o presente habeas corpus não deva ser conhecido.

É que o pleito de prisão domiciliar não pode ser enfrentado diretamente por esta Corte, tendo em vista que a matéria não foi analisada pelo Juízo a quo, a quem cabe, originariamente, a análise do pedido, quando for iniciado o cumprimento da pena, o que, até os dias atuais, não se efetivou.

Com efeito, nos termos da legislação em vigor, notadamente os arts. 674 do Código de Processo Penal e o art. 105 da Lei de Execução Penal, a guia de recolhimento será expedida após o trânsito em julgado da sentença, quando o réu estiver ou vier a ser preso.

In casu, a guia de execução foi expedida pelo Juízo do processo de conhecimento sem o prévio recolhimento do apenado, somente sendo determinada a prisão do apenado pelo Juízo da 1ª Vara de Execução Criminal da Comarca de Fortaleza, a fim de que, com a prisão do sentenciado, se desse início ao curso do processo de execução, encontrando-se o Paciente, na atualidade, em lugar incerto e não sabido, inviabilizando, tanto o início do cumprimento da pena, como a apreciação do pedido de prisão domiciliar.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS A QUE SE NEGOU PROVIMENTO. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. REGIME SEMIABERTO. EXPEDIÇÃO DE GUIA DE RECOLHIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. MANDADO DE PRISÃO PENDENTE DE CUMPRIMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL AUSENTE. INTIMAÇÃO PARA INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA. INOVAÇÃO RECURSAL. DESCABIMENTO.

1. Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, transitada em julgado a condenação, inexistente constrangimento

ilegal na expedição de mandado de prisão, mesmo quando fixado o regime semiaberto, uma vez que tal determinação constitui pressuposto essencial para o início da execução da pena.

2. O art. 674 do Código de Processo Penal e o art. 105 da Lei de Execução Penal são expressos ao dispor que a guia de recolhimento para a execução penal somente será expedida após o trânsito em julgado da sentença que aplicar pena privativa de liberdade, quando o réu estiver ou vier a ser preso. Precedentes.

3. Eventual recolhimento em regime mais gravoso, decorrente de ausência de vaga em estabelecimento apropriado ao regime fixado na condenação, deverá ser analisado no caso concreto.

4. É descabida a inovação recursal.

5. Agravo regimental improvido. (AgRg no RHC 35.225/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 19/05/2016, DJe 07/06/2016)

Na hipótese, a prisão determinada em desfavor do Paciente decorre de sentença definitiva, não havendo como se pleitear benefícios que podem ser obtidos durante o cumprimento da pena, se essa sequer se iniciou, ou seja, não há ilegalidade manifesta no decreto de prisão exarado para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade.

Ademais, não resta evidenciado pela documentação acostada nos autos que o Paciente irá cumprir a pena em regime mais severo do que o estabelecido no édito condenatório, inexistindo, portanto, flagrante ilegalidade, a ser sanada pela via do writ.

Diante do exposto, não conheço do presente habeas corpus.

É como voto.

Fortaleza, 25 de julho de 2018.

PROCESSO: 0624036-88.2018.8.06.0000 HABEAS CORPUS
IMPETRANTE: FRANCISCO SÉRGIO BARROS ONOFRE FILHO
PACIENTE: FRANCISCO EDIVALDO PEREIRA DA SILVA E PAULO
IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA DE TRÁFICO DE DROGAS
DA COMARCA DE FORTALEZA
RELATORA: DESEMBARGADORA FRANCISCA ADELINEIDE VIANA

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/2006, ART. 180, CAPUT E ART. 288, PARÁGRAFO ÚNICO, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. PRISÃO FLAGRANCIAL CONVERTIDA EM PREVENTIVA. PLEITO DE SOLTURA. 1. ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. IMPROCEDÊNCIA. ANÁLISE GLOBAL DOS PRAZOS. COMPLEXIDADE. SÚMULA Nº 15 DO TJCE. INSTRUÇÃO ENCERRADA. ALEGAÇÕES FINAIS OFERTADAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO E DEFESA. PROCESSO NA IMINÊNCIA DE SER JULGADO. SÚMULA Nº 52 DO STJ. IMPOSSIBILIDADE DE MITIGAÇÃO. 2. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. NECESSIDADE DA CONSTRIÇÃO PARA A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. INAPLICABILIDADE DAS MEDIDAS CAUTELARES PREVISTAS NO ART. 319, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. Ordem conhecida e denegada. Recomendado à autoridade impetrada que envide esforços no sentido de conferir celeridade no julgamento do feito, tendo em vista envolver réu preso.

1. O excesso de prazo não deve ser analisado apenas se considerando a simples contagem aritmética, devendo levar-se em conta as peculiaridades do caso concreto, a fim de ser observado se a dilação do prazo é justificável ou não.
2. No caso, é de se concluir que a ampliação do prazo para a conclusão da fase instrutória não afronta o princípio da razoabilidade, notadamente diante da complexidade do feito originário, que envolve pluralidade de acusados (dois) e de condutas delitivas (três) e da necessidade de expedição de carta precatória para oitiva de testemunha defesa arrolada pelo paciente, conjuntura que atrai a incidência da Súmula nº 15, desta Corte de Justiça, segundo a qual: “Não há falar em ilegalidade da prisão por excesso de prazo quando a complexidade do crime apurado ou a pluralidade de réus justifica a mora na ulitimação dos atos processuais”.
3. Registre-se que a instrução processual foi encerrada em 14/03/2018, com apresentação das alegações finais pelo Ministério Público em 30/04/2018, do paciente e correu em 13/05/2018 e 20/05/2018, respectivamente, conjuntura que atrai a incidência da Súmula nº 52, do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual: “Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo”.
4. De outro lado, muito embora se reconheça haver certo atraso para o encerramento do processo, o certo é que, numa análise global do procedimento, a apontada afronta ao princípio da razoabilidade não se mostra tão exacerbada a ponto de justificar a concessão de liberdade ao paciente.

5. Quanto ao alegado fato de que o paciente possui condições pessoais favoráveis à concessão de liberdade provisória, de se observar que tal circunstância não autoriza, por si só, a revogação da prisão preventiva ou a substituição desta por outras medidas de cunho cautelar, se existem, nos autos, elementos concretos e suficientes a demonstrarem a necessidade de continuação da custódia antecipada, como ocorre *in casu*, sobretudo quando consideradas as particularidades do caso, notadamente a participação do paciente em associação criminosa e receptação de bem originário de roubo, com envolvimento de um adolescente, além da apreensão de 542g de maconha e 10g de crack.

6. Ordem conhecida e denegada. Recomendado à autoridade impetrada que envide esforços no sentido de conferir celeridade no julgamento do feito, tendo em vista envolver réu preso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus nº 0624036-88.2018.8.06.0000, formulado pelo impetrante Francisco Sérgio Barros Onofre Filho, em favor de Francisco Edivaldo Pereira da Silva e Paulo, contra ato do Excelentíssimo Senhor Juiz de Direito da 3ª Vara de Delitos de Tráfico de Drogas da Comarca de Fortaleza.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer da presente ordem de habeas corpus, para denegar-lhe provimento, recomendado, porém, à autoridade impetrada que envide esforços no sentido

de conferir celeridade no julgamento da ação, por envolver réu preso, tudo nos termos do voto da eminente Relatora.

Fortaleza, 14 de agosto de 2018.

RELATÓRIO

Trata-se de ação de habeas corpus, com pedido de liminar, formulado pelo impetrante Francisco Sérgio Barros Onofre Filho, em favor de Francisco Edivaldo Pereira da Silva e Paulo, contra ato do Excelentíssimo Senhor Juiz de Direito da 3ª Vara de Delitos de Tráfico de Drogas da Comarca de Fortaleza.

Consta nos autos que, em 06 de outubro de 2017, o paciente foi preso em flagrante delito, juntamente com outro agente, vindo a ter o título prisional convertido em preventiva, pela suposta prática dos crimes previstos no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, art. 180, *caput* art. 288, parágrafo único, ambos do Código Penal.

Alega o impetrante, em síntese, o excesso de prazo na formação da culpa, uma vez que o paciente se encontra custodiado há mais de 7 (sete) meses, não havendo ainda decisão sobre a ação penal.

Conclui postulando a concessão da ordem liminarmente e, no mérito, a sua confirmação, com expedição do competente alvará de soltura, a fim de que o paciente possa responder ao processo em liberdade e, subsidiariamente a aplicação de medidas cautelares diversa da prisão.

Documentos diversos anexos às fls. 22/177.

Pleito liminar indeferido em decisão de fls. 180/182.

Às fls. 194/195, pedido de reiteração do *decisum* que indeferiu o pleito liminar, restando indeferido às fls. 340/341.

Judiciosas informações colacionadas às fls. 345/346.

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça às fls. 350/356, com manifestação pelo improvimento da ordem.

É o sucinto relatório.

VOTO

Na presente ação constitucional de *habeas corpus*, como já relatado, busca-se a soltura do paciente, sob as alegações de excesso de prazo na formação da culpa e de aplicação de medidas cautelares diversas da prisão.

No que concerne à alegação de excesso de prazo na formação da culpa, é imperioso frisar que, consoante pacífico entendimento jurisprudencial desta Corte de Justiça, a questão não deve ser analisada apenas se considerando a soma aritmética dos prazos legalmente estabelecidos, também devendo considerar-se as peculiaridades do caso concreto, para, só ao final, verificar-se se a dilação do prazo é ou não justificável, aplicando-se, para tanto, o princípio da razoabilidade.

No caso, não se verifica desídia da autoridade impetrada quanto à tramitação ao feito, consoante se infere das informações acostadas às fls. 345/346, bem como em consulta aos autos originários (0175370-55.2017.8.06.0001), reproduzidas a seguir:

- prisão flagrancial em 06/10/2017, juntamente com outro agente, vindo a ser convertida em preventiva em 17/10/2017;
- denúncia oferecida em 31/10/2017, sendo recepcionada em 08/11/2017;
- paciente/acusado citado em 21/11/2017, enquanto correu em 14/11/2017;
- defesa ofertada em 01/12/2017 através de advogado constituído, por sua vez o correu apresentou em 04/12/2017, através da Defensoria Pública;
- audiência designada para 14/03/2018, oportunidade que foi encerrada a instrução processual;
- memoriais ofertados pelo Ministério Público em 30/04/2018, paciente em 13/05/2018 e correu em 20/05/2018.
- autos aguardando prolação da sentença meritória.

Observa-se, que o trâmite processual não configurada mora injustificada e desarrazoada, eis que o Magistrado primevo envidou esforços para que o processo tramitasse com celeridade, devendo ser ressaltado

a complexidade de que se reveste a ação penal originária, a qual envolve pluralidade de acusados (dois) e de condutas delitivas a serem apuradas (três), além da necessidade de expedição de carta precatória para oitiva de testemunha arrolada pela defesa do paciente, conjuntura que atrai a incidência da Súmula nº 15, desta Corte de Justiça, *in verbis*:

Súmula 15, TJ/CE: “Não há falar em ilegalidade da prisão por excesso de prazo quando a complexidade do crime apurado ou a pluralidade de réus justifica a mora na ulatimação dos atos processuais”.

Ademais, a instrução processual encontra-se encerrada, sendo apresentada pelo Ministério Público suas alegações finais em 30/04/2018, enquanto o paciente e corréu ofertaram em 13/05/2018 e 20/05/2018, respectivamente, contexto fático que remete ao entendimento consolidado na Súmula nº 52, do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual:

STJ, Súmula 52: “Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo”.

Nessa senda, confirmam-se:

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO TENTADO QUALIFICADO (DUAS VEZES). TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. EXCESSO DE PRAZO NA INSTRUÇÃO CRIMINAL. INSTRUÇÃO ENCERRADA. SÚMULA N. 52 DESTA CORTE. AUSÊNCIA DE MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. Segundo entendimento consolidado nos tribunais, os prazos indicados na legislação processual penal para a conclusão dos atos processuais não são peremptórios, de maneira que eventual demora no término da instrução criminal deve ser aferida dentro dos critérios da razoabilidade, levando-se em conta as peculiaridades do caso concreto. **2. No caso vertente, tem-se a incidência do entendimento consolidado no enunciado da Súmula n. 52 desta Corte, segundo o**

qual: “Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento ilegal por excesso de prazo”.

3. Ademais, eventual delonga na marcha processual resulta da complexidade do feito, que conta com três acusados e inúmeras cartas precatórias expedidas para a oitiva de diversas testemunhas, assim como da considerável contribuição da defesa, que apresentou resposta escrita à acusação somente após 10 meses de sua notificação.

4. Habeas corpus não conhecido. (STJ - HC: 292410 SP 2014/0082011-8, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 16/10/2014, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 03/11/2014).

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ARTIGOS 33 E 35, AMBOS DA LEI 11.343/06. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. EXCESSO DE PRAZO PARA FORMAÇÃO DA CULPA. INSTRUÇÃO CRIMINAL ENCERRADA. SÚMULA N. 52/STJ RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.

I - A prisão cautelar deve ser considerada exceção, já que, por meio desta medida, priva-se o réu de seu *jus libertatis* antes do pronunciamento condenatório definitivo, consubstanciado na sentença transitada em julgado. É por isso que tal medida constritiva só se justifica caso demonstrada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, *ex vi* do artigo 312 do Código de Processo Penal. A prisão preventiva, portanto, enquanto medida de natureza cautelar, não pode ser utilizada como instrumento de punição antecipada do indiciado ou do réu, nem permite complementação de sua fundamentação pelas instâncias superiores (HC 93498/MS, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 18/10/2012). II - Na hipótese, o decreto prisional encontra-se devidamente fundamentado em dados concretos extraídos dos autos, que evidenciam que a liberdade da ora recorrente acarretaria risco à ordem pública, notadamente se considerada a elevada quantidade de entorpecente apreendido em seu poder (825 g de maconha)

(precedentes). **III - O prazo para a conclusão da instrução criminal não tem as características de fatalidade e de improrrogabilidade, fazendo-se imprescindível raciocinar com o juízo de razoabilidade para definir o excesso de prazo, não se ponderando a mera soma aritmética dos prazos para a realização dos atos processuais (precedentes do STF e do STJ).** **IV - *In casu*, a instrução criminal foi encerrada, sendo concedida vista às partes para apresentação de alegações finais. Assim, nos termos da Súmula nº 52/STJ, fica superada a alegação de excesso de prazo para a formação da culpa. Recurso ordinário desprovido. (STJ - RHC: 55936 MS 2015/0015054-8, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 07/04/2015, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/05/2015)**

Não é o caso, ainda, de mitigação dos posicionamentos jurisprudenciais adotados na Súmula nº 52, do Superior Tribunal de Justiça, pois que, como já visto, os autos encontram-se prontos para julgamento, só se admitindo mitigação deste entendimento face demora desarrazoada e injustificável, o que não se vislumbra no caso em análise.

A respeito da matéria, colaciono precedente desta Corte de Justiça:

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. **ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA PELA DEMORA NA PROLAÇÃO DA SENTENÇA MERITÓRIA. IMPROCEDÊNCIA. ANÁLISE GLOBAL DOS PRAZOS. INSTRUÇÃO ENCERRADA. SÚMULA Nº 52, DO STJ. IMPOSSIBILIDADE DE MITIGAÇÃO. RECONHECIMENTO DO EXCESSO DE PRAZO NÃO IMPLICA NA IMEDIATA SOLTURA DO PACIENTE. PERICULOSIDADE DO AGENTE E RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA. SEGREGAÇÃO NECESSÁRIA PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE DO ESTADO. PRECEDENTES DO TJCE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO.**

ORDEM CONHECIDA E DENEGADA. RECOMENDAÇÃO PARA QUE O JUÍZO DE 1º GRAU SENTENCIE O FEITO COM URGÊNCIA.

1. O excesso de prazo não deve ser analisado apenas se considerando a simples contagem aritmética, devendo levar-se em conta as peculiaridades do caso concreto, a fim de ser observado se a dilação do prazo é justificável ou não. 2. Na hipótese, verifica-se que a instrução processual se encontra encerrada, inclusive com a apresentação dos respectivos memoriais, sendo o último deles protocolado em 20/02/2018, pela Defesa das corrés, conjuntura que atrai a incidência da Súmula nº 52, do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual: “Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo”. 3. **Ao contrário do que entendem o impetrante e a Procuradoria Geral de Justiça, deve-se concluir no caso pela impossibilidade de mitigação da Súmula de nº 52 do STJ, considerando que, embora configurado o excesso de prazo para prolação de sentença meritória, revela-se indispensável a manutenção da custódia cautelar do paciente, em consonância com a norma prevista no art. 312 do Código de Processo Penal.** No caso, é de ressaltar a exacerbada periculosidade do acusado em questão, bem evidenciada pela gravidade do delito, em razão da grande quantidade de droga (1.045g de maconha), conforme Auto de Apresentação e Apreensão nos autos, além do paciente responder a uma Ação Penal em curso na 3ª Vara Criminal da Comarca de Maracanaú, pela prática de crimes tipificados no art. 14, da Lei nº 10.826/2003, art. 180, do CPB e art. 28, da Lei nº 11.343/2006, tudo conforme exarado no decreto prisional que repousa nos presentes autos. 4. Válido realizar ao presente caso o sopesamento do direito à liberdade de um indivíduo e o direito de toda a sociedade, a qual seria vítima das ações delituosas praticadas pelo paciente, necessitando de igual maneira ter seus direitos fundamentais resguardados. Assim, deve-se aplicar o princípio da proporcionalidade, em sua vertente garantista positiva, que, aliado ao princípio da proibição da proteção deficiente por parte do Estado-Juiz, busca evitar que o Judiciário adote medidas insuficientes na proteção dos direitos fundamentais.

5. Visualizando a peculiaridade que o caso concreto apresenta, não é só a dilação temporal que possibilita a soltura imediata do paciente, uma vez que o garantismo penal deve ser aplicado de forma integral, observando à proteção de bens jurídicos individuais e coletivos, protegendo não só os interesses do preso, mas também os anseios da sociedade. 6. A despeito da constatação do excesso de prazo para prolação da sentença, não se deve revogar a prisão preventiva para que o acusado responda ao processo em liberdade, visto que a medida mais apropriada, no caso, não seria a soltura do paciente, mas sim a adoção de providências tendentes a aperfeiçoar o trâmite regular da ação penal, de modo a atender aos reclamos de razoável duração do processo. 7. Ordem conhecida e denegada, com recomendação para que o juiz competente sentencie o feito com urgência. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus nº 0623688-70.2018.8.06.0000, impetrado por Diego Henrique Lima do Nascimento, em favor de Lucas Santos da Rocha, contra ato do Exmo. Senhor Juiz de Direito da 2ª Vara de Delitos de Tráfico de Drogas da Comarca de Fortaleza. ACORDAM os Desembargadores integrantes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer da ordem de habeas corpus, mas para denegá-la, nos termos do voto do eminente Relator. Fortaleza, 07 de agosto de 2018. Des. Francisco Lincoln Araújo e Silva Presidente do Órgão Julgador Dr. Antônio Pádua Silva Relator - Port. 1369/2016 (Relator (a): ANTÔNIO PÁDUA SILVA - PORT 1369/2016; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 2ª Vara de Delitos Tráfico e Uso Subst. Entorpecen; Data do julgamento: 07/08/2018; Data de registro: 07/08/2018)

Quanto ao alegado fato de que o paciente possui condições pessoais favoráveis, de se observar que tal circunstância não autoriza, por si só, a revogação da prisão preventiva ou a substituição desta por outras medidas de cunho cautelar, se existem, nos autos, elementos concretos e suficientes a demonstrarem a necessidade de continuação da custódia antecipada, como ocorre *in casu*.

De fato, resta clara a necessidade da constrição a bem do resguardo da ordem pública, diante da periculosidade evidenciada através

das circunstâncias do crime, notadamente a participação do paciente em associação criminosa e receptação de bem originário de roubo, com a participação de adolescente, além da apreensão de 542g de maconha e 10g de crack.

Nesse sentido, a decisão pela qual se decretou a custódia cautelar do paciente (fls. 108/111 dos autos originários):

“As circunstâncias já tracejadas no intróito em relação aos atuados notadamente a participação dos mesmos em associação criminosa e receptação de bens originários de roubo – já flagrados na companhia de adolescente que utilizou arma de fogo em suas investidas, além de que encontrada por ocasião da diligência arma, munição e outra quantidade e diversidade de drogas – deve ser objeto de averiguação no decurso da instrução criminal, em juízo de cognição ampla, pois discutir a veracidade das condutas imputadas proceder à dilação probatória, procedimento inviável em sede de audiência de custódia. Impende-se dizer que goza de presunção de veracidade (fé pública) o depoimento de policiais militares condutores da prisão em flagrante, os quais serão postos em crivo do contraditório e da ampla defesa na fase de conhecimento.

Atendo 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 indiciados, razão pela qual torna-se-me impossível conceder-lhes o benefício a liberdade provisória, sendo também insuficiente, repito, para tal desiderato, a aplicação de outra medida cautelar menos gravosa”.

Frise-se que a análise da questão implica juízo de periculosidade, e não juízo de culpabilidade, como bem assentou Renato Brasileiro de Lima¹:

“Para uma segunda corrente, de caráter restritivo, que empresta natureza cautelar à prisão preventiva decretada com base na

1 LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática**. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, pp. 236 e 237.

garantia da ordem pública, entende-se *garantia da ordem pública* risco considerável de reiteração de ações delituosas por parte do acusado, caso permaneça em liberdade, seja porque se trata de pessoa propensa à prática delituosa, seja porque, se solto, teria os mesmos estímulos relacionados com o delito cometido, inclusive pela possibilidade de voltar ao convívio com os parceiros do crime. , essa corrente, que é majoritária, sustenta que a prisão preventiva poderá ser decretada com o objetivo de resguardar a sociedade da reiteração de crimes em virtude da periculosidade do agente.

O caráter cautelar é preservado, pois a prisão tem o objetivo de assegurar o resultado útil do processo, de modo a impedir que o réu possa continuar a cometer delitos, resguardando o princípio da prevenção geral. Há, de fato, evidente perigo social decorrente da demora em se aguardar o provimento jurisdicional definitivo, eis que, até o trânsito em julgado da sentença condenatória, o agente já poderá ter cometido diversas infrações penais. Como adverte Scarance Fernandes, ‘se com a sentença e a pena privativa de liberdade pretende-se, além de outros objetivos, proteger a sociedade, impedindo o acusado de continuar a cometer delitos, esse objetivo seria acautelado por meio da prisão preventiva.’

No caso de prisão preventiva com base na garantia da ordem pública, faz-se um juízo de periculosidade do agente (e não culpabilidade), que, em caso positivo, demonstra a necessidade de sua retirada cautelar do convívio social.”

Na mesma linha de entendimento, os seguintes precedentes:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS ROUBO MAJORADO. PRISÃO PREVENTIVA. REQUISITOS. PREENCHIMENTO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. POSSIBILIDADE DE REITERAÇÃO CRIMINOSA. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM NÃO CONHECIDA.

- A jurisprudência desta Corte tem proclamado que a prisão cautelar é medida de caráter excepcional, devendo ser imposta, ou mantida, apenas quando atendidas, mediante decisão

judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF), as exigências do art. 312 do CPP. Isso porque a liberdade, antes de sentença penal condenatória definitiva, é a regra, e o enclausuramento provisório, a exceção, como têm insistido esta Corte e o Supremo Tribunal Federal em inúmeros julgados, por força do princípio da presunção de inocência, ou da não culpabilidade.

- Na hipótese dos autos, a decretação da segregação cautelar está devidamente fundamentada, tendo o Tribunal de Origem destacado que o recorrente oferece risco à coletividade, tendo em vista que as circunstâncias do crime são graves, o que demonstra a periculosidade do paciente e a real possibilidade de que, solto, volte a delinquir.

- O Superior Tribunal de Justiça entende que condições pessoais favoráveis, como bons antecedentes, residência fixa e ocupação lícita, não são garantidoras de eventual direito subjetivo à liberdade, quando a necessidade da prisão é recomendada por outros elementos, como ocorre *in casu*. Recurso a que se nega provimento. (STJ, RHC 33.129/PA, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), QUINTA TURMA, julgado em 23/04/2013, DJe 26/04/2013)

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO E LATROCÍNIO TENTADO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. REQUISITOS. PREENCHIMENTO. MATERIALIDADE E INDÍCIOS SUFICIENTES DA AUTORIA DELITIVA. INVIABILIDADE DE EXAME NA VIA ELEITA. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. *MODUS OPERANDI*. PERICULOSIDADE DO AGENTE. PARTICIPAÇÃO DE MENOR INIMPUTÁVEL. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. SEGREGAÇÃO JUSTIFICADA E NECESSÁRIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO.

1. Para a decretação da prisão preventiva, não se exige prova concludente da autoria delitiva, reservada à condenação criminal, mas apenas indícios suficientes desta, que, pelo cotejo dos elementos que instruem o *mandamus*, se fazem presentes.

2. A análise acerca da negativa de autoria veiculada na inicial é questão que não pode ser dirimida na via sumária do habeas

corpus, por demandar o reexame aprofundado das provas colhidas no curso da instrução criminal.

3. Não há falar em constrangimento ilegal quando a custódia cautelar está devidamente justificada na garantia da ordem pública, em razão da gravidade concreta dos delitos em tese praticados e da periculosidade do agente, bem demonstradas pelo *modus operandi* empregado.

CUSTÓDIA CAUTELAR. INCIDÊNCIA DA LEI N. 12.403/2011. IMPOSSIBILIDADE. REPROVABILIDADE EXACERBADA DO DELITO. ORDEM DENEGADA.

1. Inviável a aplicação de medida cautelar diversa da prisão quando há motivação que justifique a medida excepcional, a exemplo da gravidade concreta do delito, o que torna de rigor sua prisão.

2. Ordem denegada. (STJ, HC 236.386/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 12/06/2012, DJe 19/06/2012).

ISSO POSTO, CONHEÇO da presente ordem de *habeas corpus*, para DENEGAR-LHE PROVIMENTO, agindo assim em consonância com o parecer ministerial.

Oficie-se à autoridade impetrada, recomendando-lhe que envide esforços no sentido de conferir celeridade no julgamento do feito, tendo em vista envolver réu preso.

É como voto.

Fortaleza, 14 de agosto de 2018.

PROCESSO: 0624554-78.2018.8.06.0000 - HABEAS CORPUS

IMPETRANTE: LUMA MARIA MARQUES CAVALCANTE

PACIENTE: ROBERTO NEVES DE LIMA

IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA 10ª VARA CRIMINAL DA
COMARCA DE FORTALEZA

RELATOR: DES. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

**EMENTA: HABEAS CORPUS. ROUBO
MAJORADO PELO USO DE ARMA E
CONCURSO DE PESSOAS E RECEPÇÃO.
PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO
IDÔNEA. ARTIGO 312 DO CPP. GRAVIDADE
CONCRETA DO DELITO. GARANTIA DA
ORDEM PÚBLICA. MEDIDAS CAUTELARES.
INSUFICIÊNCIA. EXCESSO DE PRAZO.
SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM
PARCIALMENTE CONHECIDA E DENEGADA.**

01 – Para a decretação da prisão cautelar é necessário concreta fundamentação, à luz do art. 312 do CPP.

02 – Na espécie, trata-se de crime de roubo, podendo a periculosidade do agente ser aferida pelo modus operandi da conduta, sobretudo na situação dos autos, em que o Paciente foi denunciado por roubo duplamente majorado, cometido em concurso de agentes, em que, mediante grave ameaça exercida com arma de fogo e um machado, invadiram uma residência e subjugaram as vítimas, as quais foram trancadas em um dos cômodos do imóvel, enquanto os assaltantes subtraíam os bens do local, inclusive o carro da família, empreendendo fuga do local em seguida, estando a prisão suficientemente fundamentada como forma de garantia de ordem pública.

03 – Presentes os pressupostos da prisão preventiva, a adoção de medidas cautelares alternativas, diversas da segregação cautelar não se mostram suficientes para a finalidade buscada de proteção da ordem pública.

04 - Inexistindo nos autos qualquer manifestação do Juízo a quo sobre o pedido de relaxamento por excesso de prazo na formação da culpa, obstada a análise da matéria diretamente por esse Tribunal de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância.

05 - Ordem parcialmente conhecida e denegada, com recomendação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de *Habeas Corpus*, acordam os Desembargadores da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, em conhecer parcialmente da ordem impetrada, denegando-a na extensão cognoscível, tudo em conformidade com o voto do relator.

Fortaleza, CE, 11 de julho de 2018.

RELATÓRIO

Cuida-se de habeas corpus, com pedido liminar, impetrado em favor de Roberto Neves de Lima, figurando como autoridade coatora o Juízo de Direito da 10ª Vara Criminal da Comarca de Fortaleza.

Colhe-se dos autos que o Paciente foi preso em flagrante delito, desde 22-11-2017, teve a custódia convertida em preventiva, tendo sido denunciado como incurso no art. 157, § 2º, I e II, e art. 180, ambos do Código Penal.

A Defesa sustenta neste mandamus que o Paciente estaria padecendo de constrangimento ilegal em razão da inidoneidade dos fundamentos utilizados para a decretação de sua prisão preventiva e do excesso de prazo na formação da culpa.

Pugna, ao final, pela revogação da segregação cautelar ou, subsidiariamente, pela aplicação de medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.

A liminar foi indeferida (fl. 23). As informações solicitadas foram prestadas às fls. 27-29. O parecer da douta PGJ (fls. 33-43) foi pela denegação da ordem.

É, no que há de relevante, o relatório.

Em mesa para julgamento.

VOTO

Insurge-se a impetração contra a prisão preventiva decretada em desfavor do Paciente, alegando a Defesa ausência de necessidade da custódia cautelar e excesso de prazo.

Relativamente ao exame acerca da fundamentação empregada no encarceramento cautelar do Paciente, em meu sentir, não está caracterizado o constrangimento ilegal descrito na inicial.

Cediço que para a decretação da prisão cautelar é necessário concreta fundamentação, à luz do art. 312 do CPP.

Eis, na parte que interessa, o teor da decisão de primeiro grau que negou a liberdade do Paciente:

“[...]”.

Narram os autos que no dia 12 de janeiro de 2018 o suplicante, acompanhado de outros dois comparsas, invadiu a residência da vítima e mediante o uso de um simulacro de arma de fogo e um machado, ameaçaram as vítimas tomando-lhes os pertences. Ressalte-se que as vítimas foram trancadas dentro de um dos quartos enquanto os infratores subtraíam os objetos da residência.

Verifica-se, pois, que o “*modus operandi*” do ilícito, bem assim o fato de se tratar de delito cometido com grave ameaça às vítimas, haja vista o uso de arma e um machado, mediante as quais renderam as vítimas dentro de sua própria residência, trancafiando-os em um dos quartos, para subtrair diversos bens. As circunstâncias do presente caso demonstram a audácia do suplicante e de seus comparsas na prática do delito, pois invadir uma residência, renderam e trancafiaram as vítimas, agindo em grupo e como o uso de armas, subtraído bens de valores como automóveis, computadores, tablets, celulares.

Os fatos em concreto evidenciam a periculosidade e a ousadia do suplicante, não merecendo acolhimento a alegativa da defesa de que o mesmo praticou o ato em uma atitude de desespero por estar passando dificuldade. É preciso levar em consideração que, embora o acusado não possua antecedentes criminais, associou-se a comparsas com antecedentes, envolvendo-se em delito de extrema gravidade.

Isto posto, as circunstâncias do presente crime são autênticas legitimadoras da prisão provisória, considerando a instabilidade e o sentimento de insegurança social que tais atitudes acarretam. Ademais, presentes indícios suficientes de autoria por parte do requerente, haja vista ter sido preso ainda de posse dos objetos subtraídos das vítimas.

[...]” (fls. 11-13)

No caso dos autos, tenho por suficientes as razões invocadas pelo Juízo de origem para a adoção da medida extrema, em razão da concreta gravidade do delito, a evidenciar o periculum libertatis.

Trata-se de crime de roubo e a periculosidade do agente pode facilmente ser aferida pelo modus operandi da conduta e na situação dos autos o Paciente foi denunciado por roubo duplamente majorado, cometido em concurso de agentes, em que, mediante grave ameaça exercida com arma de fogo e um machado invadiram uma residência e subjugaram as vítimas, as quais foram trancadas em um dos cômodos do imóvel, enquanto os assaltantes subtraíam os bens do local, inclusive o carro da família, empreendendo fuga do local em seguida.

A prisão, pois, está amoldada às hipóteses legais, previstas no art. 312, do CPP.

Nesse sentido:

PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO E ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NÃO REALIZADA. AUSÊNCIA DE NULIDADE. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA. *MODUS OPERANDI*. REITERAÇÃO DELITIVA. RECURSO DESPROVIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal deferiu, em 9/9/2015, medida cautelar no bojo da ADPF 347/DF, para que juízes e tribunais realizem audiências de custódia, dirigindo o preso a uma autoridade judiciária dentro de 24 horas da prisão. Não obstante a sua não realização no caso em exame, não há se falar em nulidade. Primeiro porque a prisão em flagrante ocorreu em momento anterior ao acima referido (29/4/2015). Ademais, conforme orientação firmada no âmbito da Sexta Turma desta Corte, “a não realização de audiência de custódia não é suficiente, por si só, para ensejar a nulidade da prisão preventiva, quando evidenciada a observância das garantias processuais e constitucionais” (AgRg no HC 353.887/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 19/05/2016, DJe 07/06/2016). 2. A validade da segregação cautelar está condicionada à observância, em decisão devidamente fundamentada, aos requisitos insertos no art. 312 do Código de Processo Penal, revelando-se indispensável a demonstração do que consiste o *periculum libertatis*. 3. **No caso, a prisão preventiva está justificada, pois a decisão que a impôs delineou o *modus operandi* empregado pelos recorrentes, do qual se depreende o emprego de arma de fogo e a restrição à liberdade das vítimas, rendidas na residência delas, o que denota periculosidade e a necessidade da segregação como forma de se acautelar a ordem pública.** 4. Além disso, os recorrentes ostentam anotações criminais (inclusive pela prática do mesmo delito objeto do presente recurso). 5. Recurso ordinário desprovido. (RHC 72.378/AL, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 21/06/2016, DJe 29/06/2016)

Releve-se ainda que condições pessoais favoráveis não teriam o condão de, isoladamente, desconstituir a prisão preventiva, quando há nos autos elementos hábeis que autorizam a manutenção da medida extrema.

Destaque-se, ademais, que a adoção de medidas cautelares alternativas, diversas da segregação cautelar não se mostram suficientes para a finalidade buscada de proteção da ordem pública.

Quanto ao excesso de prazo para a conclusão da instrução, o habeas corpus, a meu ver, não comporta conhecimento.

Isso porque, dos documentos acostados à inicial, não há comprovação de que a matéria tenha sido submetida ao juízo de origem, logo não pode este Egrégio Tribunal de Justiça se pronunciar sobre o tema neste habeas corpus, sob pena de incidir em indevida supressão de instância.

Nesse sentido:

EMENTA: HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. PRISÃO PREVENTIVA. ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO. RELAXAMENTO. PEDIDO IDÊNTICO EM TRÂMITE NO JUÍZO DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM DENEGADA.

- Pendente de análise pelo juízo de primeiro grau pedido idêntico ao objeto da impetração (relaxamento da prisão por excesso de prazo), é recomendável que ali se decida, porquanto eventual exame da matéria neste grau jurisdicional pode gerar indevida supressão de instância. (TJMG - Habeas Corpus Criminal 1.0000.17.035688-5/000, Relator(a): Des.(a) Renato Martins Jacob, 2ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 01/06/2017, publicação da súmula em 07/06/2017)

Cumpra analisar, contudo, a existência de ameaça ou coação à liberdade de locomoção do Paciente, em razão de manifesta ilegalidade, a ensejar a concessão da ordem de ofício.

E, no caso dos autos, dos documentos que instruem o habeas corpus e dos informes prestados pela autoridade impetrada, embora se perceba a ocorrência de uma certa delonga, não se vislumbra, de plano, coação ilegal a ensejar a atuação ex officio desta Corte.

Ante o exposto, conheço parcialmente da ordem, para denegá-la na extensão cognoscível.

Expeça-se, no entanto, recomendação ao Juízo de origem, a fim de que se atribua maior celeridade ao processamento da ação penal a que se submete o ora Paciente.

É como voto.

Fortaleza, 11 de julho de 2018.

ÍNDICE ALFABÉTICO

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL

Ação civil pública – ato de improbidade administrativa – não repasse de valores consignados a título de ISS ao Fundo Geral do Município – ausência de enriquecimento ilícito, dano ao erário e dolo – sentença cassada..... 53/55.

Ato de improbidade administrativa – Câmara de vereadores de Quixeré – sentença – ausência de fundamentação suficiente a demonstrar a participação de cada réu – nulidade – imputação, condenação e sanção genéricas..... 15/17.

Concurso público – guarda municipal – exame psicológico – previsão normativa – legalidade da exigência – nulidade não evidenciada 218/219.

Direito à saúde – necessidade de transferência e disponibilidade de leito em UTI – tutela antecipada deferida – fixação de astreintes – decisão não cumprida – óbito da autora – habilitação de herdeiros – execução de astreintes – admissibilidade..... 210/211.

Direitos autorais – publicação de obra literária sem autorização prévia e expressa do autor – desnecessidade de prova do prejuízo moral – proteção não vinculada ao registro da produção artística – faculdade do autor – dever de indenizar configurado 106/108.

Ensino superior – matrícula – aprovação no exame vestibular – não apresentação do certificado de conclusão do ensino médio – recesso escolar – comprovação por meio do histórico escolar – razoabilidade..... 120/121.

Gestor municipal – omissão em disponibilizar diversos documentos fiscais ao Tribunal de Contas – conduta reiterada – omissão dolosa – improbidade administrativa – existência..... 33/35.

ICMS – incidência – importação de mercadorias – regime de substituição tributária – alegativa de bitributação – edição da Emenda Constitucional nº 33/2001 – Súmula Vinculante nº 48 – possibilidade – inexistência de bitributação ou ofensa à não cumulatividade..... 256/257.

IPM – inscrição de netos sob guarda judicial como dependente – fins previdenciários e assistenciais – procedência da ação – maioria civil dos beneficiários – afastamento do direito pretendido – perda superveniente de objeto e falta de interesse de agir..... 175/177.

Nucleação de escolas municipais – requisitos da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – aprovação do órgão normativo do sistema de ensino – aplicação do princípio da instrumentalidade – inexistência de lesão ... 70/72.

Permissão de uso – alegativa de erro – anulação de negócio jurídico – celebração de termo de ajuste para término da permissão – aceite do pagamento das benfeitorias – insubsistência de elementos a configurar erro na efetivação do ajuste – processo administrativo regular – reparação de danos morais – carência de elementos 154/156.

Policial militar – participação em curso de habilitação para subtenentes – critério utilizado para participação – antiguidade – alegação de preterição incomprovada – candidato ingresso no curso por decisão precária – teoria do fato consumado – inaplicabilidade..... 127/128.

Promessa de compra e venda de imóvel – desistência por parte do promitente vendedor – cumprimento de cláusula contratual – arras – pagamento antecipado – devolução devida – pacta sunt servada..... 246/248.

Seguro de vida – doença preexistente – ausência de prova de má-fé da seguradora – ausência de exames médicos prévios - recusa ilegítima de cobertura securitária 164/166.

Servidor público – acumulação de cargos públicos – não demonstração da compatibilidade de horários – ausência de comprovação do direito líquido e certo..... 145/146.

Transportadora – extravio de carga – relação de consumo configurada – descumprimento de contrato – responsabilidade civil objetiva – obrigação de indenizar – inteligência dos Arts. 750, 753, 932 e 933 do Código Civil... 83/85.

Tributário – execução fiscal – suposta remissão – inexistência – extinção do processo – impossibilidade – indisponibilidade do crédito tributário – violação aos Arts. 141 e 156, IV do CTN203.

União estável – reconhecimento de sociedade de fato post mortem
- comprovação de convivência pública e duradoura – objetivo de constituir família – reconhecimento..... 190/191.

União estável – reconhecimento post mortem – convivência entre homem e mulher – ausência de impedimentos matrimoniais - infidelidade mútua – ocorrência – fato que não descaracteriza o instituto – requisitos legais – ocorrência..... 225/227.

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Ação civil pública – improbidade administrativa – decretação de estado de emergência municipal – fiscalização e inspeção pelo TCM – indícios de irregularidades – alegativa de motivação inidônea – afastamento das servidoras integrantes da comissão permanente de licitação – plausibilidade – indisponibilidade de bens – indícios de responsabilidade na prática de atos de improbidade..... 322/324.

Cumprimento de sentença – executada – pessoa jurídica – desconsideração da personalidade – relação civil-empresarial – Art. 50, do C.Civil – teoria maior – atos ilícitos – comprovação – desvio de finalidade ou confusão patrimonial..... 276/277.

Embargos à execução – efeito suspensivo – Art. 919, § 1º do CPC – existência de sentença com trânsito em julgado reconhecendo a inexistência da dívida – prejudicialidade da execução – dispensa da prestação de caução 313/314.

Execução fiscal – confissão de dívida – inoccorrência – ausência de ato inequívoco – Art. 174, Inciso IV, CTN – exceção de pré-executividade – descabimento – necessidade de dilação probatória 267/268.

Imissão na posse – aquisição de imóvel mediante arrematação junto à CEF – registro na matrícula do imóvel – sentença de procedência – apelação alegando suposta falta de citação de cônjuge – agravantes legalmente separados – abuso do direito de defesa e manifesto propósito protelatório – imissão imediata 293/297.

Reintegração de posse – linha férrea – obras públicas empreendidas pelo município – área não edificável – limitação administrativa – flexibilização quando não demonstrado fim específico ou utilização da via 283/284.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Lei Orgânica do Município de Fortaleza – Art. 46, § 1º, Inciso II – iniciativa privativa do prefeito para propor projeto de lei sobre matéria tributária – incompatibilidade com o Art. 60, § 2º, da Constituição do Estado do Ceará, que reproduz o Art. 61, § 1º, da CF/88 – incidência dos princípios da simetria e da separação dos poderes – matéria tributária – iniciativa concorrente – precedentes do STF e STJ 341/342.

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

APELAÇÃO CRIME

Crime de latrocínio – materialidade e autoria comprovadas – depoimentos firmes, coesos e convergentes das testemunhas – prova pericial – depoimento policial – validade – precedentes – dosimetria – atenuante da menoridade não reconhecida – ilegalidade flagrante – redução ex officio 392/393.

Homicídio qualificado – julgamento manifestamente contrário à prova dos autos – inoccorrência – decisão do tribunal popular comprovada em suporte fático-probatório existente – erro ou injustiça na dosimetria da pena – existência – extensão, de ofício, ao corréu, por força do Art. 580, do CPC 415/419.

Homicídio tentado – anulação do julgamento – decisão manifestamente contrária à prova dos autos – inoccorrência – versão acolhida pelos jurados respaldada na prova coligida – acolhimento do quesito absolutório genérico independente da tese da defesa – possibilidade 383/384.

Latrocínio tentado – desclassificação para roubo – inviabilidade – receptação – pedido de absolvição – impossibilidade – autoria e materialidade evidenciadas – dosimetria – fundamentação inidônea – Súmula nº 444 do STJ – tentativa branca – penas reduzidas 447/449.

Lesão corporal grave – pleito de absolvição – descabimento – autoria e materialidade delitivas comprovadas – laudo que atesta a lesão, inclusive o risco à vida – acordo com a vítima na fase investigativa – não afastamento da obrigação de apuração de responsabilidade criminal – ação civil pública incondicionada 359/360.

Roubo majorado – materialidade e autoria comprovadas – depoimentos da vítima corroborados pela prova testemunhal – emprego de arma de fogo – apreensão e perícia – desnecessidade – comprovação por outros meios de prova – precedentes..... 400/401.

HABEAS CORPUS

Execução penal – pedido de prisão domiciliar com monitoramento eletrônico – supressão de instância – condenação definitiva – regime semiaberto – prévio recolhimento à prisão – inteligência dos Arts. 674 do CPP e 105 da LEP 480/481.

Roubo majorado – estelionato – organização criminosa – excesso de prazo – matéria submetida e ainda não apreciada na origem – supressão de instância – prisão em flagrante convertida em preventiva – reiteração delitiva – decreto suficientemente fundamentado – garantia da ordem pública – medidas cautelares diversas da prisão – inaplicabilidade 473/475.

Roubo majorado – uso de arma, concurso de pessoas e receptação – prisão preventiva – fundamentação idônea – gravidade concreta do delito – garantia da ordem pública – medidas cautelares insuficiência – excesso de prazo – supressão de instância..... 499/500.

Tráfico de drogas – receptação – associação criminosa – prisão em flagrante convertida em preventiva – alegação de excesso de prazo na formação da culpa – improcedência – análise global dos prazos – complexidade – Súmula nº 15 do TJCe – instrução encerrada – processo na iminência de julgamento – Súmula 52 do STJ – impossibilidade de mitigação – condições favoráveis irrelevância – garantia da ordem pública..... 485/487.



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DO CEARÁ**

<i>Formato</i>	17 x 24 cm
<i>Tipologia</i>	Minion Pro 9/11
<i>Papel</i>	Sulfite Alta Alvura 75 g/m ² (miolo) Supremo 250 g/m ² (capa)
<i>Número de Páginas</i>	512
<i>Impressão</i>	Coordenadoria de Apoio Operacional Tribunal de Justiça do Estado do Ceará
<i>Data</i>	Março 2019



