TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DO CEARÁ

Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Ceará

Volume 45 - 2013
Janeiro/ Março

TJCE EDITORA

ISSN 2175-0874

R. Jurisp. Trib. Justiça Est. Ceará, Fortaleza, v.45, p. 1 - 505, 2013

Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará
Volume 45.2013
Publicação Oficial do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, a cargo da Comissão de Jurisprudência e Biblioteca.
Os acórdãos selecionados para publicação correspondem, na íntegra, às cópias obtidas nos Gabinetes dos Desembargadores deste Egrégio Tribunal.

Comissão de Jurisprudência e Biblioteca
Des. Francisco Gladyson Pontes - Presidente
Des. Francisco José Martins Câmara
Des. Francisco Bezerra Cavalcante
Des. Jucid Peixoto do Amaral
Secretário Francisco Hudson Pereira Rodrigues
Disponível também em CD-ROM e no site
http://www4.tjce.jus.br/sproc2/paginas/Revista.htm

Suplentes
Des. Francisco Auricélio Pontes
Des. Clécio Aguiar de Magalhães
Tiragem da Edição: 500 exemplares

Expediente Coordenação:
Des. Francisco Gladyson Pontes

Conselho Editorial:
Desa. Sérgia Maria Mendonça Miranda - Presidente
Des. Carlos Alberto Mendes Forte
Des. Jucid Peixoto do Amaral
Dr. Aluísio Gurgel de Amaral Júnior
Dr. Francisco Martônio Pontes de Vasconcelos

Editor Responsável:
Márcia Morais Ximenes Mendes

Normalização
Divisão de Biblioteca do Departamento de Gestão de Documentos do TJCE
Bibliotecária - Maria Claudia de Albuquerque Campos CRB-3/214

Revisão
Comissão de Jurisprudência e Biblioteca

Diagramação, Impressão e Arte Gráfica
Departamento Editorial e Gráfico do TJCE

Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Ceará. v.1 - Fortaleza: Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, 1989 -
Trimestral
ISSN 2175-0874

1.Direito - Periódico. 2.Direito - Jurisprudência. 3. Ceará - Tribunal de Justiça - Jurisprudência.

CDU 340.342 (05)

Tribunal de Justiça do Estado do Ceará
Centro Administrativo Governador Virgílio Távora
Av. General Afonso Albuquerque de Lima S/N - Cambeba - Fortaleza - CE
CEP: 60.822-915 Fone: (85) 3207.7104
www.tjce.jus.br
e-mail: jurispru@tjce.jus.br

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ

Presidente
Des. Luiz Gerardo de Pontes Brígido

Vice-Presidente
Des. Francisco Lincoln Araújo e Silva

Corregedor Geral da Justiça
Des. Francisco Sales Neto

TRIBUNAL PLENO

Des. Luiz Gerardo de Pontes Brígido - Presidente
Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha
Des. Rômulo Moreira de Deus
Des. José Arísio Lopes da Costa
Des. João Byron de Figueirêdo Frota
Des. Ademar Mendes Bezerra
Desa. Maria Iracema Martins do Vale
Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes
Des. Francisco de Assis Filgueira Mendes
Des. Francisco Lincoln Araújo e Silva
Des. Francisco Sales Neto
Desa. Maria Nailde Pinheiro Nogueira
Des. Haroldo Correia de Oliveira Máximo
Des. Francisco Pedrosa Teixeira
Desa. Vera Lúcia Correia Lima
Des. Francisco Auricélio Pontes
Des. Francisco Suenon Bastos Mota
Des. Clécio Aguiar de Magalhães
Des. Francisco Barbosa Filho
Des. Paulo Camelo Timbó
Des. Emanuel Leite Albuquerque
Desa. Sérgia Maria Mendonça Miranda
Des. Jucid Peixoto do Amaral
Des. Manoel Cefas Fonteles Tomaz
Des. Paulo Francisco Banhos Ponte
Desa. Francisca Adelineide Viana
Des. Durval Aires Filho
Des. Francisco Gladyson Pontes
Des. Francisco José Martins Câmara
Des. Valdsen da Silva Alves Pereira
Des. Francisco Darival Beserra Primo

Des. Francisco Bezerra Cavalcante
Des. Inácio de Alencar Cortez Neto
Des. Washington Luis Bezerra de Araújo
Des. Carlos Alberto Mendes Forte
Des. Teodoro Silva Santos
Des. Carlos Rodrigues Feitosa
Desa. Maria Iraneide Moura Silva
Des. Luiz Evaldo Gonçalves Leite
Des. Francisco Gomes de Moura
Desa. Maria Vilauba Fausto Lopes
Desa. Maria Gladys Lima Vieira

ÓRGÃO ESPECIAL
(Reuniões às quintas-feiras com início às 13:30 horas)

Des. Luiz Gerardo de Pontes Brígido - Presidente
Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha
Des. Rômulo Moreira de Deus
Des. José Arísio Lopes da Costa
Des. João Byron de Figueirêdo Frota
Des. Ademar Mendes Bezerra
Desa. Maria Iracema Martins do Vale
Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes
Des. Francisco de Assis Filgueira Mendes
Des. Francisco Lincoln Araújo e Silva
Des. Francisco Sales Neto
Desa. Maria Nailde Pinheiro Nogueira
Des. Haroldo Correia de Oliveira Máximo
Des. Francisco Auricélio Pontes
Des. Francisco Suenon Bastos Mota
Des. Clécio Aguiar de Magalhães
Des. Emanuel Leite Albuquerque
Des. Francisco Gladyson Pontes

CÂMARAS CÍVEIS REUNIDAS
(Reuniões às últimas terças-feiras de cada mês, com início às 13:30 horas)

Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha - Presidente
Des. Rômulo Moreira de Deus
Des. José Arísio Lopes da Costa
Des. Ademar Mendes Bezerra
Desa. Maria Iracema Martins do Vale
Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes
Des. Francisco de Assis Filgueira Mendes
Desa. Maria Nailde Pinheiro Nogueira

Desa. Vera Lúcia Correia Lima
Des. Francisco Auricélio Pontes
Des. Francisco Suenon Bastos Mota
Des. Clécio Aguiar de Magalhães
Des. Francisco Barbosa Filho
Des. Emanuel Leite Albuquerque
Desa. Sérgia Maria Mendonça Miranda
Des. Jucid Peixoto do Amaral
Des. Manoel Cefas Fonteles Tomaz
Des. Paulo Francisco Banhos Ponte
Des. Durval Aires Filho
Des. Francisco Gladyson Pontes
Des. Francisco José Martins Câmara
Des. Valdsen da Silva Alves Pereira
Des. Francisco Darival Beserra Primo
Des. Francisco Bezerra Cavalcante
Des. Inácio de Alencar Cortez Neto
Des. Washington Luis Bezerra de Araújo
Des. Carlos Alberto Mendes Forte
Des. Teodoro Silva Santos
Des. Carlos Rodrigues Feitosa
Desa. Maria Iraneide Moura Silva
Desa. Maria Vilauba Fausto Lopes
Desa. Maria Gladys Lima Vieira

1ª CÂMARA CÍVEL
(Reuniões às segundas-feiras com início às 13:30 horas)

Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha - Presidente
Des. José Arísio Lopes da Costa
Des. Emanuel Leite Albuquerque
Des. Paulo Francisco Banhos Ponte

2ª CÂMARA CÍVEL
(Reuniões às quartas-feiras com início às 13:30 horas)

Des. Ademar Mendes Bezerra - Presidente
Des. Francisco de Assis Filgueira Mendes
Desa. Maria Nailde Pinheiro Nogueira
Des. Francisco Auricélio Pontes

3ª CÂMARA CÍVEL
(Reuniões às segundas-feiras com início às 13:30 horas)

Des. Rômulo Moreira de Deus - Presidente

Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes
Des. Francisco Gladyson Pontes
Des. Washington Luis Bezerra de Araújo

4ª CÂMARA CÍVEL
(Reuniões às quartas-feiras com início às 13:30 horas)

Desa. Maria Iracema Martins do Vale - Presidente
Desa. Vera Lúcia Correia Lima
Des. Inácio de Alencar Cortez Neto
Des. Teodoro Silva Santos

5ª CÂMARA CÍVEL
(Reuniões às quartas-feiras com início às 08:30 horas)

Des. Francisco Suenon Bastos Mota- Presidente
Des. Clécio Aguiar de Magalhães
Des. Francisco Barbosa Filho
Des. Carlos Alberto Mendes Forte

6ª CÂMARA CÍVEL
(Reuniões às quartas-feiras com início às 08:30 horas)

Desa. Sérgia Maria Mendonça Miranda - Presidente
Des. Jucid Peixoto do Amaral
Des. Manoel Cefas Fonteles Tomaz
Desa. Maria Vilauba Fausto Lopes

7ª CÂMARA CÍVEL
(Reuniões às terças-feiras com início às 08:30 horas)

Des. Durval Aires Filho - Presidente
Des. Francisco José Martins Câmara
Des. Francisco Bezerra Cavalcante
Desa. Maria Gladys Lima Vieira

8ª CÂMARA CÍVEL
(Reuniões às terças-feiras com início às 08:30 horas)

Des. Valdsen da Silva Alves Pereira - Presidente
Des. Francisco Darival Beserra Primo
Des. Carlos Rodrigues Feitosa
Desa. Maria Iraneide Moura Silva

CÂMARAS CRIMINAIS REUNIDAS
(Reuniões às últimas quartas-feiras de cada mês, com início às 13:30 horas)

Des. João Byron de Figueirêdo Frota - Presidente
Des. Haroldo Correia de Oliveira Máximo
Des. Francisco Pedrosa Teixeira
Des. Paulo Camelo Timbó
Desa. Francisca Adelineide Viana
Des. Luiz Evaldo Gonçalves Leite
Des. Francisco Gomes de Moura

1ª CÂMARA CRIMINAL
(Reuniões às terças-feiras com início às 13:30 horas)

Des. Francisco Pedrosa Teixeira - Presidente
Des. Paulo Camelo Timbó
Des. Luiz Evaldo Gonçalves Leite
Des. Francisco Gomes de Moura

2ª CÂMARA CRIMINAL
(Reuniões às segundas-feiras com início às 13:30 horas)

Des. João Byron de Figueirêdo Frota - Presidente
Des. Haroldo Correia de Oliveira Máximo
Desa. Francisca Adelineide Viana

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA
(Reuniões às 2as e 4as segundas-feiras com início às 17 horas)

Des. Luiz Gerardo de Pontes Brígido Presidente
Des. Francisco Lincoln Araújo e Silva
Des. Francisco Sales Neto
Desa. Maria Nailde Pinheiro Nogueira
Desa. Vera Lúcia Correia Lima
Desa. Francisca Adelineide Viana
Des. Francisco Darival Beserra Primo
Dra. Chrystianne dos Santos Sobral - Secretária em exercício

Sumário

Jurisprudência Cível

Apelação Cível.....15/253
Agravo de Instrumento.....257/317
Mandado de Segurança.....321/348
Incidente de Inconstitucionalidade 351/362

Jurisprudência Criminal

Apelação Crime.....367/444
Habeas Corpus.....447/470
Recurso Crime em Sentido Estrito.....473/496
Índice Alfabético.....497/505

Jurisprudência Cível

APELAÇÃO CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000104-19.2009.8.06.0168
APELANTE: MUNICÍPIO DE SOLONÓPOLE
APELADO: JOSÉ VALDENIR DE LIMA
RELATOR: DES. VÁLDSEN DA SILVA ALVES PEREIRA

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. COBRANÇA DE SALÁRIO ATRASADO. FREQUÊNCIA REGULAR COMPROVADA REFERENTE AO MÊS DE DEZEMBRO DE 2008. AUSÊNCIA DE QUITAÇÃO DA PARCELA CORRESPONDENTE. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. SENTENÇA CONFIRMADA.

1. Inobstante a atecnia presente no *decisum*, a determinação da extinção do feito não implica em seu arquivamento, como pretende o apelante. Uma vez solucionado o mérito da questão, a sentença *in examine* constitui um título executivo judicial, apta a ser cumprida, nos termos do art. 475-I, da Lei Adjetiva Civil, não subsistindo razão para retificação da parte dispositiva da sentença. Preliminar de mérito rejeitada.

2. A certidão de fls. 26 dos autos demonstra a frequência regular do servidor. Por outro lado, nos autos, inexiste quitação da verba salarial correspondente.

3. O ente público detém o controle sobre as informações referentes à situação funcional de seus agentes. Competia-lhe, pois, a prova dos fatos desconstitutivos, impeditivos ou modificativos do direito do autor, a teor do que dispõe o art. 333, inciso II do CPCB. Apelação conhecida e improvida. Sentença confirmada.

ACÓRDÃO

ACORDA a Oitava Câmara Cível deste Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer do recurso de Apelação Cível, mas para NEGAR-LHE PROVIMENTO, a fim de confirmar a sentença singular, em todos os seus termos.

RELATÓRIO

Trata-se de APELAÇÃO CÍVEL interposta em face de sentença da lavra

do MM. Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Solonópole, no autos da Ação Ordinária de Cobrança de Salário promovida por JOSÉ VALDENIR DE LIMA contra o ESTADO DO CEARÁ.

Na decisão atacada, o MM. Juiz *a quo* julgou procedente a ação, para condenar o município de Solonópole a efetuar o pagamento ao autor do valor de R$ 556,10 (quinhentos e cinquenta e seis reais e dez centavos), deduzidos os descontos legais, referente ao salário do mês de dezembro de 2008, acrescido de juros e correção monetária.

Alega o promovente, na inicial de fls. 02/06, que é é funcionário público do município de Solonópole desde a data de 15/03/2004, onde exerce a função de Auxiliar de Serviços Gerais, e percebe a remuneração de R$ 556,10 (quinhentos e cinquenta e seis reais e dez centavos). Aduz que não recebeu o pagamento do salário referente ao mês de dezembro de 2008, tendo em vista a transição do chefe do executivo municipal, pelo qual pleiteia judicialmente o adimplemento.

Junto à inicial, acostou os documentos de fls. 07/12.

Devidamente citado, o município promovido apresentou sua defesa, constante às fls. 16/17, alegando, em síntese, que a dívida cobrada é referente à gestão anterior, e que o requerente não fez prova de sua frequência ao trabalho.

Audiência preliminar, constante do Termo de fls. 27, onde, proposta a conciliação, esta não logrou prosperar.

O MM. Juiz de primeiro grau sentenciou, às fls. 31 *usque* 33, julgando procedente a ação, para condenar o município promovido a efetuar o pagamento ao autor do valor de R$ 556,10 (quinhentos e cinquenta e seis reais e dez centavos), deduzidos os descontos legais, referente ao salário do mês de dezembro de 2008, acrescido de juros e correção monetária.

Apelação, pelo município promovido, constante de fls. 37/41, alegando, preliminarmente, a necessidade de retificação da parte dispositiva da sentença, no tocante à extinção do feito com resolução do mérito. No mérito, aduz que é inaplicável, *in casu*, o art. 475, §2º do CPC, e que não foram comprovadas as questões relativas à prestação laboral.

Contrarrazões às fls. 45/47.

Remetidos os autos a esta Instância Superior, foram os mesmos distribuídos ao Eminente Desembargador Emanuel Leite Albuquerque, em 06/05/2010.

Instada a se manifestar, a douta Procuradora Geral de Justiça, em parecer constante das fls. 57/61, deixando de emitir parecer de mérito, tendo em vista inexistir interesse público na demanda.

Redistribuídos os autos a esta Relatoria em 24/10/2011. Termo às fls. 64.

É o relatório, em síntese.

À douta revisão.

Fortaleza, 21 de novembro de 2011.

VOTO

Conheço do Recurso de Apelação, posto que presentes os pressupostos de admissibilidade.

Cuidam os autos de APELAÇÃO CÍVEL interposta em face de sentença da lavra do MM. Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Solonópole, no autos da Ação Ordinária de Cobrança de Salário promovida por JOSÉ VALDENIR DE LIMA contra o ESTADO DO CEARÁ, que julgou procedente a ação, condenando o município de Solonópole a efetuar o pagamento ao autor do valor de R$ 556,10 (quinhentos e cinquenta e seis reais e dez centavos), deduzidos os descontos legais, referente ao salário do mês de dezembro de 2008, acrescido de juros e correção monetária.

O município promovido interpôs recurso de Apelação alegando, preliminarmente, a necessidade de retificação da parte dispositiva da sentença, no tocante à extinção do feito com resolução do mérito. No mérito, aduz que é inaplicável, *in casu*, o art. 475, §2º do CPC, e que não foram comprovadas as questões relativas à prestação laboral.

PRELIMINAR

Aduz, em sede de preliminar, o município apelante, a necessidade de reforma na sentença monocrática, por determinar, em sua parte dispositiva, a extinção do feito com resolução do mérito, a teor do art. 269, I, do CPC.

Inobstante a atecnia presente no *decisum*, a determinação da extinção do feito não implica em seu arquivamento, como pretende o apelante. Uma vez solucionado o mérito da questão, a sentença *in examine* constitui um título executivo judicial, apta a ser cumprida, nos termos do art. 475-I, da Lei Adjetiva Civil, não subsistindo razão para retificação da parte dispositiva da sentença.

No mesmo sentido, a devolução dos autos à instância planicial é medida desnecessária, senão atentatória do princípio da celeridade e instrumentalidade processual, haja vista que o conteúdo e o alcance da sentença restam perfeitamente compreensíveis, mesmo a uma leitura literal do texto.

Assim, REJEITO a preliminar suscitada.

MÉRITO

É de fácil deslinde o caso em tablado.

Aqui não se cogita, e nem merece agasalho, o argumento do apelante de que seria inaplicável, *in casu*, o art. 475, §2º do CPC, reproduzido a seguir:

> Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: (Redação dada pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001)
> (...)
> § 2º Não se aplica o disposto neste artigo sempre que a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor. (Incluído pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001)

O comando legal é claro, desatrelando a obrigatoriedade da remessa à condenação da Fazenda Pública que não ultrapasse o valor de 60 (sessenta) salários mínimos, tal como é o caso em análise.

A presente apelação garantiu, de qualquer modo, a devolução da matéria ao tribunal competente, o que apenas demonstra a insubsistência da irresignação do município apelante.

Quanto à alegação de que inexiste, nos autos, prova da prestação laboral do servidor público, verifico que tal defesa não se sustenta a uma análise sequer perfunctória do acervo probatório, sendo suficiente mencionar as fls. 26 dos autos, onde dormita certidão expedida pelo próprio município promovido, atestando a regular frequência do promovente no mês de dezembro de 2008.

Ademais, a Administração municipal detém controle sobre as informações referentes à situação funcional de seus agentes. Competia- lhe, pois, a prova dos fatos desconstitutivos, impeditivos ou modificativos do direito do autor, a teor do que dispõe o art. 333, inciso II do CPCB.

Nesse sentido, é a jurisprudência dos tribunais pátrios:

> ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA.I - PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA, POR CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. TRANSFERÊNCIA PARA O MÉRITO. II - MÉRITO. DENUNCIAÇÃO À LIDE DO GESTOR PÚBLICO. RESPONSABILIDADE DO ENTE PÚBLICO PELO PAGAMENTO DA REMUNERAÇÃO DE SEUS FUNCIONÁRIOS. SERVIDOR PÚBLICO ESTATUTÁRIO. CARGO EFETIVO DE AUXILIAR DE SERVIÇOS GERAIS - ASG. CONJUNTO PROBATÓRIO QUE ATESTA

DE FORMA SUFICIENTE A PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PELO SERVIDOR PÚBLICO. VERBAS SALARIAIS DEVIDAS COMO CONTRAPRESTAÇÃO PELO LABOR EXECUTADO. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO. ÔNUS PROBANDI DO MUNICÍPIO. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 333, INCISO II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PRECEDENTES. CONHECIMENTO E DESPROVIMENTO DO RECURSO. - O não pagamento dos vencimentos reclamados, em que pese ter se dado na administração anterior, não é suficiente para responsabilizar o então gestor do Município apelante pela falta. Se ocorreram irregularidades naquela administração, as mesmas devem ser apuradas, manejando-se os meios jurídicos apropriados à comprovação das práticas irregulares e da consequente responsabilidade do gestor público quanto ao ressarcimento dos eventuais danos ocasionados ao erário em razão de suas atitudes, como eventual ação de improbidade, não havendo razão, portanto, a denunciação à lide do anterior prefeito constitucional. - É dever da Administração Pública Municipal o pagamento de vencimentos a seus agentes, notadamente quando a efetiva prestação dos serviços restar incontroversa, sob pena de configurar enriquecimento ilícito.333 II CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (132212 RN 2010.013221-2, Relator: Des. Amílcar Maia, Data de Julgamento: 01/02/2011, 1ª Câmara Cível)

CIVIL. APELAÇÃO. AÇÃO DE COBRANÇA. MUNICÍPIO. SERVIDOR PÚBLICO. VENCIMENTOS. FATO IMPEDITIVO, MODIFICATIVO OU EXTINTIVO DO DIREITO DO AUTOR. PROVA. ÔNUS DO RÉU. IMPROVIMENTO.I - Demonstrada a prestação de serviço ao Município por servidor público, não pode a atual administração municipal esquivar-se do pagamento dos salários atrasados e demais verbas inadimplidas, a pretexto de que a despesa foi originada na administração anterior;II - a prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito alegado pelo autor, ex vi do art. 333, inciso II, do Código de Processo Civil, constitui ônus do réu;333IICódigo de Processo CivilIII - apelo parcialmente provido. (284082008 MA , Relator: CLEONES

CARVALHO CUNHA, Data de Julgamento: 03/03/2009)

Também esta Egrégia Corte de Justiça já se manifestou, na mesma linha, em casos idênticos:

> APELAÇÃO CÍVEL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE COBRANÇA. INADIMPLEMENTO DO SALÁRIO DO SERVIDOR PÚBLICO. RESPONSABILIDADE DA FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL. SENTENÇA QUE NÃO SE SUBMETE AO REEXAME NECESSÁRIO. QUANTIA INFERIOR A SESSENTA SALÁRIOS MÍNIMOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS ARBITRADOS CONFORME ARTIGO 20 DO CPC. APELAÇÃO CONHECIDA E NÃO PROVIDA. 1. Com a edição da Lei nº 10.352/01, alterou-se a redação original do art. 475 do Código de Processo Civil. Atualmente, não se sujeitam ao reexame obrigatório sentenças em que a Fazenda Pública foi condenada em quantia inferior ao limite de 60 (sessenta) salários mínimos. Assim, o magistrado a quo agiu acertadamente ao não submeter os autos ao reexame necessário, conforme preconiza o Art. 475, §2º do CPC. 2. A alegação do apelante quanto a ausência de verbas para pagamento dos professores não se sustenta perante as cominações do ordenamento jurídico, sendo certa a responsabilidade da fazenda pública pela remuneração de seus servidores, mesmo que se trate de vencimentos em atraso, referentes a débito de administração anterior . 3. No que concerne aos honorários advocatícios, verifica-se que o valor arbitrado atendeu ao princípio da razoabilidade, demonstrando ser suficiente e justo para remunerar o serviço prestado pelo advogado. 4. Apelação conhecida e não provida. (Apelação 126208200580600531 - Relator(a): JUCID PEIXOTO DO AMARAL - Comarca: Fortaleza - Órgão julgador: 6ª Câmara Cível - Data de registro: 07/10/2011)

> APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. COBRANÇA DE SALÁRIO ATRASADO. PROVA DE FREQUÊNCIA REGULAR NO MÊS DE DEZEMBRO DE 2008. AUSÊNCIA DE

QUITAÇÃO DA PARCELA CORRESPONDENTE. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. SENTENÇA MANTIDA. 1 - Apesar da atecnia da sentença, que determinou a extinção do processo com resolução de mérito, não se pode supor que o juízo a quo determinou o arquivamento dos autos, visto que, por definição de lei, mormente após as mais recentes reformas processuais, sentença não é o provimento que extingue o processo, mas aquele que incorre em alguma das hipóteses previstas no art. 267 ou 269 do Código Buzaid. Preliminar de mérito rejeitada. 2 - Cuida-se de ação, proposta por servidor público do Município de Solonópole, visando à cobrança de salário atrasado referente ao mês de dezembro de 2008. 3 - A certidão de fls. 25 demonstra a frequência regular do servidor. Por outro lado, nos autos, inexiste quitação da verba salarial correspondente. 3 - O ente público detém o controle sobre as informações referentes à situação funcional de seus agentes. Competia-lhe, pois, a prova dos fatos desconstitutivos, impeditivos ou modificativos do direito do autor, a teor do que dispõe o art. 333, inciso II do CPCB. 4 - APELAÇÃO CONHECIDA E IMPROVIDA. (Apelação 3669200980601681 - Relator(a): WASHINGTON LUIS BEZERRA DE ARAUJO - Comarca: Fortaleza - Órgão julgador: 3ª Câmara Cível - Data de registro: 30/06/2011)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. NÃO CABIMENTO DA REMESSA OFICIAL. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO DE SALÁRIO. ÔNUS DA PROVA. APLICAÇÃO DO ART. 333, II, CPC. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. 1- Cogita-se de apelação interposta pelo município apelante, em face de sentença que julgou procedente Ação Ordinária de Cobrança de Salário, sob a fundamentação de inexistência de comprovação da efetiva prestação do serviço pela funcionária. Suscitou-se também a inaplicabilidade do art. 475, §2º do CPC. 2- Conforme determinação do art. 475, § 2º do CPC, estando o valor da condenação abaixo do limite de sessenta salários mínimos, é dispensado o reexame necessário. Sendo o montante da condenação de R$ 586,75, é incontestável a incidência do supracitado dispositivo. 3- Exige-se do réu,

> nos termos do art. 333, II, CPC, a contestação das alegações autorais, o que não foi feito. Em verdade, o próprio apelante anexou documento comprobatório da regular frequência da funcionária em suas atividades. 4- Diante da comprovação da prestação do serviço da apelada por documentação acostada pelo próprio apelante, é imperiosa a manutenção da decisão singular. Sentença mantida. Apelação desprovida. Apelação 6267200980601681 (Relator(a): CLÉCIO AGUIAR DE MAGALHÃES - Comarca: Fortaleza - Órgão julgador: 5ª Câmara Cível - Data de registro: 24/05/2011)

Por todo o exposto, por mais que nos autos constam, e ainda à luz da jurisprudência colacionada, hei por bem CONHECER do Recurso de Apelação interposto, mas para NEGAR-LHE PROVIMENTO, mantendo intacta a sentença proferida em primeiro grau.

É como voto.

Fortaleza, 18 de novembro de 2011.

PROCESSO Nº 0009164-37.2006.8.06.0001/0
APELAÇÃO CÍVEL DA COMARCA DE FORTALEZA
APELANTE: ANTÔNIO NICOMEDES SANTABAIA NOGUEIRA NETO
APELADA: TV CIDADE DE FORTALEZA LTDA.
RELATOR: DES. FRANCISCO GLADYSON PONTES

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. MATÉRIA JORNALÍSTICA. DIVULGAÇÃO DE CRIME INOCORRIDO SEM A MÍNIMA AVERIGUAÇÃO DA VEROSSIMILHANÇA DOS FATOS. CONSTRANGIMENTO CONFIGURADO. DANO MORAL CARACTERIZADO INOBSTANTE A POSTERIOR RETRATAÇÃO ESPONTÂNEA DA APELADA. CONDUTA QUE NÃO TEM O CONDÃO DE APAGAR OS EFEITOS DELETÉRIOS DA DIVULGAÇÃO DA NOTÍCIA, MAS TÃO SOMENTE DE INFLUIR NA QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E PROVIDO.

1. A responsabilidade civil e o dever de indenizar permanecem mesmo depois de havida a retratação espontânea, muito embora entenda que, para a quantificação da indenização deverá tal fato ser levado em conta.

2. É que a forma como a notícia foi transmitida, sem qualquer salvaguarda, representou conduta temerária da Apelada. Houve, pois, ato ilícito praticado pela recorrida, incompatível com os parâmetros de razoabilidade dos meios e forma de divulgação da notícia.

3. No caso concreto, pois, a conduta ilícita passível de indenização configura-se pela exposição gratuita do nome do Apelante em programa policial transmitido pela Apelada no dia 11/10/2006, vinculando o nome do recorrente em suposta participação ilícita que resultou prejuízo para os membros da Associação de Subtenentes e Sargentos da Polícia Militar. O apresentador do referido programa, conquanto divulgasse informação obtida de uma só fonte e escassamente verificada, adotou, durante toda a matéria jornalística, o tom de veemência no que toca à ocorrência do ilícito noticiado, dando por certo fato criminoso que não ocorreu.

4. Inquestionável, portanto, a relação de causa e efeito existente entre o ato da Apelada e a sua repercussão na esfera pessoal do Apelante, de forma a atestar a existência do dano moral.
5. No que toca à quantificação do dano moral, entendo condizente com a situação dos autos a indenização arbitrada em R$ 5.000,00, quantia que considero justa à compensação dos danos sofridos pelo Apelante e para ensinamento do Apelado.
6. Recurso de Apelação conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a TURMA JULGADORA DA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, por unanimidade de votos, em CONHECER do Recurso de Apelação, para DAR-LHE PROVIMENTO, nos termos do voto do Relator, que faz parte desta decisão.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta por ANTÔNIO NICOMEDES SANTABAIA NOGUEIRA NETO, em face da sentença de fls. 170/174, prolatada nos autos da Ação de Reparação por Danos Morais, movida contra TV CIDADE DE FORTALEZA LTDA., que julgou improcedente o pedido, condenando o autor ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios fixados em R$ 500,00, suspensa, contudo, a exigibilidade, em função da gratuidade judiciária.

Em suas razões recursais, fls. 177/192, aduz o Apelante que sofreu ofensa em sua honra na medida em que a Apelada noticiou, descuidadamente, durante a exibição do programa *Cidade 190*, que o recorrente havia cometido ato ilícito, *"metendo a mão no salário de policiais"*. Afirma que o dano moral restou comprovado, devendo ser indenizado. Destaca que a prova testemunhal corrobora suas alegações. Colaciona jurisprudência acerca da matéria. Requer o provimento do apelo, com a inversão dos ônus sucumbenciais.

Foram apresentadas as contrarrazões, fls. 199/213, nas quais a Apelada corrobora o acerto da decisão atacada, afirmando que agiu no exercício regular de direito, qual seja, o da liberdade de imprensa, proporcionando à população o acesso à informação, direito garantido constitucionalmente. Além disso, assevera que, no mesmo dia, e no mesmo programa, houve a retratação da notícia veiculada usando o nome do Apelante, dizendo tratar-se de outra pessoa. Por esta razão, afirma que não houve dano

indenizável, requerendo a confirmação da sentença vergastada.

É o relatório.

À Douta Revisão.

VOTO

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

Cinge-se a controvérsia sobre a existência ou não do dano moral proveniente da veiculação do nome do Apelante como agente de ato ilícito, no programa *Cidade 190,* transmitido pela TV Cidade de Fortaleza, ora Apelada.

Consta dos autos processuais que no dia 11/10/2006 o citado programa policial transmitiu notícia envolvendo os nomes de dois policiais militares, sendo um deles Antônio Nicomedes Santabaia Nogueira Neto. A notícia relacionava-se a suposta irregularidade em Contrato de Prestação de Serviço de Telefonia Móvel (Oi Empresa Controle), pactuado entre a Associação de Subtenentes e Sargentos da Polícia Militar e a operadora Oi.

Segundo relata o Apelante, pelo contrato de telefonia firmado as ligações entre contas da Oi, pertencentes ao convênio da Associação de Subtenentes e Sargentos da Polícia Militar, teriam custo zero. Entretanto, alguns policiais, titulares dessas linhas, queixaram-se de que o contrato não estava sendo cumprido, levando a notícia à imprensa televisionada, mais precisamente à TV Cidade Fortaleza, para ser feita a denúncia no programa *Cidade 190*.

A partir daí, portanto, originou-se a celeuma da qual decorre o objeto da presente lide: a imputação ao policial Santabaia (Apelante) pelas supostas irregularidades no aludido contrato de telefonia, afirmando ser ele o responsável pelo desconto indevido da quantia de R$ 80,00, em folha de pagamento dos titulares das linhas telefônicas respectivas, sem o cumprimento da contrapartida esperada, isto é, ligações a custo zero entre contas Oi, vinculadas ao convênio mantido pela Associação de Subtenentes e Sargentos da Polícia Militar.

A transcrição das falas veiculadas pelo apresentador do programa *Cidade 190* encontra-se nos autos, sendo relevante destacar o seguinte trecho:

> "Este Subtenente Santabaia é presidente da Associação dos Cabos e Sargentos da Polícia Militar. Ele bolou um convênio com os Soldados de Oi, Oi telefonia móvel celular e todo mês é descontado oitenta reais na conta dos Soldados e nenhum serviço é prestado. Desconto indevido é crime, meter a mão no salário dos Soldados. Cadê o Subtenente Santabaia, que está sendo acusado pelos Soldados de ser o responsável por esse desconto indevido em folha de pagamento dos Soldados da Polícia Militar."

Por outro lado – e aqui se funda a tese da Apelada – houve retratação espontânea, no próprio programa, no mesmo dia, em bloco seguinte. Neste bloco, o apresentador do programa disse:

> "O responsável pelo desconto não é o Subtenente Santabaia, que é diretor da Associação de Cabos, de Cabos e Sargentos. Esses contratos foram de autoria do Subtenente Artêmio. (…) Nós queremos chamar a atenção do Comando da Polícia Militar, para resolver esse problema. Seja Artêmio, quem quer que seja, pra descontar qualquer valor no salário de alguém, tem que ter autorização da própria pessoa."

Dos fatos alinhados acima, concluo que **a responsabilidade civil e o dever de indenizar permanecem mesmo depois de havida a retratação espontânea**, muito embora entenda que, para a quantificação da indenização deve tal fato ser levado em conta.

É que a forma como a notícia foi transmitida, sem qualquer salvaguarda ou cautela, representou **conduta temerária** da Apelada. Houve, pois, ato ilícito praticado pela recorrida, incompatível com os parâmetros de razoabilidade dos meios e forma de divulgação da notícia.

Sergio Cavalieri Filho esclarece e aponta a necessidade de **limitações** para aqueles que divulgam informações, ao analisar o dano moral causado por empresa de jornalismo, em sua brilhante obra *Programa de Responsabilidade Civil*, 8. ed., São Paulo: Atlas, 2008, p. 113, que diz:

> "Não é demais lembrar que dois são os componentes da liberdade de informação jornalística: o direito de livre pesquisa e divulgação e o direito da coletividade de receber notícias que correspondam a uma realidade fática. Os órgãos de comunicação, é verdade, não estão obrigados a apurar, em todos os casos, a veracidade dos fatos antes de torná-los públicos. Se tal lhes fosse exigido, a coletividade ficaria privada do direito à informação, que deve ser contemporânea às ocorrências, sob pena de tornar-se caduca e desatualizada, perdendo a sua finalidade. Forçoso reconhecer, entretanto, que, por estar o direito de livre pesquisa e publicidade constitucionalmente condicionado à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem, sempre que o primeiro extrapolar os seus limites, quer por sensacionalismo, quer por falta de cuidado, surgirá o dever de indenizar."

Nesse mesmo sentido, vejam o que diz um dos mais respeitados constitucionalistas, o Prof. José Afonso da Silva, *in Curso de Direito Constitucional Positivo,* Malheiros, São Paulo, 16. ed., 1999, p. 250:

> "A liberdade de informação não é simplesmente a liberdade do dono da empresa jornalística ou do jornalista. A liberdade destes é reflexa no sentido

> de que ela só existe e se justifica na medida do direito dos indivíduos a uma informação correta e imparcial. A liberdade dominante é a de ser informado, a de ter acesso às fontes de informação, a de obtê-la. O dono da empresa e o jornalista têm um direito fundamental de exercer sua atividade, sua missão, mais especialmente têm um dever. Reconhece-lhes o direito de informar à coletividade de tais acontecimentos e ideias, objetivamente, sem alterar-lhes a verdade ou esvaziar-lhes o sentido original, do contrário, se terá não informação, mas deformação."

O Superior Tribunal de Justiça pronunciou-se a respeito:

> RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. OBRA JURÍDICO-INFORMATIVA QUE FAZ ILAÇÕES SOBRE A AUTORIA DE CRIME DE REPERCUSSÃO NACIONAL. ASSERTIVAS ADSTRITAS AO ÂMBITO DAS COGITAÇÕES. PRUDÊNCIA DO AUTOR EVIDENCIADA. INDENIZAÇÃO INDEVIDA. 1. Com exceção das hipóteses de responsabilidade objetiva previstas no sistema de responsabilidade civil, não se concebe o dever de indenização se ausente o dolo, a culpa ou o abuso de direito. 2. No caso, as "conclusões" a que chegou o réu, no âmbito de obra jurídica intitulada "Crimes Famosos", acerca do "Crime da Rua Cuba", encontram-se no âmbito das incertezas razoáveis, das ilações plausíveis, as quais, aliás, podem estimular o estudo e a formação acadêmica do profissional do direito - a quem, principalmente, era dirigida a obra. O recorrido não se descurou, antes de proclamar as assertivas ora acoimadas por ofensivas pelos recorrentes, de ressaltar que se tratava de "conclusão possível", de inclinação à "versão por muitos abraçada", de "cenário, por muitos vislumbrado", no qual não haveria imperfeição lógica. 3. É evidente que não se permite a leviandade por parte de quem informa e a publicação absolutamente inverídica que possa atingir a honra de qualquer pessoa, porém não é menos certo, por outro lado, que da atividade informativa não são exigidas verdades absolutas, provadas previamente em sede de investigações no âmbito administrativo, policial ou judicial. Exige-se, em realidade, uma diligência séria que vai além de meros rumores, mas que não atinge, todavia, o rigor judicial ou pericial, mesmo porque os meios de informação não possuem aparato técnico ou coercitivo para tal desiderato. 4. Ademais, ressalte-se que a educação e o ensino são regidos pelo princípio da "liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber" (art. 205, inciso II, da CF/88 e art. 3º, inciso II, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional - Lei n.º 9.394/96), positivação esta que protege e garante a máxima, por todos conhecida, de que os espaços acadêmicos - e, por consequência, a literatura a estes direcionada - são ambientes propícios à liberdade de expressão e genuinamente vocacionados a pesquisas e conjecturas. 5. Recurso especial improvido. (REsp 1193886/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 09/11/2010, DJe 07/02/2011)

A Carta Magna elencou no rol dos direitos fundamentais a garantia da **inviolabilidade da honra e imagem das pessoas**, vinculada à comprovação dos

requisitos indispensáveis à configuração da responsabilidade civil subjetiva, contidos no art. 186 do Código Civil em vigor.

Prevê o artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal:

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

Assim, a imprensa deve se precaver sobre as matérias que publica, pesquisando os fatos e as pessoas que envolve, porque a velocidade em que aquelas são editadas não pode ser fator de inibição da responsabilidade decorrente.

Os deveres de diligência mínima são exemplificados pelo Código de Ética dos Jornalistas, que, em seu art. 12, incisos I e II, aduz o que se segue:

> Art. 12. O jornalista deve:
>
> I – ressalvadas as especificidades da assessoria de imprensa, ouvir sempre, antes da divulgação dos fatos, o maior número de pessoas e instituições envolvidas em uma cobertura jornalística, principalmente aquelas que são objeto de acusações não suficientemente demonstradas ou verificadas;
>
> II – buscar provas que fundamentem as informações de interesse público;

No caso, a conduta ilícita passível de indenização configura-se pela exposição gratuita do nome do Apelante em programa policial transmitido pela Apelada no dia 11/10/2006, vinculando-o em suposta participação ilícita que resultou prejuízo para os membros da Associação de Subtenentes e Sargentos da Polícia Militar.

O apresentador do respectivo programa, conquanto divulgasse informação obtida de uma só fonte e escassamente verificada, adotou, durante toda a matéria jornalística, o tom de veemência no que toca à ocorrência do ilícito noticiado. Constata-se, porém, que, à luz do conjunto probatório, os fatos sequer constituíram ilícito penal, mas defeito no serviço prestado pela operadora Oi.

Inclusive, em momento algum da matéria jornalística o nome da operadora Oi foi mencionado. Ao contrário, foi dado ênfase à suposta ocorrência de crime perpetrado pelo Apelante. Portanto, ao adotar esse tom enfático à reportagem, dando por certo fato criminoso que não ocorreu, a Apelada lançou suspeitas concretas à honra do recorrente e de quem quer que fosse vinculado aos fatos.

Nessa senda, observo que o apresentador do programa, de fato, não se preocupou com os graves danos que poderia trazer à reputação do recorrente. Repito, nesse passo, a fala dele, inobstante a posterior retratação quanto ao envolvimento do Apelante no fato noticiado: *"Seja Artêmio, quem quer que seja, pra descontar qualquer*

valor no salário de alguém, tem que ter autorização da própria pessoa."

Além disso, as testemunhas ouvidas em juízo são uníssonas em afirmar que a reputação do Apelante foi posta em xeque no meio social em que estava inserido, principalmente nos primeiros dias após a divulgação da notícia jornalística.

A testemunha Paulo César Bastos Leite assinalou que: *"... de início houve o comentário de pessoas que jogavam com o autor dizendo 'como é que pode, o cara que jogava aqui com a gente?'"* (fl. 128).

Leopoldo Borges Moura Neto, também ouvido na instrução probatória, disse: *"... que houve grande repercussão junto à congregação militar com comentário de que o Santabaia era ladrão, razão pela qual os chips da Oi não estavam funcionando; que a desconfiança contra Santabaia durou de 10 a 15 dias; que a revolta aumentava na medida em que os associados procuravam o clube para esclarecimento e não encontravam Santabaia..."* (fl. 127)

Inquestionável, portanto, a relação de causa e efeito existente entre o ato da Apelada e a sua repercussão na esfera pessoal do Apelante, de forma a atestar a existência do dano moral.

Sobre a verificação do dano, Sergio Cavalieri Filho, na obra acima citada, leciona assim:

> … o dano moral está ínsito na própria ofensa, decorre da gravidade do ilícito em si. Se a ofensa é grave e de repercussão, por si só justifica a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado. Em outras palavras, o dano moral existe in re ipsa; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, ipso facto está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção hominis ou facti, que decorre das regras da experiência comum.(p. 86)

O nexo de causalidade, por sua vez, é evidente com a notícia veiculada e a consequente imputação de ato criminoso ao Apelante, decorrendo o invocado dano moral.

No que toca ao valor da indenização do dano moral identificado, deve ser suficiente para amenizar a dor do ofendido e servir como meio didático ao ofensor para não reiterar a conduta ilícita. Lado outro, deve ser significativa, economicamente, para o causador do dano, mas não tão elevada de forma a consistir vantagem desmedida para o vitimado.

A mensuração do dano moral consiste em árdua tarefa para o julgador, que deve se pautar segundo parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade, para que o valor da indenização se equilibre com a intensidade e gravidade do sofrimento, sem, no entanto, resultar em enriquecimento sem causa para a vítima.

Também, diga-se que o ressarcimento do dano moral não tem o condão de

atender à *restitutio in integrum* do dano causado, mas sim uma função compensatória, de modo a atenuar as consequências do trauma verificado.

No caso em apreço, inolvidável levar em conta a retratação espontânea que foi feita durante o programa policial. A tentativa de correção, por certo, minimizou a ocorrência, mas não a apagou de todo, tendo sido o recorrente alvo de chacota durante largo tempo, consoante demonstrado pela prova oral coligida.

Registre-se que a retratação se impõe como dever moral da emissora noticiante para corrigir a verdade, não eliminando o dever de reparar o prejuízo causado pela falsa notícia, valendo aqui a máxima: *"a palavra dita e a flecha lançada não se consegue deter"*.

Nesse sentido, cito os seguintes precedentes dos Tribunais pátrios:

> RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. RETRATAÇÃO. NOTÍCIA VEICULADA EM JORNAL QUE DIVULGOU FOTOGRAFIA DO AUTOR INDICANDO-O COMO CONDENADO E FORAGIDO. Logra êxito demanda indenizatória quando se reconhece que a conduta dos réus foi displicente na divulgação da notícia. Aos veículos de comunicação não é permitido façam falsas imputações aos cidadãos sob o argumento da liberdade de imprensa. Retratação posterior que mitiga, mas não apaga o abalo sofrido. Reconhecida a conduta indevida e os prejuízos causados ao autor, adequada o arbitramento em valor certo, no caso, R$ 10.000,00, obedecidos aos critérios da prudência, da moderação, das condições da demandada. Sucumbência que deve ser debitada integralmente aos réus, nos termos da Súmula 306, do STJ, fixando-se a honorária de acordo com o artigo 20, § 3º, do CPC. Apelação desprovida. Recurso adesivo parcialmente provido. (Apelação Cível Nº 70019880319, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini Bernardi, Julgado em 09/04/2008)
>
> RESPONSABILIDADE CIVIL - INDENIZAÇÃO POR DANO IMORAL - FOTOGRAFIA DO IRMÃO DA AUTORA ESTAMPADA EM MATÉRIA JORNALÍSTICA QUE NOTICIA UM ASSALTO - EQUÍVOCO COMETIDO PELO MEIO DE COMUNICAÇÃO - RETIFICAÇÃO DO ERRO POR MEIO DE "ERRATA" - IRRELEVÂNCIA - CONDUTA QUE NÃO TEM O CONDÃO DE APAGAR OS EFEITOS DELETÉRIOS NA PRIMEIRA DIVULGAÇÃO CONSTRANGIMENTO CONFIGURADO - DANO MORAL RECONHECIDO - SENTENÇA REFORMADA - AÇÃO PROCEDENTE. RECURSO PROVIDO. (Apelação 9073288-23.2003.8.26.0000, Relator Neves Amorim, 2ª Câmara de Direito Privado, Tribunal de Justiça de SP, Julgado em 04/05/2010)
>
> AÇÃO DE RESSARCIMENTO POR DANO MORAL - COMPROVAÇÃO DOS FATOS - PROVA IDÔNEA.. 1. COMPROVADA A OCORRÊNCIA DO DANO MORAL, CAUSADOR DE PROFUNDO SOFRIMENTO, OCASIONADO POR NEGLIGÊNCIA E IMPRUDÊNCIA DOS RÉUS, QUE DESENCADEARAM PROCESSO ADMINISTRATIVO CONTRA

> O AUTOR, SENDO CERTO E INQUESTIONÁVEL QUE AGIRAM COM CULPA, EMBORA POSTERIORMENTE TENHAM SE RETRATADO, IMPÕE-SE A PROCEDÊNCIA DO PEDIDO DE INDENIZAÇÃO. 2. O PREJUÍZO SOFRIDO POR UMA PESSOA EM SUA HONRA, EM SUA REPUTAÇÃO PESSOAL E PROFISSIONAL, NORMALMENTE ULTRAPASSA QUALQUER PREJUÍZO PATRIMONIAL. O ÚLTIMO PODE SER RECOMPOSTO ECONOMICAMENTE, EM VALOR CERTO E DETERMINADO. O PRIMEIRO, GERALMENTE NÃO É ESQUECIDO, NÃO SÓ POR QUEM FOI ATINGIDO, COMO TAMBÉM POR TERCEIROS, QUE, VIA DE REGRA, NÃO TOMAM CONHECIMENTO EXATO DO OCORRIDO, SE LEMBRANDO APENAS DE QUE FOI INSTAURADO, COMO NO PRESENTE CASO, PROCESSO ADMINISTRATIVO. A PESSOA SE SENTE REJEITADA, TEMEROSA, REPUDIADA PELA SOCIEDADE, VOLTANDO-SE PARA SI MESMO E SUA DOR. 3. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (Apelação 0001039-63.2000.807.0001, Relator Haydevalda Sampaio, 5ª Turma Cível, Tribunal de Justiça do DF e Territórios, Julgado em 05/03/2001)

Posto assim, entendo condizente com a situação dos autos a indenização ora arbitrada em R$ 5.000,00 (cinco mil reais), quantia que considero justa à compensação dos danos sofridos pelo Apelante e para ensinamento do Apelado.

À luz do exposto, **CONHEÇO** do Recurso de Apelação, **DANDO-LHE PROVIMENTO** para reformar a sentença, condenando a TV Cidade de Fortaleza Ltda. a pagar a Antônio Nicomedes Santabaia Nogueira Neto, a título de danos morais, o valor de **R$ 5.000,00 (cinco mil reais)**, incidindo juros moratórios de 1% a.m. a partir do evento danoso, e correção monetária pelo INPC a partir desta decisão (Súmulas 54 e 362 do STJ).

Custas e honorários advocatícios pela Apelada, sendo estes últimos arbitrados em 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação.

É como voto.

Fortaleza, 27 de agosto de 2012.

PROCESSO Nº 0011293-15.2006.8.06.0001
APELAÇÃO CÍVEL
APELANTE: MARTHA CECÍLIA FREITAS DE LACERDA
APELADO: CONSTRUTORA E IMOBILIÁRIA SANTA CECÍLIA LTDA
ÓRGÃO JULGADOR: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL
RELATOR: DES. FRANCISCO GLADYSON PONTES

EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS. FUNDAMENTO. COBRANÇA DE ALUGUÉIS E DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO. RECONVENÇÃO. PEDIDO DE CONDENAÇÃO DA AUTORA-RECONVINTE A PAGAR ALUGUEIS EM ATRASO. CONEXÃO. OCORRÊNCIA. SENTENÇA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO INICIAL E PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PLEITO RECONVENCIONAL. APELAÇÃO. DESPROVIMENTO.

I – Há conexão entra a ação de indenização por danos morais e a reconvenção que veicula pedido de condenação na obrigação de pagar aluguéis em atraso, quando uma e outra têm como causa de pedir remota o contrato de locação concluído entre as partes.

II – Configurado o inadimplemento do locatário, o ajuizamento da ação de despejo fundada na falta de pagamento dos aluguéis constitui exercício regular de direito, a demonstrar ausência de ilicitude ensejadora da responsabilidade civil do locador.

IV – Apelação a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a TURMA JULGADORA DA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, por unanimidade de votos, em conhecer da apelação, para negar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator, que faz parte desta decisão.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta por MARTHA CECÍLIA FREITAS DE LACERDA, impugnando sentença proferida pelo Juiz de Direito da 24ª Vara Cível

da Comarca de Fortaleza que, nos autos do Processo Nº 2006.0028.0763-7, julgou improcedente o pedido de condenação por danos morais formulado na ação principal e parcialmente procedente o pleito condenatório na obrigação de pagar os aluguéis devidos no período de 10/11/2006 a 05/05/2007, veiculado pela CONSTRUTORA E IMOBILIÁRIA SANTA CECÍLIA LTDA, na peça reconvencional.

Na petição inicial da ação principal, a autora/recorrente afirma que formalizou contrato do locação do apartamento nº 102, do edifício residencial situado na Rua Paulo Morais, nº 133, Papicu, em 06 de março de 2004. Diz mais que a empresa ré/recirroda ajuizou ação de despejo por falta de pagamento, em 01 de fevereiro de 2006, mas todos os aluguéis vencidos estavam pagos, ao tempo da citação, ocorrida em 29 de maio de 2006. Aduz, por fim, que ficou bastante abalada emocionalmente e passou mal, ao receber a citação, quando se viu necessitada de atendimento médico, que foi prestado por um profissional de saúde que reside no condomínio, situação que lhe causou constrangimento perante os condôminos.

Na peça contestatória, a apelada alega que, em 01 de fevereiro de 2006, data da propositura da ação de despejo, a promovente não fez prova do pagamento dos aluguéis dos meses de setembro/2005 a janeiro/2006. Acrescenta, na sequência, que os aluguéis sempre foram pagos em atraso pela promovente, invariavelmente através de depósito bancário, em desacordo com a forma de pagamento prevista no contrato de locação. Assinala, ainda, que a locatária não informava a realização dos depósitos que efetuava pelo sistema de caixa automático, que não permite a identificação do depositante e da finalidade do depósito.

Em sede reconvencional, a promovida postula a condenação da autora a pagar os aluguéis, as taxas condominiais e o IPTU vencidos e não pagos, até 05 de maio de 2007, data da entrega das chaves do imóvel locado, no valor total de R$ 10.171,86 (fls 145/147).

Ao contestar a reconvenção, a autora aduz, preliminarmente, não haver conexão entre a ação principal, que versa sobre danos morais, e a ação reconvencional, que tem por objeto cobrança de aluguéis vencidos e não pagos, a evidenciar a ausência de interesse de agir, por ser inadequada a via eleita para o fim colimado. No mérito, afirma ser indevida a condenação em honorários e custas processuais, por ser a autora beneficiária de gratuidade da justiça. Assinala também que a multa prevista na cláusula 13ª do pacto locatício representa *bis in idem*, vez que há previsão contratual de multa moratória para a situação de atraso no pagamento dos aluguéis e que não cabe condenação na obrigação de pagar os gastos realizados em reparos do imóvel, posto que não houve vistoria prévia e o imóvel foi entregue sem avarias. Por fim, aduz que a promovida não fez prova de que estivesse em débito com o IPTU do imóvel locado.

O pedido de condenação por danos morais foi julgado improcedente e o pleito reconvencional procedente em parte, para o fim de condenar a autora-reconvinda

a pagar os aluguéis e as quotas condominiais referentes ao período de 10 de novembro de 2006 a 05 de maio de 2007, data da entrega das chaves.

A sentença, todavia, restou impugnada pela promovente.

Nas razões do pedido de reforma da decisão recorrida, a autora-reconvinda afirma inexistirem aluguéis vencidos e não pagos na data em que proposta a ação de despejo. Daí dever ser julgado procedente o pedido de condenação na obrigação de pagar os danos morais pleiteados. Aduz, ao depois, que a reconvinte não impugnou oportunamente os comprovantes de depósito dos aluguéis que foram apresentados pela autora, razão pela qual devem ser considerados provados os pagamentos dos aluguéis afirmados pela promovente. Atenta ao disposto no art. 523, do CPC, a apelante requer a apreciação prévia do agravo retido que foi oportunamente interposto contra a decisão proferida em audiência, pelo magistrado da instância primeira, rejeitando o pedido de extinção da ação reconvencional, sem resolução do mérito, por ausência de interesse processual. Postula, por último, o provimento do recurso, com a procedência do pedido formulado na inicial da ação principal e a improcedência da demanda reconvencional.

A recorrida apresentou resposta. (fls 283/287)

É o breve relatório.

Revistos e incluído em pauta de julgamento.

VOTO

De saída, cumpre observar que a apelante requereu expressamente, nas razões do recurso apelatório, o julgamento do agravo retido interposto em audiência.

Examino, pois, o recurso de agravo, na forma do art. 523, do Código de Processo Civil.

Na audiência realizada em 06 de outubro de 2009, ao rejeitar a preliminar de carência da ação reconvencional, tal como arguida na contestação à reconvenção, por suposta ausência de interesse de agir, o magistrado da instância de origem fez consignar, como razão de decidir, que, *"havendo débito como afirma a parte autora, pode esta, requerer na própria ação que decorre de relação locatícia"* a condenação na obrigação de pagar os aluguéis atrasados.

Insurgindo-se contra essa decisão, pela via do agravo retido em análise, a apelante aduziu que não havia conexão entre a demanda reconvencional e a ação principal de reparação de danos morais, porque essa tem por objeto o pagamento de indenização por cobrança indevida de aluguéis e o despejo por falta de pagamento, e aquela, a cobrança de aluguéis vencidos e não pagos. Daí concluir a agravante que *"a preliminar suscitada e indeferida pelo Douto Juízo de primeiro grau merece ser acolhida. Nesse sentido, requer ao Egrégio Tribunal de Justiça seja o presente agravo retido recebido e provido para reformar a decisão agravada, acolhendo a preliminar*

em questão para extinguir a reconvenção sem julgamento do mérito, a teor do que dispõe o Art. 267, inciso VI do Código de Processo Civil".

O Código de Processo Civil define como conexas as ações que têm o mesmo mesmo objeto ou a mesma causa de pedir, autorizando ainda o réu a reconvir ao autor, quando ocorrer conexão entre a reconvenção e a ação principal, *verbis:*

> Art. 103. Reputam-se conexas duas ou mais ações, quando Ihes for comum o objeto ou a causa de pedir.
>
> Art. 315. O réu pode reconvir ao autor no mesmo processo, toda vez que a reconvenção seja conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa.

No caso ora em pauta, o fundamento da ação principal é a inexistência do inadimplemento afirmado na inicial da ação de despejo por falta de pagamento proposta pela recorrida, em face da apelante, enquanto o fundamento da demanda reconvencional é a falta de pagamento dos aluguéis devidos e não pagos, referentes a um específico período subsequente de vigência da mesma relação locatícia, qual seja, 10 de novembro de 2006 a 05 de maio de 2007, data da entrega das chaves pela apelante.

A causa de pedir remota da ação principal e da demanda reconvencional é uma só, vez que em ambas o fundamento remoto consiste precisamente na existência do contrato de locação do apartamento nº 102, do edifício residencial situado na Rua Paulo Morais, nº 133, Papicu, firmado pelas partes em 06 de março de 2004.

A conexão, portanto, está sobejamente configurada, consoante preciso magistério de Calmon de Passos, ao discorrer sobre *ação e reconvenção conexas pela 'identidade do título'*, por questionarem um só e mesmo contrato, como ocorre na situação posta a exame nos autos, *verbis:*

> ***Exemplo de conexão pelo título seria: A, com fundamento em um contrato pactuado com B, pede-lhe a entrega da coisa comprada; B, com fundamento no mesmo contrato, pede o pagamento do preço. As mesmas partes (autor e réu) pedem (objeto) coisas diversas: (autor: entrega da coisa; réu: pagamento do preço), mas o fazem com fundamento (título) na mesma relação jurídica (contrato de compra e venda entre eles celebrado).*** *Mas não se cuida de identidade absoluta, visto como, para o autor a causa de pedir é o* ***contrato de compra e venda (fundamento remoto)*** *e o inadimplemento do réu quanto à entrega da coisa (fundamento próximo); enquanto para o réu a causa de pedir é o* ***contrato de compra e venda (mesmo fundamento remoto)*** *e o inadimplemento do autor quanto ao pagamento do preço (diverso fundamento próximo)"* . (Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, 1ª ed., págs. 307/308).

Rejeito, pois, a arguição de carência de ação, por ausência de interesse

processual, relativamente à demanda reconvencional.

Examino, na sequência, o fundamento recursal segundo o qual a sentença laborou em equívoco, ao julgar improcedente o pedido de condenação por danos morais, vez que não havia aluguel vencido e não pago, ao tempo da propositura da ação de despejo.

Observo, a propósito da suposta inexistência da inadimplemento dos aluguéis, que a ação de despejo por falta de pagamento foi proposta pela apelada, em 01 de fevereiro de 2006, mencionando a existência de quatro meses de atraso, correspondentes ao período de 10.08.2005 a 09.12.2005, consoante planilha de cálculo que instrui a inicial respectiva (fls 23/25 e 43/45).

Ao exame do conteúdo de prova que instrui os autos, verifico que a apelante fez juntar, a pretexto de provar o pagamento dos supostos alugueis em atraso, comprovantes de entrega de envelopes de depósitos na conta corrente da apelada, através do sistema de caixa automático, realizados nos dias 21.12.2005, 21.12.2005, 25.01.2006 e 24.02.2006, que a recorrida afirma corresponderem aos alugueis dos meses de setembro a dezembro/2005, respectivamente.

Sucede que, por expressa previsão da cláusula segunda do contrato de locação concluído entre as partes, o aluguel mensal deveria ser pago até o terceiro dia após cada vencimento, na sede da apelada, *verbis:*

> Este aluguel e encargos devem ser pagos até 03 (três) dias após o vencimento na sede da Locadora , sob pena de pagar 10% (dez por cento) de multa sobre o débito total e mais juros e correção, além do despejo que poderá ser promovido imediatamente.

In casu, mesmo se considerados válidos e eficazes os pagamentos efetuados pela apelante em desacordo com a cláusula contratual, é certo que os meses de setembro, outubro, novembro e dezembro/2005 foram pagos nos dias 21.12.2005, 21.12.2005, 25.01.2006 e 24.02.2006, respectivamente, a demonstrar que a recorrente sempre esteve inadimplente, em relação a pelo menos um dos meses do período descrito na inicial da demanda desalijatória.

Diante de tal contexto fático, é irrecusável concluir que a ação de despejo proposta pela recorrida traduz exercício regular da garantia fundamental de acesso à jurisdição de que trata o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, através da via processual própria, nos precisos termos da Lei nº 9.245/91, que autoriza, em seu art. 9º, inciso III, o despejo judicial fundado na falta de pagamento dos aluguéis.

Não há, pois, conduta ilícita imputável à apelada apta a ensejar a procedência do pedido de condenação por danos morais.

Não é ocioso lembrar que o exercício regular de direito não constitui ato ilícito, consoante previsão do art. 160, inciso I, do Código Civil de 1916, que corresponde

ao art. 188, inciso I, do vigente Código Civil, *verbis:*

> Art. 188. Não constituem atos ilícitos:
> I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

Não há, portanto, que falar em responsabilidade civil da recorrida, por ser absolutamente lícita a conduta por ela adotada.

O fato de a apelante haver passado mal, por ocasião da citação, não altera essa conclusão, vez que não pode ser atribuída à legítima conduta da promovente.

É oportuno registrar, ademais, que a realização de ligação telefônica diretamente para a autora, com o exclusivo e manifesto propósito de comunicar o inadimplemento dos aluguéis e solicitar a realização do pagamento, não traduz conduta vedada pelo ordenamento jurídico, quando as circunstâncias do caso concreto não autorizam concluir o propósito de constranger.

Aprecio, por fim, o fundamento recursal que afirma haver a sentença laborado em equívoco, ao condenar a autora-reconvinda a pagar os aluguéis e as quotas condominiais referentes ao período de 10 de novembro de 2006 a 05 de maio de 2007.

Diz a apelante, nesse particular, que não mais ocupava o imóvel no mencionado período, por haver passado a residir, a partir de abril de 2007, no apartamento 902, do edifício localizado na Rua Gilberto Studart, nº 488, em companhia do filho e locatário do referido imóvel.

Insta considerar, todavia, que o contrato de locação do outro imóvel no qual a apelante afirma haver passado a residir, em companhia do filho, foi formalizado no dia 26 de abril de 2007. É lícito concluir, portanto, que as chaves do imóvel locado pelo filho da apelante lhes foram entregues após essa data, como ordinariamente ocorre. Só a partir de então, como é evidente, foi possível a apelante e o filho ingressarem na posse do imóvel (fls 235/236).

A rigor, por não haver a autora-reconvinda, ao contestar a reconvenção, impugnado especificamente a alegação formulada pela ré-reconvinte, segundo a qual as chaves do imóvel locado foram entregues apenas em 05 de maio de 2007, tal fato há de ser reputado incontroverso, a teor do disposto art. 334, inciso III, do CPC.

Assim, considerada a ausência de prova de que o imóvel tenha sido efetivamente entregue à recorrida, em data anterior àquela afirmada na reconvenção, e a ausência de impugnação específica de tal alegação, é lícito concluir que a sentença aplicou com acerto o direito à espécie, ao condenar a apelante a pagar os aluguéis e as cotas condominiais até o mês de maio de 2007.

Forte em tais razões, conheço da apelação, para negar-lhe provimento.

É como voto.

Fortaleza, 29 de outubro de 2012.

PROCESSO Nº 39183-89.2007.8.06.0001
APELANTE: REGINA CÉLIA NOBRE BENÍCIO
APELADA: FRANCISCA REINALDA DE MENEZES
ORIGEM: 19ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE FORTALEZA
RELATOR: DES. VÁLDSEN DA SILVA ALVES PEREIRA
ÓRGÃO JULGADOR: 8ª CÂMARA CÍVEL

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CONTRATO VERBAL. TERMOS NÃO COMPROVADOS. ARBITRAMENTO. POSSIBILIDADE.

1. Os termos do contrato verbal mencionados na inicial não restaram comprovados, o que não impede o arbitramento.
2. Comprovada a prestação do serviço, deve o advogado ser remunerado.
3. *"Na falta de estipulação ou de acordo, os honorários são fixados por arbitramento judicial, em remuneração compatível com o trabalho e o valor econômico da questão, não podendo ser inferiores aos estabelecidos na tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB"* (Artigo 22, §2º, da Lei nº 8.906/94).
4. Recurso de apelação conhecido e parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos da apelação cível nº. 39183-89.2007.8.06.0001, em que são partes as acima indicadas.

ACORDA a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em julgamento de turma, por unanimidade, em conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de **Apelação**, interposto por **Regina Célia Nobre Benício**, em face da sentença da lavra do d. **Juiz da 19ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza**, que julgou improcedente a Ação Ordinária de Cobrança de Honorários Advocatícios proposta contra **Francisca Reginalda de Menezes.**

Em seu pleito exordial de fls. 5/14, a autora, ora apelante, informa que através da procuração datada de 05 de maio de 2001, o esposo da promovida, Sr. José

Wilson Benevides de Menezes, falecido em 09 de abril de 2006, outorgou poderes para os causídicos José Benício Filho, Luiz Saraiva de Lavor e Regina Célia Nobre Benício, com o fito de proporem Ação Ordinária em desfavor do INSS, processo de nº 2006.05.00.031809-0 que tramitou na Justiça Federal. Alega que o *de cujus* havia pactuado verbalmente com o advogado Luiz Saraiva de Lavor, como pagamento pelos serviços prestados, o percentual de 20% de todo o importe retroativo do benefício da aposentadoria por tempo de serviço, fato presenciado pela própria promovida.

Afirma que após seu falecimento, sua única herdeira e esposa, entrou em contato telefônico com a promovente, no intuito de habilitar-se aos autos, ocasião em que lhe fora informado que teria que pagar um salário mínimo, razão pela qual teria encerrado a ligação e contratado outro advogado.

Após o recebimento dos valores inerentes ao referido processo, no importe de R$ 103.064,84 (cento e três mil, sessenta e quatro reais e oitenta e quatro centavos), a promovida efetuou o pagamento de R$ 10.000,00 (dez mil reais), diferentemente do que deduz a demandante ter sido pactuado, razão pela qual ingressou com a Ação de Cobrança em comento.

Colacionou os documentos de fls. 15/399.

Decisão interlocutória onde foram deferidos à autora os benefícios da Justiça gratuita e marcada audiência de conciliação.

Tentativa de conciliação infrutífera, conforme termo de fls. 414, ocasião em que a promovida apresentou contestação, de fls. 416/423, onde suscita, preliminarmente, ilegitimidade passiva, posto que nenhum momento esta acertou percentual de honorários com os causídicos. No mérito ressalta, em suma, que não existe nenhum contrato escrito ou verbal entre a autora e o *de cujus*, muito menos com ela, sua esposa, e que nunca foi acertado percentual algum referente ao processo em tela, e que o depósito feito por ela após o recebimento do precatório, no valor de R$ 10.000,00 (dez mil) reais, são prova de sua honestidade e gratidão.

Réplica às fls. 433/439, mediante a qual a autora salienta não merecer prosperar a tese de ilegitimidade passiva, eis que a única herdeira do falecido é a suplicada, devendo a herança responder pelas dívidas do falecimento. Quanto ao mérito, diz ter a promovida faltado com a verdade, agindo de má-fé.

Anunciado o julgamento do feito antecipadamente, as partes silenciaram.

O d. Juízo *a quo* exarou sentença de fls. 446/454, julgando improcedente a demanda por entender que não restou sequer minimamente comprovada nos autos a contratação verbal alegada. Condenou, ainda, a autora a arcar com custas e honorários advocatícios, arbitrados em R$ 500,00 (quinhentos reais).

Irresignada, a suplicante interpôs o presente recurso de Apelação, no qual narra os mesmos fatos salientados na exordial e destaca que os serviços profissionais prestados foram provados, através da procuração *ad judicia* e da cópia da Ação em que

a apelada foi vitoriosa, e que o depósito realizado por esta em favor dos causídicos não corresponde aos 20% acordados pelas partes, tratando-se de honorários a serem arbitrados pelo Juízo, conforme entendimento do STJ.

Esclarece, outrossim, que a condenação arbitrada pelo juiz *a quo* em honorários e custas está em contradição com a concessão anterior dos benefícios da gratuidade de justiça. Por último, destaca que houve *error in judicando* e cerceamento de defesa, em virtude do julgamento antecipado da lide, pelo que roga a reforma *in totum* do *decisum* de primeira instância.

Recebido o recurso nos efeitos suspensivo e devolutivo, foi a apelada intimida para apresentar contrarrazões, havendo seu prazo transcorrido *in albis*, conforme se vê na certidão de fls. 536.

Aportando os autos nesta Corte Julgadora, foram estes distribuídos para a Exma. Des. Edite Bringel Olinda Alencar.

Após sucessivas redistribuições do processo, o feito veio à minha relatoria, em atendimento ao despacho de fls. 552, tendo sido a mim concluso em 19.05.2011.

É o relato.

À Douta Revisão.

VOTO

Trata-se de recurso de **Apelação**, interposto por **Regina Célia Nobre Benício**, em face da sentença, de fls. 446/454, da lavra do d. **Juiz da 19ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza**, que julgou improcedente a Ação Ordinária de Cobrança de Honorários Advocatícios proposta contra **Francisca Reginalda de Menezes,** por entender que não restou comprovada a contratação verbal alegada. Condenou, ainda, a autora a arcar com custas e honorários advocatícios, arbitrados em R$ 500,00 (quinhentos reais).

Irresignada, a suplicante interpôs o presente recurso de Apelação. Salienta, preliminarmente, que houve cerceamento de defesa, em virtude do julgamento antecipado da lide.

Quanto ao mérito, destaca que os serviços profissionais prestados foram provados, através da procuração *ad judicia* e da cópia da Ação em que a apelada foi vitoriosa, e que o depósito realizado por esta em favor dos causídicos não corresponde aos 20% acordados pelas partes, tratando-se de honorários a serem arbitrados pelo Juízo, conforme entendimento do STJ.

Esclarece, outrossim, que a condenação arbitrada pelo juiz *a quo* em honorários e custas está em contradição com a concessão anterior dos benefícios da gratuidade de justiça. Por último, roga a reforma *in totum* do *decisum* de primeira instância.

Intimida para apresentar contrarrazões, a apelada deixou seu prazo transcorrer *in albis*, conforme se vê na certidão de fls. 536.

Era o que se tinha a relatar.

Passo a decidir.

Inicialmente conheço do recurso, posto que preenchidos os requisitos de admissibilidade.

PRELIMINAR

Passo à análise da preliminar suscitada.

A apelada alega que houve cerceamento de defesa, em virtude do julgamento antecipado da lide.

Ocorre que, tal argumento não merece prosperar, eis que devidamente anunciado pelo juízo *a quo* o julgamento antecipado do feito, às fls. 441, as partes nada apresentaram, pelo que não há que se falar em cerceamento de defesa.

Preliminar rejeitada.

MÉRITO

Da análise acurada dos autos, observa-se que restou inequívoca a efetiva prestação de serviços pela advogada recorrente ao marido da recorrida.

De fato, seja pela cópia da inicial da ação ajuizada pelo marido da apelada através da apelante (fls. 33/38), e pela procuração outorgada pelo *de cujus* aos causídicos (fls. 41), ou pela própria peça contestatória que confessa a contratação (não obstante afirmar logo em seguida que não houve contrato verbal acerca dos honorários advocatícios), o que é certo é que os advogados José Benício Filho, Luiz Saraiva de Lavor e Regina Célia Nobre Benício, propuseram Ação Ordinária em desfavor do INSS, processo de nº 2006.05.00.031809-0, no dia 25/07/2001, em nome do Sr. José Wilson Benevides de Menezes, marido da recorrida, falecido em 09 de abril de 2006.

Restando, portanto, comprovada a prestação dos serviços profissionais pela apelante em favor do marido da apelada, sendo esta sua única herdeira, mostra-se devida a sua contraprestação, havendo sido amplamente demonstrado o pagamento do valor de 10.000,00 (dez mil reais), a título de honorários aos advogados contratados, em virtude dos serviços prestados.

Alega a recorrente, entretanto, que o depósito realizado difere do valor pactuado verbalmente, ou seja, não corresponde aos 20% acordados com o marido da apelada, eis que esta recebeu os valores inerentes ao referido processo no importe de R$ 103.064,84 (cento e três mil, sessenta e quatro reais e oitenta e quatro centavos).

A comprovação de que houve efetiva prestação de serviço, torna aplicável

ao caso em comento os artigos 22, caput e §2º, da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da OAB).

Senão, vejamos:

> Art. 22. A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência.
> **§ 2º Na falta de estipulação ou de acordo, os honorários são fixados por arbitramento judicial, em remuneração compatível com o trabalho e o valor econômico da questão, não podendo ser inferiores aos estabelecidos na tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB.**
> (Grifou-se)

Destaque-se que o fato do contrato entre as partes ser verbal não é motivo para afastar a pretensão da apelante, pois em nada prejudica a relação profissional existente entre ambos, a qual está amplamente provada no feito processual, não havendo demonstração, por outro lado, acerca do percentual fixado entre as partes.

A ausência de comprovação do percentual fixado entre as partes, todavia, diversamente do que entendeu o juiz sentenciante, não leva à improcedência do feito, mas tão somente ao não acolhimento do valor indicado pelo requerente, para que seja fixado em seu benefício quantia justa, nunca inferior ao previsto na Tabela da Ordem dos Advogados da Seccional.

Saliento, por oportuno, que os honorários de advogado, contratados de forma verbal, podem ser fixados no âmbito de Ação de Cobrança, sem a necessidade do procedimento preparatório de arbitramento, desde que no contexto da prova se possa apurar o trabalho prestado, o nexo causal e o respectivo valor.

Outrossim, o processo tem essência instrumental, não se dignando a cultivar a forma pela forma. Importa é a realização de seus objetivos maiores, consistentes na efetivação do direito material, na composição de litígios e na descoberta da verdade fática, bem como na efetivação dos ditames constitucionais, na perfectibilização do bem comum e na concretização do justo.

Cabe frisar a lição do Ministro Jorge Scartezzini (REsp 324.438), no sentido de que *"em atenção ao princípio da instrumentalidade do processo que privilegia a finalidade em detrimento da forma, evita-se o sacrifício de eventual direito material da parte, valendo-se da correta prestação jurisdicional como meio de certeza e segurança para a sociedade."*

Feitas estas considerações, refiro que a hipótese é de arbitramento de honorários advocatícios, posto que não se fez contrato escrito, mas indiscutível é o cabimento da demanda, assim o direito da autora a honorários advocatícios.

Nesse sentido é o entendimento da jurisprudência pátria, *verbis*:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CONTRATO VERBAL. TERMOS NÃO COMPROVADOS. ARBITRAMENTO. POSSIBILIDADE. 1. Os termos do contrato verbal mencionados na inicial não restaram comprovados, o que não impede o arbitramento. 2. Comprovada a prestação do serviço, deve o advogado ser remunerado. 3. Cabia à ré comprovar que o autor não seguiu suas instruções e agiu com desídia, ônus do qual não se desincumbiu satisfatoriamente. Sentença mantida. Apelo improvido. (Apelação Cível Nº 70037923299, Décima Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Roberto Felix, Julgado em 09/02/2011)

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. RECURSO ADESIVO. COBRANÇA DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CONTRATO VERBAL. SERVIÇOS PRESTADOS. Restando comprovada a prestação dos serviços profissionais pelo autor em favor dos requeridos, mostra-se devida a contraprestação, a qual não foi comprovada nos autos. POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO APELO E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ADESIVO. (Apelação Cível Nº 70036401586, Décima Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Angelo Maraninchi Giannakos, Julgado em 10/11/2010)

Ementa: HONORÁRIOS DE PROFISSIONAIS LIBERAIS. COBRANÇA. CONTRATO VERBAL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DEMONSTRADA. VERBA HONORÁRIA MANTIDA. Comprovada a prestação dos serviços profissionais da autora em favor do demandado, o que inclusive é por ele expressamente admitido, mostra-se devida a contraprestação. Os honorários advocatícios, arbitrados pelo julgador, com base nos valores da Tabela da OAB, não merecem majoração. APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70031372535, Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Aurélio dos Santos Caminha, Julgado em 24/06/2010)

> Ementa: AÇÃO DE COBRANÇA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CONTRATO VERBAL. INCONTROVERSA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS E O NÃO PAGAMENTO DA VERBA HONORÁRIA CONTRATUAL DEVIDA. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO QUE TEM COMO FUNDAMENTO A TABELA DA OAB-RS, EM VALOR JUSTO E ADEQUADO A REMUNERAR OS SERVIÇOS PRESTADOS. JUROS MORATÓRIOS. OS JUROS MORATÓRIOS INCIDEM, NA ESPÉCIE, A PARTIR DA CITAÇÃO, NOS TERMOS DO ART. 219 DO CPC. DERAM PROVIMENTO, EM PARTE, AO APELO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70020654109, Décima Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Otávio Augusto de Freitas Barcellos, Julgado em 26/03/2008).

> Ementa: AÇÃO DE COBRANÇA DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CONTRATO VERBAL. NÃO COMPROVAÇÃO DO VALOR ALEGADO. CASO CONCRETO. MATÉRIA DE FATO. Tendo em vista a ausência de prova acerca de percentual de honorários advocatícios pactuados mediante contrato verbal, cabe ao juiz o arbitramento de valor que entenda remunerar apropriadamente o trabalho exigido e produzido pelo profissional. Apelo desprovido. (Apelação Cível Nº 70024087108, Décima Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Vicente Barrôco de Vasconcellos, Julgado em 28/05/2008)

Assim sendo, comprovada a prestação dos serviços profissionais e tratando-se de contrato verbal de prestação de serviços advocatícios, sem qualquer outro dado comprobatório nos autos quanto ao valor contratado, devem ser arbitrados os honorários, em remuneração compatível com o trabalho e o valor econômico da questão, não podendo ser inferiores aos estabelecidos na tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB.

Tomo por base a Tabela da Ordem dos Advogados do Ceará, que estabelece como mínimo devido pelas atividades advocatícias em matéria cível, para preposição de procedimento ordinário, o valor de 60 UAD´s (Unidades Advocatícias).

De acordo com a Resolução nº 08, de 9 de fevereiro de 2010, da OAB Ceará, o valor da Unidade Advocatícia corresponde a R$ 50,00 (cinquenta) reais, sendo, assim, o valor mínimo pela prestação dos serviços prestados pelos causídicos é

correspondente a R$ 3.000,00 (três mil reais).

Destarte, levando em consideração o valor mínimo estabelecido na Tabela da Ordem dos Advogados do Ceará, e a prestação dos serviços prestados pela apelante, tendo em conta que esta não assistiu a demanda em comento até o fim, eis que a apelada contratou outro advogado após o falecimento de seu marido, entendo que o montante de R$ 10.000,00 (dez mil) reais equivale a uma remuneração justa ao caso em concreto.

Do exposto, com base nas razões aqui constantes, conheço do recurso e **dou-lhe parcial provimento** para, reformando a sentença de primeiro grau, **arbitrar os honorários devidos no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais). Descontando desse montante a quantia já alcançada à autora, nada mais é devido.**

Determino sucumbência recíproca

É como voto.

Fortaleza, 19 de julho de 2011.

APELAÇÃO Nº 0095974-44.2008.8.06.0001
APELANTE: WAGNER SANTIAGO DE ABREU
APELADO: BANCO DO BRASIL S.A.
RELATOR: DES. VALDSEN DA SILVA ALVES PEREIRA

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CONSUMIDOR. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA C/C INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. INSCRIÇÃO EM ÓRGÃO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. INOCORRÊNCIA DE ATO ILÍCITO. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE CIVIL. INEXISTÊNCIA DO DEVER DE INDENIZAR. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. APELAÇÃO CONHECIDA E IMPROVIDA. SENTENÇA CONFIRMADA.

1. A premissa de facilitação da defesa do consumidor em juízo não pode dar ensejo a verdadeiras presunções absolutas de veracidade, sob pena de se isentar o autor até mesmo de minimamente comprovar os fatos constitutivos do seu direito, o que não corresponde com a outorga legal de inversão do *ônus probandi.*
2. Restou amplamente demonstrada, através dos documentos acostados, a legalidade da transação eletrônica efetivada, não ensejando, o apelante, comprovar o ônus do ilícito que, segundo ele, teria sido perpetrado pela instituição bancária, ora apelada.
3. Recurso conhecido e improvido. Sentença confirmada.

ACÓRDÃO

ACORDA a Oitava Câmara Cível deste Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em CONHECER do Recurso de Apelação interposto, mas para NEGAR-LHE provimento, confirmando a sentença vergastada, de conformidade com o voto do Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de processo redistribuído por força da Portaria de nº 154/2011, cuidando-se de APELAÇÃO CÍVEL interposto por WAGNER SANTIAGO DE

ABREU, em face de sentença da lavra do MM. Juiz de Direito da 21ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza, proferida nos autos de Ação Anulatória c/c Reparação de Danos Morais promovida pelo apelante contra o BANCO DO BRASIL.

Na decisão combatida, o MM. Juiz *a quo* julgou improcedente o pedido inicial, ante a carência dos requisitos necessários ao reconhecimento da responsabilidade civil.

Na peça exordial, de fls. 2/10, o promovente alega, em síntese, que foi efetuado empréstimo eletrônico em sua conta bancária sem a devida autorização, o que motivou a inscrição de seu nome em cadastros restritivos de crédito, provocando-lhe danos morais pelos quais pugna por ressarcimento, bem como que seja anulado o débito proveniente da transação.

Junto com a inicial, acostou os documentos de fls. 11/20.

Tutela antecipada, deferida às fls. 21, com o fito de excluir o nome do autor dos cadastros de inadimplentes.

Devidamente citado, o Banco promovido ofereceu contestação, constante de fls. 25/39, alegando não haver praticado ato ilícito que lhe pudesse ser imputado. Aduz que o cartão e a sua senha são de uso pessoal do correntista, sendo de culpa exclusiva do autor os danos que lhe foram provocados, não lhe cabendo a indenização pleiteada. Ao fim, requer a improcedência do pleito autoral.

Réplica às fls. 64/72.

Realizada audiência preliminar, restando infrutífera a tentativa de conciliação. Termo às fls. 73.

Memoriais, pelo promovido, às fls. 84/89, e pelo promovente, às fls. 91/102.

Sentença monocrática, às fls. 103 *usque* 109, julgando improcedente o pedido inicial, ante a carência dos requisitos necessários ao reconhecimento da responsabilidade civil e, assim, revogando a tutela antecipada deferida.

Irresignado, o promovente interpôs Recurso de Apelação, constante de fls. 111/122, alegando, preliminarmente, a nulidade da sentença por cerceamento do direito de defesa do recorrente, bem como por ausência de fundamentação. No mérito, sustenta a ocorrência do ato ilícito pelo Banco promovido, pugnando, ao fim, pela reforma *in totum* da decisão de primeiro grau.

Sem contrarrazões.

Remetidos os autos a esta Instância Superior, foram os mesmos distribuídos ao Eminente Desembargador Francisco Suenon Bastos Mota em 14/10/2010. Termo às fls. 130.

Por força da Portaria de nº 154/2011, foram os autos a mim redistribuídos em 27/09/2010. Termo às fls. 133.

É o relatório.

À douta revisão.

Fortaleza, 17 de outubro de 2011

VOTO

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

Cuidam os autos de Recurso de APELAÇÃO CÍVEL interposto por WAGNER SANTIAGO DE ABREU, em face de sentença da lavra do MM. Juiz de Direito da 21ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza, proferida nos autos de Ação Anulatória c/c Reparação de Danos Morais promovida pelo apelante contra o BANCO DO BRASIL, que julgou improcedente o pedido inicial, ante a carência dos requisitos necessários ao reconhecimento da responsabilidade civil.

O Banco promovido interpôs Recurso de Apelação onde alega, preliminarmente, a nulidade da sentença por cerceamento do direito de defesa do recorrente, bem como por ausência de fundamentação. No mérito, sustenta a ocorrência do ato ilícito pelo Banco promovido, pugnando, ao fim, pela reforma integral do *decisum* combatido.

PRELIMINARES

Afirma o apelante ter ocorrido cerceamento de defesa, em virtude de o magistrado *a quo* ter julgado antecipadamente a lide, não tendo oportunizado a produção de provas, inclusive a apresentação da filmagem do momento em que foi efetuado a transação.

Entendo não merecer prosperar o argumento aqui expendido.

É que, na audiência preliminar, conforme consta do Termo de fls. 73, foram ouvidas as partes, que silenciaram, sobre o encerramento da instrução, *verbis*:

> "...e como a matéria de mérito se revela somente de fato e de direito, sem necessidade de produção de mais provas em audiência, o MMJuiz, ouvidas as partes, deu a instrução por encerrada, substituindo o debate oral pela apresentação de memoriais escritos no prazo comum de vinte (20) dias..."

Ademais, estando o magistrado convencido a respeito das alegações de fato da causa, deve, conforme seu convencimento, julgar antecipadamente a lide, em consonância com o princípio da celeridade processual.

Sobre a matéria, cito precedente desta Corte de Justiça:

> PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE TÍTULO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. JULGAMENTO ANTECIPADO.

> CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. PROTESTO INDEVIDO DE TÍTULO. DANOS MORAIS. FATO INCONTROVERSO. 1. Se as questões a serem dirimidas já se encontravam comprovadas nos autos, o julgamento antecipado da lide não caracteriza cerceamento de defesa. 2. A responsabilidade de indenizar decorre do simples fato do protesto ter sido realizado indevidamente, considerando que a ré confirmou na contestação o equívoco cometido e nem sequer diligenciou no sentido de comprovar nos autos a existência do título objeto da negativação do nome do autor. Assim, demonstrado o dano pela efetivação da conduta antijurídica que atinge a honra e a intimidade da pessoa, não se faz necessária a comprovação do grau de sofrimento ocasionado ao autor, configurando, desse modo, dano moral in re ipsa. Precedentes do STJ. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. (TJCE - 4ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 3140746200480600000, Relator: Des. Lincoln Tavares Dantas, Publicado no DJ de 14.05.2010)

Por todo o exposto, REJEITO a preliminar de nulidade da sentença por cerceamento do direito de defesa do recorrente.

Quanto à ausência de fundamentação da sentença proferida pelo magistrado *a quo*, a ensejar a ocorrência da preliminar de nulidade, entendo, também, não merecer guarida.

Não há que se falar em nulidade da sentença por ausência de fundamentação quando atendido o ordenamento jurídico vigente, que adotou o princípio do livre convencimento motivado ou persuasão racional do Juiz, pelo qual todas as decisões judiciais devem ser assentadas em razões jurídicas, cuja invalidade decorre da falta destas, consoante estabelecem os artigos 93, inciso IX da CF e 458 do CPC, o que incorreu no presente feito.

Ressalte-se, ainda, que as normas precitadas não determinam que o juiz esgote a matéria, discorrendo sobre as teses jurídicas apresentadas pelas partes, bastando que apresente os fundamentos, ainda que sucintos, de sua convicção.

A esse respeito são os julgados transcritos a seguir:

> CONSUMIDOR. CONTRATO DE FINANCIAMENTO DE VEÍCULO. LIQUIDAÇÃO ANTECIPADA DO DÉBITO. ART. 52, § 2º, DO CDC. DIREITO À REDUÇÃO PROPORCIONAL DOS JUROS E DEMAIS ACRÉSCIMOS. NULIDADE DE SENTENÇA AFASTADA. 1. A preliminar de nulidade da sentença por fundamentação deficiente resta afastada, pois a decisão atacada indicou, de forma clara e suficiente, os motivos que embasaram a decisão de parcial procedência do pedido. (…) Recurso parcialmente provido. (Recurso Cível Nº 71001646850, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Ricardo Torres Hermann, Julgado em 03/07/2008).
>
> APELAÇÃO CÍVEL. SENTENÇA. NULIDADE. FUNDAMENTAÇÃO. PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO. NÃO HÁ NULIDADE DA

> SENTENÇA QUE, EVITANDO O DESNECESSÁRIO EXERCÍCIO DE TAUTOLOGIA, ADOTA, COMO RAZÕES DE DECIDIR, O PARECER LANÇADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. MÉRITO. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. DIVULGAÇÃO DE INFORMAÇÕES, NO MEIO ACADÊMICO, DA PERSONALIDADE E CONDUTA SEXUAL DE DOCENTE. Inexistindo prova de que tenha sido o réu, de fato, o responsável direto, pela divulgação indiscriminada do comportamento sexual da autora, nas dependências da universidade, tampouco de que tais informações sejam, de fato, inverídicas, não estão preenchidos os pressupostos do dever de indenizar. Preliminar rejeitada e, no mérito, apelo desprovido. (Apelação Cível Nº 70010871937, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Umberto Guaspari Sudbrack, Julgado em 13/02/2008)

Assim, não há falar em nulidade da sentença, porquanto a decisão está de acordo com o que determina o princípio da congruência, norteador do processo civil, segundo o qual o juiz não pode deixar de analisar a parte objetiva da demanda, nem se omitir quanto às questões fáticas e/ou preliminares suscitadas, devendo decidir com base na causa de pedir ou no pedido deduzido, o que ocorreu no caso em tela.

REJEITO, outrossim, a preliminar de nulidade de sentença suscitada com base na ausência de fundamentação do *decisum*.

MÉRITO

Compulsando os autos constato a ausência de formação probatória suficiente a demonstrar a configuração dos requisitos da responsabilidade civil, por eventuais danos decorrentes de empréstimo efetuado através de Caixa Eletrônico.

Sabe-se que para configurar o ato ilícito, passível de reparação indenizatória, são necessários três requisitos, conforme leciona Maria Helena Diniz:

"a) fato lesivo voluntário, causado pelo agente, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência; b) ocorrência de um dano patrimonial ou moral; c) nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do agente" (Código Civil Anotado, Saraiva, 1999, 5ª ed., p. 169).

Cumpre ressaltar, de início, que incumbe à parte autora comprovar os fatos constitutivos do seu direito. Art. 333, I, do CPC, *verbis*:

"Fato constitutivo é aquele que tem o condão de gerar o direito postulado pelo autor e que, se demonstrado, leva à procedência do pedido. Fato impeditivo, modificativo ou extintivo é todo aquele que leva ao não reconhecimento do direito

alegado. Impeditivo, porque obsta um ou alguns dos efeitos que naturalmente ocorreriam da relação jurídica. Modificativo, porque demonstra alteração daquilo que foi expresso no pedido. Extintivo, porque fulminam no todo o pedido, fazendo cessar a relação jurídica original." (Curso avançado de processo civil, São Paulo: Revista dos Tribunais, 5ª ed., 2002, v. 1, pp. 446 e 447).

A propósito, anota Ovídio Baptista da Silva:

> "Como todo o direito sustenta-se em fatos, aquele que alega possuir um direito deve, antes de mais nada, demonstrar a existência dos fatos em que tal direito se alicerça. Pode-se, portanto, estabelecer, como regra geral dominante de nosso sistema probatório, o princípio segundo o qual à parte que alega a existência de determinado fato para dele derivar a existência de algum direito, incumbe o ônus de demonstrar sua existência. Em resumo, cabe-lhe o ônus de produzir a prova dos fatos por si mesmo alegados como existentes" (Curso de Processo Civil, Porto Alegre: Fabris, 3ª ed., 1996, p. 289).

Ao analisarmos o caso à luz da legislação consumerista, ocorreria a inversão do ônus da prova, como se depreende no contido no Art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, verbis:

> Art. 6º - São direitos básicos do consumidor:
> (....)
> VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

De qualquer modo, no caso *sub examine*, o promovente não carreou aos autos elementos suficientes a agasalhar a pretensão aduzida na inicial. A premissa de facilitação da defesa do consumidor em juízo não pode dar ensejo a verdadeiras presunções absolutas de veracidade, sob pena de se isentar o autor até mesmo de minimamente comprovar os fatos constitutivos do seu direito, o que não corresponde com a outorga legal de inversão do *ônus probandi*.

Hipossuficiência e verossimilhança são requisitos para a mesma, e, a partir do momento em que o consumidor não trouxe aos autos argumentos mínimos a balizar a prova, entendo que essas premissas não foram satisfeitas.

Sobre o tema, veja-se o entendimento dos Tribunais Pátrios

> CONSUMIDOR. SUPOSTA AUSÊNCIA DE CONTRATAÇÃO. SERVIÇO DISPONIBILIZADO POR LONGO PERÍODO, UTILIZADO E MENSALMENTE ADIMPLIDO. FACILITAÇÃO DA DEFESA DO

> CONSUMIDOR QUE NÃO LHE EXIME, AINDA QUE MINIMAMENTE, DE COMPROVAR OS FATOS CONSTITUTIVOS DO SEU DIREITO. AUSENTE COMPROVAÇÃO DE PAGAMENTO INDEVIDO. DANO MORAL INOCORRENTE. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO.(Recurso Cível nº 71003110442 RS, Relator: Carlos Eduardo Richinitti, Data de Julgamento: 30/06/2011, Terceira Turma Recursal Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 05/07/2011)

> EMENTA: DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. INSCRIÇÃO EM ÓRGÃO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO, ENSEJANDO DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL. FATO NÃO PROVADO (ART. 333, I, DO CPC). INOCORRÊNCIA DE ATO ILÍCITO. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE CIVIL. INEXISTÊNCIA DO DEVER DE INDENIZAR. POSSIBILIDADE DE EXECUTAR MULTA COERCITIVA. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. APELAÇÃO CONHECIDA E PROVIDA. SENTENÇA REFORMADA. 1 - Dos documentos carreados à inicial, verifica-se que nenhum deles é documento hábil a comprovar que a instituição bancária não cumpriu a liminar deferida em processo diverso, razão pela qual resulta evidente que o autor não logrou comprovar o nexo de causalidade entre o ato e o dano. 2 - Além disso, eventual descumprimento de medida liminar, em desrespeito ao Judiciário, competiria à parte reclamar ao Juízo ou mesmo executar astreinte já fixada, sendo inoportuno o manejo de ação indenizatória por tal ato. 3 -Recurso conhecido e provido. Sentença reformada (Apelação Cível nº , Desembargador Dilermando Mota, 1ª Câmara Cível do TJRN, j.22/02/2010).

> LOCAÇÃO DE IMÓVEIS AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS AUSÊNCIA DE PROVAS SENTENÇA REFORMADA RECURSO DO RÉU PROVIDO, PREJUDICADO O APELO DA AUTORA. Considerando que a autora não trouxe elementos de prova a demonstrar a conduta, o nexo de causalidade e a culpa ou dolo do réu a ensejar eventual dano moral, de rigor a improcedência da ação. (2285013020078260100 SP 0228501-30.2007.8.26.0100, Relator: Paulo Ayrosa, Data de Julgamento: 21/06/2011, 31ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 21/06/2011, undefined)

O Extrato fornecido pelo Banco promovido, acostado às fls. 52 dos autos, anuncia a efetivação do Contrato Eletrônico (CDC) bem como a realização de saque no mesmo dia – 02/08/2007, sendo certo que a posse do Cartão Eletrônico juntamente com o conhecimento da senha e demais dados necessários tem o condão de tornar viável a realização da transação dita eletrônica, meio amplamente utilizado em nossos dias.

É cediço que é dever do titular da conta bancária zelar pela guarda do cartão eletrônico, bem como dos dados necessários à sua movimentação, não cabendo à instituição bancária perquirir quem os manuseia.

Assim, restou amplamente demonstrado, através dos documentos

acostados, a legalidade da transação eletrônica efetivada, não ensejando, o apelante, comprovar o ônus do ilícito que, segundo ele, teria sido perpetrado pela instituição bancária, ora apelada.

Logo, ausente arcabouço probatório passível de comprovar as alegações do autor, entendo que deve ser confirmada a sentença *a quo*.

Deste modo, diante de todo o exposto, pelos fundamentos legais e fáticos, e ainda à luz da jurisprudência citada, CONHEÇO do presente recurso de Apelação, mas para NEGAR-LHE PROVIMENTO a fim de confirmar a sentença guerreada, em todos os seus termos.

É como voto.

Fortaleza, 17 de outubro de 2011

Apelação nº 0422529-06.2000.8.06.0001
Apelante: MARIA DE FÁTIMA FORTALEZA DO NASCIMENTO
Apelado(a): MUNICÍPIO DE FORTALEZA
Juízo de Origem: 8ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE FORTALEZA/CE
Órgão Julgador: 8ª CÂMARA CÍVEL
Relator: DES. VÁLDSEN DA SILVA ALVES PEREIRA

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. JUSTIFICAÇÃO JUDICIAL. CÔMPUTO DE TEMPO DE SERVIÇO PARA FINS DE APOSENTADORIA. AÇÃO DECLARATÓRIA. PERÍODO REFERENTE A ESTÁGIO. IMPOSSIBILIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS REDUÇÃO.

1- A justificação Judicial, por si só, não é suficiente para o reconhecimento do direito de cômputo e averbação do tempo de serviço, vez que se trata de ação de procedimento sumário, em que não há contestação, recurso, nem faz coisa julgada, sendo vedado ao magistrado adentrar no mérito da questão. Necessário início de prova material, consoante Lei nº 8.213/91. Precedentes do STJ.

2 – O desempenho de estágio mantido em instituições públicas não configura vínculo empregatício, sendo incabível o cômputo desse período para fins de aposentação. Precedentes do STJ.

3 – Honorários advocatícios reduzidos para R$500,00 (quinhentos reais), com supedâneo no art. 20, §§ 3º e 4º do CPC.

4 – APELO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

ACÓRDÃO

Acordam os integrantes da Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer do recurso interposto, para dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do E. relator.

RELATÓRIO

Cuida-se de **Apelação Cível** interposta por **Maria de Fátima Fortaleza do Nascimento** em face de sentença prolatada pelo Juízo da 8ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza/CE, que julgou improcedente o pedido autoral nos autos da Ação Ordinária Declaratória, que a apelante moveu contra o apelado, **Município de Fortaleza**.

Em sua peça inaugural (fls. 04/09), a Autora relata que é servidora pública municipal, tendo sido admitida para o exercício do cargo de médica aos 26.03.1981, sob o regime da CLT, e hoje estatutário. Sob o argumento de que teve declarado por sentença o tempo de serviço de 09 anos, 04 meses e 04 dias, através de Justificação Judicial que tramitou perante a 2ª Vara da Fazenda Pública, e de que o réu se nega a proceder a averbação desse tempo, requer que o mesmo seja declarado por sentença, ordenando-se ao requerido que conte e averbe tal tempo de serviço para fins de aposentadoria. Instruiu a exordial com os documentos de fls. 10/58.

Na contestação de fls. 65/69, o Município alega, em síntese, que a) a Justificação Judicial é simples meio de documentar prova testemunhal, com eventual cotejo de documentos, cuja prova é valorada pelo juiz da causa; b) neste tipo de ação não há contraditório, nada decidindo o juiz, o qual se limita a aferir a observância das formalidades legais, sem se pronunciar sobre o mérito, razão pela qual não forma coisa julgada; c) o tempo de serviço a ser considerado para efeito de aposentadoria é aquele de contribuição previdenciária, não tendo a autora demonstrado referida contribuição durante o tempo apontado; d) o tempo de serviço alegado refere-se a período em que a autora era mera acadêmica de direito, cumprindo estágio, não fazendo prova de que o mesmo era disciplinado pela legislação própria; e) na contagem de tempo feita pela autora estão incluídos períodos simultâneos, o que torna impossível o acolhimento do pedido. Requereu a improcedência do pleito.

Réplica às fls. 72/75, cuja linha argumentativa segue o mesmo teor da exordial.

Parecer do Ministério Público pela improcedência do pedido (fls. 81/85).

O feito foi redistribuído para a 6ª Vara da Fazenda Pública por força da Lei Estadual nº 1.891/2007, e, posteriormente, para a 8ª Vara da Fazenda Pública em razão da Lei Estadual nº 14.258.

Sobreveio a sentença de fls. 98/100, em que o Juiz Singular julgou improcedente o pleito autoral, sob o fundamento de que a sentença proferida na Justificação Judicial não apreciou o mérito da prova, razão pela qual não há coisa julgada material, podendo a matéria ser alvo de discussão. Demais disso, verificou o douto magistrado *a quo* que a prova documental coligida aos autos se refere a serviço prestado pela demandante a título de estágio, o que não se admite para fins de aposentadoria.

Inconformada com o *decisum*, a autora interpôs o presente recurso apelatório (fls. 109/117), sustentando a) que a Justificação Judicial contém conjunto

probatório razoável, harmônico e coerente, apto a resguardar o direito da demandante, consistente em prova pré-constituída do preenchimento dos requisitos para a concessão do benefício perseguido; b) que o art. 47, I, da Lei Municipal nº 6.794/90 não exige a contribuição previdenciária a fim de assegurar o direito de contagem e averbação de tempo de serviço; c) que os documentos emitidos por órgãos públicos, como o IJF e a UFC têm fé pública, tendo presunção de veracidade; d) que é admissível a contagem de período de estágio para fins de aposentadoria; e) que a sentença se mostrou *extra petita* em relação à condenação em honorários advocatícios, alegando ainda a exorbitância de seu valor. Postula, finalmente, pelo conhecimento do recurso e reforma da sentença prolatada pelo juiz *a quo* nos termos requeridos, revertendo-se os ônus da sucumbência.

Contrarrazões às fls. 125/131, nas quais o Município reitera as argumentações esboçadas na peça contestatória, entre as quais: a) inexistência de coisa julgada na Justificação Judicial; b) caráter relativo das provas produzidas na Justificação Judicial, vez que não se sujeita ao contraditório; c)necessidade de contribuição previdenciária para o reconhecimento do tempo de serviço para fins de aposentadoria; d) estágio não pode ser considerado para contagem de tempo de serviço. Requer o improvimento do recurso.

Remetidos os autos para este Sodalício para exame do recurso, foram inicialmente distribuídos para o gabinete do e. Des. Francisco Sales Neto, sendo colhido o parecer da Procuradoria Geral da Justiça, a qual pugnou pelo conhecimento da apelação, mas pelo parcial provimento, unicamente no que tange à redução dos honorários advocatícios (fls. 145/149).

Por força da Portaria nº 154/2011 do TJCE, os autos foram redistribuídos para a minha relatoria, vindo a mim conclusos aos 23.05.2011.

Era o que tinha a relatar.

À d. revisão.

Fortaleza, 18 de Julho de 2011.

VOTO

Trata-se Apelação Cível interposta por MARIA DE FÁTIMA FORTALEZA DO NASCIMENTO, buscando reforma da sentença proferida pelo juízo da 8ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza nos autos da Ação Ordinária Declaratória ajuizada pela mesma contra o MUNICÍPIO DE FORTALEZA, por meio da qual foi julgado improcedente o pedido autoral.

Conheço do recurso por observar presentes os requisitos intrínsecos (cabimento, legitimidade para recorrer e interesse de recorrer) e extrínsecos (tempestividade, regularidade formal, inexistência de fato impeditivo ou extintivo do

poder de recorrer e preparo) de admissibilidade.

Pretende a autora obter declaração judicial quanto à contagem do tempo de serviço prestado em diversas instituições no exercício de cargo de médica, no total de 09 anos, 04 meses e 04 dias, para fins de averbação do tempo e de aposentadoria.

O magistrado singular entendeu que a prova trazida ao bojo dos autos faz alusão a serviços prestados a título de estágio, do qual não se admite sua contagem para fins de aposentadoria. Por seu turno, a apelante sustenta que a documentação coligida aos autos constitui conjunto probatório harmônico, razoável e coerente para o fim perseguido.

Através de Justificação Judicial, a demandante obteve declarado, por sentença, o tempo de serviço reclamado, a fim de que se produzam, no campo material, seus efeitos jurídicos e legais, abstendo-se o juiz, no entanto, de apreciar o mérito da prova (fls. 53).

A Justificação Judicial é o meio processual através do qual se intenta provar a existência de fato, ato ou relação jurídica, de que não se possui prova escrita, a fim de que, com ela se instrua pedido formulado em processo regular. É a comprovação judicial de algum fato ou relação jurídica feita por meio da inquirição de testemunhas, visando resguardar um direito para posterior comprovação em ação futura. Sua previsão consta do art. 861 do Código Processual Civil:

> Art. 861 - Quem pretender justificar a existência e algum fato ou relação jurídica, seja para simples documento e sem caráter contencioso, seja para servir de prova em processo regular, exporá, em petição circunstanciada, a sua intenção.

Assim, a Justificação Judicial constitui mero meio de prova testemunhal que se produz em juízo voluntário, nela não cabendo contestação, nem recurso, sendo defeso ao juiz adentrar no mérito da questão, diferentemente da Ação Declaratória, onde será avaliada no conjunto com as demais provas.

Isso posto, resta claro que a Justificação Judicial não tem valor absoluto para comprovar tempo de serviço, seu valor é relativo, de modo que não se pode aceitá-la como elemento, por si só, capaz de suprir falta de tempo de serviço quando não robustecida por elementos outros.

Neste respeito, a Lei nº 8.213/91, assim dispõe:

> Art. 55
> § 3º. A comprovação do tempo de serviço para os efeitos desta Lei, inclusive mediante justificação administrativa ou judicial, conforme o o disposto no art. 108, só produzirá efeito quando baseada em início de prova material, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto

no Regulamento.

No mesmo sentido o art. 62, § 5º, do Decreto 3.048/99: "*A comprovação realizada mediante justificação administrativa ou judicial só produz efeito perante a previdência social quando baseada em início de prova material*."

Corroborando o entendimento, cito precedente do **Superior Tribunal de Justiça**:

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. RECONHECIMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO COM BASE EM PROVA UNICAMENTE TESTEMUNHAL. IMPOSSIBILIDADE. DESPROVIMENTO.
> 1. Na forma do art. 55, § 3.º, da Lei n.º 8.213/91, "A comprovação do tempo de serviço para os efeitos desta Lei, inclusive mediante justificação administrativa ou judicial, conforme o disposto no art. 108, só produzirá efeito quando baseada em início de prova material, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no Regulamento".
> 2. No caso dos autos, a Corte de origem indeferiu a postulação da autora, tendo em vista que a única prova validamente produzida limitou-se à via testemunhal. Isso porque o início de prova material por ela obtido só veio aos autos em sede de ação rescisória, sem a demonstração, como seria de rigor, da impossibilidade de produção na ação de origem.
> 3. Desprovimento. (AgRg no AgRg no REsp 883.083/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 19/03/2009, DJe 06/04/2009) (grifei)
>
> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. OMISSÃO. INOCORRÊNCIA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. NÃO COMPROVADO. JUSTIFICAÇÃO JUDICIAL. INEXISTÊNCIA DE INÍCIO DE PROVA MATERIAL PARA O PERÍODO.
> I- Não ocorre ofensa ao art. 535 do CPC se o e. Tribunal de origem, sem que haja recusa à apreciação da matéria, embora rejeitando os embargos de declaração, considera não existir defeito a ser sanado.
> II- Para caracterização do dissídio jurisprudencial é indispensável que se faça o cotejo analítico entre a decisão reprochada e os vv.
> paradigmas invocados.
> III- A justificação só produzirá efeitos para a comprovação de tempo de serviço quando baseada em início de prova material, inexistente *in casu*.
> Agravo Regimental desprovido. (AgRg no REsp 877.238/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 03/04/2007, DJ 14/05/2007, p. 392) (grifei)
>
> ADMINISTRATIVO – RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – POLICIAL MILITAR – RESERVA REMUNERADA – AVERBAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO – JUSTIFICAÇÃO JUDICIAL

> – PROVA EXCLUSIVAMENTE TESTEMUNHAL – IMPOSSIBILIDADE – 1. A justificação judicial, que não importa em declaração de relação jurídica, não é meio hábil, isoladamente, para demonstrar o tempo de serviço prestado na atividade privada, cujo reconhecimento depende da existência de razoável prova material. 2. Precedentes. 3. Recurso improvido. (STJ – ROMS 9200 – RO – 6ª T. – Rel. Min. Paulo Gallotti – DJU 02.12.2002).

Portanto, diante tão somente da Justificação Judicial proposta não se pode de imediato reconhecer o direito da apelante, vez que o mérito da questão somente é apreciado na ação principal, através da valoração da prova coligida aos autos, no caso concreto, na Ação Declaratória.

A Constituição Federal assegura no art. 40, § 3º - "*O tempo de Serviço Público Federal, Estadual ou Municipal será computado integralmente para os efeitos de aposentadoria e disponibilidade*."

No entanto, indispensável, para o alcance do desiderato, que a prova testemunhal venha acompanhada de prova documental que demonstre fazer a apelante jus ao direito perquirido, ou seja, comprobatória do tempo de serviço alegado na exordial.

Perfilhando os autos, infere-se que a recorrente demonstrou tão somente tempo em que prestou serviço a título de estágio, como acadêmica de medicina, conforme facilmente se constata pela análise das declarações de fls. 22/31.

Ocorre que não há qualquer evidência, nas citadas declarações, de que tais estágios foram cumpridos na forma de vínculo empregatício, de forma que se revela incabível a pretensão da recorrente, no sentido de ser computado e averbado o tempo que atuou como estagiária para fins de aposentação.

É que não se confunde o vínculo estabelecido para fins de estágio, cujo objetivo é o aprendizado mediante a prática de determinada profissão, com serviço público, onde prevalece o interesse público. O estágio tem como características a temporalidade e a prevalência do interesse do beneficiário, face o caráter de aprendizagem, e visa a proporcionar experiência prática na linha de formação do estagiário, bem como a complementação do ensino da aprendizagem. Tais aspectos impedem que o período do estágio configure serviço público em sentido técnico e, por corolário, que seja contado para fins de aposentadoria.

É este também o firme posicionamento do **STJ**:

> EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. OMISSÃO. ESTÁGIO. SERVIÇO PÚBLICO. EQUIPARAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.
> O estágio profissional não pode ser equiparado a serviço público, para fins de contagem de tempo de serviço, ainda que o vínculo entre estagiário e Administração Pública tenha se dado mediante aprovação em concurso público (precedentes deste e. STJ). Embargos de declaração acolhidos, sem efeitos infringentes, para sanar a omissão apontada. (EDcl no RMS

22.287/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 02/10/2008, DJe 17/11/2008) (grifei)

PREVIDENCIÁRIO. ESTAGIÁRIO BOLSISTA. FINALIDADE. APRENDIZADO. LEI 5.890/73. INSCRIÇÃO REGIME PREVIDENCIÁRIO. POSSIBILIDADE. SEGURADO FACULTATIVO. RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES. NECESSIDADE. DESEMPENHO DE ESTÁGIO. VÍNCULO EMPREGATÍCIO. NÃO CONFIGURADO. TEMPO DE SERVIÇO. APOSENTAÇÃO. INCABÍVEL. LEI 6.494/77. AGRAVO DESPROVIDO.
I - Da análise dos autos, verifica-se que o recorrido participou de estágio, com base na Portaria Ministerial 1.002, de 29/09/1967, sem vínculo empregatício, junto à COSERN - Cia. de Serviços Elétricos do Rio Grande do Norte no período de 09/08/1978 a 21/12/1978, na qualidade de estudante do curso de Engenharia.
II - Não há se confundir vínculo estabelecido para fins de estágio, cujo interesse é o aprendizado do bolsista, com a atividade empregatícia, tendo em vista sua natureza diversa, que é a exploração da mão-de-obra.
III - No que pese a Lei 5.890, de 08 de junho de 1973, que alterou a Lei 3.807 de 26 de agosto de 1960, em seu artigo 2º, possibilitar que o estagiário figure como segurado, não o enquadra como segurado obrigatório, consoante os termos do seu artigo 5º.
IV - O artigo 2º da Lei 5.890/73 facultava ao estudante bolsista ou a qualquer outro que exercesse atividade remunerada, efetiva ou eventual, com ou sem vínculo empregatício, a título precário ou não, inscrever-se no regime de previdência, como segurado facultativo. Para tanto, devia verter as contribuições inerentes ao sistema.
V - Na hipótese dos autos, o desempenho de estágio, na Cia. de Energia Elétrica, conforme documentos acostados aos autos, não configura vínculo empregatício, sendo incabível o cômputo desse período para fins de aposentação, nos termos do art. 4º da Lei 6.494/77.
VI - Agravo interno desprovido. (AgRg no REsp 644723 / RN, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJU de 03/11/2004) (grifei)

PREVIDENCIÁRIO. ESTAGIÁRIO BOLSISTA. FINALIDADE. APRENDIZADO. LEI 5.890/73. INSCRIÇÃO REGIME PREVIDENCIÁRIO. POSSIBILIDADE. SEGURADO FACULTATIVO. RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES. NECESSIDADE. ESTÁGIO. CONVÊNIO. ÓRGÃO PÚBLICO E UNIVERSIDADE. VÍNCULO EMPREGATÍCIO. NÃO CONFIGURADO. TEMPO DE SERVIÇO. APOSENTAÇÃO. INCABÍVEL. RECURSO PROVIDO.
I - Da análise dos autos, verifica-se que o recorrido participou de estágio, percebendo bolsa-auxílio, junto ao Departamento Nacional de Obras e Saneamento - DNOS, em razão de convênio firmado entre DNOS e a Fundação Projeto Rondon do Ministério do Interior, no período de 01/07/1975 a 08/06/1976, na qualidade de estudante do curso de Engenharia Civil da Universidade Federal da Paraíba.
II - Não há se confundir vínculo estabelecido para fins de estágio, cujo interesse é o aprendizado do bolsista, com a atividade empregatícia, tendo em vista sua natureza diversa, que é a exploração da mão-de-obra.

> III - No que pese a Lei 5.890, de 08 de junho de 1973, que alterou a Lei 3.807 de 26 de agosto de 1960, em seu artigo 2º, possibilitar que o estagiário figure como segurado, não o enquadra como segurado obrigatório, consoante os termos do seu artigo 5º.
> IV - O artigo 2º da Lei 5.890/73 facultava ao estudante bolsista ou a qualquer outro que exercesse atividade remunerada, efetiva ou eventual, com ou sem vínculo empregatício, a título precário ou não, inscrever-se no regime de previdência, como segurado facultativo. Para tanto, devia verter as contribuições inerentes ao sistema.
> V - O desempenho de estágio, mantido por meio de convênio firmado entre Órgão Público e Universidade, não configura vínculo empregatício, sendo incabível o cômputo desse período para fins de aposentação, nos termos do art. 4º da Lei 6.494/77.
> VI - Recurso conhecido e provido. (REsp 617.689/PB, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 06/05/2004, DJ 07/06/2004, p. 281) (grifei)

Portanto, é assente o entendimento de que a simples comprovação de estágio não configura vínculo empregatício a ensejar o cômputo do tempo de serviço para fins de aposentadoria.

Assim, em que pese a fé pública dos documentos emitidos por órgãos públicos, estes atestam tão somente o serviço da apelante prestado a título de estágio, monitoramento e bolsa, o que não se admite para o cômputo e averbação do tempo de serviço para fins de aposentação, conforme dito alhures.

Demais disso, a recorrente não demonstrou tenha procedido às contribuições previdenciárias durante o tempo apontado.

Assim, a teor das razões expendidas com a apelação, a recorrente não trouxe a lume tese jurídica capaz de modificar o posicionamento anteriormente firmado pelo juízo monocrático neste ponto.

Insurge-se ainda a recorrente contra a veneranda sentença, alegando que a mesma é *extra petitia*, porquanto teria condenado a apelante em honorários advocatícios, a despeito da inexistência de pedido do contestante. Aduz ainda que o valor arbitrado é exorbitante, considerando a condenação em R$1.000,00 (hum mil reais) bastante elevada frente ao valor da causa, de meros R$50,00 (cinquenta reais), vez que não estaria em harmonia com as alíneas 'a', 'b' e 'c' do § 3º do art. 20 do CPC.

A princípio, é de solar clareza, por imposição legal, que, julgando-se improcedente o pedido autoral, é imperiosa a condenação da parte vencida nos ônus sucumbenciais, consoante disciplina o art. 20, *caput*, do CPC: "*A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios.*" Portanto, os honorários advocatícios são devidos desimportando tenha ou não o Município requerido os mesmos na peça contestatória, face a sucumbência da recorrente.

Quanto ao valor arbitrado, hei por bem reduzi-lo para R$500,00 (quinhentos

reais), que bem remunera o trabalho desenvolvido pelo causídico, mostrando-se adequado, guardando observância aos requisitos previstos no art. 20, § § 3º e 4º, do CPC.

Diante de todo o exposto, conheço do apelo, mas para dar-lhe parcial provimento, reformando a sentença apenas no que respeita à redução do valor da condenação em honorários advocatícios.

É como voto.

Fortaleza, 16 de agosto de 2011.

PROCESSO Nº 0000202-67.2002.8.06.0000
APELAÇÃO CÍVEL DE FORTALEZA
APELANTE: GILDENOR DA COSTA RODRIGUES
APELADO: CARLOS PRESTES DE MACEDO
RELATOR: DES. FRANCISCO LINCOLN ARAÚJO E SILVA

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO C/C PERDAS E DANOS. DESCUMPRIMENTO DA AVENÇA POR INADIMPLEMENTO JÁ NA PRIMEIRA PARCELA. INDENIZAÇÃO AFASTADA. O DANO HIPOTÉTICO NÃO ENSEJA ACOLHIMENTO. RECURSO PACIALMENTE PROVIDO.

1. Por descumprimento do acordo já na primeira parcela, a rescisão do contrato é medida que se impõe;
2. No contrato particular de compra e venda e cessão de direitos, tendo como objeto ponto comercial, o contratante não cumpriu o avençado tendo já o primeiro cheque sido devolvido sem a devida provisão de fundos;
3. Quanto ao pleito de perdas e danos, cumpre ressaltar que implicam recomposição de um prejuízo efetivamente sofrido, alcançando, também, o que o prejudicado tinha probabilidade de auferir e deixou de ganhar. É a disposição do artigo 402, do CC/02;
4. O alegado prejuízo deve ser certo para propiciar o ressarcimento, porque o dano hipotético não justifica o pedido indenizatório. Não cuidando de provar o dano, falta elemento fático para a indenização;
5. Recurso parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0000202-67.2002.8.06.0000 em que figuram as partes acima indicadas, acorda a Oitava Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, conhecer do recurso, para dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Relator.

VOTO

Conheço do recurso porque está ornado dos requisitos necessários à sua apreciação.

Sem preliminares a reclamar análise, passo ao mérito.

Insurge-se o apelante contra d*ecisum* proferido em audiência, alegando ser nulo de pleno direito ao argumento de defeito insanável de representação, e aventando também tê-lo condenado em pedido diverso do pleito autoral.

Então, vejamos, inicia-se a presente controvérsia no negócio jurídico em que o Sr Carlos Prestes de Macedo, autor/apelado, entabula contrato particular de compra e venda e cessão de direitos de um ponto comercial, sorveteria Gellati d"Amori, ao Sr. Gildenor da Costa Rodrigues, em preço ajustado totalizando R$ 40.000,00 (quarenta mil reais), e parcelados em R$ 6.000,00 (seis mil reais) a título de entrada, subdivididos em três cheques de R$ 2.000,00 (dois mil reais) cada, mais R$ 34.000,00 (trinta e quatro mil reais) em dezessete notas promissórias.

Todavia, qual não foi a surpresa do vendedor, pois já na primeira parcela o título foi devolvido pelo banco sob motivo 11, conforme pode se ver às fls. 30 *usque* 31, e que na rotina bancária significa falta de provisão de fundos.

Destarte, desde o início da quadra processual até as exposições insurgentes, não cuidou o apelante em comprovar a sua boa-fé ou a efetividade dos pagamentos pelos quais se obrigou, limitando-se em sustentar confusos argumentos, de ser o autor devedor do BNB, ou não haver cláusula de renovação do contrato de locação do ponto comercial, simplesmente tangenciando o cerne da presente *questio*.

Ora, se dúvidas existissem acerca da legitimidade do autor na posse dos bens e do ponto comercial objeto da avença primitiva (contrato particular de compra e venda e cessão de direitos), por que se obrigou em tal ajuste?

Quanto à alegação tangencial de que o prazo da locação somente vigia de 01.04.95 a 30.03.98 e que não possuía cláusula de renovação, sob o manto do princípio *tempus regit actum*, percebo que se embaraça o apelante no intento de tal esquivo,vez que na Lei nº 8.245/91, quando se trata de locação não residencial, o enquadramento legal se fará pela norma do parágrafo único do artigo 56 da mesma lei que prescreve:

> "Findo o prazo estipulado, se o locatário permanecer no imóvel por mais de trinta dias sem oposição do locador, presumir-se-á prorrogada a locação nas condições ajustadas, mas sem prazo determinado".

Não sobrevindo aos autos nada que comprovasse que o promovente não estaria com referida locação em vigência.

Deste modo, incorre o réu em falta grave ao intentar apontar contra o apelado situações outras, que em nada contribuem em sua defesa, qual seja os motivos

que ensejaram o fato de não haver cumprido com o pacto pelo qual se obrigou.

Quanto às perdas e danos, cumpre-me ressaltar que estas implicam recomposição de um prejuízo efetivamente sofrido por um dos contratantes em decorrência da inexecução de um dever a que estava vinculado, alcançando, também, o que o prejudicado tinha probabilidade de auferir e deixou de ganhar. Essa é a disposição do artigo 402, do Código Civil:

> "**Art. 402**. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar."

É de se concluir, pois, que o ressarcimento implica recomposição de um prejuízo efetivamente sofrido por uma das partes e também abrange o que o prejudicado tinha probabilidade de auferir e deixou de ganhar.

Segundo magistério de Aguiar Dias, diante do descumprimento do ajuste "o credor, para responsabilizar o devedor, deve provar o dano sofrido", sendo o fato de que "o prejuízo deve ser certo, é regra essencial da reparação. Com isto se estabelece que o dano hipotético não justifica a reparação". ("Da Responsabilidade Civil", II, p.398 e 401).

Portanto, à luz desses conceitos torna-se indispensável que o interessado comprove os danos patrimoniais realmente sofridos e o que razoavelmente deixou de ganhar, porquanto somente os prejuízos diretos e efetivos, advindos do ato culposo, encontram no Código Civil suporte para o ressarcimento, sob pena de, improvado o dano, faltar elemento fático essencial ao deferimento da indenização pleiteada na espécie.

Na hipótese dos autos, o autor/apelado pleiteou indenização a título de perdas e danos. Entretanto, apesar de sua digressão feita às fls. 02 *usque* 09, não apontou nenhum valor, nem foi capaz de quantificar o alegado prejuízo, e não produziu qualquer prova de sua ocorrência, pelo que há de se afastar tal pretensão uma vez que "o Juiz não pode confundir lucro cessante com lucro imaginário, simplesmente hipotético ou dano remoto, que seria apenas a consequência indireta ou mediata do ato ilícito" (SÉRGIO CAVALIERI FILHO - "Programa de Responsabilidade Civil", 2ª ed., 1999, p. 72). Sendo certo que "cumpre ao credor provar o dano que experimentou, demonstrando que o inadimplemento resultou para ele determinada perda, cujo montante passa a evidenciar". (SÍLVIO RODRIGUES, "Direito Civil - Parte Geral das Obrigações", Saraiva, 1991, p. 314).

Efetivamente, o prejuízo deve ser certo para propiciar o ressarcimento, sendo que o dano hipotético não justifica o pedido indenizatório, visto que, reafirme-se, somente os danos diretos e efetivos, advindos do ato culposo, encontram no Código

Civil suporte de ressarcimento. Sem dúvida, improvado o dano, falta elemento fático para a indenização pleiteada na vestibular, concedida na r. sentença e impugnada pelo apelante em grau recursal.

Dessa forma, deve a r. sentença ser retocada somente para excluir da condenação a parcela relativa às perdas e danos.

Em face do exposto, dou parcial provimento ao recurso, somente para afastar as perdas e danos em que foi condenado o apelante. Sr. Gildenor da Costa Rodrigues, mantendo o decreto sentencial quanto aos demais termos.

Quanto às custas e honorários advocatícios impõe-se aplicação do art. 21, do Código de Ritos.

É como voto.

Fortaleza, 3 de abril de 2012

APELAÇÃO CÍVEL N. 1974-31.2003.8.06.0000/0 DE MISSÃO VELHA
APELANTE: JOAQUIM DO CARMO GONÇALVES
APELADO: BANCO DO BRASIL S/A
RELATOR: DES. RÔMULO MOREIRA DE DEUS

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. PROSSEGUIMENTE DA EXECUÇÃO PARA A TOTAL SATISTAÇÃO DO DÉBITO, COM NOVA PENHORA. IMÓVEL RURAL. EMBARGOS DO DEVEDOR APRESENTADOS SOMENTE APÓS A NOVA CONSTRIÇÃO. ANÁLISE RESTRITA AOS ASPECTOS FORMAIS. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. POSSIBILIDADE. QUESTÃO UNICAMENTE DE DIREITO. IMPENHORABILIDADE DO BEM IMÓVEL NÃO CONFIGURADA. SUSPENSÃO, EM RELAÇÃO AO APELANTE, DA EXIGIBILIDADE DAS CUSTAS PROCESSUAIS E DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS, NOS TERMOS DO ART. 12 DA LEI 1.060/50, HAJA VISTA SER BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA. RECURSO IMPROVIDO.

1. Somente após ser penhorado um outro imóvel seu, o Recorrente apresentou embargos à execução, estando limitada a discussão a aspectos formais da nova constrição, não sendo possível, por força da preclusão, o exame de matérias não alegadas no momento apropriado.

2. Já decidiu o STJ que "constantes dos autos elementos de prova documental suficientes para formar o convencimento do julgador, inocorre cerceamento de defesa se julgada antecipadamente a controvérsia" (STJ, AgRg no Ag 14952/DF, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, DJ 03.02.1992).

3. É aplicável à hipótese dos autos o art. 649, X, do CPC, em sua antiga redação, vale dizer, antes da modificação implementada pela Lei 11.382/06, haja vista que a penhora do imóvel e a oposição dos embargos à execução ocorreram bem antes de ter sido efetuada a mencionada alteração.

4. Residindo o Apelante em imóvel diverso do penhorado e não tendo demonstrado ser o único de sua propriedade, não

há que se falar em impenhorabilidade, ainda que se trate de pequeno imóvel rural, nos moldes dos arts. 5º, XXVI, da CF/1988; 5º da Lei 8.009/90; e 649, X, do CPC, sem as modificações introduzidas pela Lei 11.382/06.
5. Embora tenha sido condenado ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, o Recorrente não será obrigado a fazê-lo na hipótese de prejuízo do sustento próprio ou da família, ficando prescrita a obrigação se, dentro de 5 (cinco) anos, contados da sentença, não puder satisfazê-la, tudo nos termos do art. 12 da Lei 1.060/50.
6. Apelação conhecida, mas improvida.

ACÓRDÃO

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

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação manejada por Joaquim do Carmo Gonçalves, adversando a sentença proferida pelo Juízo da Vara Única de Missão Velha que julgou improcedentes os embargos à execução de título extrajudicial que opôs em desfavor do Banco do Brasil S/A, condenando o Apelante ao pagamento das custas e dos honorários advocatícios, os quais foram fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, suspendendo, contudo, nos termos do art. 12 da Lei 1.060/50, a exigibilidade de ambos os itens, tendo em vista que o Apelante é beneficiário da justiça gratuita.

O Recorrente (f. 41-47 dos embargos) aduz, em sinopse, que:

a) o imóvel que foi objeto de penhora, por se tratar de pequena propriedade rural, é impenhorável, nos termos do art. 5º, XXVI, da Constituição Federal;

b) houve ofensa aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, pois o Magistrado de 1º Grau não poderia ter julgado antecipadamente o feito e, além disso, não foi trazido aos autos pelo Apelado o demonstrativo do débito atualizado até a data da propositura da ação;

c) a sentença fustigada não pode prevalecer, pois, sob o argumento de estarem preclusas, não apreciou as matérias relacionadas ao excesso de execução, as quais foram apontadas nos embargos.

Pugna, enfim, o Recorrente pela inversão do ônus da prova, pela concessão

dos benefícios da justiça gratuita e pelo provimento do recurso, com a consequente anulação ou reforma da sentença impugnada.

Contrarrazões do Apelado às f. 49-56 dos embargos.

Instada a se manifestar, a Procuradoria Geral de Justiça, sustentando não ser necessária a intervenção do Ministério Público no caso em tela, devolveu os autos sem manifestação acerca do mérito da demanda (f. 67-70 dos embargos).

Inicialmente distribuídos ao Des. Ernani Barreira Porto em 27.08.2003 (f. 62 dos embargos), os autos foram a mim redistribuídos em 26.05.2009 (f. 72 dos embargos), por encaminhamento.

É o relatório, no essencial.

VOTO

O recurso não merece provimento.

Ampara-se a ação de execução de título extrajudicial em cédula rural pignoratícia (f. 07-10 da execução).

Após ser regularmente citado (f. 28 e 28v da execução), o Apelante nomeou à penhora bem imóvel de sua propriedade (f. 29 da execução), sendo que, após as formalidades de estilo, foi o referido bem, em hasta pública, arrematado pelo Apelado por R$ 20.000,00 (vinte mil reais) (f. 73-74 da execução).

Posteriormente, depois de intimado a fazê-lo, o Recorrido alegou que existia saldo remanescente a ser executado, pois a dívida correspondia a R$ 31.880,91 (trinta e um mil, oitocentos e oitenta reais e noventa e um centavos), requerendo o prosseguimento do feito.

Ocorre que, somente após ser penhorado um outro imóvel seu, o Apelante apresentou embargos à execução, estando limitada a discussão a aspectos formais da nova constrição, não sendo possível, por força da preclusão, o exame de matérias não alegadas no momento apropriado.

Nesse diapasão, os seguintes julgados:

> Embargos à execução. Nova penhora. Precedentes da Corte. 1. Já assentou a Corte que os novos embargos são admissíveis, restritos aos aspectos formais, se nova penhora é realizada. 2. Recurso especial conhecido e provido. (STJ, REsp 257881/RJ, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3ª Turma, DJ 18.06.2001)

> PROCESSO CIVIL. ARREMATAÇÃO. PRODUTO INSUFICIENTE. PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO, COM NOVA PENHORA. EMBARGOS DO DEVEDOR. INVIABILIDADE. A penhora levada a efeito para aparelhar a cobrança do saldo remanescente da execução não pode, salvo quanto aos respectivos aspectos formais, ser atacada por

> embargos do devedor. Recurso especial não conhecido. (STJ, REsp 122984/MG, Rel. Min. Ari Pargendler, 3ª Turma, DJ 16.10.2000)
> PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DO DEVEDOR. NOVA PENHORA. INOCORRÊNCIA DE REABERTURA DE PRAZO PARA APRESENTAR DEFESA CONTRA O TÍTULO. RECURSO NÃO CONHECIDO. A substituição do bem penhorado não reabre o prazo para oferecimento de impugnação contra o título executado, sendo somente possível a apresentação de embargos que visem contestar aspectos formais da nova constrição. Recurso especial não conhecido. (STJ, REsp 109327/GO, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, 4ª Turma, DJ 01.02.1999)
>
> EMBARGOS À EXECUÇÃO - NOVA PENHORA EM FACE DE VALOR INSUFICIENTE ARRECADADO EM LEILÃO - NOVOS EMBARGOS - ADMISSIBILIDADE EXCEPCIONAL - MATÉRIAS RESTRITAS REJEIÇÃO LIMINAR - ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE EXECUÇÃO - APRECIAÇÃO NOS AUTOS DA EXECUÇÃO. Havendo nova penhora em razão da existência de salto remanescente na execução, em decorrência da insuficiência do valor apurado com a venda em leilão, não se reabre para o devedor o prazo para oferecimento de embargos à execução, apenas sendo admissíveis os embargos se limitarem a questionar os aspectos formais da penhora. […] (TJMG, Apelação Cível 0102901-68.2005.8.13.0346, Rel. Des. Alvimar de Ávila, 12ª Câmara Cível, julgamento em 19.07.2006, publicação em 12.08.2006)
>
> EMBARGOS DO DEVEDOR - NOVA PENHORA - NOVOS EMBARGOS - ADMISSIBILIDADE EXCEPCIONAL - AMPLITUDE - DISCUSSÃO DA PENHORA - REJEIÇÃO LIMINAR.
> 1- Admite-se, excepcionalmente, a oposição de novos embargos do devedor, quando ocorrer a nulificação da primeira penhora e nova for realizada, ou ainda a ampliação da constrição, limitada a discussão, porém, a aspectos formais da nova penhora, impossibilitado o revolvimento de questão já decidida por ocasião dos embargos anteriores, em razão da coisa julgada, bem como de matéria não alegada anteriormente, em razão da preclusão. […] (TJMG, Apelação Cível 6890205-55.2005.8.13.0024, Rel. Des. Maurício Barros, 11ª Câmara Cível, julgamento em 08.02.2006, publicação em 24.03.2006)

Dessa forma, como bem decidiu o Juiz de 1º Grau, não devem ser examinadas, por estarem preclusas, as matérias ventiladas nos embargos à execução que não digam respeito aos aspectos formais da penhora levada a efeito em 17.07.2002 (f. 162-163 da execução), razão pela qual analisarei, relativamente ao presente recurso apelatório, apenas os pleitos relacionados ao julgamento antecipado do feito, à impenhorabilidade do bem objeto da constrição e à justiça gratuita.

No que tange ao julgamento antecipado do processo, o art. 330, I, do CPC estabelece que o juiz "conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver

necessidade de produzir prova em audiência".

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

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

Acerca do assunto, já decidiu o STJ que "constantes dos autos elementos de prova documental suficientes para formar o convencimento do julgador, inocorre cerceamento de defesa se julgada antecipadamente a controvérsia" (STJ, AgRg no Ag 14952/DF, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, DJ 03.02.1992).

Na espécie, o Juiz da causa, entendendo presentes os pressupostos legais, julgou antecipadamente o feito, aduzindo que as alegações do Apelante baseavam-se "exclusivamente em matéria que se resolve pela mera compreensão do direito vigente" (f. 34 dos embargos), não merecendo a sentença guerreada qualquer reproche, mormente por estarem preclusas as matérias que não digam respeito aos aspectos formais da penhora por último levada a cabo.

No mais, argumenta o Apelante que, por se tratar de pequena propriedade rural, o seu bem imóvel é absolutamente impenhorável, motivo pelo qual não poderia ter sido penhorado, fundamentando a sua tese no art. 5º, XXVI, da Constituição Federal, *in verbis*:

> XXVI - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento.

Esse dispositivo deve ser interpretado em conjunto com a Lei 8.009/90, a qual dispõe que "para os efeitos de impenhorabilidade, de que trata esta lei, considera-se residência um único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente" (art. 5º, *caput*), sendo que, "na hipótese de o casal, ou entidade familiar, ser possuidor de vários imóveis utilizados como residência, a impenhorabilidade recairá sobre o de menor valor, salvo se outro tiver sido registrado, para esse fim, no Registro de Imóveis […]" (art. 5º, parágrafo único).

De mais a mais, é aplicável à hipótese dos autos o art. 649, X, do CPC, em sua antiga redação, vale dizer, antes da modificação implementada pela Lei 11.382/06, haja vista que a penhora do imóvel e a oposição dos embargos à execução ocorreram

bem antes de ter sido efetuada a mencionada alteração no CPC, na medida em que a constrição se deu em 17.07.2002 (f. 162-163 da execução) e os embargos à execução foram opostos em 29.07.2002 (f. 02 dos embargos), ao passo que o dispositivo em referência foi alterado em 06.12.2006.

O direito intertemporal, em matéria de processo, está submetido à regra básica segundo a qual a lei nova tem aplicação imediata, alcançando os processos em curso, mas sem prejudicar direitos processuais já adquiridos. É regra que se aplica não apenas em relação aos recursos, mas também em relação a direito originário de qualquer outro ato processual.

Nesse sentido, o seguinte aresto:

> PROCESSUAL CIVIL - APLICAÇÃO DE LEI NO TEMPO - NORMA DE CONTEÚDO PROCESSUAL - PROCESSO EM CURSO - IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO AOS ATOS PROCESSUAIS JÁ PRATICADOS E AOS SEUS EFEITOS, MAS SOMENTE AOS ATOS PROCESSUAIS QUE AINDA NÃO SE INICIARAM . Consoante entendimento da nova doutrina acerca do tema, a lei nova de conteúdo processual, apesar de possuir aplicabilidade imediata, aplicando-se inclusive aos processos em curso, não pode atingir os atos processuais já praticados, nem os seus efeitos, mas apenas aqueles atos não iniciados, sem qualquer limitação à fase processual em que ele se situa, sob pena de se ferir o direito adquirido da parte de praticar um ato processual já iniciado e ainda pendente. (TJMG, Agravo de Instrumento 1191766-22.2000.8.13.0024, Rel. Des. D. Viçoso Rodrigues, 18ª Câmara Cível, julgamento em 06.02.2007, publicação em 23.02.2007)

Prescrevia o art. 649, X, do CPC, antes da alteração operada pela Lei 11.382/06, que era impenhorável, de forma absoluta, o imóvel rural, de até um módulo, desde que fosse o único de propriedade do devedor, ressalvada a hipoteca para fins de financiamento agropecuário.

Na espécie, o Apelante reside em imóvel diverso daquele que foi penhorado e, além disso, não demonstrou ser proprietário apenas do bem que foi objeto da constrição.

Com efeito, o Recorrente reside no Sítio Terra Nova e não no imóvel que foi penhorado, localizado no Sítio Tapera (f. 28 e 28v da execução; f. 162-163 da execução) e, demais disso, conforme demonstram os documentos acostados às f. 17-19 dos embargos, o que foi reconhecido, inclusive, pelo próprio Apelante (f. 43 dos embargos), são 3 (três) as suas glebas rurais, as quais medem 3,18 hectares, 1,45 hectare e 2 hectares, não havendo que se falar, portanto, em impenhorabilidade do imóvel rural penhorado.

A propósito do assunto, colaciono os seguintes julgados:

> EMBARGOS À EXECUÇÃO - IMÓVEL RURAL - IMPENHORABILIDADE - REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS - MANUTENÇÃO DA PENHORA. Não conseguindo o embargante/apelante comprovar que o imóvel rural descrito nos autos seria o único de sua propriedade, que nele reside com a sua família, que o explora em regime de economia familiar e nem que a dívida contraída junto à embargada/apelada decorreu de infortúnios dos negócios ligados à atividade produtiva, não há como incluir o bem na categoria de absolutamente impenhorável. Ausentes os requisitos instituídos no art. 5º, XXVI da CF/88 e no art. 649, X do CPC, sem as modificações introduzidas pela Lei 11.382/06, deve ser mantida a penhora validamente promovida na ação executiva em apenso. (TJMG, Apelação Cível 0065409-09.2002.8.13.0003, Rel. Des. Arnaldo Maciel, 18ª Câmara Cível, julgamento em 08.05.2012, publicação em 14.05.2012)
>
> AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO MONITÓRIA. PENHORA. BEM IMÓVEL. PEQUENA PROPRIEDADE RURAL DESTINADA À MORADIA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO.
> 1- Para que seja declarada a impenhorabilidade do bem imóvel, a parte interessada deve produzir prova incontroversa e sólida no sentido de que reside no imóvel e que depende dele para subsistência da entidade familiar, bem como ser este o único imóvel da família, não sendo produzida, ou sendo produzida de forma insuficiente, a penhora deve ser mantida. Agravo Conhecido e Desprovido. (TJGO, Agravo de Instrumento 103747-57.2011.8.09.0000, Rel. Des. Rogério Arédio Ferreira, 3ª Câmara Cível, DJ 10.08.2011)
>
> EMBARGOS À EXECUÇÃO - CHEQUE - PRESCRIÇÃO - REJEIÇÃO - DEMORA NA CITAÇÃO CAUSADA PELA OCULTAÇÃO DA EXECUTADA - INTERRUPÇÃO DO PRAZO - PENHORA - IMÓVEL RURAL - BEM DE FAMÍLIA - IMPENHORABILIDADE NÃO COMPROVADA - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – INOCORRÊNCIA. […]
> - O imóvel rural impenhorável, protegido pela Constituição Federal e pelo inciso X, do art. 649, do CPC, com redação anterior à Lei 11.382/06, é aquele onde trabalha a família da devedora e deve ser único e determinado. Ausentes essas características, não há se falar em imóvel rural impenhorável.
> - Residindo a embargante em imóvel que não aquele penhorado, é válida a constrição, por não atingir bem de família. […] (TJMG, Apelação Cível 1238980-55.2007.8.13.0479, Rel. Des. Eduardo Mariné da Cunha, 17ª Câmara Cível, julgamento em 13.03.2008, publicação em 15.04.2008)

Assim sendo, entendo que o Juiz *a quo* decidiu corretamente a questão, ao asseverar, na sentença atacada, que o devedor deve demonstrar "a par da efetiva constrição judicial sobre bem de sua titularidade, ser proprietário desse único bem imóvel então penhorado", no qual deve, "juntamente com a sua família, residir, trabalhar e dele retirar exclusivamente a sua subsistência" (f. 36 dos embargos).

Por fim, ressalto que o pleito de concessão dos benefícios da justiça gratuita, formulado pelo Apelante, já foi atendido pelo Magistrado de 1º Grau (f. 20

dos embargos), de modo que, embora tenha sido condenado ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, o Recorrente não será obrigado a fazê-lo na hipótese de prejuízo do sustento próprio ou da família, ficando prescrita a obrigação se, dentro de 5 (cinco) anos, contados da sentença, não puder satisfazê-la, tudo nos termos do art. 12 da Lei 1.060/50.

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

Fortaleza, 25 de junho de 2012.

PROCESSO: 0000463-92.2009.8.06.0127
APELAÇÃO CÍVEL
APELANTE: MUNICÍPIO DE MONSENHOR TABOSA
APELADO: MAURO DA SILVA MELO
RELATOR: DES. FRANCISCO JOSÉ MARTINS CÂMARA

EMENTA:
APELAÇÃO. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR. RESTITUIÇÃO DAS PARCELAS RECEBIDAS INDEVIDAMENTE. ERRO DA ADMINISTRAÇÃO. GESTÃO ANTERIOR. IMPOSSIBILIDADE. BOA-FÉ DO SERVIDOR. TEORIA DA APARÊNCIA. APELAÇÃO IMPROVIDA. SENTENÇA MANTIDA.

1. O STJ, já entendeu: "Ante a presunção de boa-fé no recebimento da Gratificação em referência, descabe a restituição do pagamento indevido feito pela Administração em virtude de errônea interpretação ou má aplicação da lei. Recurso desprovido." (DJ 13.09.2004, p. 275). No mesmo sentido, seguiram-se os julgamentos do REsp nº 488905/RS, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca; REsp 498.336, Rel. Min. Felix Fischer; AgRg no REsp 675260/CE, Rel. Min. Gilson Dipp, e Resp 645165/CE, Rel. Min. Laurita Vaz.

2. "A teoria da aparência, utilizada para a convalidação dos atos jurídicos em geral, há muito já pugnada pelos administrativistas, antes mesmo das modificações introduzidas no instituto dos negócios jurídicos pelo Código Civil de 2002, possui como requisitos subjetivos essenciais: a incidência em erro de um agente que, de boa-fé, considera determinada situação de fato em situação de direito; a escusabilidade desse erro apreciada segundo a situação pessoal de quem nele incorreu. Esses dois requisitos mostram-se conjugados no exame do caso, em que prevalece a máxima "error comunis facit jus"." (Embargos de Divergência no RESP nº 612.101/RN, o Ministro do STJ, Paulo Medina.)

3. Deve ser mantido o julgado singular, que concluiu, através dos elementos constantes nos autos e pelas regras que norteiam a divisão do ônus da prova que o servidor municipal trabalhou no período correspondente aos valores recebidos a título de salário, não sendo correta, através das alegações da exordial

e do recurso, a justificativa da devolução da verba percebida pelo servidor. Ressalte-se que a boa-fé é presumível, enquanto o dolo há de ser comprovado - não cabe, igualmente, falar em dever de restituição.
Apelação improvida. Sentença mantida *in totum.*

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a TURMA JULGADORA DA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, por unanimidade de votos, em CONHECER da Apelação Cível, para, negar-lhe provimento, mantendo *in totum* os termos da sentença recorrida, que julgou improcedente o pleito exordial de ressarcimento de recursos ao tesouro municipal, extinguindo o processo com resolução de mérito, nos termos do artigo 269, I, do CPC, nos termos do voto do Relator, que faz parte desta decisão.

Fortaleza, 13 de setembro de 2011

RELATÓRIO

Trata-se de APELAÇÃO CÍVEL em face de sentença proferida pelo Juízo da ÚNICA DA COMARCA DE MONSENHOR TABOSA,em Ação Ordinária de Ressarcimento, julgando pela improcedência do pedido exordial, extinguindo o feito com resolução do mérito, nos termos do art. 269, I, do CPC, condenando a parte autora no pagamento de honorários advocatícios no percentual de 15% sobre o valor da causa, deixando de aplicar a remessa necessária posto que o valor do objeto do pedido de ressarcimento não ultrapassa o limite estabelecido no art. 475, §2º,do CPC. Concluiu o magistrado *a quo* que não se pode admitir que verba salarial devida, posto que o serviço fora efetivamente prestado pelo servidor, seja devolvida em razão de erros da Administração Pública.

O Município de Monsenhor Tabosa, inconformado com o *decisum a quo*, sustenta em sede de Apelação que conforme se depreende das provas dos autos, restou provado que o apelado sabia que o dinheiro reclamado, pelo qual estava sendo remunerado, destinava-se à folha de pagamento dos diretores de escolas. Acrescenta, enfatizando a irresponsabilidade da gestão anterior, como causa para o recebimento de valores de forma ilegal. Pugna pelo acolhimento do apelo para a reforma da sentença para que o apelado possa devolver aos cofres públicos o valor objeto da presente ação, recebidos indevidamente.

Em sede de contrarrazões, reitera o recorrido os fatos sustentados em sede

contestatória, pugnando, ademais, pela manutenção do *decisum* recorrido.

Este é o relatório.

Ao Douto Revisor.

VOTO

PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS

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

A tempestividade do recurso de apelação está presente, uma vez presente a certidão de juntada do mandado de intimação, presente à fl. 61 dos autos, com data de apresentação do recurso apelatório em 30 de março de 2010. Tendo em vista o prazo em dobro, para recorrer, que beneficia o Município, este apresentou recurso de apelação no prazo exigido pela lei.

Quanto ao recolhimento do preparo do recurso, conforme determina o art. 511, § único, do Código de Processo Civil, merece destaque que o apelante ente público é isento do referido pagamento.

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

MÉRITO DA APELAÇÃO

O debate do presente caso cinge-se à discussão quanto ao pleito exordial para reaver valores, referente ao recebimento de salário por parte do servidor Municipal, recorrido, sem que o nome deste constasse na folha de pagamento.

In casu, verifica-se que a sentença a quo, julgou pela improcedência do pedido, extinguindo o processo com resolução de mérito, nos termos do artigo 269, I, in verbis:

> "Verifico que o pedido exarado na petição inicial se restringe à devolução do valor recebido pelo servidor. O ressarcimento requerido pelo município de Monsenhor Tabosa se funda no fato de que o nome do servidor não constava na "folha de pagamento e muito menos foi empenhado pelo Gestor daquela competência". Entendo, contudo, que tal motivo não é suficiente para justificar a devolução do salário pago para a parte ora demandada.
>
> É importante destacar que em nenhum momento a autora aduziu que não houve prestação laboral por parte do servidor. Na verdade, a própria autora

> iniciou a sua petição afirmando que o servidor "exerceu cargo comissionado na prefeitura municipal de Monsenhor Tabosa na função de chefe de divisão de recursos humanos".
>
> Ademais, conforme atesta o termo de audiência de fl. 45, o Município expressamente afirmou por intermédio de sua Procuradora que não teria como comprovar a ausência de prestação de serviços.
> (…) pode-se concluir pelos elementos constantes nos autos e pelas regras que norteiam a divisão do ônus da prova que o servidor municipal trabalhou no período correspondente aos valores recebidos a título de salário e, portanto, não vislumbro fundamento suficiente que justifique a devolução da verba percebida."
>
> "Sem dúvida, eventuais ilegalidades decorrentes da má gestão da Administração anterior devem ser devidamente apuradas em ações próprias a serem ajuizadas contra os gestores eventualmente responsáveis. O que não se pode admitir é que verba legitimamente devida – pois o serviço foi efetivamente prestado – seja devolvido em razão de erros da Administração."

Inconformado com o *decisum a quo*, busca o recorrente a modificação da sentença para que sejam devolvidos aos cofres públicos os valores objetos da presente ação, recebidos supostamente de forma indevida.

As sustentações do apelante referente à prova dos autos mencionando que o apelado sabia da destinação da sua remuneração, qual seja, a folha de pagamento dos diretores de escolas e o fato do nome do recorrido não constar na folha de pagamento, ão são suficientes para o provimento do apelo.

Conforme se infere do entendimento desta Corte de Justiça, baseando o julgado em entendimentos do STJ e STF, tem-se, *in verbis*:

> "EMENTA: ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. INCORPORAÇÃO DE VANTAGEM. SECRETÁRIO MUNICIPAL DE OBRAS E SERVIÇOS PÚBLICOS. LEI COMPLEMENTAR N.º 1, DE 3 DE JUNHO DE 1992 (MUNICÍPIO DE LIMOEIRO DO NORTE). REQUISITO TEMPORAL NÃO VERIFICADO. NULIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO CONCESSIVO DO BENEFÍCIO. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. RESTITUIÇÃO DAS PARCELAS RECEBIDAS INDEVIDAMENTE. DESNECESSIDADE. BOAFÉ DO SERVIDOR. APELO PARCIALMENTE PROVIDO.
>
> **1.** Nos termos do art. 62, § 2.º, da LC n.º 1, de 3 de junho de 1992 (Regime Jurídico Único do Servidores de Limoeiro do Norte), somente passados 6 (seis) anos de exercício, ininterruptos ou não, na função gratificada, ou no cargo de direção, chefia ou assessoramento, é que o servidor passa a ter direito à incorporação da respectiva gratificação, na proporção de 1/5 (um quinto) por ano subsequente de efetivo exercício no cargo ou na função, até o limite de 5/5 (cinco quintos), hipótese não verificada nos autos. A

incorporação de vantagem decorrente do exercício do Cargo de Secretário Municipal dada em desacordo com a lei de regência do benefício, quando submetida ao controle judiciário, merece imediata anulação, observado, no ponto, o Princípio da Legalidade. Embora a nulidade de ato administrativo por vício de legalidade produza, via de regra, efeitos *ex tunc*, fica o servidor desobrigado da devolução dos "quintos" recebidos indevidamente, uma vez que auferidos de boa-fé. Precedentes do STF e do STJ.

4. Apelo parcialmente provido.

5. Unanimidade." (APELAÇÃO CÍVEL N.º 2005.0007.4176-2/1. RELATOR: DR. FRANCISCO MARTÔNIO PONTES DE VASCONCELOS (JUIZ CONVOCADO). Julgado em 1.º de fevereiro de 2010.)

Com efeito, não merecem amparo as teses sustentadas pelo Apelante em sede recursal. Eis os precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

"EMENTA: APELAÇÃO. Ação civil pública. Contratação irregular de servidor. Dentista. Cargo em comissão. Inexistência de situação que configure cargo de confiança. Nulidade da contração configurada. Devolução dos salários percebidos indevida. Serviços efetivamente prestados. Ausência de lesão ao Erário. Negado provimento ao recurso do autor. Na esteira da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o servidor público não está obrigado à devolução, na hipótese de não ter dado causa ao pagamento e de recebimento de boa-fé, como se observa das ementas proferidas nos seguintes julgados:
ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISÃO QUE INDEFERIU O PROCESSAMENTO DO RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. VALORES RECEBIDOS INDEVIDAMENTE. BOA-FÉ. RESTITUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte entende não ser devida a restituição de valores pagos indevidamente a servidor que, de boa-fé, recebeu em seus proventos, ou remuneração, valores advindos de errônea interpretação ou má aplicação da lei pela Administração, mostrando-se injustificado o desconto. Precedentes.

2. Agravo Regimental desprovido.(v.AgRg no Ag 995312/MG, relator o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, j .06/08/2009).

"EMENTA: EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. DESCONTO DE VALORES RECEBIDOS DE BOA-FÉ POR SERVIDOR PÚBLICO EM DECORRÊNCIA DE ERRO DA ADMINISTRAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS REJEITADOS.

1. O requisito estabelecido pela jurisprudência, para a não devolução de valores recebidos indevidamente pelo servidor, não corresponde ao erro da Administração, mas, sim, ao recebimento de boa-fé.
2. Pelo princípio da boa-fé, postulado das relações humanas e sociais, deve-se orientar o Direito, sobretudo as relações de trabalho entre agente público e Estado. (RMS 18.121, Rei, Min. Paulo Medina).

3. Valores recebidos indevidamente pelo servidor, a título de vencimento ou de remuneração, não servem de fonte de enriquecimento, mas de subsídio dele e de sua família.

4. Ainda que o recebimento de determinado valor por servidor público não seja devido, se o servidor o recebeu de boa-fé e com base na teoria da aparência, não se pode exigir sua restituição". (v. RERsp 612101/RN, Relator Ministro Paulo Medina, j . em 12/03/2007).

EMENTA: "ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO POPULAR. ANULAÇÃO DE CONTRATAÇÃO E NOMEAÇÃO IRREGULAR DE SERVIDORES MUNICIPAIS. EXISTÊNCIA DE EFETIVA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. AUSÊNCIA DE LESÃO AO ERÁRIO. DESNECESSIDADE DE DEVOLUÇÃO DOS VALORES SALARIAIS RECEBIDOS PELOS SERVIDORES. RECURSO ESPECIAL DO MUNICÍPIO NÃO-PROVIDO.

Cuida a espécie de recurso especial ajuizado pelo Município de Colina e por Gilcelço Pascon, com o objetivo de impugnar acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no qual se aplicou a exegese de que, anulada em sede de ação popular contratação irregular de servidores municipais, não é exigível a devolução de valores - pelo Prefeito e pelos servidores, em decorrência de ter havido, na espécie, efetiva prestação de serviço.

2. Não merece acolhida a pretensão do Município. Isso porque, no caso ora apreciado, houve reconhecidamente a prestação de serviços pelos servidores cujas contratações foram anuladas, não se podendo cogitar nenhum prejuízo à Administração pública. A pena aplicada, portanto, deve ficar restrita à nulidade do ato de contratação, sendo certo que o provimento do pedido na ação popular resultou, também, na anulação das nomeações.

3. Recurso especial não-provido." (REsp 575551/SP, Relator para o Acórdão Min. José Delgado, Primeira Turma, j. 06/2/2007).

Ademais, o STJ, através da Quinta Turma, seguindo orientação do Min. José Arnaldo da Fonseca, Relator do recurso especial nº 488905/RS, J.17.08.2004, passou a reconhecer a impossibilidade de devolução de valores recebidos de boa-fé por servidor público, *in verbis:*

"EMENTA: RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO E

> PROCESSUAL CIVIL. SERVIDORES. GRATIFICAÇÃO. RECEBIMENTO INDEVIDO EFETUADO PELA ADMINISTRAÇÃO POR SUA RESPONSABILIDADE. BOA-FÉ NO RECEBIMENTO. RESTITUIÇÃO DOS VALORES. DESCONTO EM FOLHA. INVIABILIDADE.
> Ante a presunção de boa-fé no recebimento da Gratificação em referência, descabe a restituição do pagamento indevido feito pela Administração em virtude de errônea interpretação ou má aplicação da lei. Recurso desprovido." (DJ 13.09.2004, p. 275) No mesmo sentido, seguiram-se os julgamentos do REsp nº 488905/RS, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca; REsp 498.336, Rel. Min. Felix Fischer; AgRg no REsp 675260/CE, Rel. Min. Gilson Dipp, e Resp 645165/CE, Rel. Min. Laurita Vaz.

Merece menção, para a resolução do caso presente, o Princípio da Boa-Fé, bem elucidado através da Doutrina de VICENTE RÁO, *in*"Ato jurídico", São Paulo: Editora RT, 1997, p. 196, *in verbis*:

> "Estado psicológico, julgado e medido segundo critérios ético-sociais e manifestado através de atos, atitudes, ou comportamentos reveladores de uma crença positiva errônea, ou de uma situação de ignorância, ou de ausência de intenção malévola, segundo os casos e conforme as exigências legais, a boa-fé ora é protegida, ora é reclamada pela lei, sempre por um fundamento de justiça? O direito se aperfeiçoa, diz Ripert, à medida que leva em conta a boa-fé. Os autores que a erigem em princípio geral dizem: "a boa-fé não deve ser considerada apenas como princípio geral informador das leis, senão, também, como princípio criador que, de fatos, faz surgir direitos" (A. Valenski, Essai d'une Définition du Droit Basée sur l'Idée de Boné Foi, 1929) ou, ainda, sustentam consistir a boa-fé em um princípio a que se deve reconhecer a força de um postulado moral e de segurança das transações (D'Atienza, Efectos Jurídicos de la Buena Fé, 1935). "

Através do Julgamento dos Embargos de Divergência no RESP nº 612.101/RN, o Ministro do STJ, Paulo Medina, explanou sobre a *Teoria da Aparência*,demonstrando a aplicação do mesmo no momento em que o servidor se considera legítimo titular do direito, *in verbis*:

> "A teoria da aparência, utilizada para a convalidação dos atos jurídicos em geral, há muito já pugnada pelos administrativistas, antes mesmo das modificações introduzidas no instituto dos negócios jurídicos pelo Código Civil de 2002, possui como requisitos subjetivos essenciais: a incidência em erro de um agente que, de boa-fé, considera determinada situação de fato em situação de direito; a escusabilidade desse erro apreciada segundo a situação pessoal de quem nele incorreu. Esses dois requisitos mostram-se conjugados no exame do caso, em que prevalece a máxima "error comunis facit jus".

E acrescenta:

> "Segundo a teoria da aparência, não se pode olvidar que qualquer cidadão comum, com o respaldo de uma decisão judicial, seria levado a incidir no erro de acreditar que a situação de fato, amparada pelo ato jurisdicional, corresponde a uma situação jurídica ".

Com efeito, merece ser mantido o julgado singular, que concluiu, através dos elementos constantes nos autos e pelas regras que norteiam a divisão do ônus da prova que o servidor municipal trabalhou no período correspondente aos valores recebidos a título de salário, não sendo correta, através das alegações da exordial e do recurso, a justificativa da devolução da verba percebida. Ressalte-se que a boa-fé é presumível, enquanto o dolo há de ser comprovado - não cabe, igualmente, falar em dever de restituição.

Diante do exposto, CONHEÇO DO RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL, para negar-lhe provimento, *in totum* o *decisum* recorrido que julgou improcedente o pleito exordial de ressarcimento de recursos ao tesouro municipal, extinguindo o processo com resolução de mérito, nos termos do artigo 269, I, do CPC.

É como voto.

Fortaleza, 13 de setembro de 2011

PROCESSO Nº 207-85.2009.8.06.0116/1
APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESÁRIA
APELANTE: ESTADO DO CEARÁ
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: DES. MANOEL CEFAS FONTELES TOMAZ
ÓRGÃO JULGADOR: 6ª CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – NOMEAÇÃO DE DEFENSOR PÚBLICO PARA A COMARCA DE MADALENA/CE – PRINCÍPIO DA INAMOVIBILIDADE – OBSERVÂNCIA – VIOLAÇÃO À SEPARAÇÃO DOS PODERES – SENTENÇA QUE ORDENOU A DESIGNAÇÃO DE DEFENSOR PÚBLICO COM FREQUÊNCIA DE UM DIA POR SEMANA.

1. O cerne da contenda cinge-se à possibilidade do Ministério Público Estadual valer-se da ação civil pública para o fim de compelir o Estado do Ceará a empreender a nomeação de Defensor Público para a comarca de Madalena/CE, tendo sido determinada a presença do servidor pelo menos um dia na semana.

2. Atuar jurisdicionalmente a determinar o cumprimento de políticas públicas representa, em muitos casos, dar cumprimento a mandamentos constitucionais que não podem ser relegados, no entanto, não se pode avançar ao extremo de determinar a nomeação ou remoção de Defensores Públicos, vez que a própria instituição detém melhor possibilidade de mensurar as necessidades administrativas e as possibilidades orçamentárias, em respeito, inclusive, à independência organizacional daquele órgão.

3. A possibilidade de controle do Judiciário aos atos ou omissões administrativas deve considerar a discricionariedade dos atos administrativos e independência organizacional da própria Defensoria Pública. Precedentes. "Constitui ofensa à ordem pública, na modalidade administrativa, medida singular que determina ao ente público a designação de Defensor para a Comarca de Groaíras-CE, no prazo de três meses, até que provido o respectivo cargo em caráter definitivo, por caracterizar indevida ingerência do Judiciário na esfera de atribuição do Executivo (TJ/CE. *AI nº 2440583200880600000.*

Rel. Des. Francisco Sales Neto. Julgado em 10.05.2010).
4. Apesar do claro intuito em ampliar o acesso à justiça, a nomeção ou remoção de defensores poderá comprometer a boa administração da Instituição. Precedentes. "A manutenção da decisão atacada tem potencial para causar sobressaltos na organização da Defensoria Pública do Ceará, já que impõe a transferência e remanejamento de um membro da carreira de uma comarca para outra, sem prévia observância dos critérios de promoção e remoção." (TJCE *2108394200480600000. Rel. FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA. Julgado em 15/02/2011.*
Apelação e remessa oficial conhecidas e providas para julgar improcedente a fluente Ação Civil Pública.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível, ACORDAM os Desembargadores membros da 6ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade em conhecer do recurso e da Remessa Necessária, para Dar-lhes provimento julgando improvida a fluente Ação Civil Pública.

RELATÓRIO

Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ em face do ESTADO DO CEARÁ, todos devidamente qualificados, em que o primeiro objetiva garantir o acesso à justiça da população carente da comarca de Madalena/CE, requerendo a concessão de liminar para que fosse lotado um Defensor Público na referida comarca.

Às fls. 71/74, foi concedida a medida antecipatória, para que fosse nomeado Defensor Público pelo menos um dia por semana.

Em contestação, o requerido arguiu a impossibilidade jurídica do pedido, em função da inamovibilidade dos Defensores Públicos, não podendo ser coagidos a prestar serviços em locais diverso do que sua lotação originária, e, no mérito, afirmou que a pretensão requestada violaria a Separação de Poderes, já que compete ao Poder Executivo – e não ao Judiciário – estabelecer as políticas públicas.

Em sentença, de fls. 133/137, o pedido foi julgado procedente, confirmando-se a tutela antecipada, de modo a compelir o requerido na obrigação de fazer antes imposta, sob pena de multa diária de R$ 500,00, tendo sido submetida ao duplo grau de jurisdição obrigatório.

Em sede de apelação, o Estado do Ceará, às fls. 166/177, reiterou os termos da contestação, aduzindo pela inviabilidade jurídica do pedido, em função do princípio da inamovibilidade dos Defensores Públicos do Estado do Ceará e da violação à Separação de Poderes.

Contrarrazões de apelação às fls. 183/191, requerendo-se o improvimento do recurso.

Autos distribuídos a esta Relatoria por prevenção ao Agravo de Instrumento n. 45310-41.2010.8.06.0000 (fls. 200).

Instada a se manifestar, a douta Procuradoria Geral de Justiça, em parecer de fls. 205/208, deixou de exarar parecer de mérito.

É o relatório.

VOTO

Impondo-se um juízo antecedente de admissibilidade recursal, conheço do presente recurso, eis que próprio, interposto tempestivamente, encontrando-se, pois, presentes os chamados requisitos intrínsecos e extrínsecos ao transpasse para sua análise de mérito.

O cerne da contenda cinge-se na possibilidade, ou não, de o Ministério Público Estadual através de Ação Civil Pública, compelir o Estado do Ceará a empreender a nomeação de Defensor Público para a comarca de Madalena/CE. Tendo sido o feito sentenciado no sentido de ordenar a presença do servidor pelo menos um dia na semana, alega o Estado, prioritariamente a impossibilidade jurídica do pedido em decorrência da inamovibilidade do Defensor Público, garantia expressa constitucionalmente. Ademais, questiona a incidência do próprio princípio da Separação de Poderes a delimitar o âmbito exclusivo de atuação administrativa.

A Constituição Federal manifesta importância da Defensoria Pública ao garantir a universalidade da prestação de assistência jurisdicional:

> Art. 5º **Todos são iguais perante a lei**, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> (...)
> LXXIV - **o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos**;
>
> *********
> Art. 134. A **Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado**, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.

Ao que se depreende do texto constitucional bem como das atividades desenvolvidas no âmbito do Estado do Ceará vislumbra-se a Defensoria Pública como instituição de notável importância para a consecução da atividade jurisdicional, de modo que, ao tutelar os interesses jurídicos dos mais necessitados contribui para o amplo acesso à Justiça. Sabe-se que a Constituição Republicana de 1988 elencou, em dispositivos esparsos, inúmeros comandos de caráter eminentemente social, implementando, em nosso regime político, a denominada *social democracia.*

A efetividade, a aplicabilidade e a concretização de tais direitos constitucionais exigem uma conduta positiva estatal, porquanto encontram-se intimamente conexas às tarefas de melhoria, distribuição e redistribuição dos recursos orçamentários existentes, todavia, compelir o Estado do Ceará a nomear de um Defensor Público para a comarca de Madalena/CE subjugaria a Separação de Poderes e comprometeria a própria autonomia da Defensoria, ademais, ao compelir um servidor a prestar seus serviços em duas comarcas distintas, implica em sobrecarga de labor e ultrapassa a esfera de atribuições remuneradas pelo exercício da função.

Atuar jurisdicionalmente a determinar o cumprimento de políticas públicas representa, em muitos casos, dar cumprimento a mandamentos constitucionais que não podem ser relegados, no entanto, não se pode avançar ao extremo de determinar a nomeação ou remoção de Defensores Públicos, vez que a própria instituição detém melhor possibilidade de mensurar as necessidades administrativas e as possibilidades orçamentárias, em respeito, inclusive, à independência organizacional daquele órgão.

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTROLE JURISDICIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS. HIPÓTESE DE NÃO CABIMENTO. LESÃO À OEDEM PÚBLICA. TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL.

1 - A irresignação recursal teve origem na Ação Civil Pública
de nº 2007.0028.0545-4 que tramitou perante o Juízo da Vara Única da Comarca de Groaíras-CE.

2 - Decisão "a quo" que determina ao Ente Público a designação de Defensor Público para a comarca de Groaíras-CE.

3 - Em que pese a possibilidade de controle do Judiciário aos atos ou omissões administrativas vem a ser imprescindível a adequada
análise sobre a possibilidade do Estado e a necessidade do Município, considerando ainda a teoria da Reserva do Possível, sob pena de ao analisar caso concreto específico o juízo adentrar em questões macroestruturais.

4 - Constitui ofensa à ordem pública, na modalidade administrativa, medida singular que determina ao ente público a
designação de Defensor para a Comarca de Groaíras-CE, no prazo de três meses, até que provido o respectivo cargo em caráter definitivo, por caracterizar indevida ingerência do Judiciário na esfera de atribuição do Executivo

5- Agravo de instrumento CONHECIDO E PROVIDO. (TJCE. 1ª Câmara Cível. AI nº 2440583200880600000. Rel. Des. Francisco Sales Neto.

Julgado em 10.05.2010);

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA AFORADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. DECISÃO A QUO QUE DETERMINA AO ENTE PÚBLICO A NOMEAÇÃO DE DEFENSOR PÚBLICO PARA A COMARCA DE RERIUTABA. LESÃO À ORDEM PÚBLICA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES.
Constitui ofensa à ordem pública, na modalidade administrativa, medida singular que determina ao ente público a nomeação de Defensor para a Comarca de Reriutaba, por caracterizar indevida ingerência do Judiciário na esfera de atribuição do Executivo. Agravo conhecido e provido.(TJCE. 4ª Câmara Cível. AI n° 11692-42.2009.8.06.0000/0. Des. Lincoln Tavares Dantas, julgado em 09.09.2009 e DJ 17.09.2009).

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LOTAÇÃO DE DEFENSOR PÚBLICO EM COMARCA DO INTERIOR. ATRIBUIÇÃO EXCLUSIVA DO PODER EXECUTIVO. INGERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. REMESSA NECESSÁRIA E RECURSO CONHECIDOS E PROVIDOS.
1. O controle dos atos do poder público pelo Judiciário deve cingir-se, tanto quanto possível, a assegurar o cumprimento da lei e dos princípios constitucionais, inclusive os da razoabilidade e da proporcionalidade. Demais disso, este controle deve respeitar o núcleo de atividades que são exclusivas dos outros Poderes, ou seja, não pode ser abrangente a ponto de substituir-se ao administrador ou ao legislador na prática de atos privativos.
2. O provimento impugnado - ordem dirigida ao Estado do Ceará para lotar um Defensor Público no Município de Capistrano - constitui nítida e indevida interferência do Judiciário em atribuição
típica do Executivo, notadamente porque embaraça o exercício próprio das funções da Administração, uma vez que o preenchimento de cargos de defensor exige desta a realização de concurso público e a progressiva criação e ocupação de vagas, de acordo com a verificação das zonas mais necessitadas.
3. A manutenção da decisão atacada tem potencial para causar
sobressaltos na organização da Defensoria Pública do Ceará, já que impõe a transferência e remanejamento de um membro da carreira de uma comarca para outra, sem prévia observância dos critérios de promoção e remoção.
Reexame necessário e apelação conhecidos e providos.
Agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo 2108394200480600000 Relator(a): FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA Comarca: Fortaleza Órgão julgador: 1ª Câmara Cível Data de registro: 15/02/2011

Em outras circunstâncias, tais como a imediata disponibilização gratuita de medicamentos, construção de abrigos, fornecimento de leite a crianças, aquisição

de cadeiras de rodas, manifestei-me no sentido de sobrepujar o princípio da tripartição de funções em cumprimento ao princípio da dignidade da pessoa humana, do acesso à saúde e da máxima efetividade dos direitos e garantias constitucionais. No entanto, neste caso específico, vislumbro que a determinação judicial concorreria para ineficiência do serviço público, porquanto compete à própria Defensoria Pública Estadual estabelecer as diretrizes organizacionais.

Ademais, ao obrigar um defensor público a atender duas comarcas, a sobrecarga de labor se faria na pessoa do servidor, fato que torna imprópria a norma sentencial. Não restam dúvidas que o acesso à justiça na Comarca de Madalena restará comprometido ante ausência de um defensor público designado, no entanto, o ordenamento jurídico prevê solução na figura do advogado ou defensor dativo, a ser designado na forma da Lei 1.060/50 .

Diante do exposto, **dou provimento** ao recurso apelatório e à remessa oficial, reformando a sentença recorrida para julgar improcedente a fluente Ação Civil Pública.

É como voto.

Fortaleza, 27 de fevereiro de 2013.

Nº PROCESSO: 0002070-17.2001.8.06.0000
TIPO DO PROCESSO: APELAÇÃO CÍVEL – 8ª Vara Cível de Fortaleza
APELANTE: FELINO COMÉRCIO, INDÚSTRIA E REPRESENTAÇÕES LTDA e OUTROS
APELADO: BANCO DO BRASIL S/A
RELATOR: DES. DURVAL AIRES FILHO
AJ002

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CÉDULA DE CRÉDITO COMERCIAL. AGRAVO RETIDO NÃO COHECIDO DE ACORDO COM O ART. 523, §1º DO CPC. 1. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS. POSSIBILIDADE. 2. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA AFASTADA. 3. LIMITAÇÃO DA TAXA DE JUROS REMUNERATÓRIOS EM 12% (DOZE POR CENTO) AO ANO ACRESCIDOS DE JUROS DE MORA DE 1% AO ANO. PRECEDENTES DESTA RELATORIA (AC nº. 0026917-15.2003.8.06.0000, 841-36.2000.8.06.0039 e AC nº. 92-98.2002.8.06.0000)

1. A possibilidade de capitalização de juros nas cédulas de crédito comercial é expressamente autorizada, também, no artigo 5º do Decreto-Lei 167/67, posicionamento, inclusive, consolidado no âmbito do STJ, tanto que sobre o tema editou a Súmula nº 93.

2. O entendimento jurisprudencial dominante, e, pacífico no âmbito do STJ, é que em se tratando de cédulas de crédito rural, industrial e comercial, fica vedada a cobrança de comissão de permanência.

3. Diante da omissão do Conselho Monetário Nacional em fixar a taxa de juros a ser pactuada nas cédulas de crédito rural, industrial e comercial, conforme determina o artigo 5º do Decreto-Lei 167/67, também resta pacificado o entendimento no âmbito do Superior Tribunal de Justiça acerca da limitação da taxa de juros remuneratórios a 12% ao ano. APELAÇÃO CONHECIDA E PARCIALMENTE PROVIDA.

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos os autos da Apelação Cível nº 0002070-

17.2001.8.06.0000, em que figuram, como Apelante FELINO COMÉRCIO, INDÚSTRIA E REPRESENTAÇÕES LTDA e OUTROS, e como Apelado BANCO DO BRASIL S/A, ACORDAM os Desembargadores desta 7ª Câmara Cível, em votação unânime, pelo CONHECIMENTO e PARCIAL PROVIMENTO DO APELO, tudo nos termos do voto do Desembargador Relator.

RELATÓRIO

Examinada, trata-se de Apelação Cível nos Embargos à Exexução ajuizado por FELINO COMÉRCIO, INDÚSTRIA E REPRESENTAÇÕES LTDA, CARMELINO AUGUSTO DE MATOS MONTEIRO e FRANCISCA FERNANDA BARBOSA MONTEIRO contra o Banco do Brasil S/A, em que os Emabargantes afirmam, preliminarmente, da falta de pressupostos da ação pela inexigibilidade do título executivo; e, no mérito, alegam da nulidade da penhora; da inserção de cláusulas potestativas; da iliquidez do crédito exequendo; do excesso de execução; e, da nulidade da execução.

Em sua defesa, o Embargado alega preliminarmente da preclusão; e, no mérito, aduz que é permitida a capitalização de juros; que não limitação dos juros remuneratórios; e, que a cédula de crédito é título executivo.

Na ocasião, o Juízo de piso julgou às fls. 118/121, improcedente a Ação, dando por subsistente a penhora e determinar o prosseguimento da execução.

Irresignado com a decisão proferida, os Embargantes ingressaram com recurso de Apelação, reproduzindo os termos de sua peça inicial.

É o conteúdo de fls. 122/142.

Contrarrazões à Apelação de fls. 145/160.

Em parecer de fls. 184/188, foi opinado pela não intervenção do Ministério Público no feito.

Às fls. 190 dos autos, foi determinada a redistribuição do feito, tendo em vista o teor da Portaria nº. 154/2011.

É o relatório.

À douta Revisão.

VOTO

Conheço do presente recurso de Apelação por estar presentes todos os requisitos de admissibilidade.

Antes de qualquer iniciativa, deixo de apreciar o Agravo Retido interposto, pela ausência de pedido expresso para sua apreciação, conforme dispõe o art. 523, §1º do CPC. Vejamos:

> Art. 523. Na modalidade de agravo retido o agravante requererá que o tribunal dele conheça, preliminarmente, por ocasião do julgamento da apelação.
>
> §1º. Não se conhecerá do agravo se a parte não requerer expressamente, nas razões ou na resposta da apelação, sua apreciação pelo Tribunal.

Passo, por conseguinte, à análise da Apelação.

A possibilidade de capitalização de juros nas cédulas de crédito comercial é expressamente autorizada, no artigo 5º do multicitado Decreto-Lei 167/67, entendimento já consolidado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, tanto que sobre o tema editou a Súmula nº. 93, de modo que, diante da ausência de controvérsia acerca dessa questão, não há necessidade de maiores explanações. Vejamos:

> "CONSUMIDOR. CÉDULA DE CRÉDITO INDUSTRIAL. APLICAÇÃO DO CDC. LIMITAÇÃO DE JUROS REMUNERATÓRIOS A 12% AO ANO. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS. CUMULAÇÃO DE COMISSÃO DE PERMANÊNCIA COM OUTROS ENCARGOS MORATÓRIOS. IMPOSSIBILIDADE. MULTA MORATÓRIA SUPERIOR A 2%. VALIDADE NA HIPÓTESE DOS AUTOS. CORREÇÃO MONETÁRIA PELO IPC. POSSIBILIDADE. MORA. DESCARACTERIZAÇÃO. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. (…) - Conforme já assentado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (Súmula n.º 93), a legislação sobre cédulas de crédito rural, comercial e industrial admite o pacto de capitalização mensal de juros. (…) (Apelação Cível nº 5833-55.2003.8.06.0000/0, TJCE, 2ª Câmara Cível, Rel. Des. Ademar Mendes Bezerra, julgado em 21/11/05, publicado em: 11/01/2006)

Entretanto, é impossível a aplicação da comissão de permanência ao caso, uma vez que é pacífico o entendimento de que em se tratando de cédulas de crédito rural, industrial e comercial fica vedada a sua cobrança, conforme denota o entendimento apresentado pela Ministra Nancy Andrighi no julgamento do AgRg no Resp nº 1.067.057 - RN: "a decisão monocrática está em consonância com a jurisprudência predominante deste STJ no sentindo de que é vedada a incidência de comissão de permanência nas cédulas de crédito rural, industrial e comercial", porquanto, não há previsão legal a possibilitar a incidência do encargo, haja vista que o parágrafo único do mencionado artigo 5º do Decreto-Lei 167/67 possibilita, apenas, a incidência dos juros de mora em caso de inadimplemento. É o que expressa os seguintes julgados:

> "COMERCIAL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CONTRADIÇÃO. INEXISTÊNCIA. CÉDULA DE CRÉDITO RURAL. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. INCABÍVEL. - É vedada a incidência de comissão de permanência nas cédulas de crédito rural. Agravo não provido". (AgRg

> no Resp 1.067.057/RN, STJ, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em: 06/08/2009, publicado em 19/08/2009)
>
> "REVISIONAL DE CONTRATO - CÉDULAS DE CRÉDITO INDUSTRIAL - VEDADA A COBRANÇA DE COMISSÃO DE PERMANÊNCIA - APELAÇÃO IMPROVIDA - SENTENÇA MANTIDA. 1 - Tem a Jurisprudência, inclusive no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, se firmado no sentido de que em se tratando de cédulas de crédito rural, industrial e comercial fica vedada a cobrança de comissão de permanência. Posicionamento este, vale ressaltar, acolhido por esta Corte de Justiça.
> 2 - Apelação improvida. Sentença mantida". (TJ/CE. Apelação 2745610200580600000. Rel. Desa. SÉRGIA MARIA MENDONÇA MIRANDA. Decisão em 14/09/2011)

Dessa forma, determino a não incidência da comissão de permanência, pois caracteriza *bis in idem* a cumulação desta com outros encargos moratórios, devendo ela ser expurgada do contrato.

Uma vez que os contratos firmados entre as partes correspondem a Cédula de Crédito Comercial, a tese defendida pelo Apelado, BANCO DO BRASIL S/A, acerca da revogação do §3º do artigo 192 da Constituição Federal pela EC 40/2003, embora correta, não subsiste no caso em tela, pois, diante da omissão do Conselho Monetário Nacional em fixar a taxa de juros a ser pactuada nas cédulas de crédito INDUSTRIAL, conforme determina o multicitado artigo 5º do Decreto-Lei 167/67, resta pacificado o entendimento no âmbito do Superior Tribunal de Justiça – STJ acerca da limitação da taxa de juros remuneratórios a 12% ao ano, *in verbis*:

> "BANCÁRIO E PROCESSO CIVIL. AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. JUROS REMUNERATÓRIOS. LIMITAÇÃO. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. (…) - Por ausência de deliberação do Conselho Monetário Nacional, a taxa de juros remuneratórios está limitada em 12% ao ano para as cédulas de crédito rural, comercial e industrial. Precedentes. Agravo não provido. (AgRg no REsp 985334 / BA, STJ, Terceira Turma, Rel. Ministra Nancy Andrighi, julgado em 03/02/2009, DJe 17/02/2009) Grifos nossos. Destarte, mantenho a limitação da taxa de juros remuneratórios ao percentual de 12% ao ano determinada pela sentença recorrida".

Com relação aos juros de mora nas Cédulas de Crédito Rural, Industrial ou Comercial, a instituição financeira está autorizada a cobrar, após a inadimplência, apenas a taxa de juros remuneratórios pactuada, elevada de 1% ao ano, a título de juros de mora, além de multa e correção monetária.

Ante aos fundamentos jurídicos apresentados, CONHEÇO a Apelação

interposta, para DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO, no sentido de afastar a cobrança da comissão de permanência e limitar a taxa de juros remuneratórios em 12% (doze por cento) ao ano, acrescidos de juros de mora de 1% (um por cento) ao ano.

É como voto. É como me posiciono.

Fortaleza, 14 de agosto de 2012.

PROCESSO Nº 24811-72.2006.8.06.0001/1 (2006.0024.1127-0/1)
APELAÇÃO CÍVEL DA COMARCA DE FORTALEZA
APELANTES: FUNDAÇÃO COELCE DE SEGURIDADE SOCIAL – FAELCE e JOSÉ EYMARD VIEIRA
APELADOS: OS MESMOS APELANTES
ÓRGÃO JULGADOR: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL
RELATOR: DES. FRANCISCO GLADYSON PONTES

EMENTA: RECURSOS APELATÓRIO E ADESIVO. PREVIDÊNCIA PRIVADA. SUPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA EM RAZÃO DA MATÉRIA REJEITADA. APLICAÇÃO DE RETUDOR ETÁRIO FIXADO NO DECRETO Nº 81.240/78. AUSÊNCIA DE PREVISÃO NA LEI Nº 6.435/77. IMPOSSIBILIDADE. TELEOLOGIA DO ART. 84, IV, DA CF. PRECEDENTES DESTE TRIBUNAL. LEGISLAÇÃO CONSUMERISTA. APLICABILIDADE ÀS ENTIDADES DE PREVIDÊNCIA PRIVADA (SÚMULA 321/STJ). NULIDADE DA NORMA REGULAMENTAR QUE FIXA LIMITE DE IDADE PARA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO INTEGRAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. INCIDÊNCIA A PARTIR DO VENCIMENTO DA PARCELA. RECURSOS APELATÓRIO E ADESIVO CONHECIDOS E IMPROVIDO O PRIMEIRO E PROVIDO O SEGUNDO.

I – É da Justiça Comum Estadual a competência para julgar demanda decorrente de relação de natureza civil, onde não são questionados os direitos trabalhistas, mas sim, as obrigações atinentes à complementação de proventos de aposentadoria, de responsabilidade da entidade de previdência privada.

II – A aplicação de redutor etário fixado no Decreto nº 81.240/78, bem como no regulamento da entidade previdenciária, porém não previsto na Lei nº 6.435/77, configura grave violação ao art. 84, IV, da CF.

III – As normas previstas em Decreto não podem restringir o alcance dos direitos preconizados em Lei Formal, possuindo atribuição apenas de regulamentar e possibilitar a aplicação das garantias e prerrogativas ali consagradas.

IV – **SÚMULA 321/STJ**: *"O Código de Defesa do*

Consumidor é aplicável à relação jurídica entre a entidade de previdência privada e seus participantes." (STJ, Súmula 321, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 23/11/2005, **DJ 05/12/2005**, p. 410).

V – A conduta da FAELCE, traduzida na aplicação do redutor etário afim de diminuir os benefícios auferidos pelos participantes do plano, configura manifesta ilegalidade, vez que não previsto na legislação pertinente, além de caracterizar afronta ao disposto no art. 84, IV, da CF. Precedentes deste Sodalício.

VI – **RECURSO APELATÓRIO DA FAELCE CONHECIDO E IMPROVIDO.**

VII – Os valores da condenação, deverão ser atualizados monetariamente de acordo com os índices do IPC, desde o vencimento de cada parcela do benefício reconhecido como devido.

VIII – **RECURSO ADESIVO DO AUTOR CONHECIDO E PROVIDO**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a TURMA JULGADORA DA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, por unanimidade de votos, em CONHECER dos RECURSOS APELATÓRIO e ADESIVO, para negar provimento ao proposto pela FAELCE e dar provimento ao interposto pelo autor, nos termos do voto do Relator, que faz parte desta decisão.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Apelação e Adesivo interpostos, respectivamente, pela **FUNDAÇÃO COELCE DE SEGURIDADE SOCIAL – FAELCE** e **JOSÉ EYMARD VIEIRA**, em face da sentença prolatada pelo Juízo da 10º Vara Cível da Comarca de Fortaleza, fls. 110/118, que reconheceu a procedência do pedido, determinando a restituição das diferenças apuradas mês a mês, respeitada a prescrição quinquenal e acrescida de juros de 1% (um por cento) ao mês, com correção monetária pelo IPC, a partir da citação. Condenou a promovida, ainda, em custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor apurado em liquidação de sentença.

Alega o autor na inicial, que recebe da demandada – FAELCE, benefício

previdenciário, que, em virtude de redução ilegal aplicada no momento da concessão, com aplicação de redutor etário não previsto na Lei nº 6.435/77, e contrariando o art. 6º, do Estatuto da Fundação, causou a redução do valor percebido a título de benefício, bem como reflexos em sua renda atual. Sustenta que, em decorrência de tal procedimento, tem recebido da fundação demandada, valor inferior ao que efetivamente teria direito, sob o fundamento de que não atendeu ao critério "idade mínima" para auferir a complementação integral, requisito estabelecido na norma do plano de benefícios, regulamentado pelo Decreto nº 8.240/78. Aduz que a Lei nº 6.435/77, não estabelece exigências que condicionem a concessão do benefício de complementação de aposentadoria integral ao limite de idade, não tendo o mencionado Decreto, portanto, atribuição para restringir os direitos ali consagrados. Ressalta o promovente, ainda, que ao tempo de sua filiação à instituição demandada, o regulamento vigente à época não fazia qualquer menção ao redutor etário, sendo a complementação devida ao participante que se aposentasse pelo extinto INPS. Ao final, pugna pelo recálculo da complementação de aposentadoria, desconsiderando-se o redutor etário, com a consequente condenação da demandada ao pagamento das diferenças apuradas mês a mês, em prestações vencidas e vincendas, à exceção das parcelas fulminadas pela prescrição quinquenal, acrescidas de correção monetária e juros de 1% (um por cento) ao mês.

Na contestação, fls. 57/67, a **FAELCE** alegou que o autor, em sua exordial, omitiu o fato de ter se aposentado-se aos 52 (cinquenta e dois) anos de idade, motivo que inviabilizou a concessão da complementação de aposentadoria integral. Afirma que ao pretender receber o benefício previdenciário integral, desconsidera o fato de que outros participantes da fundação contribuíram durante lapso temporal mais prolongado e que somente se aposentaram ao atingir a idade mínima de 55 (cinquenta e cinco anos), prevista para a concessão da complementação integral, não sendo justo ou isonômico, conceder tratamento diferenciado aos participantes. Assevera que o autor, ao filiar-se a instituição de previdência privada, recebeu cópia do estatuto e do plano de benefícios, razão pela qual tinha pleno conhecimento das normas existentes. Declara que a aposentadoria do autor não foi compulsória, sendo a ele facultado contribuir o tempo restante para aquisição do direito de obter a integralidade da complementação de aposentadoria, optando, contudo, pela aposentadoria precoce. Ressalta que ao aderir à fundação requerida, o autor subscreveu a ficha de adesão, na forma do art. 21, da Lei nº 6.435/77, cuja redação preceitua que os regulamentos dos planos de benefícios deverão conter dispositivos que indiquem a forma de resgate das contribuições saldadas pelos participantes, assim como a forma de calculá-las. Alega que o regulamento vigente à época da concessão da complementação do autor, previa a possibilidade de aposentar-se aos 55 (cinquenta e cinco) anos, porém, com a aplicação do redutor etário, e o desrespeito a tal dispositivo desembocaria na inviabilidade da própria fundação. Por derradeiro, requer que a ação seja julgada improcedente em todos os seus termos, condenando o

autor ao pagamento dos honorários advocatícios, arbitrados em 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa.

A ação foi julgada procedente, fls. 110/118, "para que seja procedido o recálculo da complementação da aposentadoria do demandante, com exclusão do redutor etário.", implantando o novo valor, acrescido de juros de 1% (um por cento) ao mês e corrigidos monetariamente pelo IPC, a partir da citação.

Irresignada, a ré apelou argumentando que, a implantação determinada pelo juiz singular, viola os termos do contrato firmado entre as partes, o regulamento interno da entidade previdenciária e a legislação pertinente ao caso concreto. Ao final, pugna pelo provimento do recurso, com a consequente reforma do *decisum* apelado, fls.122/131.

Ato contínuo, seguiu-se o recurso adesivo pelo autor, visando à aplicação da correção monetária a partir do vencimento de cada parcela, sem aplicação do art. 219, do Código de Processo Civil, fls.161/164.

Contrarrazões das partes às fls. 165/180 e 263/267.

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça, fls. 192/199, opinando pelo improvimento do recurso proposto pela FAELCE e provimento do adesivo interposto pelo autor.

Petição da parte requerida, fls. 201/205, arguindo a incompetência absoluta da Justiça Estadual em razão da matéria.

É o relatório.

Revistos e incluídos em pauta de julgamento.

VOTO

PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DO JUÍZO

Inicialmente, quanto à preliminar **de incompetência absoluta da Justiça Comum Estadual,** em razão da matéria, merece ser rejeitada, porquanto, segundo entendimento recente do Superior Tribunal de Justiça, é competente a Justiça Comum Estadual relativamente às ações propostas com o desiderato de se obter complementação de benefícios devidos por entidade de previdência privada fechada, uma vez que não envolvem controvérsia acerca de relação empregatícia.

A propósito, são as recentes decisões daquela Corte:

> "RECURSO ESPECIAL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA ESTADUAL. AUXÍLIO CESTA-ALIMENTAÇÃO. CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO. PROGRAMA DE ALIMENTAÇÃO DO TRABALHADOR - PAT. COMPLEMENTAÇÃO DE PROVENTOS DESCABIDA.

1. Compete à Justiça Estadual processar e julgar litígios instaurados entre entidade de previdência privada e participante de seu plano de benefícios. Precedentes.
2. O auxílio cesta-alimentação estabelecido em acordo ou convenção coletiva de trabalho, com amparo na Lei 7.418/85 (Programa de Alimentação do Trabalhador), apenas para os empregados em atividade não tem natureza salarial, tendo sido concebido com o escopo de ressarcir o empregado das despesas com a alimentação destinada a suprir as necessidades nutricionais da jornada de trabalho. Sua natureza não se altera, mesmo na hipótese de ser fornecido mediante tíquetes, cartões eletrônicos ou similares, não se incorporando, pois, aos proventos de complementação de aposentadoria pagos por entidade de previdência privada (Lei 7.418/85, Decreto 5/91 e Portaria 3/2002).
3. Recurso especial não provido." (REsp 1196167/MG, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 06/12/2011, DJe 01/02/2012).

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. INCORPORAÇÃO DE BENEFÍCIO. AUXÍLIO CESTA-ALIMENTAÇÃO. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA COMUM. ACÓRDÃO RECORRIDO. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SOBRESTAMENTO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INCABÍVEL. ENUNCIADO Nº 126 DA SÚMULA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. NÃO CABIMENTO.
1 - A egrégia Segunda Seção desta Corte, após exaustivo debate, assentou a compreensão de que "compete à Justiça estadual julgar questão concernente a pedido de inclusão de auxílio de cesta-alimentação em **complementação de aposentadoria de previdência privada"** (AgRg no Ag 1.225.443/RJ, Relator para acórdão o Ministro João Otávio de Noronha, julgado em 6/9/2010).
2 - Acórdão recorrido assentado em fundamentos constitucional e infraconstitucional.
3 - Ao contrário do que sustenta a agravante, o recurso extraordinário não teve o seu seguimento negado, pois o Tribunal de origem, aplicando a regra prevista no artigo 543-B, § 1º, do Código de Processo Civil, determinou o sobrestamento daquele apelo, "nos termos da decisão proferida no Recurso Extraordinário nº 586.453, que reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada (e-STJ, fl. 1.344).
4 - Segundo a firme compreensão do Supremo Tribunal Federal, "não é cabível agravo de instrumento da decisão do tribunal de origem que, em cumprimento do disposto no § 3º do art. 543-B, do CPC, determina o sobrestamento do feito" (AgRg no AI 742.431/PE, Relator o eminente Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, DJe de 15/6/2011).
5 - Sendo incabível o manejo do agravo de instrumento, pois, como se viu, o Tribunal de origem não analisou a admissibilidade do recurso extraordinário, não se pode falar na incidência do princípio cristalizado no enunciado nº 126 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual "é inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta

> em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário".
> 6 - Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no AREsp 30.938/PR, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 11/10/2011, DJe 28/10/2011).
>
> "AGRAVO REGIMENTAL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - PREVIDÊNCIA PRIVADA - COMPLEMENTAÇÃO DE BENEFÍCIO - NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - INCIDÊNCIA DA SÚMULA 284/STF - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL - RESSALVA DO PONTO DE VISTA DO RELATOR - JULGAMENTO PELA SEGUNDA SEÇÃO - AUXÍLIO CESTA-ALIMENTAÇÃO - INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 5 E 7 DO STJ - EXTENSÃO AOS INATIVOS - PRINCÍPIO DA ISONOMIA - RECURSO IMPROVIDO." (AgRg no Ag 1419272/RJ, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/10/2011, DJe 26/10/2011).
>
> "CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA COMUM E JUSTIÇA TRABALHISTA. VÍNCULO DE NATUREZA PREVIDENCIÁRIA. ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. PEDIDO DE COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. AUSENTE A DISCUSSÃO ACERCA DO EXTINTO CONTRATO DE TRABALHO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM.
> 1. Consoante jurisprudência remansosa deste Superior Tribunal de Justiça, é competente a Justiça Estadual para processar e julgar ação em que o pedido e a causa de pedir decorram de pacto firmado com instituição de previdência privada, tendo em vista a natureza civil da contratação, envolvendo tão-somente de maneira indireta os aspectos da relação laboral, entendimento que não foi alterado com a promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004.
> 2. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da 5ª Vara Cível de Santos/SP." (CC 116.228/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 28/09/2011, DJe 03/10/2011).

No mesmo sentido, é o entendimento do STF, como se depreende da seguinte ementa:

> "Recurso extraordinário. Pedido de complementação de aposentadoria. Entidade de previdência privada. Feito da competência da Justiça Comum. Decisão mantida. Precedentes. Agravo regimental não provido. É competente a Justiça Comum para julgar pedido de complementação de aposentadoria na órbita da previdência privada" (Ag. Reg. no RE nº 465.529-2/RS, Rel. Min. Cezar Peluso, 2ª Turma do STF, j. em 10.04.2007, DJU 04.05.2007, p. 56).

Além disso, essa é a orientação adotada também neste sodalício, como se

constata das seguintes decisões:

> "APELAÇÃO CÍVEL. PREVIDENCIÁRIO. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM REJEITADA. PREVIDÊNCIA PRIVADA. COMPLEMENTAÇÃO DA APOSENTADORIA. REDUTOR ETÁRIO. DECRETO Nº 81.240/78 QUE REGULAMENTA A LEI Nº 6.435/77. LEGALIDADE. SENTENÇA MANTIDA. 1. Diante da farta e mansa jurisprudência deste eg. Tribunal de Justiça, do colendo STJ e excelso STF, refuto a repercussão trabalhista no tema sub examine, ratificando a competência da Justiça Comum Estadual para processar e julgar o presente feito. 2. As normas de previdência, as quais têm regime especial, devem receber exegese criteriosa. Entretanto, dentre os pontos de apoio do interprete, há consenso de que ocorre subsunção do benefício aos dispositivos vigentes ao tempo da implementação de todas as condições objetivas inerentes à fruição da aposentadoria. A este entendimento não refogem as regras próprias da previdência privada complementar A lei remete à regulamentação a possibilidade de exigência de tempo mínimo de contribuição e de idade; 3. Tendo como fundamento que os planos de previdência se submetem a regime atuarial, de sorte que, modificar os regulamentos dos planos ou considerar o Decreto excessivo ou ilegal, irá resultar em desequilíbrio financeiro da entidade, em detrimento de toda coletividade de participantes. 4. Ademais, não se pode reconhecer a ilegalidade do decreto, quando a lei por ele regulamentada expressamente lhe autorizou a realização do discrimine. 5. Apelo conhecido e não provido." (Apelação Cível nº 38978-60.2007.8.06.0001/1, Rel. Des. Jucid Peixoto do Amaral, 6ª Câmara Cível, julgada em 23/01/2012).

> "PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA EM RELAÇÃO A MATÉRIA. NÃO ACOLHIDA. PREVIDÊNCIA PRIVADA. FAELCE. APOSENTADORIA ANTES DE 55 ANOS DE IDADE. COMPLEMENTAÇÃO UTILIZANDO REDUTOR ETÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. LEI Nº 6.435/77. NÃO PREVISÃO. ART. 31, IV DO DECRETO Nº 81.240/78. EXORBITÂNCIA DO PODER REGULAMENTAR. VÍCIO DE ILEGALIDADE. APELO CONHECIDO E PROVIDO. 1. A questão não diz respeito ao vínculo mantido entre a FAELCE e o seu ex-empregado, uma vez que o pedido da ação não cuida de analisar se possui, ou não, determinado direito decorrente do contrato de trabalho; ou seja, não é objeto de discussão a relação de emprego, independentemente de ser celetista ou estatutária. Ao revés, a questão em apreço centra-se na competência para o pagamento de um benefício aos aposentados da FAELCE, instituído por lei e regulamentado por decreto que é devido pela instituição acima mencionada. Logo, a competência é da Justiça Estadual. 2. A Lei nº 6.435/77 não prevê redutor etário para a obtenção do benefício complementar de aposentadoria. Inovação veiculada pelo Decreto nº 81.240/78, exorbitando do seu poder regulamentar. O Decreto, ato hierarquicamente inferior à lei, não pode se sobrepor à norma regulamentada, sobretudo para criar limitações não estabelecidas. Reconhecimento de vício de ilegalidade do aludido Decreto. Precedentes desta eg. Corte de Justiça. 3. Apelo conhecido e provido. Sentença

> reformada. Honorários de sucumbência no montante de 10% sobre o valor da condenação a ser aplicado ao recorrido." (Apelação Cível nº 46152-23.2007.8.06.0001/1, Rel. Des. Francisco Suenon Bastos Mota, 5ª Câmara Cível, julgada em 27/09/2011).

Acrescente-se, ainda, que a relação jurídica de direito material abrange tão somente a entidade de previdência privada e o beneficiário, não envolvendo, sob qualquer enfoque, controvérsia acerca de relação empregatícia, restringindo-se apenas ao âmbito previdenciário.

Ante o exposto, inquestionável que é da Justiça Comum Estadual a competência para o processamento e julgamento das demandas propostas contra as entidades de previdência privada fechadas que objetivam a complementação de aposentadoria, rejeitando, assim, a preliminar.

Conheço dos Recursos Apelatório e Adesivo interpostos pelas partes – FAELCE – FUNDAÇÃO COELCE DE SEGURIDADE SOCIAL, fls. 122/131 e JOSÉ EYMARD VIEIRA, fls. 161/164, por observar presentes os pressupostos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade (cabimento, legitimidade recursal, interesse recursal, tempestividade, regularidade formal, inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer).

RECURSO APELATÓRIO DA FAELCE

A apelante/promovida objetiva a modificação da sentença que declarou a ilegalidade da aplicação do redutor etário previsto no Decreto nº 81.240/78, bem como no regulamento da FAELCE, sob o fundamento de que tal disposição impediu o autor de receber a complementação de aposentadoria devida.

À época da concessão da suplementação de aposentadoria do autor, vigia a Lei nº 6.435/77, regulamentadora dos planos de previdência privada, a qual não previa qualquer redução no valor do benefício em função da idade, razão pela qual a restrição por decreto ou regulamento dos direitos ali contidos extrapolam os limites preconizados no art. 84, IV, da CF, abaixo colacionado:

> "Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:
> IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;"

Ipso facto, da leitura do referido preceito constitucional, infere-se que o poder executivo tem a atribuição de editar Decretos, os quais têm a função precípua de regulamentar e possibilitar a fiel execução das Leis em sentido estrito, não podendo, todavia, criar direitos que não estejam especificamente previstos na Lei regulamentada,

muito menos restringir o alcance dos que estejam.

Esse é o entendimento deste Sodalício Tribunal de Justiça, vejamos:

> "APELAÇÃO CÍVEL. PREVIDENCIÁRIO. PREVIDÊNCIA PRIVADA. COMPLEMENTAÇÃO DA APOSENTADORIA. REDUTOR ETÁRIO. DECRETO Nº 81.240/78 QUE REGULAMENTA A LEI Nº 6.435/77. RESTRIÇÃO DE DIREITO. ILEGALIDADE. SENTENÇA REFORMADA. APELAÇÃO PROVIDA. 1. A fundação alegou que o Decreto nº 81.240/78, estabeleceu limitações não contempladas na Lei nº 6.453/77, concedendo a possibilidade de aposentar-se antes do tempo devido, mas percebendo os proventos de forma proporcional; 2. Também não subsiste o critério idade mínima apesar de estar previsto já no regulamento da fundação; 3. A Lei 6.435/77, diploma regulamentado por tal decreto, não prevê nenhum critério etário; 4. Ora, o Decreto 81.240/78, ao exigir idade mínima para concessão pleiteada, extrapolou sua função regulamentadora da Lei nº 6.435/77; 5. O autor, ao alcançar as condições necessárias para se aposentar pela previdência oficial, passou a fazer jus à complementação da aposentadoria pleiteada; 6. Precedentes desta Corte de Justiça; 7. Sentença reformada; 8. Apelo conhecido e provido." (Apelação Cível nº 11176-24.2006.8.06.0001/1, Rel. Des. Francisco Lincoln Araújo e Silva, 4º Câmara Cível, julgada em 04/02/2010).

> "PREVIDÊNCIA PRIVADA. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. LIMITE ETÁRIO. ART. 31, INCISO IV, DO DECRETO N.° 81.240/78. INCOMPATIBILIDADE COM O ATUAL ORDENAMENTO JURÍDICO E O REGIME ANTERIOR. VIOLAÇÃO AO ART. 84, INCISO IV, DA CF/88. -É aplicável o CDC às relações de previdência privada. -É manifestamente ilegal a exigência de estipular idade mínima de 55 (cinqüenta e cinco anos) para a concessão de complementação da aposentadoria aos funcionários da COELCE prevista no art. 34, inciso IV, do Decreto n.° 81.240/78, sob pena de se criar obrigação não prevista na Lei n.° 6.435/77, extrapolando, dessa forma, os limites normativos de um decreto conforme o disposto no art. 84, inciso IV, da Carta Política de 1988. - Precedentes dos Tribunais Superiores e do TJCE. - Apelação conhecida, mas improvida." (Apelação Cível nº 9847-40.2007.8.06.0001/1, Rel. Des. Ademar Mendes Bezerra, 2º Câmara Cível, julgada em 17/07/2009).

Logo, "*...nem o decreto, tampouco o regulamento podem criar, modificar ou extinguir direitos, vale dizer, não podem inovar o ordenamento jurídico, estando limitados aos ditames da lei*". (Apelação Cível nº 9105-49.2006.8.06.0001/1, Rel. Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes, 3º Câmara Cível, julgada em 13/09/2010).

Enfim, os ditames previstos na Lei nº 6.435/77, concernentes ao tempo de contribuição necessário à aquisição do direito de complementação do benefício previdenciário, em momento algum, fazem menção à idade mínima para concessão do benefício integral.

Nesse sentido, necessária a remissão ao art. 24, da Lei nº 8.213/91, que dispõe sobre os planos de benefícios da previdência social, a seguir transcrito:

> "Art. 24. Período de carência é o número mínimo de contribuições mensais indispensáveis para que o beneficiário faça jus ao benefício, consideradas a partir do transcurso do primeiro dia dos meses de suas competências."

De fato, para fins de complementação de aposentadoria, importa aferir o tempo de contribuição efetivamente prestado pelo participante, sendo irrelevante a utilização do critério da idade.

Desse modo, o argumento da apelante de que a concessão da integralidade do benefício àqueles que se aposentam antes de atingir a idade mínima de 55 (cinquenta e cinco anos) seria tratamento anti-isonômico, não encontra fundamento, uma vez que é possível o participante ter começado a laborar precocemente e, ao aposentar-se mais cedo, ter o mesmo tempo de contribuição do participante que se aposentou ao atingir a idade mínima prevista no regulamento da entidade.

Com isso, da análise dos documentos acostados aos autos, vê-se que o autor contribuiu para o plano por lapso temporal superior ao exigido no regulamento da instituição, a título de prazo de carência, fazendo jus, assim, ao recebimento integral do benefício previdenciário, destituído de diminuições ou descontos não previstos na Lei nº 6.435/77.

Não obstante, verifica-se que o contrato de adesão, firmado entre o autor e a instituição de previdência privada (FAELCE), sela uma relação de consumo, vez que se trata de contrato de fornecimento de serviços, sujeito, portanto, às normas previstas no Código de Defesa do Consumidor.

A matéria restou pacificada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, com a edição da Súmula 321/STJ, *in verbis*:

> "O Código de Defesa do Consumidor é aplicável à relação jurídica entre a entidade de previdência privada e seus participantes." (Súmula 321, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 23/11/2005, DJ 05/12/2005, p. 410).

Expressam, os artigos 6º, IV, e 51, II e IV, ambos do CDC, respectivamente, com destaques:

> "Art. 6º. São direitos básicos do consumidor:
> (...) *omissis*
> IV – A proteção contra publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços."
>
> "Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais

> relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:
> (...) *omissis*
> II – Subtraiam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste Código;
> (...) *omissis*
> IV – Estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade."

Com efeito, as normas previstas no regulamento interno da instituição de previdência privada não devem prevalecer sobre as normas do Código Consumerista, naquilo em que se conflituam, por se tratar, a relação firmada entre as partes litigantes, de matéria de ordem pública, merecendo o consumidor, enquanto parte mais fraca da relação consumerista (o qual, no mais das vezes, é impelido a aderir a contrato de adesão com cláusulas abusivas e onerosas, que lhe são manifestamente desfavoráveis), maior proteção e amparo estatal.

Nesse sentido, a jurisprudência uníssona do Superior Tribunal de Justiça, muito bem sintetizada em recente excerto, *in litteris*:

> "AGRAVO REGIMENTAL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. PRESCRIÇÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. IRRETROATIVDADE DAS LEIS. SÚMULA 284/STF. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INCIDÊNCIA. DEVOLUÇÃO INTEGRAL DAS CONTRIBUIÇÕES DO ASSOCIADO. CORREÇÃO MONETÁRIA PLENA.
> 1. A matéria relativa à prescrição não foi objeto de decisão pelo Tribunal de origem, ressentindo-se o recurso especial, no particular, do indispensável prequestionamento.
> 2. No que concerne ao princípio da irretroatividade das leis, não resta indicado o dispositivo tido como violado, o que atrai a incidência da Súmula 284/STJ.
> 3. <u>As entidades de previdência privada sujeitam-se às normas consumeristas. Súmula 321/STJ.</u>
> 4. <u>As contribuições vertidas pelos ex-associados devem ser restituídas de forma integral, corrigidas mo</u>Agravo regimental desprovido." (AgRg no REsp 912489/RN, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 4º Turma, Dje em 04/05/2009).

Portanto, o regulamento interno da instituição, na parte que determina a aplicação do redutor etário ao participante que se aposenta antes de completar 55 (cinquenta e cinco) anos, deve ser desconsiderado, eis que estabelece obrigação manifestamente onerosa e desfavorável ao consumidor, na medida em que este contribuiu para o fundo da entidade durante todo o período de carência estabelecido em lei.

Ademais, percebo que a relação jurídica firmada entre as partes configura-se de trato sucessivo, e o autor ajuizou a ação na qualidade de segurado, assim, "

Versando a discussão sobre obrigação de trato sucessivo, representada pelo pagamento de suplementação de aposentadoria, a prescrição alcança tão-somente as parcelas vencidas anteriormente ao quinquênio que precede ao ajuizamento da ação, e não o próprio fundo do direito." (AgRg no REsp 973347/SC, Rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 27/04/2010, DJe 14/05/2010).

Ante o exposto, CONHEÇO DO RECURSO APELATÓRIO, para rejeitar a preliminar de incompetência absoluta e, no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO.

RECURSO ADESIVO DO AUTOR

O dispositivo da sentença, assim estabelece:

> "Para condenar a promovida a implantar seu novo valor de benefício, excluído o redutor etário, com o pagamento das diferenças apuradas mês a mês, em prestações vencidas e vincendas, acrescidas de juros de 1º (hum por cento) ao mês, sem capitalização e corrigidas monetariamente pelo IPC (FIPE), a partir da citação (art. 219 do CPC)."

Com relação à incidência de juros e correção monetária sobre o valor da diferença do benefício, é importante assinalar que estes são corolários legais.

No que se refere a correção monetária, não representa encargo, porque apenas neutraliza os efeitos do tempo sobre o valor da moeda, ou seja, é consequência do próprio crédito, não importando em acréscimo ao *quantum* devido, mas mera manutenção do poder aquisitivo da moeda em curso no país, de sorte que a não-satisfação desta, enseja em enriquecimento sem causa por parte da fundação previdenciária. Logo, deve o credor ser ressarcido integralmente, de acordo com o disposto no art. 884, *caput*, *in fine*, do atual Código Civil, bem como em função de expressa disposição da Lei nº 6.899/80 (legislação que disciplina a aplicação da correção monetária nos débitos oriundos de decisão judicial).

De outro lado, o índice indicado para medir esta atualização foi o IPC (Índice de Preços ao Consumidor), que é o parâmetro adotado pelo STJ e por esta Corte de Justiça como fator de correção monetária, pois é o que melhor atualiza o valor nominal da moeda em curso no país, devendo incidir desde o vencimento de cada parcela do benefício reconhecido como devido. Vejamos.

> "DIREITO CIVIL. PREVIDÊNCIA PREVIDENCIÁRIA. RESTITUIÇÃO DE VALORES. CORREÇÃO MONETÁRIA PLENA. SÚMULA Nº 289/STJ.
> 1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça está sedimentada no sentido de que a atualização monetária deve ser realizada com base em índices que reflitam a efetiva recomposição patrimonial, que no caso, se configura no IPC. Súmula nº 289/STJ.

> 2. Agravo regimental a que se nega provimento."
> (AgRg no Ag 659.106/DF, Rel. Ministro HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/AP), QUARTA TURMA, julgado em 08/06/2010, DJe 22/06/2010).

Diante do exposto, apresenta-se de clareza meridiana o direito do autor de obter o recálculo da suplementação da aposentadoria, sem aplicação do redutor etário não previsto em Lei, à exceção das parcelas concernentes ao quinquênio anterior ao ajuizamento da ação, devendo "... os juros remuneratórios decorrentes de complementação de aposentadoria ser fixados à taxa de 1% ao mês, tendo em vista seu caráter eminentemente alimentar." (AgRg no REsp 811.425/RS, Rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 16/03/2010, DJe 29/03/2010).

Assim, merece prosperar o Recurso Adesivo.

Isto posto, **CONHEÇO DOS RECURSOS PROPOSTOS,** para rejeitar a preliminar de incompetência absoluta do juízo e, no mérito, NEGAR PRVIMENTO AO APELATÓRIO interposto pela FAELCE e DAR PROVIMENTO ao ADESIVO, determinando que a correção monetária (IPC) incida a partir do vencimento de cada parcela.

É como voto.

Fortaleza, 29 de outubro de 2012.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 29313-22.2000.8.06.0112/1
APELANTES/APELADOS: LARISSA BENÍCIO BRAGA E FACULDADE DE MEDICINA DE JUAZEIRO DO NORTE.
LOCAL DE ORIGEM: 3ª VARA DA COMARCA DE JUAZEIRO DO NORTE
AÇÃO DE ORIGEM: CAUTELAR
RELATOR: DES. FRANCISCO AURICÉLIO PONTES

EMENTA: ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. INSTITUIÇÃO DE ENSINO SUPERIOR. TRANSFERÊNCIA DE ALUNO. SITUAÇÃO FÁTICA CONSOLIDADA POR DECISÃO JUDICIAL. CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. INVIABILIDADE. SENTENÇA MANTIDA.

1. A autora, alegando dificuldades financeiras para permanecer cursando Medicina na Faculdade de Medicina de Araguaína, com sede no Estado do Tocantins, pleiteou sua transferência para a Faculdade de Medicina de Juazeiro do Norte.

2. Embora não se enquadre a situação dentre as possibilidades legais de transferência entre instituições de ensino superior, a autora, mediante decisão judicial liminar irrecorrida, teve a transferência e a matrícula deferidas.

3. O reconhecimento do desacerto da medida concedida liminarmente não impede a aplicação ao caso da teoria do fato consumado, que tem por objetivo principal, além de resguardar a estabilidade das relações sociais, garantir que aquele que, confiando no provimento judicial, não seja prejudicado pela morosidade e pela burocracia judiciais (Precedentes STJ).

4. A reforma da sentença neste momento implicaria em sérios prejuízos para a autora, médica inscrita no Conselho Regional de Medicina, ao passo que para a Faculdade apelante, objetivamente, em nada se aproveitaria.

Como a medida liminar foi reconhecida na sentença como injusta ou ilegal, mas mantida apenas em respeito à situação consolidada pelo tempo, não há como condenar a parte ré no ônus da sucumbência, seja porque a pretensão autoral não foi efetivamente acatada, seja porque a resistência ao intento da autora se deu em observância à legislação versante sobre a matéria.

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da apelação nº 29313-22.2000.8.06.0112/1, em que figuram as partes retro indicadas.

ACORDA a 2ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer das apelações interpostas e negar-lhes provimento, de acordo com o voto do relator.

RELATÓRIO

Trata-se de apelações interpostas contra a sentença proferida pelo juízo da 3ª Vara da Comarca de Juazeiro do Norte, nos autos da ação cautelar que Larissa Benício Braga ajuizou contra a Faculdade de Medicina de Juazeiro do Norte.

Na exordial, ajuizada em dezembro de 2001, a autora, afirmando ser aluna do 2º semestre do Curso de Medicina da Faculdade de Medicina de Araguaína, com sede no Estado de Tocantins, pleiteia sua transferência para a Faculdade de Medicina de Juazeiro do Norte.

Para tanto, relata dificuldades de ordem financeira, decorrentes do rompimento conjugal de seus pais, alegando que seu genitor, então responsável pelo custeio das despesas com sua educação, não mais arcaria com o referido encargo, e que sua transferência favoreceria a continuidade dos estudos.

A medida liminar foi deferida (fl. 46).

Posteriormente, em novembro de 2003, por sentença exarada às fls. 48/54, o magistrado de 1º grau, embora declarando não concordar com a liminar deferida pelo magistrado que lhe antecedeu na presidência do feito, reconheceu que a situação havia se cristalizado com o decurso do tempo, e, tecendo considerações sobre a teoria do fato consumado, julgou procedente o pleito autoral, deixando, contudo, de condenar a ré ao pagamento de honorários advocatícios.

Irresignada com a referida decisão, a autora ajuizou recurso de apelação, em cujas razões de fls. 60/63 pugna pela reforma da sentença, requerendo a condenação da instituição ré em honorários advocatícios.

A Faculdade de Medicina de Juazeiro do Norte também recorreu, e nas razões de sua insurgência (fls. 64/70) defende o julgamento improcedente do pleito exordial, afirmando que a pretensão da autora não encontra respaldo na legislação que trata da matéria, e que a aplicação da teoria do fato consumado não se presta a resguardar situação de flagrante afronta a dispositivo legal.

Apenas a promovida apresentou contrarrazões (fls. 72/78), alegando que não cabe condenação em honorários, por não ter havido sucumbência quanto ao mérito da causa, e pugnando pelo improvimento do recurso manejado pela demandante.

Desnecessária a intervenção ministerial, nos termos do artigo 53 do RITJCE.

É o relatório, em síntese.

VOTO

Conheço dos recursos, porquanto presentes seus requisitos.

A autora, alegando dificuldades financeiras para permanecer cursando Medicina na Faculdade de Medicina de Araguaína, com sede no Estado do Tocantins, pleiteou sua transferência para a Faculdade de Medicina de Juazeiro do Norte.

O Juízo de origem deferiu liminarmente a transferência e a matrícula pretendidas, sem que a instituição de ensino promovida tenha recorrido da referida decisão.

Posteriormente, o então reitor do feito, diverso do que havia concedido a medida liminar, embora reconhecendo que a situação descrita pela autora não se tratava de transferência *"ex officio"* de servidor público, nem se enquadrava nas previsões da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394/96) para transferência voluntária, concluiu que a improcedência do pleito autoral, naquele estágio, traria sérios prejuízos à vida acadêmica da promovente, e, aplicando a teoria do fato consumado, julgou procedente a pretensão autoral, confirmando a liminar antes deferida.

Agora, após sucessivas redistribuições, e passados mais de dez anos da matrícula da autora na faculdade apelante, os recursos estão sendo submetidos a julgamento.

Conquanto se recomende a aplicação moderada da teoria do fato consumado, não vislumbro como modificar a decisão de primeiro grau ora em análise.

Não há como afastar a razão e a lucidez do prolator da sentença combatida ao afirmar que a autora não preenche os requisitos necessários para ter direito a matricular-se no Curso de Medicina da Faculdade de Medicina de Juazeiro do Norte, pois efetivamente não cumpriu o requisito da aprovação em processo seletivo, previsto no art. 44, da Lei nº 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação).

Da mesma forma, embora o referido diploma legal preveja a possibilidade de transferência de alunos entre instituições de ensino superior (art. 49), não houve no presente caso a observância dos requisitos relativos à existência de vaga e à aprovação em processo seletivo, exigências que asseguram a todos os interessados o direito de, em igualdade de condições, tentar a transferência pretendida.

No entanto, mesmo não tendo a autora em nenhum momento afirmado preencher os requisitos legais para fazer *"jus"* à transferência pretendida, as considerações por ela tecidas na exordial foram suficientes para convencer o Juízo de origem a deferir-lhe, liminarmente, a transferência e a matrícula na Faculdade apelante,

situação não alterada até o presente momento, porque a instituição de ensino, à época, sequer recorreu da liminar concedida.

Ressalte-se que o reconhecimento do desacerto da medida concedida liminarmente não impede a aplicação ao caso da teoria do fato consumado.

Com efeito, o próprio Superior Tribunal de Justiça, mesmo reconhecendo em alguns casos a impropriedade de algumas decisões judiciais da instância ordinária, vem firmando orientação no sentido de que situações fáticas decorrentes de decisões judiciais e consolidadas pelo decurso do tempo não podem ser desconstituídas, aplicando a teoria do fato consumado, que tem por objetivo principal, além de resguardar a estabilidade das relações sociais, garantir que aquele que, confiando no provimento judicial, não seja prejudicado pela morosidade e pela burocracia judiciais.

> "ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. ESTUDANTE FILHO DE EMPREGADO DE EMPRESA DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. TRANSFERÊNCIA. SITUAÇÃO FÁTICA CONSOLIDADA POR DECISÃO JUDICIAL. PRECEDENTES.
> 1. Sentença concessiva há quase cinco anos, determinando a transferência, sem nunca ter sido cassada e que, pelo decorrer normal do tempo, o impetrante está em vias de concluir o curso.
> 2. Não podem os jurisdicionados sofrer com as decisões colocadas à apreciação do Poder Judiciário, em se tratando de uma situação fática consolidada pelo lapso temporal, face à morosidade dos trâmites processuais.
> 3. Reformando-se a sentença concessiva e o acórdão recorrido, neste momento, estar-se-ia corroborando para o retrocesso na educação dos educandos, in casu, uma acadêmica que foi transferida sob a proteção do Poder Judiciário, prestes a terminar seu curso. Em assim acontecendo, não teria o impetrante, com a reforma da decisão, o acesso à reta final do seu curso. Pior, estaria perdendo 04 (quatro) anos de sua vida freqüentando um curso que nada lhe valia no âmbito universitário e profissional, posto que cassada tal freqüência. Ao mais, ressalte-se que a mantença da decisão a quo não resultaria qualquer prejuízo a terceiros, o que é de bom alvitre.
> 4. Cabe ao juiz analisar e julgar a lide conforme os acontecimentos passados e futuros. Não deve ele ficar adstrito aos fatos técnicos constantes dos autos, e sim aos fatos sociais que possam advir de sua decisão. Ocorrência da teoria do fato consumado, aplicável ao caso.
> 5. Precedentes desta Casa Julgadora.
> 6. Recurso especial não provido, em face da situação fática consolidada. (REsp 950.442/GO, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/09/2008, DJe 21/10/2008)."

Com o mesmo entendimento: AgRg no REsp 902.489/MG, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO; REsp 1096431/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES; REsp 748.155/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES; REsp 709.934/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS; AgRg no Ag 851.956/RJ, Rel. Ministro

JOSÉ DELGADO, dentre outros.

Também dessa maneira entende o Supremo Tribunal Federal:

> "EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ALUNO. TRANSFERÊNCIA. CONCLUSÃO DO CURSO. TEORIA DO FATO CONSUMADO. APLICABILIDADE. O Supremo, ao analisar hipótese em que houvera conclusão de curso superior antes do trânsito em julgado da decisão em que se discutia a idoneidade do ato de matrícula do aluno, manifestou-se pela aplicação da teoria do fato consumado à espécie. Agravo regimental a que se dá provimento. (RE 429906 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 19/08/2008, DJe-172 DIVULG 11-09-2008 PUBLIC 12-09-2008 EMENT VOL-02332-04 PP-00720 RTJ VOL-00206-03 PP-01133)."

Não há como entender de forma diversa. A reforma da sentença neste momento implicaria em sérios prejuízos para a autora, ao passo que para a Faculdade apelante, objetivamente, em nada se aproveitaria.

Consoante pesquisa realizada em *"site"* de busca da internet, a autora concluiu o curso superior e é médica inscrita no Conselho Regional de Medicina de São Paulo desde o ano de 2008, inclusive com notícia de aprovação em concurso público para o cargo de médico pediatra em hospital público daquele Estado (Diário Oficial do Estado de São Paulo, edição do dia 10/06/2010, p. 177).

A teoria do fato consumado também vem sendo aplicada por esta Corte em casos como este, inclusive com o precedente desta relatoria que a seguir transcrevo:

> "EMBARGOS DECLARATÓRIOS EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. NECESSIDADE DO REEXAME DO MÉRITO COM O OBJETIVO DE NÃO CAUSAR À RECORRENTE LESÃO GRAVE DE DIFÍCIL REPARAÇÃO. TRANSFERÊNCIA ESCOLAR. CURSO DE MEDICINA. GRADUAÇÃO CONCLUÍDA DURANTE A TRAMITAÇÃO RECURSAL. APLICAÇÃO DA TEORIA DO ATO CONSUMADO CONFORME PRECEDENTES DO STJ. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1 – *('Omissis')*. 3 - Diante da situação fática já consolidada, à luz de reiterada jurisprudência do STJ sobre o tema, entendo por conveniente e justo reformar, excepcionalmente, a decisão ora embargada, para, aplicando a teoria do fato consumado, negar provimento ao recurso de agravo de instrumento, por ser a medida que se configura, na espécie, mais razoável. 4 - Embargos conhecidos e providos. (Embargos de Declaração 2715597200480600001, TJCE, 2ª Câmara Cível, Relator: Des. FRANCISCO AURICÉLIO PONTES , registro em 01/03/2011)."

No mesmo sentido: Agravo de instrumento 414752200880600000, Relatora: Desa. MARIA IRACEMA MARTINS DO VALE, registro em 19/06/2009; Apelação / Reexame Necessário 214097200280600000, Relator: Des. EMANUEL

LEITE ALBUQUERQUE, registro em 28/02/2012.

A sentença também deve ser mantida com relação à ausência de condenação da instituição ré em honorários de sucumbência.

É que no presente caso, como ressaltado pelo magistrado de origem quando da apreciação dos embargos de declaração apresentados pela autora, não ocorreu uma resistência injustificada à pretensão autoral. Na verdade, como bem explanado, embora amparada por decisão judicial liminar, não se enquadrava a demandante dentre as situações legais que abririam a possibilidade de sua transferência para a Faculdade de Medicina de Juazeiro do Norte, de tal sorte que o julgamento procedente da demanda se deu apenas em decorrência da aplicação da teoria do fato consumado.

Assim, como a medida liminar foi reconhecida na sentença como injusta ou ilegal, mas mantida apenas em respeito à situação consolidada pelo tempo, não há como condenar a parte ré no ônus da sucumbência, seja porque a pretensão autoral não foi efetivamente acatada, seja porque a resistência ao intento da autora se deu em observância à legislação versante sobre a matéria.

Acosto-me, pois, ao entendimento do Tribunal de Justiça da Bahia:

> "DIREITO PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - UNIVERSIDADE - TRANSFERÊNCIA EX OFFÍCIO - DECISÃO LIMINAR QUE PERDUROU POR ANOS - COLAÇÃO DE GRAU - TEORIA DO FATO CONSUMADO. 1. *('OMISSIS')*. 5. APESAR DO RECONHECIMENTO DO DIREITO DO APELANTE, RESTA INVIÁVEL A CONDENAÇÃO DA APELADA AO PAGAMENTO DAS CUSTAS DO PROCESSO E DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS, HAJA VISTA A PECULIARIDADE DO CASO CONCRETO, EM QUE SE RECONHECEU A PRECARIEDADE DA PRETENSÃO DEDUZIDA NA EXORDIAL, JULGANDO-SE PROCEDENTE O PEDIDO EM RESPEITO À SITUAÇÃO FÁTICA CONSOLIDADA PELO LAPSO TEMPORAL, NÃO SE NOS APRESENTANDO, EM TAIS CIRCUNSTÂNCIAS, JUSTO NEM SENSATO IMPOR À APELADA O ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. 6. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E PROVIDO. (Apelação nº 2577-6/2009, TJBA, 2ª Câmara Cível, Relator: Des. GESIVALDO NASCIMENTO BRITTO, julgamento em 16/06/2009)."

Com esses fundamentos, voto no sentido de conhecer e negar provimento às apelações, mantendo integralmente a sentença proferida pelo Juízo *"a quo"*.

É como voto.

Fortaleza, 24 de outubro de 2012.

NÚMERO ÚNICO 0006132-03.2001.8.06.0000
APELAÇÃO CÍVEL DE FORTALEZA
APELANTE: MUNICÍPIO DE ARATUBA
APELADO: SEBASTIÃO COMÉRCIO DE DERIVADOS DE PETRÓLEO LTDA.
LITISDENUNCIADO: DILSON ARAÚJO FREIRE
RELATOR: DES. FRANCISCO LINCOLN ARAÚJO E SILVA

EMENTA: REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE COBRANÇA CONTRA MUNICÍPIO. FORNECIMENTO DE COMBUSTÍVEL. AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. LEI 8.666/93. DOCUMENTOS QUE COMPROVAM A EFETIVA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. DEVER DE PAGAR SOB PENA DE ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. NOTAS FISCAIS, DE EMPENHO E RECIBOS QUE ATESTAM QUE O MUNICÍPIO PAGOU PELOS SERVIÇOS ALEGADOS. AÇÃO DE COBRANÇA IMPROCEDENTE. SENTENÇA REFORMADA. APELAÇÃO CONHECIDA E PROVIDA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Remessa Oficial e Apelação Cível nº 0006132-03.2001.8.06.0000, em que figuram as partes acima indicadas, acorda a Oitava Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, conhecer da remessa oficial e do recurso, para dar-lhes provimento, de acordo com o Voto do Relator.

VOTO

Tudo visto e examinado. Não se vislumbra vício capaz de inquinar nenhuma nulidade processual. Estão atendidos os requisitos próprios de admissibilidade, nos termos dos art. 475, inc.I, 506 e 513, do CPC, motivo de conhecer da remessa oficial e do recurso de apelação.

Em suas razões recursais, o Município de Aratuba alega que o contrato verbal firmado com o apelado é nulo por não atender às diretrizes formais da Lei 8.666/93, razão pela qual não é apto a produzir efeitos. Aduz, ainda, que, apesar da ilegalidade do contrato, o apelado recebeu o pagamento pelos serviços de fornecimento

de combustível, consoante documentos anexados aos autos pelo ex-prefeito, que atuou como litisdenunciado.

Inicialmente, cumpre ressaltar que todos os serviços da Administração Pública, quando contratados com terceiros, devem ser precedidos de licitação, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, e do art. 2º, da Lei 8.666/93, que visa garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e da moralidade administrativa, além de selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração.

Entretanto, o parágrafo único, do art. 59, da Lei 8.666/93, estabelece que a inobservância do procedimento licitatório pelo Poder Público não o exime do pagamento pelos serviços que lhe foram prestados, sob pena de configurar enriquecimento ilícito por parte da Administração Pública.

> "Art. 59. A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos.
>
> Parágrafo único. A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa."

No caso em tela, os documentos constantes nos autos não deixam dúvidas de que houve o contrato verbal, em que pese sua nulidade, e que o apelado prestou serviço de fornecimento de combustível ao Município apelante, de forma que é devido o pagamento.

Todavia, conforme arguido pelo apelante, o apelado já recebeu o pagamento por estes serviços, como fazem prova as notas de empenho, notas fiscais e recibos acostados às fls.101/209 pelo ex-prefeito, Sr. Dilson Araújo Freire.

Na petição inicial, o apelado afirma que a partir de outubro de 1995 o apelante deixou de efetuar o pagamento pelos combustíveis. Contudo, os documentos anexados pelo litisdenunciado mostram que o apelado recebeu pagamentos, pelo fornecimento de combustível ao Município no período de outubro de 1995 a setembro de 1996.

A propósito, o apelado não logrou êxito em provar o montante do qual pretende ser ressarcido, pois não indicou o valor exato que está cobrando nem delimitou o período de suposta inadimplência do Município. Ademais os vales acostados à Inicial, que fundamentam o pedido autoral, vão de outubro de 1995 a fevereiro de 1996, período este compreendido nos documentos acostados pelo ex-prefeito, que confirmam a quitação.

De toda sorte, pelo que dispõe o art. 333, inciso I, do CPC, ao autor cumpre

comprovar as alegações dos fatos constitutivos do seu direito. Todavia, diante da análise dos fatos e documentos juntos aos autos pelas partes, restou insuficiente a demonstração do que pretendia o promovente. Porém, o ex-prefeito, na qualidade de litisdenunciado, se desincumbiu de forma eficaz de seu ônus processual, qual seja provar o fato extintivo do direito alegado na exordial, na forma do inc. II, do dispositivo legal acima citado.

Assim, para exercer o direito de cobrar, o credor haverá de demonstrar o débito representado por um título bem como sua procedência e, ainda, a responsabilidade do devedor, fatos de que se ressente a cobrança da postulação inicial.

Diante do exposto, dou provimento ao reexame necessário e à apelação, reformando a sentença para julgar improcedentes os pedidos formulados na inicial. Por fim, condeno o promovente da ação ordinária de cobrança no pagamento de custas e de honorários advocatícios na base de 20% (vinte por cento) sobre o valor atribuído à causa.

Condeno, ainda, o promovente no pagamento de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa a título de honorários advocatícios em favor do litisdenunciado, Dilson Araújo Freire.

É o meu voto.

Fortaleza, 3 de abril de 2012.

APELAÇÃO CÍVEL N. 394-42.2005.8.06.0146/1 DE PINDORETAMA
APELANTE: Í. N. G. (REPRESENTADA POR N. L. N.)
APELADA: T. L. G.
RELATOR: DES. RÔMULO MOREIRA DE DEUS

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ALIMENTOS PROPOSTA CONTRA A AVÓ PATERNA. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. DESCABIMENTO. EXISTÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL. TEORIA DA ASSERÇÃO. NECESSIDADE DE INSTRUÇÃO PROCESSUAL. DESFAZIMENTO DA SENTENÇA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Não se deve confundir improcedência do pedido com falta de interesse processual. Uma coisa é a necessidade de se voltar à Justiça em busca de decisão que confira ao demandante alguma utilidade prática (interesse processual); outra bem diferente consiste na avaliação da procedência ou improcedência do pedido (julgamento de mérito).

2. É firme a jurisprudência do STJ no sentido de que a responsabilidade dos avós de prestar alimentos aos netos não é apenas sucessiva, mas também complementar, quando demonstrada a insuficiência de recursos dos genitores.

3. A condição financeira da mãe da alimentanda pode ser aferida durante a instrução processual, julgando-se procedente, ou não, a ação de alimentos.

4. Apelação conhecida e parcialmente provida.

ACÓRDÃO

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

RELATÓRIO

Cuida-se de Apelação manejada por Í. N. G., representada por sua genitora,

N. L. N., em face de sentença proferida pelo Juízo da Vara Única da Comarca de Pindoretama que, nos autos de ação de alimentos proposta pela Apelante contra a sua avó paterna, T. L. G., extinguiu o processo sem resolução de mérito por ausência de uma das condições da ação (interesse processual), com esteio no art. 267, VI, do CPC.

Em seu apelo (f. 354-358), a Recorrente aduz, em sinopse, que:

a) ingressou com ação de alimentos apenas contra a sua avó paterna porque sabia que os seus outros parentes jamais poderiam assumir o encargo alimentar;

b) não se verifica a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas no art. 267, VI, do CPC, inexistindo razão para a extinção do feito sem julgamento de mérito.

Pugna, enfim, a Apelante pelo provimento do recurso, com o consequente desfazimento da sentença atacada, para que, após a instrução processual, outra seja proferida, bem como pela fixação de pensão provisória no patamar de 10% (dez por cento) sobre os vencimentos da Apelada.

Contrarrazões às f. 370-378.

Em parecer de f. 391-396, a Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo improvimento do recurso.

Inicialmente distribuídos à Desa. Maria Iracema Martins do Vale em 03.12.2010 (f. 387), os autos foram a mim redistribuídos em 27.05.2011 (f. 414).

É o relatório, no essencial.

VOTO

O recurso merece parcial provimento.

Segundo a Juíza *a quo*, a Demandante, ora apelante, nada falou acerca da condição financeira da sua mãe, o que impede o regular processamento da demanda, tendo em vista que os pais são os principais responsáveis pelo sustento dos filhos, somente recaindo a obrigação sobre os avós se houver prova robusta de que genitores se encontram ao menos impossibilitados de suportar o encargo.

Dessa forma, a Magistrada singular entendeu que havia "falta da condição da ação interesse processual na modalidade utilidade" (f. 338), extinguindo a causa sem resolução de mérito, com arrimo no art. 267, VI, do CPC.

Não é esse, contudo, o melhor entendimento.

Segundo a teoria da asserção, as condições da ação devem ser verificadas em abstrato, de forma superficial, conforme as alegações do autor na petição inicial, sob pena de se garantir o direito de ação apenas a quem possuir o direito material.

Para ilustrar, trago à baila o seguinte julgado desta Câmara:

> AÇÃO ORDINÁRIA. REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO. PRELIMINARES DE CARÊNCIA DA AÇÃO. ARGUIÇÃO DE

> INTERESSE DE AGIR E DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. NÃO ACOLHIMENTO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. EXTINÇÃO DA GRADUAÇÃO DE TERCEIRO-SARGENTO. PEDIDO DE REVISÃO DE PROVENTOS. INEXISTÊNCIA DE RECLASSIFICAÇÃO OU TRANSFORMAÇÃO DE CARGOS. AUSÊNCIA DE OFENSA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SENTENÇA REFORMADA.
> 1. À luz da aplicação da teoria da asserção, a análise das condições da ação é feita em sede de mero juízo de prelibação, em que se admitem como hipoteticamente verídicos os fatos constantes na exordial. A cognição mais aprofundada da causa resvala em valoração do mérito.
> 2. Não acolhimento das preliminares de ausência de interesse de agir, visto que configurado o binômio necessidade/adequação, e de impossibilidade jurídica do pedido, em virtude da inexistência de impedimento legal à pretensão autoral.
> […]
> 6. RECURSO VOLUNTÁRIO E REEXAME NECESSÁRIO CONHECIDOS E PROVIDOS. (TJCE, AC 607421-50.2000.8.06.0001/1, Rel. Des. Washington Luis Bezerra de Araújo, 3ª Câmara Cível, DJe 04.05.2011)

Com efeito, ainda que a Apelante não faça jus aos alimentos da avó paterna – matéria que deve ser equacionada e dirimida quando da apreciação meritória – isso não lhe retira a faculdade de acionar o Judiciário à procura de direito que entende devido.

Não se deve confundir improcedência do pedido com falta de interesse processual. Uma coisa é a necessidade de se voltar à Justiça em busca de decisão que confira ao demandante alguma utilidade prática, no caso, o recebimento de pensão alimentícia por parte de sua avó paterna (interesse processual); outra bem diferente consiste na avaliação da procedência ou improcedência do pedido (julgamento de mérito).

Sobre o assunto, José de Albuquerque Rocha leciona que:

> "[…] toda vez que alguém entender que seu direito foi violado, ou está ameaçado de violação, aparece para ele a necessidade de recorrer ao Estado, a fim de pedir-lhe a proteção para esses direitos violados ou ameaçados de violação. […] O interesse de agir, da mesma forma como a legitimidade para agir, é avaliado com base nas *afirmações* do autor. E dizemos isto justamente porque a *afirmação* do autor de que a situação jurídica foi violada, ou está ameaçada de violação, é a única realidade objetiva de que o juiz dispõe para verificar, desde logo, se há ou não interesse de agir e, em consequência, admitir ou não a ação". (Teoria Geral do Processo. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 204-205.)

Acerca do tema, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery prelecionam que:

> "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 prático". (Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. 10. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 504.)

De mais a mais, há que se levar em consideração, relativamente ao pleito de alimentos de avós, os arts. 1.694, 1.696, 1.697 e 1.698 do Código Civil. Fazendo-se interpretação conjunta desses dispositivos, chega-se à conclusão de que os avós podem ser chamados a pagar a pensão alimentícia, desde que os pais estejam impossibilitados de arcar integralmente com as despesas referentes ao sustento dos filhos.

Maria Helena Diniz, analisando o art. 1.696 do CC, ensina que:

> "Não se deve afirmar que o mais próximo exclui o mais remoto, pois, se o mais chegado não puder fornecê-la, o mais distante poderá ser compelido a pagar a pensão alimentícia. Há responsabilidade subsidiária, pois somente caberá ação de alimentos contra avô se o pai estiver ausente, impossibilitado para o exercício de uma atividade laborativa ou não tiver recursos econômicos, nem meios para suportar o encargo alimentício. Nada obsta, havendo pluralidade de obrigados do mesmo grau, que haja um concurso entre eles, contribuindo cada um com a quota proporcional aos seus haveres (CC, art. 1.698)". (Código Civil Anotado. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1202.)

Demais disso, ressalto que é firme a jurisprudência do STJ no sentido de que a responsabilidade dos avós de prestar alimentos aos netos não é apenas sucessiva, mas também complementar, quando demonstrada a insuficiência de recursos dos genitores, conforme demonstram os seguintes arestos:

> DIREITO CIVIL. AÇÃO DE ALIMENTOS. RESPONSABILIDADE DOS AVÓS. OBRIGAÇÃO SUCESSIVA E COMPLEMENTAR.
> 1. A responsabilidade dos avós de prestar alimentos é subsidiária e complementar à responsabilidade dos pais, só sendo exigível em caso de impossibilidade de cumprimento da prestação – ou de cumprimento insuficiente – pelos genitores.
> 2. Recurso especial provido. (STJ, REsp 831.497/MG, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 4ª Turma, DJe 11.02.2010)
>
> AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO DE FAMÍLIA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. AÇÃO DE ALIMENTOS. PEDIDO CONTRA A AVÓ. POSSIBILIDADE. INCAPACIDADE FINANCEIRA DOS PAIS. INVERSÃO DE ENTENDIMENTO. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA 07/STJ.
> […]
> 2. Esta Corte Superior de Justiça já consolidou o entendimento de que

> a responsabilidade dos avós, na prestação de alimentos, é sucessiva e complementar a dos pais, devendo ser demonstrado, à primeira, que estes não possuem meios de suprir, satisfatoriamente, a necessidade dos alimentandos. […] (STJ, AgRg no Ag 1.010.387/SC, Rel. Min. Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJRS), 3ª Turma, DJe 30.06.2009)
>
> CIVIL E PROCESSUAL. RECURSO ESPECIAL. ALIMENTOS. AVÓS. RESPONSABILIDADE SUCESSIVA E COMPLEMENTAR. PRECEDENTES. RECONHECIMENTO DA IMPOSSIBILIDADE DE PRESTAÇÃO PELO PAI PERANTE A INSTÂNCIA RECURSAL ORDINÁRIA. VALOR DOS ALIMENTOS. REVISÕES QUE DEPENDEM DE INCURSÃO NA MATÉRIA FÁTICA DA LIDE (SÚMULA 7 DO STJ).
> I. Nos termos da jurisprudência consolidada do STJ, a responsabilidade dos avós em prestar alimentos é sucessiva e complementar. […] (STJ, REsp 858.506/DF, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, 4ª Turma, DJe 15.12.2008)
>
> CIVIL E PROCESSO CIVIL – RECURSO ESPECIAL – AÇÃO DE ALIMENTOS – POSSIBILIDADE ECONÔMICA DOS PAIS PARA O SUSTENTO INTEGRAL DOS FILHOS RECONHECIDA PELO TRIBUNAL LOCAL – ALEGAÇÃO DE NECESSIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO COMPLEMENTAR DA AVÓ PATERNA – IMPOSSIBILIDADE DE VERIFICAÇÃO – REEXAME DE PROVAS – SÚMULA 07/STJ – RECURSO NÃO CONHECIDO.
> 1 – A teor da jurisprudência desta Corte, "a responsabilidade dos avós de prestar alimentos aos netos não é apenas sucessiva, mas também complementar, quando demonstrada a insuficiência de recursos do genitor." (Resp 579.385/SP, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, DJ de 04/10/2004). […] (STJ, REsp 804.150/DF, Rel. Min. Jorge Scartezzini, 4ª Turma, DJ 22.05.2006)

Assim sendo, não é caso de extinção do processo sem resolução de mérito, visto que a condição financeira da genitora da Recorrente pode ser aferida durante a instrução processual, julgando-se procedente, ou não, a ação de alimentos.

Por outro lado, não deve ser acolhido o pleito de pensão provisória, visto que, do contrário, haveria supressão de instância, devendo a questão ser decidida no Juízo *a quo*.

Diante do exposto, conheço da Apelação interposta, dando-lhe parcial provimento, desfazendo a sentença fustigada, outra devendo ser prolatada após a devida instrução processual, examinando-se o mérito da demanda.

Fortaleza, 21 de novembro de 2011.

PROCESSO: 0017010.03.2009.8.06.0001
APELAÇÃO CÍVEL
APELANTE:BRADESCO AUTO/RE COMPANHIA DE SEGUROS
APELADO: RAIMUNDO PAULINO DOS SANTOS
RELATOR: DES. FRANCISCO JOSÉ MARTINS CÂMARA

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL INTERPOSTA EM SEDE DE AÇÃO DE COBRANÇA DPVAT. INVALIDEZ PERMANENTE. INDENIZAÇÃO PAGA EM VALOR INFERIOR AO DETERMINADO POR LEI. POSSIBILIDADE DE POSTULAÇÃO DA DIFERENÇA. RECONHECIMENTO DO PEDIDO. PEDIDO DE INCLUSÃO NO POLO PASSIVO DA DEMANDA DA SEGURADORA LÍDER DOS CONSÓRCIOS DO SEGURO DPVAT S/A. DESNECESSIDADE. PRELIMINAR DE CARÊNCIA DE AÇÃO POR INTERESSE DE AGIR REJEITADA. NULIDADE DE SENTENÇA POR *ULTRA PETITA*. REJEITADA. LIMITAÇÃO DA INDENIZAÇÃO COM BASE EM RESOLUÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE SEGUROS PRIVADOS – CNSP. INVIABILIDADE. VALOR DA INDENIZAÇÃO EQUIVALENTE A 40 SALÁRIOS MÍNIMOS. CORREÇÃO MONETÁRIA. TERMO INICIAL. SINISTRO. JUROS DE MORA. A PARTIR DA CITAÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA EM PARTE.

1. Descabe a inclusão no polo passivo da demanda da Seguradora Líder dos Consórcios do Seguro DPVAT S/A, pois de acordo com a legislação vigente todas as sociedades seguradoras que operam no ramo dos seguros de veículos automotores, participantes do convênio obrigatório, são responsáveis pelo pagamento do seguro DPVAT.

2. O fato de ter o apelado recebido certa quantia pela via administrativa não lhe suprime o direito de pleitear judicialmente a complementação daquele valor.

3. O apelante arguiu a preliminar de nulidade de sentença por entender que a decisão é *ultra petita.* não merece prosperar tal preliminar, pois a sentença *ultra petita* não enseja a nulidade do julgamento. Caso o juiz *a quo* venha a decidir além do

pedido pelo promovente, impõe-se que seja tal decisão revista para adequá-la ao pedido. Precedentes do STJ.
4. Não há que se falar em graduar a invalidez permanente com base na Resolução n.º 1/75 de 03/10/75, editada pelo Conselho Nacional de Seguros Privados - CNSP, pois, em se tratando de norma regulamentar, não pode esta dispor de modo diverso da Lei n.º 6.194/74, de hierarquia superior.
5. A Lei n.º 6.194/74, que criou o seguro DPVAT, alterada pela Lei n.º 8.441/92, é o texto legal que regulamenta os valores das indenizações relativas ao seguro obrigatório. O diploma legal precitado não autoriza que as Resoluções do CNPS ou de qualquer outro órgão do Sistema Nacional de Seguros Privados a regulação para fixar ou alterar os valores indenizatórios atinentes aos danos pessoais causados por veículos automotores.
6. Valor da indenização. Quarenta salários mínimos (40) vigentes na data do sinistro.
7. Por sua vez, o pagamento da indenização proporcional ao grau de invalidez do beneficiário a que se refere a seguradora, somente foi admitido com o advento da Medida Provisória n.º 451/2008, convertida na Lei n.º 11.945/2009, haja vista ter acrescentado os §§ 1º, 2º e 3º ao artigo 3º da Lei 6194/74, estabelecendo o percentual a ser aplicado no caso concreto.
8. A indenização decorrente do seguro obrigatório (DPVAT) deve ser monetariamente atualizado até o efetivo pagamento. No caso de ilícito contratual, situação do DPVAT, os juros de mora são devidos a contar da citação.
9. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA EM PARTE.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a TURMA JULGADORA DA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, por unanimidade de votos, em CONHECER da apelação cível, para dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Relator, que faz parte desta decisão.

Fortaleza, 6 de setembro de 2011

RELATÓRIO

Trata-se de Ação de Cobrança ajuizada por RAIMUNDO PAULINO DOS SANTOS em face de BRADESCO AUTO/RE COMPANHIA DE SEGUROS requerendo, em suma, a condenação da promovida ao pagamento da diferença entre o valor pago na via administrativa e a cobertura legalmente estipulada, correspondente a 40 (quarenta) salários mínimos, referente ao seguro obrigatório (DPVAT) nos casos de invalidez permanente decorrente de acidente automobilístico.

Na peça inaugural de fls. 03/16, o(a) promovente disse que sofreu um acidente automobilístico em 03/07/2004, que lhe causou invalidez permanente da mão direita, tendo direito ao recebimento da indenização do seguro obrigatório DPVAT, conforme o disposto no artigo 3º da Lei 6.194/74, antes da alteração pela Lei nº 11.482/07, que determinava que o valor do sinistro era de 40 salários mínimos para os casos ocorridos até dezembro de 2006.

Aduz que recebeu administrativamente a importância de R$ 405,00 (quatrocentos e cinco reais).

Contestação às fls. 41/87, alegando preliminarmente a inclusão da Seguradora Líder dos Consórcios de Seguro DPVAT na lide e a falta do Laudo Pericial. No mérito, alegou, em suma, a previsão da Lei 6.914/74 e a possibilidade de uma indenização em valor inferior, tendo em vista a previsão legal de um limite máximo, a plena quitação outorgada pela parte promovente,a impossibilidade de utilização do salário mínimo como fator de atualização monetária.

Sem réplica.

Na sentença de fls. 265/268, o juiz *a quo* julgou o pleito procedente, "reconhecendo neste decisório o inadimplemento na via administrativa, pelo que condeno a seguradora-ré ao pagamento da diferença devida a título de segura DPVAT, correspondente a R$ 18.060,60, corrigidos monetariamente a partir do ajuizamento, com juros moratórios de 1% ao mês a contar da citação", e ainda "Condeno, outrossim, a parte demandada ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em 15% sobre o valor da condenação".

Apelação às fls. 273/283, alegando, preliminarmente, a condenação *ultra petita*, a ilegitimidade passiva da apelante e a carência de ação por falta de interesse de agir. No mérito, alega a ausência de invalidez pela inexistência do laudo pericial e a a previsão da Lei 6.914/74 e a possibilidade de uma indenização em valor inferior, tendo em vista a previsão legal de um limite máximo .

Recebimento da apelação pelo MM. Juiz *a quo*, fls. 286.

Sem contrarrazões.

Processo sem revisão, *ex vi* art. 551 § 3º do CPC c/c o art. 34, § 3º, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.

Inclua-se na pauta de julgamento da próxima sessão desimpedida.
É o relatório.

VOTO

FUNDAMENTAÇÃO

Trata-se de recurso interposto por BRADESCO AUTO/RE COMPANHIA DE SEGUROS, com o fim de reformar a sentença proferida pelo(a) Juiz(a) da 29ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza, nos autos da Ação de Cobrança, em que julgou, procedente o pedido autoral de condenação do(a) apelada ao pagamento do seguro DPVAT.

1 - PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS:

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

A tempestividade do recurso está presente, uma vez que, o recurso foi protocolizado no prazo legal, como se verifica na publicação de fls. 270.

Quanto ao recolhimento do preparo do recurso, conforme determina o art. 511 do Código de Processo Civil, o apelante pagou as custas processuais, cujo comprovante encontra-se às fls.285.

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

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

2 – PRELIMINARES:

A princípio, cumpre discorrer sobre as preliminares suscitadas pelo apelado.

Sentença *ultra petita*:

O apelante arguiu a preliminar de nulidade de sentença por entender que a decisão é *ultra petita.* não merece prosperar tal preliminar, pois a sentença *ultra petita* não enseja a nulidade do julgamento. Caso o juiz *a quo* venha a decidir além do pedido pelo promovente, impõe-se que seja tal decisão revista para adequá-la ao pedido.

Orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça:

> LOCAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE DESPEJO.ALIENAÇÃO DO IMÓVEL LOCADO. DENUNCIAÇÃO DO CONTRATO. JULGAMENTO *ULTRA PETITA* QUE NÃO ACARRETA NULIDADE DO JULGADO, MAS APENAS DECOTE DO EXCESSO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O reconhecimento do julgamento *ultra petita* não implica a anulação do *decisum*; seu efeito é o de eliminar a parte que constitui o excesso do julgado. Precedente. 2. Agravo Regimental desprovido. (AgRg nos EDcl no REsp 1004687/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 02/12/2010, DJe 13/12/2010).

> PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – VIOLAÇÃO DOS ARTS. 168, 515 535 DO CPC – SÚMULA 284 DO STF – JULGAMENTO *EXTRA PETITA* – INOCORRÊNCIA – AUTO DE INFRAÇÃO – PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE – ÔNUS DA PROVA – PARTICULAR – BASE DE CÁLCULO DO TRIBUTO – MATÉRIA DE PROVA – SÚMULA 7 DO STJ – ISS – LISTA DE SERVIÇOS – TAXATIVIDADE – INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. 1. É deficiente a fundamentação do especial que não demonstra contrariedade ou negativa de vigência a tratado ou lei federal. Incidência da Súmula 284/STF. 2. Tem entendido esta Corte que não deve ser anulada sentença, quando possível decotar-se a parte viciada. Precedentes. 3. O auto de infração é ato administrativo que, enquanto tal, goza de presunção de veracidade e legitimidade, cabendo ao particular o ônus de demonstrar o que entende por vício. 4. A jurisprudência desta Corte firmou entendimento de que é taxativa a Lista de Serviços anexa ao Decreto-lei 406/68, para efeito de incidência de ISS, admitindo-se, aos já existentes apresentados com outra nomenclatura, o emprego da interpretação extensiva para serviços congêneres. 5. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, não provido. (REsp 1108111/PB, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/10/2009, DJe 03/12/2009)

Portanto, rejeito a preliminar.

Ilegitimidade passiva da apelada e necessidade de substituição pela Seguradora Lider:

A alegada ilegitimidade passiva da apelada, suscitada em sede de preliminar, argumentando ser a Seguradora Líder dos Consórcios de Seguro DPVAT a responsável pelo pagamento das indenizações decorrentes desse seguro obrigatório não merece guarida, considerando que qualquer seguradora integrante do sistema de Consórcio do Seguro DPVAT tem legitimidade para compor a relação processual e assumir a responsabilidade pelo adimplemento do crédito securitário, conforme determina o artigo 7º da Lei 6.194/74, *in verbis*:

> Art. 7º: A indenização por pessoa vitimada por veículo não identificado, com seguradora não identificada, seguro não realizado ou vencido, será paga nos mesmos valores, condições e prazos dos demais casos por um consórcio constituído, obrigatoriamente, por todas as sociedades seguradoras que operem no seguro objeto desta lei.

Com isso, verifica-se a existência de responsabilidade solidária entre as sociedades seguradoras. Deste modo, a Seguradora Líder não pode ser admitida como substituta processual, tendo em vista que sua criação não retira a legitimidade das sociedades empresárias seguradoras que integram o consórcio de seguro DPVAT.

Neste sentido, a jurisprudência deste Egrégio Tribunal, senão vejamos:

> EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. COBRANÇA DO SEGURO OBRIGATÓRIO. DPVAT. PRELIMINAR. ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM*. AFASTADA. INVALIDEZ PERMANENTE EM GRAU MODERADO. APLICAÇÃO DA LEI 6.194/74. APELO DESPROVIDO. 1. A ação pode ser tirada contra qualquer seguradora que opera no sistema. Rejeitada a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*. (...) Precedentes do STJ e desta Câmara. (Apelação Cível nº 124739520088060001/1 – Relator: Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes – Órgão Julgador: 3ª câmara cível/tjce – data de registro: 13/04/2011.)
>
> DIREITO CIVIL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL EM AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO DPVAT. PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* E CARÊNCIA DE AÇÃO. REJEIÇÃO. INVALIDEZ PERMANENTE. LEI Nº 6194/74. SENTENÇA MANTIDA. 1. As sociedades empresárias seguradoras que integram o consórcio de seguro DPVAT respondem solidariamente. 2. Vinculação do valor da indenização ao salário mínimo não é inconstitucional, pois não configura índice de atualização da moeda. 3. Na época do acidente não havia na legislação aplicável previsão legal autorizando o Conselho Nacional de Seguros Privados a estabelecer limites de indenização referente ao grau de invalidez do beneficiário. 4. Os juros de mora, de acordo com a Súmula nº 426 do STJ, fluem a partir da data da citação. 5. A correção monetária deve incidir a partir da data da propositura ação. 6. Sentença mantida. (Apelação 24178200780600681, FRANCISCO BARBOSA FILHO, Fortaleza, 5ª Câmara Cível, 12/07/2011)

Preliminar afastada.

Falta de interesse de agir:

Defende a apelante, em sede de preliminar, que falta interesse de agir ao apelado, tendo em vista que já fora pago administrativamente o valor da indenização

correspondente à incapacidade decorrente do sinistro, e, não há elementos que afastem a quitação ofertada.

O entendimento premencionado não encontra guarida, posto que o autor da demanda, ora apelado, visa perceber a diferença entre a quantia que já fora efetivamente paga e o valor que entende devido no caso de invalidez permanente, condição que afirma lhe ter sido imposta em decorrência do sinistro, de modo que o pagamento efetuado seria inferior ao devido, logo, o fato de ter o apelado recebido certa quantia pela via administrativa não lhe suprime o direito de pleitear judicialmente a complementação daquele valor.

A jurisprudência é farta nesse sentido:

> DIREITO CIVIL. SEGURO OBRIGATÓRIO (DPVAT). ACIDENTE DE TRÂNSITO. INVALIDEZ PERMANENTE. AUSÊNCIA DE PROVA DA DEBILIDADE. DESNECESSIDADE. PAGAMENTO PARCIAL REALIZADO NA VIA ADMINISTRATIVA. PRELIMINAR DE FALTA DE INTERESSE DE AGIR . REJEIÇÃO. CÁLCULO DA INDENIZAÇÃO. VALORES PREVISTOS NA LEI N. 6.194/74. INAPLICABILIDADE DAS RESOLUÇÕES DO CNSP. NORMA DE HIERARQUIA INFERIOR. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO . I - O pagamento realizado na esfera administrativa, ainda que parcial, torna incontroversa a existência de invalidez permanente. II - O recebimento de indenização em valor menor não prejudica o direito de complementação do seguro. O recibo passado pelo beneficiário, não equivale à renúncia. III Aplica-se o princípio *tempus regit actum*, para atribuir o valor da indenização do Seguro Obrigatório de Danos DPVAT, o acidente ocorreu em 6 de abril de 2006, quando a Lei nº 6.194/74 estava em plena vigência. O cálculo da indenização securitária deve respeitar o nela disposto, não devendo prevalecer resoluções editadas pelo Conselho Nacional de Seguro Privado (CNSP), pois hierarquicamente inferior. IV. Recurso conhecido e provido. Sentença modificada.(Apelação 5246563200880600011, JUCID PEIXOTO DO AMARAL, Fortaleza, 6ª Câmara Cível, 22/06/2011)

> PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA DE COMPLEMENTAÇÃO DO SEGURO OBRIGATÓRIO - DPVAT - MORTE DA VÍTIMA - PRELIMINAR DE FALTA DE INTERESSE DE AGIR - REJEIÇÃO - LEI Nº 6.194/74 - INDENIZAÇÃO FIXADA EM MÚLTIPLOS DE SALÁRIO MÍNIMO - POSSIBILIDADE - PRECEDENTES - CORREÇÃO MONETÁRIA A PARTIR DO PAGAMENTO PARCIAL - JUROS DE MORA - TERMO *A QUO* - DATA DA CITAÇÃO - RECURSO PROVIDO EM PARTE. A quitação dada pelo recebimento de valor a título de DPVAT, pago a menor, refere-se apenas ao montante recebido, não importando em renúncia ao direito de pleitear eventual complementação. (Apelação Cível nº 11164-13.2006.8.06.0000/0, TJCE, Rel. Des. Francisco Sales Neto, 1ª Câmara Cível, julgado em 28/10/2009, publicado em 17/11/2009).

Afasto a preliminar.

Decididas as preliminares ventiladas, passa-se a analisar as questões relativas ao mérito do apelatório em apreço.

3 – MÉRITO

O seguro DPVAT tem por objetivo garantir a satisfação de indenização das vítimas de acidentes causados por veículos automotores que circulam por vias terrestres, cobrindo danos pessoais decorrentes deste tipo de evento danoso.

O referido seguro obrigatório foi criado pela Lei n.º 6.194/74, a qual determina que todos os proprietários de veículos automotores de via terrestre, sem exceção, paguem o prêmio relativo ao seguro DPVAT.

A obrigatoriedade do pagamento garante às vítimas de acidentes com veículos o recebimento de indenizações em caso de morte e invalidez permanente, além do reembolso de despesas médicas e hospitalares, ainda que os responsáveis pelos danos causados não arquem com a reparação devida.

O que se depreende da narrativa dos fatos é que o nodo principal da querela é o ressarcimento de Seguro Obrigatório de acidente ocorrido em 3 de julho de 2004. O(A) promovente/apelado, em suma, pleiteia o pagamento da diferença entre o valor pago administrativamente em 08/03/2007, na quantia de R$ 405,00 (quatrocentos e cinco reais) e o teto determinado no Art. 3º da Lei 6.194/74, vigente na época do acidente, de 40 (quarenta) salários-mínimos.

Não há discussão sobre a existência da invalidez do(a) promovente, uma vez que ao efetuar o pagamento administrativo, após a apresentação da documentação necessária que atestasse o estado de saúde da vítima, conforme exigência legal, a seguradora apelada com o pagamento, reconheceu a invalidez da vítima, embora com pagamento parcial.

A lide versa sobre o valor pago a menor pela apelada.

Competência do CNSP para estabelecer limites de indenização:

Sobre competência do CNSP para estabelecer limites de indenização, entendo que, não há que se falar em graduar a invalidez permanente com base na Resolução n.º 1/75 de 03/10/75, editada pelo Conselho Nacional de Seguros Privados - CNSP, pois em se tratando de norma regulamentar não pode dispor de modo diverso da Lei n.º 6.194/74, de hierarquia superior que não ressalvou a gradação da indenização, de sorte que descabe a limitação da indenização com base na resolução precitada.

Dispunha o art. 3º da Lei 6.194/74, na época do sinistro que:

> Art. 3º Os danos pessoais cobertos pelo seguro estabelecido no artigo 2º compreendem as indenizações por morte, invalidez permanente e despesas de assistência médica e suplementares, nos valores que se seguem, por pessoa vitimada:
> a. 40 (quarenta) vezes o valor do maior salário-mínimo vigente no País - no caso de morte;
> b. até 40 (quarenta) vezes o valor do maior salário-mínimo vigente no País - no caso de invalidez permanente;
> c. até 8 (oito) vezes o valor do maior salário mínimo vigente no País - como reembolso à vítima - no caso de despesas de assistência médica e suplementares devidamente comprovadas.

Note-se que o dispositivo legal precitado, para o caso de invalidez, não determina que esta seja total, mas apenas permanente, não interferindo no valor da indenização o grau de incapacidade, pois na alínea "b" dispõe que em se tratando de invalidez permanente, esse valor corresponde em até quarenta (40) vezes o salário mínimo vigente no País.

Nesse sentido são os arestos a seguir transcritos:

> DPVAT. QUITAÇÃO DADA EM VIA ADMINISTRATIVA NÃO IMPEDE A DISCUSSÃO JUDICIAL ACERCA DE EVENTUAL COMPLEMENTAÇÃO DA INDENIZAÇÃO. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO SALÁRIO MÍNIMO COMO BASE PARA A AFERIÇÃO DE VALORES DA INDENIZAÇÃO DECORRENTE DO SEGURO OBRIGATÓRIO. QUANTIFICAÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO DECORRENTE DE INVALIDEZ PERMANENTE POR RESOLUÇÃO DO CNSP. NORMA DE INFERIOR ESCALA HIERÁRQUICA À LEI EM SENTIDO ESTRITO. IMPOSSIBILIDADE DE VEICULAÇÃO DE NORMAS INOVADORAS QUE NÃO ESTEJAM PREVISTAS NA LEI EM SI. APELO CONHECIDO E IMPROVIDO. 1- O fato de ter o apelado recebido certa quantia pela via administrativa não lhe retira o direito de pleitear judicialmente a complementação daquele valor. 2 - Não há na espécie qualquer afronta ao artigo 7º, inciso IV, da Constituição de 1988, pois a lei 6.194/74 não pretendeu criar forma de indexação e sim estabelecer valor certo e determinado para o pagamento das indenizações decorrentes do seguro DPVAT. 3 - A questão que se coloca a julgamento cuida da aplicação ao caso concreto do postulado constitucional da legalidade previsto no art. 5º., II, da Constituição Federal de 1988, bem como tem como pano de fundo a teoria geral do direito, devendo-se investigar se norma de inferior escala hierárquica pode complementar norma superior e, assim, tornar inteira a norma jurídica aplicável à espécie. 4 - Estes veículos normativos, ou seja, aqueles inferiores hierarquicamente à lei em sentido estrito, devem apenas trazer regras que facilitem a sua aplicação, jamais sendo possível a veiculação de normas inovadoras que não estejam previstas na lei em si. 5 - Após edição da Medida Provisória 451/2008 (convertida na lei 11.945/2009), o art. 3º. da lei 6.194/74 prevê, ele próprio, a gradação dos valores do seguro DPVAT a depender o grau da invalidez, o que levanta a suspeita de que o procedimento anterior, qual seja

o de prever tais valores em Resolução do CNSP, estaria em desacordo com o ordenamento jurídico, tanto assim que foi alterado para passar a incluir na lei as referidas quantias. 6 - Assim, esta augusta Câmara pacificou o entendimento de que para os acidentes ocorridos até 15.12.2008 (data da entrada em vigor da MP 451/2008) procede o pedido de complementação do valor pago a título de indenização do Seguro DPVAT, o qual deverá ser pago acrescido da correção monetária a partir do sinistro e juros de mora de 1% ao mês a partir da citação. 7 - Apelação conhecida e improvida. (Apelação 56576261200080600011, JOSÉ MÁRIO DOS MARTINS COELHO, Fortaleza, 6ª Câmara Cível, 13/07/2011)

CIVIL. SEGURO OBRIGATÓRIO (DPVAT). ACIDENTE DE TRÂNSITO. INVALIDEZ PERMANENTE. AUSÊNCIA DE PROVA DA DEBILIDADE. DESNECESSIDADE. PAGAMENTO REALIZADO NA VIA ADMINISTRATIVA. INVALIDEZ INCONTROVERSA. INAPLICABILIDADE DAS RESOLUÇÕES DO CNSP. NORMA DE HIERARQUIA INFERIOR. TERMO INICIAL DA ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA: A PARTIR DO PAGAMENTO A MENOR DA INDENIZAÇÃO. JUROS DE MORA: A PARTIR DA CITAÇÃO. 1. O pagamento realizado na esfera administrativa, ainda que parcial, torna incontroversa a existência de invalidez permanente, não havendo se falar em ausência de prova acerca da mesma. O recebimento de indenização em valor menor não prejudica o direito de complementação do seguro. O recibo passado pelo beneficiário, sem qualquer ressalva, não tem como consequência lógica a renúncia à quantia que sobejar. 2. O cálculo da indenização securitária deve respeitar o disposto na Lei n. 6.194/74, que regulamenta o seguro obrigatório e dispõe expressamente sobre os valores indenizatórios, não devendo prevalecer resoluções editadas pelo Conselho Nacional de Seguro Privado (CNSP), pois hierarquicamente inferior. É que, a lei se sobrepõe a normas de caráter normativo, ainda que editadas pelo órgão competente para disciplinar a forma de pagamento do seguro obrigatório. 3. Aplica-se a alteração do valor da indenização introduzida pela MP nº 340, posteriormente convertida na Lei nº 11.482/2007, a qual modificou a Lei nº 6.194/74, aos sinistros ocorridos a partir de 29/12/2006, o que ocorreu na hipótese, haja vista o acidente que foi vítima a apelada ter ocorrido em 01/04/2007, porquanto a indenização a ser aplicada é de até R$ 13.500,00 e não de 40 salários mínimos como considerado pelo juiz a quo. 4. Por sua vez, o pagamento da indenização proporcional ao grau de invalidez do beneficiário a que se refere a seguradora, somente foi admitido com o advento da Medida Provisória n.º 451/2008, convertida na Lei n.º 11.945/2009, haja vista ter acrescentado os §§ 1º, 2º e 3º ao artigo 3º da Lei 6194/74, estabelecendo o percentual a ser aplicado no caso concreto. 5. A indenização decorrente do seguro obrigatório (DPVAT) deve ser monetariamente atualizado até o efetivo pagamento. No caso de ilícito contratual, situação do DPVAT, os juros de mora são devidos a contar da citação. 6. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA EM PARTE. (Apelação cível 6940977200780600011, WASHINGTON LUIS BEZERRA DE ARAUJO, Fortaleza, 3ª Câmara Cível, 07/07/2011)

Assim, a Lei n.º 6.194/74, que criou o DPVAT é o texto legal que regulamenta os valores a serem fixados às indenizações relativas ao seguro obrigatório. Logo, inexiste autorização legal que legitime as Resoluções do CNPS ou de qualquer outro órgão do Sistema Nacional de Seguros Privados a fixar ou modificar os valores indenizatórios cobertos pelo seguro obrigatório sobre danos pessoais causados por veículos automotores.

Valor da indenização e equivalência ao salário mínimo

Vale aqui, explicitar as várias alterações ocorridas na legislação que trata do Seguro Obrigatório de Danos Pessoais causados por veículos automotores de via terrestre, ou seguro DPVAT:

> - inicialmente, a Lei 6.194, de 19.12.1974 trouxe no artigo 3º valor máximo indenizatório de 40 salários mínimos para as indenizações por morte ou invalidez permanente causados por veículos automotores;
> - em 29 de dezembro de 2006 a Medida Provisória 340 alterou o valor máximo para 13.500,00, o que foi solidificado através da Lei 11.482 em 31 de maio de 2007;
> - aos 15 dias de dezembro de 2008, a Medida Provisória 451 acresceu à Lei 6.194 tabela que estipula graduação no *quantum* indenizatório em razão daquilo que chamou percentual de perda. Posteriormente convertido na Lei 11.945 de 04 de junho de 2009.

No caso em tela, verifico que o sinistro ocorreu em 03/07/2004. Vigente à época, o art. 3º da Lei 6.194/74 previa indenização para o caso de morte ou invalidez permanente no montante equivalente a 40 (quarenta) salários mínimos.

Aqui, vale salientar que a alteração introduzida pelo art. 8º da Lei n.º 11.482/07 de 31 de maio de 2007, ao art. 3º da Lei n.º 6.194/74, estabelecendo indenização no valor de até R$ 13.500,00 (treze mil e quinhentos reais) no caso de morte ou invalidez permanente, em nada modifica a situação do(a) promovente, tendo em vista que o sinistro ocorreu em antes da entrada em vigor do referido dispositivo legal.

A modificação introduzida pela LEI 11.482/07, não pode regular o contrato tabulado entre as partes erigida sob a égide da norma anterior, sob pena de violar o nosso sistema jurídico, o qual preserva o ato jurídico perfeito, conforme estabelece o art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil.

A esse respeito é o ensinamento de Nelson Nery Júnior ao asseverar que:

> No sistema constitucional brasileiro, a eficácia retroativa das leis - (a)

> que é sempre excepcional, (b) que jamais se presume e (c) que deve necessariamente emanar de disposição legal expressa - não pode gerar lesão ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à coisa julgada. A lei nova não pode reger os efeitos futuros gerados por contratos a ela anteriormente celebrados, sob pena de afetar a própria causa - ato ou fato ocorrido no passado - que lhe deu origem. Essa projeção retroativa da lei nova, mesmo tratando-se de retroatividade mínima, incide na vedação constitucional que protege a incolumidade do ato jurídico perfeito. (NERY JÚNIOR, Nelson, *Código civil anotado e legislação extravagante, 2ª ed. rev. e ampl SP RT 2003,* p. 108 e 109.)

Quanto a impossibilidade de vinculação da indenização a determinado número de salários mínimos alegada pelo apelante, não merece guarida. Na verdade, já está pacificado na jurisprudência o entendimento segundo o qual não existe ofensa à Constituição Federal se uma sentença judicial fixa indenização em salários mínimos, desde que o valor passe a ser corrigido por índice oficial a partir de então, conforme se poderá constatar pelo julgado abaixo ementado:

> EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. SEGURO OBRIGATÓRIO (DPVAT). APLICAÇÃO DA LEI 6.194/74. EQUIVALÊNCIA EM SALÁRIO MÍNIMO À EPOCA DO DANO. TERMO *A QUO*. EVENTO DANOSO. JUROS MORATÓRIOS A PARTIR DA CITAÇÃO. SÚMULA 426. I. Acidente ocorrido em 21 de maio de 2006, durante a vigência da Lei 6.194/74, artigo 3º que determinou a indenização em até 40 salários mínimos aos acidentes automobilísticos. Diante de previsão legal expressa, não cabe ao Conselho Nacional de Seguros Privados - CNSP regulamentar matéria atinente a limites indenizatórios. II. A indenização decorrente do seguro obrigatório (DPVAT) deve ser apurada com base no valor do salário mínimo vigente na data do evento danoso, monetariamente atualizado até o efetivo pagamento e acrescido dos juros de mora a contar da citação. Recurso apelatório conhecido e provido. Sentença reformada (Apelação Cível nº 851020088060148/1 – Relator: MANOEL CEFAS FONTELES TOMAZ – Órgão Julgador: 6ª Câmara Cível/TJCE – Data de Registro: 02/05/2011.)
>
> RECURSO CÍVEL. DPVAT. RITO SUMÁRIO. COBRANÇA. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. INVALIDEZ PERMANENTE. ACOLHIMENTO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. PRELIMINAR REJEITADA. DIREITO INTERTEMPORAL. LEI 6.194/74. IRRETROATIVIDADE DA LEI 11.482/07. SALÁRIO MÍNIMO UTILIZADO COMO BASE PARA QUANTIFICAÇÃO DO MONTANTE RESSARCITÓRIO. POSSIBILIDADE. *QUANTUM* INDENIZATÓRIO FIXADO NOS TERMOS DA LEGISLAÇÃO EM VIGOR. CORREÇÃO MONETÁRIA DEVIDA A PARTIR DO EVENTO DANOSO, ATÉ A DATA DO EFETIVO PAGAMENTO. JUROS MORATÓRIOS A PARTIR DA CITAÇÃO. 1. A alegada preliminar de ilegitimidade passiva deve ser rejeitada, posto que, ao que se compreende da interpretação do art. 7º da Lei 6.194/74, qualquer

> seguradora consorciada que opere no sistema de seguro obrigatório deve pagar indenização do seguro DPVAT. PRELIMINAR REJEITADA. 2. A despeito da Lei nº 11.482/07, de 31 de maio de 2007, haver estabelecido novos valores relativo às indenizações do seguro DPVAT, no presente caso, o acidente ocorreu quando, ainda, se encontrava em vigor os valores de indenização previstos pela redação original da Lei nº 6.194/74. Assim, deve ser observada a legislação na época do sinistro, de tal sorte que se afigura inteiramente escorreito o montante indenizatório. 3. Segundo o Colendo STJ, o artigo 3º da Lei nº 6.194/74 não foi revogado pela Lei Federal nº 6.205/75, tampouco pela Lei Federal nº 6.423/77, assim subsistiu o critério de fixação da indenização em salários mínimos ali previsto, até o advento da Lei nº 11.482/07, por não se constituir em fator de correção monetária, mas simplesmente para quantificação do montante ressarcitório. RECURSO CONHECIDO, MAS DESPROVIDO. SENTENÇA CONFIRMADA. (Apelação 80881200080600921, FRANCISCO SUENON BASTOS MOTA, Fortaleza, 5ª Câmara Cível, 27/12/2010)

Deve-se ponderar que tal proibição existente na Constituição Federal e nas Leis nº 6.205/75 e nº 6.423/77, não revogou o art. 3º da Lei 6.194/74, uma vez que, estas normas apenas vedam a vinculação e a variação monetária tendo por base o salário mínimo, ou seja, a utilização deste como índice de atualização monetária, o que não é o caso dos autos, na medida em que o emprego do salário mínimo como referência tem por finalidade a fixação de um patamar indenizatório.

Correção monetária e Juros de mora.

A correção monetária visa manter o poder aquisitivo da moeda vigente no país, ou seja, é instituto que visa à recomposição do poder aquisitivo da moeda em face do processo inflacionário.

Vale transcrever os ensinamentos de José de Aguiar Dias:

> "A fórmula de atualização mais indicada, portanto, é a correção monetária, que é uma compensação à desvalorização da moeda. Constitui elemento integrante da condenação, desde que, no intervalo entre a data em que ocorre o débito e aquela em que é satisfeito, tenha ocorrido desvalorização. Se o devedor tem que pagar 100 reais e os 100 reais que ele ficou a dever não são mais, 100 reais, mas 100 reais menos a desvalorização sofrida pela moeda, é evidente que só se exonerará do débito e o credor só receberá o que lhe é devida, se o valor real, desencontrado do valor nominal, for reintegrado, mediante o acréscimo da diferença verificada.(DIAS, José de Aguiar, Da Responsabilidade Civil, XIª ed., revis., atual e amp., de acordo com Código Civil de 2002 por Rui Berford dias SP, RJ, PE: Renovar, 2006, p. 988.)"

> Esclarecedoras são as lições de Arnoldo Wald quanto à atualização monetária, transcritas a seguir:
>
> Cabe agora verificar de que forma se deverá calcular a correção monetária da indenização, de forma a assegurar que o valor real do dano seja o mais rigorosamente preservado. Trata-se de um imperativo de ordem ética e jurídica, de forma a se obter a integral reparação do dano sem privilegiar ou punir qualquer das partes envolvidas.
>
> Como já dissemos acima, a correção monetária da condenação não pode servir de benefício ao devedor, mas tampouco pode constituir em prêmio ao credor. Ela deve ser aplicada de forma a preservar e manter a essência da indenização, ajustando os números à realidade inflacionária e, consequentemente, mantendo o poder aquisitivo do dinheiro desvalorizado.
>
> (...)
>
> Sendo assim, sempre que houver depreciação monetária entre o momento da fixação do montante pecuniário da indenização e o instante do pagamento, a expressão nominal do dinheiro deve ser reajustada para que continue a traduzir o valor intrínseco do dano a reparar (WALD, Arnoldo. Correção monetária de condenação judicial em ação de responsabilidade civil. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 104, n. 26, p. 133-149, out.- dez2001)

Portando, o valor indenizatório deverá ser corrigido monetariamente pelo IGP-M desde a data do sinistro.

No que tange aos juros moratórios, de acordo com a Súmula nº 426 do Superior Tribunal de Justiça, o seu termo inicial flui a partir da data da citação e não da data do pagamento parcial.

Eis o teor do enunciado:

> "Súmula nº 426: Os juros de mora na indenização do seguro DPVAT fluem a partir da citação".

Como se observa, não cabe fixar o pagamento ocorrido na via administrativa como termo a quo para a incidência dos juros de mora, posto que, em se tratando de ato ilícito contratual, os juros incidem a partir da citação válida (art. 405 CC/02 e Súmula 426 STJ).

Vale transcrever algumas decisões deste Egrégio Tribunal:

> DPVAT. QUITAÇÃO DADA EM VIA ADMINISTRATIVA NÃO IMPEDE A DISCUSSÃO JUDICIAL ACERCA DE EVENTUAL COMPLEMENTAÇÃO DA INDENIZAÇÃO. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO SALÁRIO MÍNIMO COMO BASE PARA A

AFERIÇÃO DE VALORES DA INDENIZAÇÃO DECORRENTE DO SEGURO OBRIGATÓRIO. QUANTIFICAÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO DECORRENTE DE INVALIDEZ PERMANENTE POR RESOLUÇÃO DO CNSP. NORMA DE INFERIOR ESCALA HIERÁRQUICA À LEI EM SENTIDO ESTRITO. IMPOSSIBILIDADE DE VEICULAÇÃO DE NORMAS INOVADORAS QUE NÃO ESTEJAM PREVISTAS NA LEI EM SI. APELO CONHECIDO E IMPROVIDO. 1- O fato de ter o apelado recebido certa quantia pela via administrativa não lhe retira o direito de pleitear judicialmente a complementação daquele valor. 2 - Não há na espécie qualquer afronta ao artigo 7º, inciso IV, da Constituição de 1988, pois a lei 6.194/74 não pretendeu criar forma de indexação e sim estabelecer valor certo e determinado para o pagamento das indenizações decorrentes do seguro DPVAT. 3 - A questão que se coloca a julgamento cuida da aplicação ao caso concreto do postulado constitucional da legalidade previsto no art. 5º., II, da Constituição Federal de 1988, bem como tem como pano de fundo a teoria geral do direito, devendo-se investigar se norma de inferior escala hierárquica pode complementar norma superior e, assim, tornar inteira a norma jurídica aplicável à espécie. 4 - Estes veículos normativos, ou seja, aqueles inferiores hierarquicamente à lei em sentido estrito, devem apenas trazer regras que facilitem a sua aplicação, jamais sendo possível a veiculação de normas inovadoras que não estejam previstas na lei em si. 5 - Após edição da Medida Provisória 451/2008 (convertida na lei 11.945/2009), o art. 3º. da lei 6.194/74 prevê, ele próprio, a gradação dos valores do seguro DPVAT a depender o grau da invalidez, o que levanta a suspeita de que o procedimento anterior, qual seja o de prever tais valores em Resolução do CNSP, estaria em desacordo com o ordenamento jurídico, tanto assim que foi alterado para passar a incluir na lei as referidas quantias. 6 - Assim, esta augusta Câmara pacificou o entendimento de que para os acidentes ocorridos até 15.12.2008 (data da entrada em vigor da MP 451/2008) procede o pedido de complementação do valor pago a título de indenização do Seguro DPVAT, o qual deverá ser pago acrescido da correção monetária a partir do sinistro e juros de mora de 1% ao mês a partir da citação. 7 - Apelação conhecida e improvida. (Apelação 56576261200080600011, JOSÉ MÁRIO DOS MARTINS COELHO, Fortaleza , 6ª Câmara Cível, 13/07/2011).

CIVIL. SEGURO OBRIGATÓRIO (DPVAT). ACIDENTE DE TRÂNSITO. INVALIDEZ PERMANENTE. AUSÊNCIA DE PROVA DA DEBILIDADE. DESNECESSIDADE. PAGAMENTO REALIZADO NA VIA ADMINISTRATIVA. INVALIDEZ INCONTROVERSA. INAPLICABILIDADE DAS RESOLUÇÕES DO CNSP. NORMA DE HIERARQUIA INFERIOR. TERMO INICIAL DA ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA: A PARTIR DO PAGAMENTO A MENOR DA INDENIZAÇÃO. JUROS DE MORA: A PARTIR DA CITAÇÃO. 1. O pagamento realizado na esfera administrativa, ainda que parcial, torna incontroversa a existência de invalidez permanente, não havendo se falar em ausência de prova acerca da mesma. O recebimento de indenização em valor menor não prejudica o direito de complementação do seguro. O recibo passado pelo beneficiário, sem qualquer ressalva, não tem como consequência lógica a renúncia à quantia que sobejar. 2. O cálculo da

indenização securitária deve respeitar o disposto na Lei n. 6.194/74, que regulamenta o seguro obrigatório e dispõe expressamente sobre os valores indenizatórios, não devendo prevalecer resoluções editadas pelo Conselho Nacional de Seguro Privado (CNSP), pois hierarquicamente inferior. É que, a lei se sobrepõe a normas de caráter normativo, ainda que editadas pelo órgão competente para disciplinar a forma de pagamento do seguro obrigatório. 3. Aplica-se a alteração do valor da indenização introduzida pela MP nº 340, posteriormente convertida na Lei nº 11.482/2007, a qual modificou a Lei nº 6.194/74, aos sinistros ocorridos a partir de 29/12/2006, o que ocorreu na hipótese, haja vista o acidente que foi vítima a apelada ter ocorrido em 01/04/2007, porquanto a indenização a ser aplicada é de até R$ 13.500,00 e não de 40 salários mínimos como considerado pelo juiz a quo. 4. Por sua vez, o pagamento da indenização proporcional ao grau de invalidez do beneficiário a que se refere a seguradora, somente foi admitido com o advento da Medida Provisória n.º 451/2008, convertida na Lei n.º 11.945/2009, haja vista ter acrescentado os §§ 1º, 2º e 3º ao artigo 3º da Lei 6194/74, estabelecendo o percentual a ser aplicado no caso concreto. 5. A indenização decorrente do seguro obrigatório (DPVAT) deve ser monetariamente atualizado até o efetivo pagamento. No caso de ilícito contratual, situação do DPVAT, os juros de mora são devidos a contar da citação. 6. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA EM PARTE. (Apelação cível 6940977200780600011, WASHINGTON LUIS BEZERRA DE ARAUJO, Fortaleza, 3ª Câmara Cível , 07/07/2011).

Honorários advocatícios

Sobre os honorários é de se respeitar as regras contidas no art. 20, §§ 3º e 4º do CPC, devendo ser analisado o grau de complexidade, tempo exigido para o serviço, zelo e instrução do processo para graduação fixa ou percentual do valor da causa.

DISPOSITIVO

Diante do exposto, conheço do recurso, para dar-lhe parcial provimento, reformando a sentença recorrida para condenar a apelante ao pagamento da indenização em 40 (quarenta) Salários Mínimos, a ser apurado com base no valor do salário estabelecido na data do evento danoso, deduzindo-se desse montante os valores já recebidos pelo(a) promovente. Juros de mora devidos a partir da citação e correção monetária a partir da data do efetivo prejuízo, mantendo os demais capítulos da sentença *a quo*.

É como voto.

Fortaleza, 6 de setembro de 2011

Nº PROCESSO: 0004434-59.2000.8.06.0173
TIPO DO PROCESSO: APELAÇÃO CÍVEL – 2ª Vara de Tianguá
APELANTE: JUVENCIO CARLOS DE ARAUJO e OUTRO
APELADO: BANCO DO BRASIL S/A
RELATOR: DES. DURVAL AIRES FILHO
AJ002

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CAUTELAR. PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO. AÇÃO SECUNDÁRIA QUE NÃO SUBSISTE SEM A PRINCIPAL. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO.

1. A extinção do processo principal, definitivamente julgado e arquivado, implica a perda de objeto da respectiva ação cautelar preparatória.

2. Decretação de extinção do processo sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, inc. VI, do CPC. APELAÇÃO CONHECIDA PORÉM IMPROVIDA. Precedentes desta Relatoria (Apelação Cível nº. 0585491-73.2000.8.06.0001 e 0520380-45.2000.8.06.0001)

ACÓRDÂO

ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos os autos da Apelação Cível nº. 0004434-59.2000.8.06.0173, em que figuram, como Apelantes JUVENCIO CARLOS DE ARAUJO e OUTRO e, como Apelado BANCO DO BRASIL S/A, ACORDAM os Desembargadores desta 7ª Câmara Cível, em votação unânime, pelo CONHECIMENTO e IMPROVIMENTO DO APELO, tudo nos termos do voto do Desembargador Relator.

RELATÓRIO

Examinada, trata-se de Apelação Cível na Ação Cautelar de Caução c/c Substituição de Garantia, ajuizada por JUVENCIO CARLOS DE ARAÚJO e FRANCISCO DAS CHAGAS DE ABREU contra BANCO DO BRASIL S/A, em que os Autores afirmam que firmaram com o Promovido, um contrato de abertura de crédito no valor de R$ 26.974,68 (vinte e seis mil, novecentos e setenta e quatro e sessenta e oito centavos), e que, objetivando quitar suas dívidas, os Autores ofertaram duas Apólices da Dívida Pública Federal, mas que o banco Réu recusou, sem qualquer fundamento legal. Requereu ao final, que a Apólice seja aceita pelo valor de face atualizado, para o

pagamento do débito com o banco Promovido.

Em contestação de fls. 142/160, a banco Réu argumenta, preliminarmente, da inépcia da inicial, pela flagrante impossibilidade jurídica do pedido. No mérito, alega da prescrição das apólices da dívida pública oferecidas; do desvirtuamento do processo cautelar; e, da inaplicabilidade das regras dos arts. 620 e 655, III do CPC.

Na ocasião, o douto Juízo monocrático prolatou sentença julgando improcedente a Ação por não vislumbrar presente a "fumaça do bom direito" e, condenou os Autores ao pagamento de custas e honorários advocatícios em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa.

É o que se lê às fls. 297/302.

Irresignado com a decisão, o Promovente interpôs recurso de Apelação, sustentando que o Estado tem obrigação de garantir o resgate dos títulos públicos e sendo estes resgatáveis, se prestam para o postulado.

É o conteúdo das fls. 314/317.

Contrarrazões de fls. 324/326.

Feito concluso a este Relator em 07 de outubro de 2011, tendo em vista o teor da Portaria nº. 154/2011.

Deixo de abrir vista à Procuradoria Geral de Justiça por não existir manifesto interesse público relevante, nos termos do inciso XIII, do art. 53 do Regimento Interno desta Corte.

É o relatório.

À douta Revisão.

Fortaleza, 31 de maio de 2012

VOTO

Antes de qualquer iniciativa, conheço do recurso por estar presentes todos os requisitos de admissibilidade.

Observa-se dos autos que o Recorrente utilizou-se do processo cautelar para tentar caucionar as Apólices da Dívida Pública ofertadas, pelo valor de face devidamente corrigido e acrescido de juros, mas que, analisando a existência da Ação Principal, verificou-se que esta, já encontra-se arquivada definitivamente desde 29 de fevereiro de 2008, devendo ser então, extinta a Ação Cautelar em apreço, pela perda de seu objeto, já que esta consiste em assegurar a efetividade de um futuro provimento judicial a ser proferido na ação principal, que é uma ação diversa da primeira.

As medidas cautelares não são autônomas e sua eficácia fica adstrita a providências que possivelmente serão concretizadas em um outro processo, objetivando assegurar a tutela jurisdicional dessa outra ação principal, conferindo-lhe efetividade,

eficácia e utilidade.

Então, é necessário que o ajuizamento da ação cautelar esteja respaldada em uma outra ação, cuja efetividade objetiva garantir, sendo imprescindível, quando se tratar de procedimento preparatório, a indicação dessa ação na inicial.

Nesse sentido, a lição basilar do eminente jurista Humberto Theodoro Júnior:

> "Não se pode evidentemente entender o processo cautelar senão ligado a um outro processo, posto que as medidas preventivas não são satisfativas, mas apenas preservativas de situações necessárias para que o processo principal alcance resultado realmente útil. É instrumental a função cautelar, porque não se liga à declaração de direito, nem promove a eventual realização dele; e só atende, provisória e emergencialmente, a uma necessidade de segurança, perante uma situação que se impõe como relevante para a futura atuação jurisdicional definitiva". (Curso de Direito Processual Civil, Ed. Forense, 34ª ed., vol. II, pág.347).

O Superior Tribunal de Justiça tem sua jurisprudência assentada no sentido de que o ajuizamento da ação cautelar deve, necessariamente, estar ligada a uma ação principal, não sendo possível atribuir-lhe caráter satisfativo, pois, caso contrário, estaria se permitindo que decisão baseada apenas em indícios de direito, surta efeitos de maneira definitiva.

Portanto, a ação cautelar é instrumental e provisória, ou seja, não tem caráter satisfativo, objetivando, tão somente, preservar uma situação que possibilitará ao juiz entregar, no processo principal, a prestação jurisdicional definitiva. Assim, o que se julga na ação cautelar é apenas o risco para a efetividade ou utilidade do processo principal, e, jamais, se a parte tem, ou não, o direito subjetivo material que pretende opor à parte contrária, cuja solução fica reservada ao processo cognitivo.

No caso em apreço, estando a Ação Declaratória Constitutiva c/c Dação em Pagamento e Revisional de Contrato (Proc. nº. 4437-14.2000.8.06.0173/0) arquivada definitivamente, é certo que este Ação Cautelar perdeu o objeto.

No sentido da extinção da cautelar por ausência de ação principal, vejamos os seguintes arestos:

> "PROCESSUAL CIVIL. SFH. AÇÃO CAUTELAR INCIDENTAL. EXTINÇÃO E ARQUIVAMENTO DO PROCESSO PRINCIPAL. PERDA DO OBJETO.
> 1. A extinção do processo principal, definitivamente julgado e arquivado, implica a perda de objeto da respectiva ação cautelar preparatória (CPC, arts. 807 e 808, III).CPC807808III2. Processo extinto sem resolução de mérito, ante a ausência de interesse processual (art. 267, VI, do CPC)". (TRF 1ª Região. Processo nº. 2007.36.00.010155-7, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOÃO BATISTA MOREIRA, Data de Julgamento: 05/10/2011, QUINTA TURMA)

> "PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO CAUTELAR - JULGAMENTO DA AÇÃO PRINCIPAL - CAUTELAR E RECURSOS CORRESPONDENTES PREJUDICADOS POR PERDA DE OBJETO - LITIGIOSIDADE - HONORÁRIOS DEVIDOS PELA REQUERENTE.
> 1. Processo cautelar. Instrumentalidade e a acessoriedade. Por intermédio do processo cautelar há de se buscar medida assecuratória do resultado prático almejado no feito principal, ou seja, medida capaz de assegurar a eficácia do próprio processo principal, ao qual o cautelar, inequivocamente, deve servir. O processo cautelar é subordinado ao feito principal, do qual sempre depende. O provimento cautelar visa assegurar a eficácia do resultado do processo principal, estabelecendo com este uma relação de instrumentalidade.
> 2. A consulta ao sistema processual informatizado dá conta de ter sido definitivamente julgada a ação principal de rito ordinário, encontrando-se atualmente no arquivo. Julgada a ação principal, considera-se prejudicada a medida cautelar relativa em razão da falta de interesse superveniente do requerente, bem como, os recursos correspondentes, posto não subsistir a instrumentalidade a ensejar o exame da pretensão de natureza cautelar.
> 3. Litigiosidade. Deverá a parte autora arcar com as custas e honorários advocatícios. Mantida a condenação fixada pelo juízo de primeiro grau em R$ 250,00 (duzentos e cinqüenta reais)". (TRF 3ª Região. Proc. nº. 98.03.020619-2, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL LAZARANO NETO, Data de Julgamento: 27/11/2008, SEXTA TURMA)

> "PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR INCIDENTAL À AÇÃO RESCISÓRIA. JULGAMENTO DA AÇÃO PRINCIPAL. PERDA DE OBJETO. - JULGADA DEFINITIVAMENTE E JÁ ARQUIVADA A AÇÃO RESCISÓRIA, RESTA SEM OBJETO A AÇÃO CAUTELAR QUE LHE É INCIDENTAL. - MEDIDA CAUTELAR PREJUDICADA". (TRF 5ª Região. Proc. nº. 99.05.57530-8, Relator: Desembargador Federal Ubaldo Ataíde Cavalcante, Data de Julgamento: 20/11/2001, Pleno)

A ação cautelar é sempre dependente do processo principal e visa apenas garantir a eficácia da futura prestação jurisdicional.

Assim, a extinção da cautelar sem resolução do mérito é medida que se impõe face ao julgamento e arquivamento definitivo da Ação Principal.

Ante aos fundamentos fáticos e jurídicos apresentados, CONHEÇO da presente Apelação, mas para NEGAR-LHE PROVIMENTO, determinando a extinção da presente Ação Cautelar, pela perda superveniente do objeto, nos termos do art. 267, inc. VI, do CPC.

É como voto. É como me posiciono.

Fortaleza, 14 de agosto de 2012.

PROCESSO Nº 45127-43.2005.8.06.0001/1.
APELAÇÃO CÍVEL.
APELANTE: COMPANHIA ENERGÉTICA DO CEARÁ - COELCE.
APELADO: CENTRO DE APOIO AO CIDADÃO - CEACI.
RELATOR: DESEMBARGADOR FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA.

EMENTA: APELAÇÃO. CONDICIONAR O RESTABELECIMENTO DO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA AO PAGAMENTO DOS DÉBITOS DE TERCEIRO. AUSÊNCIA DE ATO ILÍCITO. EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO. DANO MORAL. INOCORRÊNCIA. SENTENÇA REFORMADA. APELO DA RÉ PARCIALMENTE PROVIDO. RECURSO ADESIVO PREJUDICADO.

1. A apelante é concessionária de serviço público, enquadrando-se, portanto, na hipótese de responsabilidade objetiva prevista no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, sendo necessária para a condenação à reparação de danos a comprovação do ato ilícito, dos prejuízos sofridos e do nexo de causalidade entre eles.

2. Ausente o ato ilícito a embasar o pedido de indenização por danos morais, uma vez que a COELCE, ao exigir do autor a documentação comprobatória do seu vínculo com o imóvel recém-adquirido, atuou em conformidade com as disposições constantes na Resolução nº 456/2000 da ANEEL, vigente à época dos fatos. Assim, conclui-se que, como não existe um dos requisitos indispensáveis para configuração da responsabilidade objetiva da prestadora de serviço público, deve ser afastada a condenação ao pagamento da reparação por danos morais.

3. O artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil determina que o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito.

4. Por estar comprovado nestes autos o vínculo do CEACI com o imóvel locado (contrato de locação de fls. 16-17), conserva-se a decisão recorrida no que se refere ao restabelecimento do fornecimento de energia elétrica ao imóvel descrito na exordial e à declaração de inexistência da relação jurídica entre o autor e Yolanda Zila Santana de Araújo.

5. Tendo em vista o fato de autor e ré haverem decaído de partes iguais do pedido, os ônus da sucumbência devem ser repartidos, aplicando-se, assim, o art. 21, *caput*, do Código de Processo Civil.
6. Apelo parcialmente provido. Compensação dos honorários advocatícios, devido à ocorrência de sucumbência recíproca.
7. Recurso adesivo prejudicado.

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores integrantes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por uma de suas Turmas, unanimemente, em conhecer da apelação, **para dar-lhe parcial provimento**, e em declarar prejudicado o recurso adesivo, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação cível interposta pela Companhia Energética do Ceará - COELCE em face de sentença (fls. 318-320), integrada pela decisão de fl. 331, ambas proferidas pelo Juízo da 28ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza/CE, que julgou procedente o pleito formulado pelo Centro de Apoio ao Cidadão - CEACI nos autos do processo nº 2005.0016.2971-0.

Na inicial (fls. 02-11), o CEACI sustenta que, após celebrar com Iraide Santana de Araújo o contrato de locação (fls. 16-17) do imóvel situado na Rua Capitão Olavo, nº 897-B, Aerolândia, dirigiu-se à COELCE para restabelecer o fornecimento de energia elétrica no referido local, o que lhe foi negado em virtude de existirem débitos pretéritos em nome de Yolanda Zila Santana de Araújo.

Empós a formação do contraditório (contestação de fls. 50-74) e o regular trâmite processual, o magistrado singular, às fls. 318-320, julgou procedente a pretensão autoral, determinando a religação da energia elétrica no imóvel locado, reconhecendo a inexistência de relação jurídica entre o autor e Yolanda Zilá Santana de Araújo, e condenando a parte promovida ao pagamento da indenização por danos morais fixada em R$ 1.000,00 (hum mil reais).

Contra essa decisão, o demandante opôs embargos de declaração (fls. 321-322), os quais foram conhecidos e providos, sendo sanados o erro material e a omissão apontada, para condenar a COELCE ao adimplemento da verba sucumbencial arbitrada em R$ 200,00 (duzentos reais).

Irresignada com o teor desse *decisum*, a COELCE interpôs apelação (fls. 333-341), aduzindo: *a)* inexistir qualquer ilicitude na sua conduta a ensejar a reparação

pelos supostos danos morais, uma vez que o restabelecimento da energia elétrica está condicionado à instauração de procedimento administrativo de troca de titularidade, o que não foi providenciado pela recorrida; *b)* não haver a comprovação dos infortúnios morais sofridos pela apelada; e *c)* ser aplicável, quando da fixação dos honorários advocatícios, a regra do artigo 20, §3º, do CPC.

Contrarrazões às fls. 345-347.

Às fls. 349-354, a recorrida apresentou recurso adesivo, requerendo a majoração do *quantum* indenizatório e da verba sucumbencial.

Inexistindo interesse público a que alude o art. 53, VI, do Regimento Interno deste Tribunal, deixei de submeter o feito à Procuradoria-Geral de Justiça.

É o relatório.

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do apelo.

Compulsando os autos, verifico que o cerne desta insurgência recursal se restringe à análise da legalidade da conduta da COELCE, que supostamente condicionou o restabelecimento do fornecimento de energia elétrica para o imóvel locado pelo CEACI ao pagamento dos débitos pretéritos em nome de Yolanda Zila Santana de Araújo, e do cabimento do pedido de indenização pelos eventuais danos morais oriundos dessa circunstância.

A Resolução nº 456/2000 da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, vigente à época dos fatos, ao versar sobre as condições gerais de fornecimento de energia elétrica, dispõe que:

> Art. 4º A concessionária poderá condicionar a ligação, religação, alterações contratuais, aumento de carga ou contratação de fornecimentos especiais, solicitados por quem tenha quaisquer débitos no mesmo ou em outro local de sua área de concessão, à quitação dos referidos débitos.
> §1º A concessionária não poderá condicionar a ligação de unidade consumidora ao pagamento de débito que não seja decorrente de fato originado pela prestação do serviço público de energia elétrica ou não autorizado pelo consumidor, no mesmo ou em outro local de sua área de concessão, exceto nos casos de sucessão comercial.
> **§2º A concessionária não poderá condicionar a ligação de unidade consumidora ao pagamento de débito pendente em nome de terceiros.** (Destaques)

Mais adiante, o artigo 113 estabelece as hipóteses de encerramento da relação contratual entre a concessionária e o consumidor. Veja-se:

> Art. 113. O encerramento da relação contratual entre a concessionária e o consumidor será efetuado segundo as seguintes características e condições:
> I - por ação do consumidor, mediante pedido de desligamento da unidade consumidora, observado o cumprimento das obrigações previstas nos contratos de fornecimento, de uso do sistema e de adesão, conforme o caso; e
> **II - por ação da concessionária, quando houver pedido de fornecimento formulado por novo interessado referente a mesma unidade consumidora.** […] (Destaques)

Depreende-se, portanto, que o pedido formulado por um novo interessado, em relação a uma determinada unidade consumidora, culmina no encerramento da relação contratual firmada entre a concessionária e o proprietário anterior e, por conseguinte, impossibilita a suspensão do fornecimento de energia elétrica em face do novel consumidor.

Com efeito, em consonância com as considerações apresentadas na Resolução Normativa nº 58/2004 da ANEEL, esse regramento simplificado de mudança da titularidade dificultou o combate à inadimplência, uma vez que a regulamentação vigente proíbe à concessionária condicionar a transferência de titularidade à regularização de débitos pendentes em nome de terceiros

Desse modo, com vistas a resguardar as prestadoras de serviço público e assegurar um maior rigor na troca da titularidade da unidade consumidora, a ANEEL editou a citada Resolução Normativa nº 58/2004, que incluiu as alíneas *j* e *l* e o §3º ao artigo 3º da Resolução nº 456/2000, *in verbis*:

> Art. 3º Efetivado o pedido de fornecimento à concessionária, esta cientificará ao interessado quanto à:
> [...]
> II - eventual necessidade de:
> [...]
> j) apresentação de documento que comprove a propriedade do imóvel, para fins de transferência da titularidade sobre unidade consumidora; e
> **l) apresentação de documento que comprove a locação do imóvel, para fins de transferência das obrigações perante a unidade consumidora, nos termos do art. 23, inciso VIII, da Lei n o 8.245, de 18 de outubro de 1991 (Lei do inquilinato).**
> **§3º A concessionária poderá exigir o documento a que se referem" as alíneas "j" ou "l" do inciso II somente quando existirem débitos remanescentes vinculados à unidade consumidora, exceto para as unidades classificadas como residencial baixa renda.** (Destaques)

Como se vê, tornou-se indispensável para o procedimento de mudança da titularidade da unidade consumidora a apresentação de documento que comprove a propriedade do imóvel ou a sua locação.

Nesse sentido, o PCO nº 03/2001 (fls. 84-114) atende as disposições

transcritas acima no tocante à exigibilidade da comprovação da locação do imóvel para que seja realizada a transferência da titularidade da unidade consumidora e para que seja restabelecido o fornecimento de energia. Veja-se:

> "DEFINIÇÕES
> […]
> **Troca de Titularidade com liberação de débito – é a troca da titularidade quando existe débito na unidade consumidora, porém o novo interessado comprova através de documentos que o mesmo não é de sua responsabilidade.**
> […]
> 5. ATENDIMENTO A PEDIDO DE FORNECIMENTO DE ENERGIA COM TROCA DE TITULARIDADE COM LIBERAÇÃO DE DÉBITO (CLD)
> 5.1. PRÉ-REQUISITOS PARA ATENDER PEDIDO DE FORNECIMENTO COM TROCA DE TITULARIDADE COM LIBERAÇÃO DE DÉBITO (CLD)
> **5.1.1. O pedido de fornecimento deverá ser formalmente solicitado por escrito, conforme modelo anexo VIII, pelo interessado (futuro titular) ou pelo seu representante legalmente d**5.1.2. Interessado não poderá ter débito vencido em outras unidades consumidoras;
> **5.1.3. O interessado deverá comprovar através de documentos, (*) a data em que passou a ser o responsável pela unidade consumidora, exceto para os casos em que o mesmo comprove através da apresentação do NIS, (NÚMERO DE INDENTIFICAÇÃO SOCIAL) que é beneficiário dos programas sociais do Governo Federal, e, portanto a unidade consumidora deverá ser enquadrada na classe residencial baixa renda.**
> […]
> 5.2.2.1. Caso de aluguel, compra do imóvel, e pedido de liberação para o proprietário do imóvel.
> Solicitar ao interessado os seguintes documentos:
> […]
> b) Atendente deverá solicitar documentos (*) que comprovem o vínculo do interessado ao imóvel, exceto para os casos em que o mesmo comprove através da apresentação do NIS, (NÚMERO DE INDENTIFICAÇÃO SOCIAL) que é beneficiário dos programas sociais do Governo Federal, e, portanto a unidade consumidora deverá ser enquadrada na classe residencial baixa renda. […] (Destaques)

Infere-se, por conseguinte, que para ocorrer a mudança da titularidade da unidade consumidora, é imprescindível a instauração do procedimento formal estipulado no PCO nº 03/2001, em conformidade com as disposições constantes na Resolução nº 456/2000 da ANEEL.

Por tais motivos, não há falar em qualquer ilegalidade na conduta da COELCE, que exigiu do autor, ora apelado, a documentação comprobatória do seu vínculo com o imóvel recém-adquirido, e que, caso tais documentos não fossem

apresentados, condicionou a transferência da titularidade ao pagamento das dívidas pendentes.

Na espécie, a apelante é concessionária de serviço público, enquadrando-se, pois, na hipótese de responsabilidade objetiva prevista no art. 37, § 6º, da Constituição Federal[1], sendo necessária para a condenação à reparação de danos a comprovação do ato ilícito, dos prejuízos sofridos e do nexo de causalidade entre eles.

Destarte, o autor, ora apelado, não se desincumbiu do ônus de provar as suas alegações, a teor do art. 333, inc. I, do CPC[2], porquanto não acostou aos presentes fólios a documentação necessária para comprovar a instauração do procedimento administrativo de solicitação da alteração da titularidade da unidade consumidora e a negativa de restabelecimento da energia elétrica por parte da COELCE.

Diante das considerações delineadas acima, tendo em vista que a apelante apenas atuava no exercício regular de um direito, a fim de se proteger contra a inadimplência da consumidora anterior e a eventual fraude na mudança da titularidade do imóvel, concluo não estar caracterizada qualquer ilicitude na conduta da COELCE, razão pela qual é indevida a sua condenação ao pagamento da indenização por danos morais.

Vale esclarecer, entretanto, que está devidamente comprovado nestes autos o vínculo do CEACI com o imóvel locado (contrato de locação de fls. 16-17), bem como a data a partir da qual este passou a ser responsável pelo adimplemento dos gastos com a energia elétrica.

Dessa forma, conservo o *decisum* adversado no que se refere ao restabelecimento do fornecimento de energia elétrica ao imóvel descrito na exordial e à declaração de inexistência da relação jurídica entre o autor e Yolanda Zila Santana de Araújo.

Em face do exposto, conheço da apelação interposta, **para dar-lhe parcial provimento**, com o fim de julgar parcialmente procedente o pleito autoral, mantendo a sentença recorrida, no que tange ao restabelecimento do fornecimento de energia elétrica ao imóvel descrito na exordial e à declaração de inexistência da relação jurídica entre o autor e Yolanda Zila Santana de Araújo, e afastando a condenação da apelante ao pagamento da indenização por danos morais.

Provida a apelação no tocante à desconstituição da condenação à reparação dos danos morais, fica prejudicado o recurso adesivo da parte que pretendia a majoração da indenização e da verba sucumbencial.

Como consectário do acolhimento da apelação nos moldes expressos acima, mister compensar os honorários advocatícios, tendo em vista a ocorrência de sucumbência recíproca (art. 21, *caput*, do CPC[3]), pelo fato de autor e réu haverem decaído de partes iguais do pedido, nos termos da Súmula nº 306/STJ[4].

É como voto.
Fortaleza, 24 de setembro de 2012

[1] CF/1988, 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: […] §6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

[2] CPC, Art. 333. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; […]

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

[4] STJ Súmula nº 306 do STJ. Os honorários advocatícios devem ser compensados quando houver sucumbência recíproca, assegurado o direito autônomo do advogado à execução do saldo sem excluir a legitimidade da própria parte.

PROCESSO Nº: 462128-52.2000.8.06.0000/0
TIPO DO PROCESSO: APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO EM EMBARGOS DO DEVEDOR
COMARCA**:** FORTALEZA
APELANTE: MUNICÍPIO DE FORTALEZA-CE.
APELADA: INCORPORADORA PATRIOLINO RIBEIRO S/A (INCORPA)
RECORRENTE: JUIZ DE DIREITO DA 4ª VARA DAS EXECUÇÕES FISCAIS
RECORRIDA: INCORPORADORA PATRIOLINO RIBEIRO S/A (INCORPA)
RELATOR: FRANCISCO AURICÉLIO PONTES

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DO IPTU E DA TLP. NÃO SUBMISSÃO DA MATÉRIA AO ÓRGÃO ESPECIAL. INTELIGÊNCIA DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 482 DO CPC. PROGRESSIVIDADE EXTRAFISCAL – INADMISSIBILIDADE ANTES DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 29/2000. CDA – AUSÊNCIA DE PROVA QUANTO A INCIDÊNCIA DOS DISPOSITIVOS INCONSTITUCIONAIS. SENTENÇA REFORMADA.

1.Nos termos do art. 481, parágrafo único, da Lei Adjetiva Civil, o órgão fracionário dos tribunais não submeterá ao conhecimento do órgão especial a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, quando sobre a matéria já houver pronunciamento do próprio Sodalício ou do STF.

2.Caso em que a inconstitucionalidade foi proclamada pelo Excelso Supremo Tribunal Federal, conforme **Súmula 668, em razão** da progressividade do IPTU, antes da Ementa Constitucional nº 29/2000, em razão da capacidade contributiva ou da aplicação da TLP - taxa de limpeza pública.

3.Embargos opostos à CDA cujo tributo se refere aos anos de 1990 a 1994, portanto a cobrança é anterior a aludida EC. No entanto, não consta da aludida CDA nenhuma referência à TLP, nem aos dispositivos julgados inconstitucionais. A ausência de prova capaz de negar a certeza, a liquidez e a exigibilidade da CDA, resulta em sua validade.

4.Sentença reformada.

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da autos da apelação/ reexame necessário nº 462128-52.2000.8.06.0000/0, em que figuram as partes retro indicadas.

ACORDA a 2ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer da apelação cível e do reexame necessário para lhes dar provimento, de acordo com o voto do relator.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação cível e reexame necessário para apreciação de sentença prolatada em sede de embargos do devedor, fls. 293/300, na qual foi julgado procedente o pedido para afastar a cobrança do tributo – IPTU - em face da incidência de alíquota progressiva e da TLP - Taxa de Limpeza Pública.

Levado o processo a julgamento por esta 2ª Câmara Cível, às fls. 379/385 foi lavrado acórdão com a declaração incidente de inconstitucionalidade, cujos atos normativos eram o fundamento da cobrança progressiva do IPTU em razão da capacidade contributiva.

Na aludida sessão de julgamento, fl. 378, ocorrida em 1º de outubro de 2003, foi suspenso o julgamento da remessa oficial e do apelo para se submeter o conhecimento da inconstitucionalidade ao órgão pleno deste Sodalício.

No entanto, o tempo decorrido desde o julgamento antes mencionado, em combinação com o princípio da economia processual e, ainda, a aplicação ao caso da regra do parágrafo único do art. 481 do CPC, não mais admite a submissão da matéria ao órgão pleno, porquanto sobre a mesma inconstitucionalidade já se manifestou este Tribunal e o próprio Supremo Tribunal Federal.

Então, partindo-se para o exame do mérito recursal, tem-se o julgamento de embargos opostos à CDA nº 00000419 constante à fl. 3 da executiva em apenso, cujo tributo se refere aos anos de 1990 a 1994. A sentença, como dito, invalidou o lançamento representado pela CDA.

O órgão do Ministério Público lançou parecer, fls. 367/369, pela manutenção do julgado.

É, em síntese, o relatório.

VOTO

Conheço da apelação cível e da remessa oficial, porquanto presentes seus requisitos.

Submeto novamente a esse órgão fracionário, em preliminar, a não sujeição do acórdão de fls. 379/385 desta 2ª Câmara Cível ao Órgão Especial, porque a inconstitucionalidade da progressão do IPTU, antes da Ementa Constitucional nº 29/2000, em razão da capacidade contributiva, já foi objeto de súmula pelo Excelso Supremo Tribunal Federal:

> "**Súmula 668 -** É INCONSTITUCIONAL A LEI MUNICIPAL QUE TENHA ESTABELECIDO ANTES DA EMENDA CONSTITUCIONAL 29/2000, ALÍQUOTAS PROGRESSIVAS PARA O IPTU, SALVO SE DESTINADA A ASSEGURAR O CUMPRIMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE URBANA.

Ocorrência similar se deu quanto à TLP - taxa de limpeza pública, conforme Ementa do Excelso Pretório:

> "Embargos de declaração em agravo de instrumento. 2. Decisão monocrática. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental. 3. Tributário. IPTU. Taxas de Iluminação Pública e de Coleta de Lixo e Limpeza Pública. Alíquotas progressivas. Inconstitucionalidade reconhecida. Atribuição de efeitos prospectivos à decisão. Ausência de repercussão geral. Precedente. RE-RG 592.321. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AI 742457 ED, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 14/06/2011, DJe-123 DIVULG 28-06-2011 PUBLIC 29-06-2011 EMENT VOL-02553-02 PP-00330)

Então, incide no caso a regra do parágrafo único do art. 481 do CPC, *verbis:*

> "Art. 481 - *(... omissis...)*.
> Parágrafo Único - Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão."

Este entendimento foi adotado em julgamento deste Sodalício, consoante Ementa:

> "Apelação 51052200080601691
> **Relator(a):** RAUL ARAÚJO FILHO
> **Órgão julgador:** 1ª Câmara Cível
> **Data do julgamento:** 01/03/2010
> **Data de registro:** 04/03/2010
> CONSTITUCIONAL, TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. *(... omissis...)*. INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI MUNICIPAL N. 273/81 (CF, ART. 145. INC. II). DISPENSABILIDADE DA REMESSA

DOS AUTOS AO TRIBUNAL PLENO. MATÉRIA PACIFICADA. SÚMULA 670 DO STF. INTELIGÊNCIA DO ART. 481, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. *(... omissis...)*. APELAÇÃO CONHECIDA E IMPROVIDA.
1. *(... omissis...)*.
2. *(... omissis...)*.
3. *(... omissis...)*.
4. *(... omissis...)*.
5. *(... omissis...)*.
6. Tendo o Plenário do C. Supremo Tribunal Federal se pronunciado pela inconstitucionalidade da taxa de iluminação pública, editando a Súmula 670, é dispensável a remessa dos autos, para apreciação da questão, ao Pleno do Tribunal. Inteligência do art. 481, parágrafo único, do CPC. Inocorrência de violação à Súmula Vinculante n. 10 do C. STF.
7. *(... omissis...)*.
8. *(... omissis...)*.
9. *(... omissis...)*.
10. *(... omissis...)*.
11. *(... omissis...)*.
14. Apelação conhecida e improvida."

Superado este assunto, informo que se tem em julgamento a apelação e o reexame da sentença que decidiu pela procedência dos embargos à execução fiscal, opostos à CDA nº 00000419 constante à fl. 3 da executiva em apenso, cujo tributo se refere aos anos de 1990 a 1994. A sentença afastou a incidência sobre o mesmo da progressão e da TLP, invalidando o lançamento.

Este assunto é por demais conhecido por este Tribunal, consoante precedente:

"Relator(a): MARIA CELESTE THOMAZ DE ARAGÃO
Órgão julgador: 4ª Câmara Cível
Data do julgamento: 21/03/2007
Data de registro: 04/06/2007
EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA OBRIGATÓRIA - EMBARGOS À EXECUÇÃO - COMPETÊNCIA DO ÓRGÃO FRACIONÁRIO - PROGRESSIVIDADE SIMPLES DO IPTU - INCONSTITUCIONALIDADE, POR MÁCULA AO ART. 182, §§ 2o e 4o, DA CF/88 – TAXA DE LIMPEZA PÚBLICA - BASE DE CÁLCULO PRÓPRIA DO IPTU - INCONSTITUCIONALIDADE, POR MALFERIMENTO AO ART. 145, §2o, DA CF/88 - APELAÇÃO E REMESSA CONHECIDAS E IMPROVIDAS: I - A despeito do que dispõe o art. 97 da Carta Magna de 1988, pode o órgão fracionário do Tribunal reconhecer incidentalmente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo sobre a qual já existe pronunciamento do próprio Tribunal ou do Supremo Tribunal Federal, conforme preceitua o art. 481, parágrafo único, da Lei Adjetiva Civil. II - É inconstitucional qualquer progressividade, em se tratando de IPTU, que não atenda exclusivamente ao disposto no artigo

> 156, §1º, da CF/88, aplicado com as limitações expressamente constantes dos §§ 2º e 4º do artigo 182 da CF/88 (IPTU progressivo no tempo). III - Por conseguinte, é incompatível com a Carta Magna de 1988 a cobrança, pela Municipalidade, do IPTU referentes aos anos de 1994 a 1998, que estabeleceu a progressividade do imposto em função do valor e da localização do imóvel, circunstâncias ligadas à capacidade contributiva, e não à função social. IV - Malfere, ademais, o art. 145, §2o, da Carta Magna de 1988, a cobrança de taxa de limpeza pública que tem base de cálculo própria do IPTU. V - Apelação e remessa obrigatória conhecidas, porém improvidas.

No entanto, mais recentemente este TJCE tem modificado sua interpretação do caso para, voltando-se para o exame da CDA, verificar se da mesma consta qualquer menção à progressividade ou a incidência da TLP. A resposta para este caso é negativa. Então, todo o debate sobre a inconstitucionalidade não socorre a pretensão do embargante porque era ônus de sua prova (art. 333, I, do CPC) demonstrar a incidência das ilegalidades.

Segue a moderna orientação:

> **"Relator(a):** JUCID PEIXOTO DO AMARAL **Comarca:** Fortaleza **Órgão julgador:** 6ª Câmara Cível **Data de registro:** 23/11/2011
> **Ementa:** APELAÇÃO CÍVEL EM EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. PROGRESSIVIDADE EXTRAFISCAL. TAXA DE LIMPEZA PÚBLICA. BASE DE CÁLCULO DE IMPOSTO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE LANÇAMENTO CONJUNTO COM TLP. AUSÊNCIA DE PROVA CAPAZ DE ILIDIR A LIQUIDEZ E CERTEZA DECORRENTE DAS CDAs EXECUTADAS. ART. 2º DA LEI N° 6.830/80. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA. 1. As Certidões da Dívida Ativa executadas referem-se exclusivamente a débitos de IPTU dos exercícios de 2000. 2. As CDAs preenchem os requisitos legais previstos pelo art. 2º da Lei n° 6.830/80. 3. Apelante não comprovou ter sido cobrada a TLP relativamente ao exercício questionado. 4. Apelação e reexame necessário conhecidos e providos. 5. Sentença reformada.

> **"Relator(a):** FRANCISCO SUENON BASTOS MOTA **Comarca:** Fortaleza **Órgão julgador:** 5ª Câmara Cível **Data de registro:** 16/11/2011
> EMENTA. TRIBUTÁRIO. CÍVEL. IPTU. TAXA DE LIMPEZA PÚBLICA. EMBARGOS À EXECUÇÃO. IMPROCEDÊNCIA. REEXAME NECESSÁRIO. INADMISSÍVEL. PROGRESSIVIDADE DAS ALÍQUOTAS NÃO COMPROVADAS.
> 1. (*... omissis...)*
> 2.Quanto as demais alegações, entendo que, embora o embargante-recorrente tenha sustentado a ausência dos requisitos de exequibilidade do crédito tributário, ou seja, certeza, liquidez e exigibilidade, sendo, pois, nula a certidão da dívida ativa executada, e inconstitucional a cobrança do IPTU progessivo relativamente ao ano de 1.989, tais argumentações,

> como bem mencionou o representante do parquet, não foram provadas, limitando-se o recorrente a tratar do tema de forma genérica. Não merece acolhimento o recurso de apelação interposto. REEXAME NECESSÁRIO NÃO CONHECIDO E RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Repito, a CDA objeto dos embargos não tem qualquer referência à TLP, nem seu valor se afirma fundado em quaisquer dos dispositivos invalidados pela mancha da inconstitucionalidade. Portanto, é ausente a prova para se negar certeza, a liquidez e a exigibilidade do título executivo.

Diante do exposto, conheço do apelatório, bem como da remessa oficial, para lhes dar provimento e reformar a sentença, julgando improcedentes os embargos, invertendo o ônus da sucumbência.

É como voto.

Fortaleza, 19 de setembro de 2012.

APELAÇÃO CÍVEL
Nº 0065681-57.2009.8.06.0001
COMARCA: FORTALEZA
APELANTE: BANCO ITAUCARD S/A
APELADA: IRES ALVES DA SILVA LIMA
RELATOR: DES. INACIO DE ALENCAR CORTEZ NETO

EMENTA: DIREITO DO CONSUMIDOR. PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO EM AÇÃO DE INDENIZAÇÃO DE DANOS MORAIS.RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO BANCO. ART. 14 DO CDC. INSCRIÇÃO INDEVIDA NOS CADASTROS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS DEVIDA. CARACTERIZAÇÃO *IN RE IPSA* DOS DANOS. APELO IMPROVIDO.

I - Conforme relatado, trata-se de apelação interposta pelo Banco apelante contra sentença que julgou procedente a Ação Declaratória de Inexigibilidade c/c Dano Moral condenando este a pagar a quantia de R$ 10.000(dez mil reais) a título danos morais à apelada Inicialmente, insta asseverar que a relação existente entre as partes é, de fato, consumerista, uma vez que que o autor/apelado é destinatário final dos serviços oferecidos pela ré e a atividade bancária é considerada serviço para os fins legais. Ademais, o art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, inclui, expressamente, a atividade bancária no seu conceito de serviço.

II - Não obstante alegue o Banco que não houve qualquer conduta sua que se insira no âmbito dos atos ilícitos e que a culpa do ocorrido se deu por culpa exclusiva de terceiro, não trouxe aos autos documentos capazes de comprovar que o apelado foi o responsável pela alegada contratação e inadimplência.

III - Derradeiramente, o simples fato de a apelada ter o seu nome inscrito no cadastro de inadimplentes de forma indevida, por si só, já é motivo suficiente para lhe causar o dano moral, mostrando-se, pois, desnecessária a produção de qualquer prova, no sentido de demonstrar a sua real existência. É entendimento pacífico que nestes casos trata-se de dano

moral puro, que independe de prova, já que a mera inscrição indevida gera ofensa a honra e a reputação da pessoa física ou jurídica. Portanto, tendo a apelante incluído o nome do apelado nos cadastros de inadimplentes, de forma indevida, patente é o dano moral.
IV - Para a correta fixação do *quantum* indenizatório, deverão ser levadas em conta as peculiaridades do caso concreto, para que o valor estabelecido possa proporcionar a justa satisfação à vítima, compensando o abalo experimentado, e, além disso, para alertar o ofensor sobre a conduta lesiva, impondo-lhe impacto financeiro a fim de impedi-lo de praticar novamente o ilícito, sem, no entanto, acarretar enriquecimento sem causa do ofendido. Analisando tais critérios, entendo razoável manter o quantum indenizatório no valor fixado na sentença apelada, qual seja, R$ 5.000,000 (cinco mil reais).
V – Apelo improvido. Decisão unânime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação nº0065681-57.2009.8.06.0001 da comarca de Fortaleza, em que é apelante o Banco Itaucard S/A S.A e apelada Ires Alves da Silva de Lima.

Acorda a Turma, por unanimidade de votos, em conhecer da apelação, mas para lhe negar provimento, mantendo a decisão recorrida em todos os seus termos.

Trata-se de recurso de Apelação interposto pelo Banco Itaucard S/A em face de sentença(fls.83/89) prolatada nos autos da Ação Declaratória de Inexigibilidade de Débito c/c Dano Moral em que o douto Magistrado acolheu parcialmente o pleito autoral, condenando o Banco apelante ao pagamento de indenização à parte apelada, Ires Alves da Silva de Lima, no equivalente a R$ 10.000,00 (dez mil reais), a título de danos morais, pela inscrição indevida do nome desta nos cadastros restritivos de crédito.

O ora apelante, nas razões recursais(fls. 93/104), alega que não houve qualquer conduta sua que se insira no âmbito dos atos ilícitos e que a culpa do ocorrido se deu por culpa exclusiva de terceiro. Ademais, diz que inexiste o elemento subjetivo indispensável à configuração da Responsabilidade Civil, sendo incabível a indenização por danos morais.

Alega, ainda, que o valor da indenização fixado mostra-se exacerbado.

A apelada apresentou contrarrazões(fls. 117/119) ao recurso interposto alegando que a apelação deve ser improvida, posto que a sentença foi proferida de forma correta, não ensejando qualquer reparo.

Com esteio na segunda parte, do inciso VI, do artigo 53 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, deixei de encaminhar o presente recurso ao digno Ministério Público, por entender que nesta apelação cível não se discute questão de

"inegável interesse público" e a matéria nela discutida não é "relevante".

É o relatório.

Decido.

Impondo-se um juízo antecedente de admissibilidade recursal, conheço do presente recurso, eis que próprio, interposto tempestivamente, encontrando-se, pois, presentes os chamados requisitos intrínsecos e extrínsecos ao transpasse para o juízo de mérito.

Conforme relatado, trata-se de apelação interposta pelo Banco apelante contra sentença que julgou parcialmente procedente a Ação Declaratória de Inexigibilidade c/c Dano Moral, condenando este a pagar a quantia de R$10.000(dez mil reais)a título danos morais à apelada.

Afirma a apelada que em junho de 2009 ao tentar realizar uma compra do comércio local, teve a desagradável surpresa de aber que seu nome estava inscrito nos cadastros de inadimplentes dos órgãos de restrição de crédito, a pedido do banco promovido e ora apelante. Inconformada entrou em contato com a instituição para obter maiores esclarecimentos, posto que nunca manteve qualquer relação comercial ou financeira com tal empresa. No entanto, nada lhe foi esclarecido.

Inicialmente, insta asseverar que a relação existente entre as partes é, de fato, consumerista, uma vez que que o autor/apelado é destinatário final dos serviços oferecidos pela ré e a atividade bancária é considerada serviço para os fins legais. Ademais, o art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, inclui, expressamente, a atividade bancária no seu conceito de serviço.

Dessa forma, aplica-se ao apelado os direitos básicos do consumidor previstos no art. 6º da legislação consumerista, inclusive, a inversão do ônus da prova, prevista no inciso VIII do aludido dispositivo, que assim dispõe:

> "Art. 6°. São direitos básicos do consumidor:
> VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;"

Certo é que a inversão do ônus da prova não é automática em todas as relações de consumo. Todavia, no presente caso o consumidor é inequivocamente hipossuficiente, pois apresenta maior dificuldade em produzir as provas necessárias ao deslinde da presente ação, sobretudo a de que não possui nenhum contrato com a instituição financeira.

Não obstante alegue o Banco que não houve qualquer conduta sua que se insira no âmbito dos atos ilícitos e que a culpa do ocorrido se deu por culpa exclusiva de terceiro, não trouxe aos autos documentos capazes de comprovar que o apelado foi o

responsável pela alegada contratação e inadimplência.

Constata-se, assim, que o banco não agiu com zelo e cuidado ao permitir a contratação em nome do autor, sem se certificar da veracidade das informações que lhe foram prestadas, sendo que, nesse fato, reside a sua culpa. Dessa forma, se o banco se beneficiava com o procedimento adotado, sem ter os cuidados necessários, deve ele responder pelos riscos inerentes à atividade praticada, configurando-se responsabilidade pelo fato do serviço previsto no art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, que é aplicável ao caso por se tratar de relação de consumo e que assim dispõe: "*O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos".*

Vê-se, então, que o Banco apelante deve responder, independentemente de culpa, pela reparação dos danos causados a seus clientes por defeitos decorrentes dos serviços que presta, não se observando, no caso dos autos, qualquer excludente de ilicitude prevista no art. 14, § 3º, II, da legislação consumerista.

Entendo que agiu sim a parte ré com erro, devendo responder por todas as situações decorrentes de tal fato. A situação ora descrita demonstra a falta de comedimento e prudência com que atuou, deixando de buscar o mínimo de cautela a fim de evitar ser fonte de erro ou de dano.

Sobre a caracterização do dano moral, insta frisar que este ocorre quando uma pessoa se acha afetada em seu ânimo psíquico, moral e intelectual, seja por ofensa à sua honra, a sua privacidade, intimidade, imagem ou nome. Pode-se entender, assim, que o dano moral corresponde às lesões de natureza não econômica sofridas pelas pessoas.

Acerca do tema, Caio Mário da Silva[1] ensina que dano moral é "q*ualquer sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária e abrange todo o atentado à sua segurança e tranquilidade, ao seu amor-próprio estético, à integridade de sua inteligência, à suas afeições, etc..."*

Para se verificar a ocorrência do dano moral, deve-se observar a presença dos requisitos necessários e autorizadores, quais sejam, o ato ilícito, o dano causado à vítima e o nexo de causalidade entre a ação e o abalo sofrido.

Derradeiramente, o simples fato de o apelado ter o seu nome inscrito no cadastro de inadimplentes de forma indevida, por si só, já é motivo suficiente para lhe causar o dano moral, mostrando-se, pois, desnecessária a produção de qualquer prova, no sentido de demonstrar a sua real existência.

É entendimento pacífico que nestes casos trata-se de dano moral puro, que independe de prova, já que a mera inscrição indevida gera ofensa a honra e a reputação da pessoa física ou jurídica. Portanto, tendo a apelante incluído o nome do apelado nos cadastros de inadimplentes, de forma indevida, patente é o dano moral.

Acerca do dano moral *in re ipsa,* colaciono os seguintes julgados do

colendo Superior Tribunal de Justiça:

> "AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROTESTO INDEVIDO DE TÍTULO. DANO IN RE IPSA, AINDA QUE SOFRIDO POR PESSOA JURÍDICA. SÚMULA 83/STJ.1. Nos casos de protesto indevido de título ou inscrição irregular em cadastros de inadimplentes, o dano moral configura-se in re ipsa, prescindindo de prova, ainda que a prejudicada seja pessoa jurídica. 2. "Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida" (súmula 83/STJ).3. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO." (AgRg no AG 1261225/PR, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJe de 15/08/2011)

> "AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. DANOS MORAIS IN RE IPSA. VALOR INDENIZATÓRIO ESTIPULADO DE ACORDO COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. RECURSO MANIFESTAMENTE INFUNDADO.
> 1. A inscrição ou a manutenção indevida do nome do pretenso devedor em cadastros de inadimplentes gera, por si só, o dever de indenizar e constitui dano moral in re ipsa, ou seja, dano vinculado a própria existência do fato ilícito, cujos resultados são presumidos. Nesse sentido, confira-se: REsp 994.253/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, DJe 24/11/2008; REsp 720.995/PB, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, DJ 03/10/2005.
> 2. Esta Corte, em casos de inscrição indevida em órgão de proteção ao crédito, tem fixado a indenização por danos morais em valor equivalente a até cinqüenta salários mínimos. Precedentes.
> 3. Agravo Regimental a que se nega provimento, com aplicação de multa." (AgRg no AREsp 51.899/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 08/11/2011, DJe 16/11/2011).

No que se refere ao exame do *quantum* indenizatório a ser fixado, algumas considerações precisam ser tecidas.

Para a correta fixação do *quantum* indenizatório, deverão ser levadas em conta as peculiaridades do caso concreto, para que o valor estabelecido possa proporcionar a justa satisfação à vítima, compensando o abalo experimentado, e, além disso, para alertar o ofensor sobre a conduta lesiva, impondo-lhe impacto financeiro a fim de impedi-lo de praticar novamente o ilícito, sem, no entanto, acarretar enriquecimento sem causa do ofendido.

O colendo Superior Tribunal de Justiça, tendo em vista a ausência de critério legal orientador para a fixação do quantum indenizatório, assentou a necessidade de observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

> "PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE

> CIVIL DO ESTADO. DANOS MORAIS. SUPOSTA VIOLAÇÃO DOS ARTS. 70, III, E 269, IV, DO CPC, E 56 DA LEI 5.250/67. NÃO-OCORRÊNCIA. INDENIZAÇÃO. VALOR EXORBITANTE E DESPROPORCIONAL. REVISÃO. POSSIBILIDADE. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 7/STJ. PRECEDENTES DO STJ. PARCIAL PROVIMENTO.
> 1. A pretensão de direito material deduzida em juízo (indenização por danos morais), fundada na responsabilidade civil objetiva do Poder Público, é juridicamente possível e não depende de decisão penal condenatória transitada em julgado, pois o direito positivo brasileiro consagra a autonomia das responsabilidades civil e criminal (CC/2002, art. 935; CC/1916, art. 1.525; CP, arts. 66 e 67).
> 2. Nas ações de indenização fundadas na responsabilidade civil objetiva do Estado (CF/88, art. 37, § 6º), não é obrigatória a denunciação da lide do agente público supostamente responsável pelo ato lesivo (CPC, art. 70, III).
> 3. O prazo decadencial previsto no art. 56 da Lei 5.250/67 (Lei de Imprensa) não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988.
> 4. O STJ consolidou entendimento no sentido de que é possível revisar o valor da indenização por danos morais quando exorbitante ou insignificante a importância arbitrada, em flagrante violação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sem que isso implique reexame dos aspectos fáticos da lide.
> 5. Na hipótese, considerando as circunstâncias do caso, as condições econômicas das partes e a finalidade da reparação, a indenização de três mil e seiscentos salários mínimos (equivalente, hoje, a R$ 1.080.000,00) é manifestamente exorbitante e desproporcional à ofensa sofrida pelo recorrido, devendo, portanto, ser reduzida para R$ 50.000,00 (cinqüenta mil reais).
> 6. A indenização por dano moral deve ter conteúdo didático, de modo a coibir a reincidência do causador do dano, sem, contudo, proporcionar enriquecimento sem causa à vítima.
> 7. Recurso especial parcialmente provido." (REsp 521434/TO, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/04/2006, DJ 08/06/2006, p. 120).

Nesse sentido, cumpre transcrever as seguintes excertos jurisprudenciais destas Corte de Justiça, *in verbis:*

> "APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ACORDO DE PARCELAMENTO DE DÉBITO. COBRANÇA INDEVIDA. DÉBITO INEXISTENTE. INSCRIÇÃO INDEVIDA NO SERASA. SENTENÇA PROCEDENTE. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.
> 1. A indenização por dano moral decorrente de indevida inscrição no SERASA deve servir de conforto à vítima pelo dano causado, mas também deve servir de advertência ao prestador de serviço, para que este não venha a cometer a mesma prática em casos semelhantes.
> 2. O arbitramento do quantum indenizatório deve ser feito com moderação, evitando assim a conversão de reparação do dano em enriquecimento indevido.

> 3. Apelação conhecida e parcialmente provida." (Apelação 9706713200680600011, Relator José Mário dos Martins Coelho, Comarca de Fortaleza, órgão julgador: 6ª Câmara Cível, Data de registro: 20/09/2011).
>
> "APELAÇÃO CÍVEL. CONTRATO DE FINANCIAMENTO ADQUIRIDO POR TERCEIRO MEDIANTE DOCUMENTOS ROUBADOS. NEGLIGÊNCIA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA EM CERTIFICAR SE DOCUMENTOS PERTENCIA AO CONSUMIDOR. DANO MORAL CONFIGURADO. PROVA DO DANO MORAL DESNECESSÁRIA. DANO MORAL PRESUMIDO. PRECEDENTES DO STJ. APELO CONHECIDO, PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA.
> 1. O fornecedor de produtos e serviços tem a obrigação de verificar a autenticidade dos documentos apresentados pelo consumidor, no ato do fechamento do contrato de financiamento. Pressuposto esse básico para sua anotação em caso de inadimplência.
> 2. Hipótese em que a documentação na não pertencia ao portador, e sobrevindo inadimplência, o ato de negativação afetou via reflexa a autora, sua verdadeira titular.
> 3.Já está assentado na jurisprudência que o dano moral é presumido na hipótese de inscrição indevida em órgão de restrição de crédito. Precedentes do STJ.
> 4. Assim sendo, em face do pleito originário de 20 vezes o valor do contrato de financiamento, hei por bem determinar a condenação em danos morais a ser paga pelo Banco Itaú a Sra. Semiramis Rocha Vieira Veras no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais), dando-se a fluência dos juros moratórios, a partir do evento danoso, de acordo com a súmula n. 54 do supracitado Tribunal Superior.
> 5. Apelo Conhecido, provido. Reforma da sentença." (Apelação 74725653200080600011, Relator Francisco Suenon Bastos Mota, Comarca de Fortaleza, órgão julgador: 5ª Câmara Cível, Data de registro: 16/08/2011).

Analisando tais critérios e os julgados ora transcritos, entendo razoável manter o *quantum* indenizatório no valor fixado na sentença apelada, qual seja, R$ 10.000,00 (dez mil reais).

Entendo, pois, que o supracitado montante é suficiente para compensar o dano sofrido e atender o caráter pedagógico da medida, para que assim a instituição financeira apelada possa evitar condutas lesivas aos interesses dos consumidores.

Diante do ora exposto, conheço do recurso interposto, para lhe negar provimento, mantendo a sentença recorrida em todos os seus termos.

É como voto.

Fortaleza, de março de 2012.

"SILVA, Caio Mário Pereira da. Responsabilidade Civil. 8ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 54."

Apelação Cível nº. 0050659-56.2009.8.06.0001
Apelante: Estado do Ceará
Apelada: Natasha Duarte Soares e outros

Apelação Cível nº. 0093721-49.2009.8.06.0001
Apelante: Estado do Ceará
Apelada: Dieska da Silva Felipe

Apelação Cível nº. 0096247-86.2009.8.06.0001
Apelante: Estado do Ceará
Apelada: Natasha Duarte Soares
Relator: Desembargador Ademar Mendes Bezerra

EMENTA: ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. PRELIMINARES AFASTADAS. INCLUSÃO DE CANDIDATO EM CURSO DE FORMAÇÃO E, POSTERIORMENTE, EM SOLENIDADE DE COLAÇÃO DE GRAU E PROMOÇÃO A SOLDADO BOMBEIRO MILITAR. IMPOSSIBILIDADE. NOTA OBTIDA NA PRIMEIRA FASE DO CONCURSO FOI INFERIOR AO MÍNIMO ESTABELECIDO NO EDITAL PARA O PROSSEGUIMENTO NO CERTAME. APELAÇÃO CONHECIDA E PROVIDA.

- A lide versa sobre o concurso público para ingresso na carreira de Soldado do Corpo de Bombeiros Militar, tendo como objeto a continuidade no certame de candidato que obteve nota superior à mínima exigida, mas inferior à necessária para o avanço à fase seguinte.

- Deve ser repelida a preliminar de vedação ao Judiciário de controle sobre o mérito administrativo. É sabido que o princípio da separação dos poderes impõe certos limites à atuação judicial no controle dos atos administrativos. A ideia de que o mérito do ato não pode ser objeto do controle jurisdicional, entretanto, comporta exceções quando a lei estabelece um rol de opções ao agente público, não podendo o executor do ato delas se afastar, bem como na hipótese de a atuação encontrar-se balizada por conceitos jurídicos indeterminados. Há, portanto, que se analisar a atuação

administrativa em confronto com a lei que rege o ingresso na carreira objeto do certame, o que se confunde com o mérito recursal. Preliminar afastada.
- As recorridas ajuizaram as ações contra o ato que impediu sua inclusão na solenidade de colação de grau e a consequente promoção a Soldado BM, uma vez que sua anterior inclusão em Curso de Formação havia se dado por força de decisão judicial. Não se voltou diretamente conta normas editalícias, devendo ser rechaçada a tese de preclusão.
- Afasta-se, também, a preliminar de litisconsórcio passivo necessário, uma vez que os candidatos detém mera expectativa de direito, não se enquadrando na regra do art. 47, do CPC.
- A documentação acostada aos autos informa que 42,00 pontos foi a nota necessária para se avançar no certame. Não há que se fazer confusão entre essa nota e a pontuação mínima estipulada no edital como sendo de 36,00 pontos. Tratam-se de critérios diversos, ambos contemplados no edital.
- Tendo as apeladas obtido nota inferior a 42,00 pontos, não poderiam ter avançado no certame.
- Sendo precária a continuidade do recorrido no concurso, não há falar em fato consumado, conforme o entendimento mais recente desta Corte e do STJ.
- Apelação conhecida e provida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos das Apelações Cíveis nº. 0050659-56.2009.8.06.0001, 0093721-49.2009.8.06.0001 e 0096247-86.2009.8.06.0001, em que figuram as partes acima referidas, acordam os Desembargadores integrantes da Turma Julgadora da 2ª Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, conhecer dos apelos em referência, para lhes dar provimento nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 29 de agosto de 2012.

RELATÓRIO

Em exame, três apelações cíveis, interposta pelo Estado do Ceará, em face de Natasha Duarte Soares e Dieska da Silva Felipe, objetivando a reforma das

sentenças que determinaram a promoção das recorridas ao cargo de Soldado do Corpo de Bombeiros Militar. Por ocasião desses pronunciamentos, o magistrado de piso antecipou os efeitos da tutela jurisdicional.

Cuidam-se de ações decorrentes de Concurso Público para ingresso na carreira de Soldado do Corpo de Bombeiros Militar.

Primeiramente, foi ajuizada por Leomir de Aguiar Carneiro, ação cautelar, de nº 050659-56.2009.8.06.0001, cuja exordial, às fls. 03/08, tem como intuito obter pronunciamento da Administração Pública acerca da quantidade de vagas em aberto para o cargo de Soldado no ano de 2008, bem como se essas são remanescentes de cargos não providos pelo último concurso.

Posteriormente, aditou a inicial para requerer o ingresso no polo ativo dos litisconsortes Wilson de Melo Jardim, Natasha Duarte Soares, Dieska da Silva Felipe, esses candidatos no concurso para ingresso na carreira de Bombeiro Militar, e de José Ricardo Rodrigues da Silva, Mardeson Chagas Dias, José Allan Bezerra Júnior, José Alex Soares Martins, Francisco Deriton Chaves dos Santos, João Marques Ferreira, Rômulo Laurênio de Oliveira, Thiago Igor Uchoa Leite, Antônio Bruno Uchoa Leite, Harilson dos Santos Carneiro e Erislanio Alves da Silva, todos candidatos na seleção pública para o ingresso na carreira de Policial Militar.

Nessa peça, de fls. 14/29, os autores relatam que foram desclassificados sem qualquer justificativa, uma vez que teriam atingido a nota mínima estabelecida no edital. Diante de tal fato, requerem sua inclusão no Curso de Formação Profissional.

Acostaram documentos de fls. 09/13 e fls. 30/158.

Decisão interlocutória, de fls. 160/165, deferindo o ingresso dos candidatos supramencionados no polo ativo, bem como determinando a inclusão dos autores nos respectivos Cursos de Formação.

Contestação do Estado do Ceará, às fls. 179/204, esclarece que todos os demandantes foram excluídos do certame em razão de não terem alcançado a nota de corte estabelecida no item nº 84, do edital, apesar de terem obtido nota superior à mínima.

Esclarece que a lei do concurso fixou a regra segundo a qual "estará habilitado para a segunda fase o candidato aprovado na primeira fase cuja nota da Prova de Conhecimentos Gerais o situe no conjunto dos candidatos com as melhores notas, até o limite do dobro do número de cargos referentes a cada um daqueles constantes do item 1."

Alega que a demandante Natasha Duarte Soares obteve a pontuação de 35,00 pontos e que Dieska da Silva Felipe alcançou 37,00 pontos, ambas inferiores à nota de corte (44,00 pontos).

Deduziu várias outras teses de defesa, as quais serão relatadas e apreciadas conforme devolvidas nos recursos apelatórios.

Trouxe documentos de fls. 205/227.

Contra a interlocutória retro, a Administração Pública interpôs agravo de instrumento, cuja comprovação repousa às fls. 229/255.

Parecer Ministerial, às fls. 258/259, opinou pelo indeferimento da pretensão autoral.

Sentença, às fls. 261/266, partindo da premissa de que a concessão da liminar consolidou uma situação fática, com a participação dos autores no Curso de Formação, aplicou a Teoria do Fato Consumado para julgar procedente a ação, para sustar os efeitos do ato administrativo que os impediu de prosseguirem na disputa.

O recurso apelatório do Estado do Ceará devolveu, às fls. 269/296, como preliminares: a) impossibilidade de admissão de litisconsórcio ativo ulterior por afronta ao princípio do juiz natural; b) litispendência e a litigância de má-fé das apeladas que ajuizaram ações com os mesmos pedido e causa de pedir; c) impossibilidade de controle sobre o mérito administrativo, estando o controle jurisdicional adstrito à legalidade; d) nulidade da sentença por ausência de citação dos litisconsortes necessários; e) inépcia da inicial por ausência de indicação da lide principal e seu fundamento; f) impossibilidade de provimento de caráter satisfativo em processo cautelar; g) ocorrência da preclusão do direito de questionar as normas editalícias relativas à pontuação necessária à aprovação na primeira fase do concurso.

No mérito, devolveu a legalidade do perfil mínimo a ser alcançado no exame intelectual (primeira fase), haja vista a regulamentação do certame estar afeta à discricionariedade administrativa, tendo essa sido exercida nos estreitos limites do art. 10, da Lei Estadual nº 13.729/06. Alegou que sua atuação se deu conforme as regras do edital.

Quanto ao candidato Erislândio Alves da Silva, único a ter atingido nota suficiente ao avanço no certame, afirma que ele foi reprovado na segunda fase (exames médico, odontológico e toxicológico) em virtude de não ter apresentado alguns exames exigidos nos editais de abertura e de convocação para os exames, a saber: hepatite B – HbsAG e Anti-HBC-IGG.

Aponta o malferimento ao princípio da isonomia e, sobre a teoria do fato consumado, adotada na sentença vergastada, defende que os requerentes não podem pleitear sua nomeação e posse, ou mesmo sua classificação definitiva no concurso, até eventual trânsito em julgado de decisão judicial que lhes tenha sido favorável.

Recurso recebido em seu duplo efeito (fl. 297).

Contrarrazões, às fls. 300/311, além de refutar as teses de apelação, informa que os apelados concluíram o Curso de Formação, fato superveniente a ser considerado no julgamento do recurso, além de que há interesse público em sua nomeação, ante a existência de vagas ociosas na carreira.

Parecer da douta PGJ, às fls. 329/338, pelo desprovimento do recurso ante

o lapso temporal decorrido, atraindo a aplicação da Teoria do Fato Consumado.

Estas foram as ocorrências mais relevantes referentes à ação cautelar. Passo ao relato do processo de nº 0093721-49.2009.8.06.0001, ação principal ajuizada por Dieska da Silva Felipe.

Na exordial, às fls. 03/28, relata a autora que, por força de decisão judicial liminar, foi incluída em Curso de Formação Profissional, última etapa do concurso para ingresso na carreira de Soldado do Corpo de Bombeiros Militar. Informa que a conclusão do Curso de Formação com êxito acarreta a aplicação da Teoria do Fato Consumado. Conclui, requerendo a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional no sentido de lhe garantir a participação na solenidade de colação de grau com a devida promoção a Soldado Bombeiro Militar.

Acostou documentos de fls. 29/48.

Contestação, do Estado do Ceará às fls. 56/75 com documentos de fls. 76/103. Parecer Ministerial, à fl. 114, pela inexistência de interesse público primário subjacente à causa.

O comando sentencial, às fls. 116/121, acolheu a Teoria do Fato Consumado para julgar procedente a ação, confirmando a antecipação dos efeitos da tutela anteriormente deferida, determinando que a demandante seja promovida a Soldado Bombeiro Militar, com todos os direitos inerentes ao cargo.

O apelo do Estado do Ceará às fls. 125/143, preliminarmente, suscitou a impossibilidade de controle sobre o mérito administrativo, estando o controle jurisdicional adstrito à legalidade. Assim, a pretensão da apelada não poderia ser submetida ao Judiciário. Alegou a ocorrência da preclusão do direito de questionar as normas editalícias relativas à pontuação necessária à aprovação na primeira fase do concurso. Aduziu a nulidade da sentença por ausência de citação dos litisconsortes necessários.

No mérito, devolveu a legalidade do perfil mínimo a ser alcançado no exame intelectual (primeira fase), haja vista a regulamentação do certame estar afeta à discricionariedade administrativa, tendo essa sido exercida nos estreitos limites do art. 10, da Lei Estadual nº 13.729/06. Alegou que, por ocasião de decisão liminar, a apelada sequer participou das fases posteriores ao exame intelectual e anteriores ao Curso de Formação: etapa médica, física e psicológica. Questiona, ainda, o fato de a autora não ter sido aprovada no Curso de Formação Profissional. Aponta o malferimento ao princípio da isonomia.

Sobre a teoria do fato consumado, adotada na sentença vergastada, defende que a requerente não pode pleitear sua nomeação e posse, ou mesmo sua classificação definitiva no concurso, até eventual trânsito em julgado de decisão judicial que lhe tenha sido favorável.

Atacou, ao final, a antecipação dos efeitos da tutela, uma vez que a Lei nº

9.494/97 teria vedado tal concessão em desfavor da Fazenda Pública.

Contrarrazões às fls. 144/155.

Parecer da douta PGJ, às fls. 174/184, pelo provimento do recurso ou, caso não acolhida a tese exposta no opinativo, pela reserva de vaga em favor da recorrida.

Recurso recebido no efeito devolutivo, somente, à fl. 211.

Por fim, avanço em direção ao processo de nº 0096247-86.2009.8.06.0001, esse de autoria de Natasha Duarte Soares, cuja exordial, às fls. 03/25, nada mais faz do que reproduzir as argumentações e os pedidos da ação principal ajuizada por Dieska da Silva Felipe, acima relatada. Acostou documentos de fls. 26/45.

Contestação do Estado do Ceará às fls. 53/71. Trouxe documentos de fls. 72/99. Parecer Ministerial, à fl. 102, pela inexistência de interesse público primário subjacente à causa.

A sentença, de fls. 104/109, reproduziu, em sua integralidade, o comando sentencial acima descrito. Da mesma forma procedeu o Estado do Ceará em seu apelo de fls. 113/130.

Contrarrazões às fls. 131/142. Parecer da douta PGJ, às fls. 198/207, pelo desprovimento do recurso ante o lapso temporal decorrido, atraindo a aplicação da Teoria do Fato Consumado.

Recurso recebido no efeito devolutivo, somente, à fl. 210.

É o relatório.

VOTO

Presentes os requisitos intrínsecos e extrínsecos dos recursos, passo análise das matérias devolvidas nos três apelos manejados pelo Estado do Ceará.

Primeiramente, analiso as preliminares: a) impossibilidade de admissão de litisconsórcio ativo ulterior por afronta ao princípio do juiz natural; b) litispendência e a litigância de má-fé das apeladas que ajuizaram ações com os mesmos pedido e causa de pedir; c) impossibilidade de controle sobre o mérito administrativo, estando o controle jurisdicional adstrito à legalidade; d) nulidade da sentença por ausência de citação dos litisconsortes necessários; e) inépcia da inicial por ausência de indicação da lide principal e seu fundamento; f) impossibilidade de provimento de caráter satisfativo em processo cautelar; g) ocorrência da preclusão do direito de questionar as normas editalícias relativas à pontuação necessária à aprovação na primeira fase do concurso.

Sobre a impossibilidade de admissão de litisconsórcio ativo ulterior por afronta ao princípio do juiz natural, vejo que o recorrente não fez prova de que os processos elencados na peça apelatória sejam idênticas em seus pedidos e causas de pedir à presente ação.

Uma mera cópia das exordiais seria suficiente para tal. Não o tendo feito,

prejudicada encontra-se a análise dessa preliminar, bem como da litispendência e da litigância de má-fé. Afastadas, portanto.

Passo ao exame acerca da vedação ao Judiciário de controle sobre o mérito administrativo, estando o controle jurisdicional adstrito à legalidade.

Não há falar na incidência de litisconsórcio passivo necessário. Veja-se que os candidatos detém mera expectativa de direito, de modo que não se enquadram na regra do art. 47, do CPC.

Assim, já decidiu esta egrégia Corte:

> **"**DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. 1º) PRELIMINARES DE LITISPENDÊNCIA, DECADÊNCIA E LITISCONSÓRCIO ATIVO NECESSÁRIO COM OS DEMAIS CANDIDATOS APROVADOS. REJEIÇÃO. 2º) MÉRITO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATA EXCLUÍDA NA FASE DE INVESTIGAÇÃO SOCIAL. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA COM TRÂNSITO EM JULGADO. ARQUIVAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL INSTAURADO EM SEU DESFAVOR. ATO ADMINISTRATIVO QUE DEVE SER ANULADO PELO PODER JUDICIÁRIO.
> (...)
> 3. A pretensão da impetrante não viola o artigo 47, parágrafo único, do CPC, pois o simples reconhecimento do direito à sua nomeação, não tem o condão de afetar a disponibilidade jurídica dos outros candidatos aprovados para o mesmo certame.
> (…) (Mandado de Segurança 1423263200980600000 **Relator(a):** HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MAXIMO **Órgão julgador:** Tribunal Pleno **Data de registro:** 19/11/2010)"
> No mesmo sentido é o entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça:
>
> "AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONCURSO PÚBLICO. LITISCONSÓRCIO PASSIVO. CITAÇÃO DOS DEMAIS CANDIDATOS. ART. 47 DO CPC. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES.
> 1. "A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme em que é desnecessária a citação dos demais concursandos como litisconsortes necessários, eis que os candidatos, mesmo aprovados, não titularizariam direito líquido e certo à nomeação, mas tão-somente expectativa de direito, não se aplicando o disposto no artigo 47 do Código de Processo Civil." (AgRg no REsp 809.924/AL, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 11/04/2006, DJ 05/02/2007 p. 422) 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 961.149/AL, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 19/11/2009, DJe 14/12/2009)"

De tudo o que foi exposto pelas partes, vejo que a candidata não alcançou

a nota mínima exigida para a aprovação no exame intelectual. Veja-se o que estabelece a cláusula nº 84, do Edital (fls. 80/90):

> "Estará habilitado para segunda fase o candidato aprovado na primeira fase e cuja nota da Prova de Conhecimentos Gerais o situe no conjunto dos candidatos com melhores notas até o limite do dobro do número de cargos referentes a cada um daqueles constantes no ítem I."

A documentação acostada aos autos informa que 44,00 pontos foi a nota necessária para se avançar no certame. Não há que se fazer confusão entre essa nota e a pontuação mínima estipulada no edital como sendo de 36,00 pontos. Tratam-se de critérios diversos, ambos contemplados no edital.

Assim, o candidato, independentemente da nota de seus concorrentes, deveria obter a nota mínima de 36,00 pontos para que não fosse sumariamente eliminado. Além desse critério, a Administração entendeu por estipular outra exigência: somente o dobro dos candidatos em relação às vagas ofertadas avançariam para a segunda fase. É o que se convencionou chamar de "nota de corte".

Com efeito, não bastava a obtenção dos 36,00 pontos. A depender do desempenho dos demais concorrentes, a nota exigida para a continuidade no certame poderia ser superior, como de fato foi. Neste certame, a "nota de corte" restou fixada em 44,00 (quarenta e quatro) pontos.

A apelada Natasha Duarte Soares (35,00 pontos) não alcançou sequer os 36,00 pontos, nota mínima exigida pelo edital.

Dieska da Silva Felipe, por sua vez, alcançou 37,00 (trinta e sete) pontos, nota superior à mínima estipulada no edital (trinta e seis), mas inferior à "nota de corte" de 44,00 pontos.

Desse modo, ainda que se fale em anulação de questões, não há prova nos autos de que tais anulações elevariam suas pontuações ao patamar da nota de corte.

Como se vê, as candidatas não poderiam ter seguido na disputa, uma vez que não atenderam às exigências editalícias:

> "ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR COM ARRIMO NO ARTIGO 557 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. INOVAÇÃO DA LIDE EM SEDE DE AGRAVO REGIMENTAL. APRECIAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CONCURSO PÚBLICO. POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DA BAHIA. CANDIDATOS APROVADOS NA PRIMEIRA ETAPA, MAS NÃO CLASSIFICADOS DENTRO DAS VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. PROSSEGUIMENTO NAS DEMAIS ETAPAS DO CERTAME POR FORÇA DE LIMINAR. INAPLICABILIDADE DA TEORIA DO FATO CONSUMADO. PARTICIPAÇÃO NO CURSO

> DE FORMAÇÃO. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. PRECEDENTES.
> (...)
> 6. Não obtida classificação dentro do número de vagas fixado no edital, não há direito líquido e certo de participar do curso de formação relativo ao concurso público.
> (…) (AgRg no RMS 28.190/BA, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 05/08/2010, DJe 13/09/2010)"

> "RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO PARA AGENTE DA POLÍCIA CIVIL DO ESTADO DA BAHIA - CANDIDATOS APROVADOS NA PRIMEIRA ETAPA QUE NÃO OBTIVERAM CLASSIFICAÇÃO SUFICIENTE PARA PARTICIPAREM DAS DEMAIS ETAPAS DO CERTAME - AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO - RECURSO DESPROVIDO.
> 1. Nos termos do Regulamento do Curso de Formação (Dec. 27.368/80, art. 4º, I, letra "a"), a autoridade coatora, observando as vagas oferecidas pelo Edital e as abertas posteriormente pelo Chefe do Executivo Estadual, convocou, para a realização do exame físico e psicotécnico e, em seguida, para o Curso de Formação, os candidatos classificados, na primeira etapa, em até o 636º lugar.
> 2. Tendo os Recorrentes sido classificados, na prova objetiva, em 1.233º e 1.783º lugares, não possuem eles direito líquido e certo a serem convocados para as demais etapas do certame.
> Precedentes.
> 3. Recurso ordinário desprovido. (RMS 21.087/BA, Rel. Ministro PAULO MEDINA, SEXTA TURMA, julgado em 04/05/2006, DJ 01/08/2006, p. 548)"

Tendo a continuidade das apeladas no concurso se dado de forma precária, não há falar, conforme o entendimento mais moderno do STJ, em fato consumado:

> "AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. POSSE POR FORÇA DE LIMINAR. TEORIA DO FATO CONSUMADO. RECURSO ESPECIAL QUE NÃO TEVE SEU MÉRITO ANALISADO. DECISÃO PRECÁRIA. POSSÍVEL REVERSIBILIDADE. INAPLICABILIDADE DA TEORIA.
> [...]
> 2. Esta Corte tem entendido que a teoria do fato consumado não pode resguardar situações precárias, notadamente aquelas obtidas por força de liminar, em que o beneficiado sabe que, com o julgamento do mérito da demanda, a quadro fático pode se reverte.
> 3. Agravo regimental não conhecido. (AgRg nos EDcl no REsp 442.835/RS, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 08/06/2009)"

> "ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO REGIMENTAL. POSSIBILIDADE. PEDIDO PRINCIPAL E

> ALTERNATIVO. PEDIDO PRINCIPAL NÃO ACOLHIDA EM FACE DA APLICAÇÃO DA SÚMULA N.º 07/STJ. ACOLHIMENTO DO PEDIDO ALTERNATIVO. POSSIBILIDADE. TEORIA DO FATO CONSUMADO. INAPLICABILIDADE.
> [...]
> 3. É inaplicável a Teoria do Fato Consumado, segundo o entendimento consolidado deste Superior Tribunal de Justiça, na medida em que a candidata tomou posse sabendo que seu processo judicial ainda não havia findado, submetendo-se, portanto, aos riscos da reversibilidade do julgamento.
> 4. Embargos de declaração conhecido como agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 970.400/SC, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 02/04/2009, DJe 04/05/2009)"
>
> "ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. CONCURSO PÚBLICO. DELEGADO DA POLÍCIA CIVIL. SENTENÇA QUE CONCEDE APENAS A PARTICIPAÇÃO NAS ETAPAS SUBSEQÜENTES. RECURSO DE APELAÇÃO DO ESTADO. DETERMINAÇÃO DE NOMEAÇÃO DOS CANDIDATOS. REFORMATIO IN PEJUS CONFIGURADA. AFRONTA AO ART. 515 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. TEORIA DO FATO CONSUMADO. NOMEAÇÃO PRECÁRIA. IMPOSSIBILIDADE.
> (...)
> 2. É de ser afastada a aplicação da teoria do fato consumado nas hipóteses que a nomeação decorre de decisão judicial precária sujeita ao risco da reversibilidade, em face do julgamento definitivo do mérito da demanda, tal como ocorreu no caso em apreço. Precedentes do STJ.
> 3. Recurso especial conhecido e provido. (STJ, REsp 662711 / AL, Ministra Laurita Vaz, Dje 03.11.2008)."

Com efeito, entendo como inexistente o direito pleiteado na exordial para conhecer do recurso, conquanto preenchidos seus requisitos de admissibilidade, e lhe dar provimento.

É como voto.

Fortaleza, 29 de agosto de 2012.

PROCESSO Nº 51801-66.2007.8.06.0001/1 CONEXO AO PROCESSO Nº 18720-92.2008.8.06.0001/1
APELAÇÕES CÍVEIS DA COMARCA DE FORTALEZA
APELANTE: MARCELO PRACIANO DE CASTRO
APELADO: O ESTADO DO CEARÁ E OUTROS
RELATOR: DES. FRANCISCO GLADYSON PONTES

ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. MILITAR. PROMOÇÃO. LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO. DESNECESSIDADE. PRESCRIÇÃO DE FUNDO DE DIREITO. INAPLICABILIDADE. NÃO SE CONSTITUI EM PRETERIÇÃO A PROMOÇÃO OPERADA PELA ADMINISTRAÇÃO EM CUMPRIMENTO DE DECISÃO JUDICIAL. ALEGAÇÃO DE PRETERIÇÃO. NÃO COMPROVAÇÃO DOS REQUISITOS LEGAIS.

I – Os litisconsortes possuem mera expectativa de direito às futuras promoções, além do que cada um deles depende do atingimento concorrente de múltiplos fatores subjetivos e objetivos para serem promovidos, Portanto, desnecessária a sua inclusão no polo passivo desta ação.

II - Cumpre assinalar que há dois tratamentos diversificados quanto à prescrição contra a Fazenda Pública. Quanto às prestações periódicas, a prescrição da ação não ocorre, propriamente, mas tão somente a prescrição das parcelas anteriores a cinco anos do ajuizamento da ação. Nesse caso, fala-se da prescrição de trato sucessivo, sobre a qual o Superior Tribunal de Justiça, assentou o enunciado da Súmula 85. De outra banda, tem-se a prescrição de fundo de direito, em relação a qual não há renovação do marco inicial para o ajuizamento da ação. As obrigações de trato sucessivo decorrem de uma situação jurídica já reconhecida, diferentemente da prescrição de fundo de direito.

III - A presente matéria é regulamentada pelo Decreto nº 13.503/79 e pela Lei Estadual nº 10.273/79, que dispõem sobre os critérios e as condições de acesso dos Oficiais da Polícia Militar na hierarquia policial militar, mediante promoção.

IV - Um dos critérios de promoção é a antiguidade, podendo haver, excepcionalmente, a promoção em ressarcimento de

preterição (art. 4º, da Lei nº 10.273/79). A promoção por antiguidade se baseia na precedência hierárquica de um oficial PM sobre os demais de igual posto, dentro de um mesmo quadro (art. 5º, da Lei nº 10.273/79). O apelante utilizou-se tão somente do fato de ter concluído o Curso de Aperfeiçoamento de Oficiais, e ter logrado posição classificatória mais avantajada que o paradigma apontado, o Major Erik Oliveira Onofre e Silva. Na verdade, deveria ter comprovado a sua posição no Quadro de Acesso respectivo, do que não se desincumbiu (art. 333, I, do CPC).

V – Concluo que não houve preterição em relação ao apelante, uma vez que a promoção operada pela Administração castrense, em relação ao Oficial Erik Oliveira Onofre e Silva, foi decorrente de imposição judicial, e não de ato volitivo do Administrador. No mais, o apelante não trouxe em seu pedido nenhum outro argumento para se discutir se houve ou não uma irregularidade na sua não promoção.

VII – Apelações conhecidas e improvidas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a TURMA JULGADORA DA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, por unanimidade de votos, para conhecer dos recursos apelatórios e NEGAR-LHES PROVIMENTO, nos termos do voto do Relator, que faz parte desta decisão.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelações interpostas por MARCELO PRACIANO DE CASTRO contra sentenças da Juíza da 6ª Vara da Fazenda Pública que, em sede de Ação Ordinária, julgou improcedente o pedido formulado pelo apelante e, no bojo de Ação de Oposição, julgou procedente o pedido autoral.

A situação fática processual dos processos em comento pode ser assim resumida:

Alega o autor/apelante que ingressou nos quadros da Polícia Militar do Estado do Ceará em 01/3/1988, sendo declarado Aspirante a Oficial em 13/12/1990. Posteriormente, foi sucessivamente promovido ao posto de 2º Tenente, em 19/6/1991; de 1º Tenente, em 21/12/1994; de Capitão, em 06/1/1998; e, de Major, em 25/8/2004 (fl. 21).

O apelante foi investido no posto de Major, a partir de 25/8/2004, em virtude de decisão judicial, proferida nos autos do Mandado de Segurança nº 794436-65.2000.8.06.0001/0 (2004.02.50334-1), que tramitou no juízo da 7ª Vara da Fazenda Pública. A promoção do apelante circulou no D.O.E. em 29/10/2004 (fl. 63).

Em 2003, o apelante ajuizou o Mandado de Segurança nº 656339-85.2000.8.06.0001/0 (2000.0126.1339-9), que tramitou no juízo da 7ª Vara da Fazenda Pública, requerendo a retroação de sua promoção ao posto de Capitão à data de 25/8/1997 e, consequentemente, sua promoção ao posto de Major à data de 25/8/2000. O juízo monocrático declarou a decadência do prazo de 120 dias, tendo o recorrente e seu litisconsorte (Antônio José de Sousa dos Santos) interposto recurso de apelação em junho de 2007, conforme se depreende do sistema processual deste órgão judiciário (fls. 58/59; 155/160; 174/175).

Um mês depois, em julho de 2007, o apelante ajuizou a Ação Ordinária nº 51801-66.2007.8.06.0001/0, com a mesma causa de pedir, e com identidade parcial dos pedidos formulados na Ação de Mandado de Segurança (fls. 113/117). Ressente-se por ter sido preterido nas sucessivas promoções, a partir do posto de Capitão, enquanto seu colega de farda, Érik Oliveira Onofre e Silva, fora promovido ao posto de Capitão, a contar de 25/8/1997, e ao posto de Major, a contar de 25/8/2000 (fls. 23 e 38), mesmo com pontuação inferior à sua, dentro da corporação. Aduz que não faltava nenhum dos requisitos legais necessários para sua ascensão funcional, mas, ainda assim, fora preterido. Requereu, na primeira instância, que fosse mantido no seu atual posto de Major, porém a partir do ano 2000, e, ato contínuo, que fosse promovido ao posto de Tenente Coronel, a contar de 2003, porquanto preenchia, à época, todos os requisitos legais para sua ascensão funcional, inclusive tendo concluído o Curso de Aperfeiçoamento de Oficiais (CAO), em 1999 (fl. 30).

Em razão da decisão judicial de fls. 77/85 o apelante manteve-se no posto de Major, inclusive a contar do ano 2000, como requerido na inicial da Ação Ordinária. Diante disso, desistiu do recurso de apelação nos autos do Mandado de Segurança (fls. 58/59; 174/175).

O Estado do Ceará interpôs agravo de instrumento contra a decisão que antecipou, em parte, a pretensão do apelante. A eminente Des. Maria Iracema do Vale Holanda converteu em retido o agravo de instrumento aviado (fls. 125/129 dos autos do Agravo de Instrumento nº 9340-48.2008.8.06.0000/0, que se encontra apenso aos autos da Apelação nº. 18720-92.2008.8.06.0001/1, conexa a esta).

A Ação Ordinária foi suspensa com base no art. 265, IV, "a", do CPC. O juízo monocrático reputou prejudicial ao seu julgamento a Ação de Oposição ajuizada por Anderson Ferreira Pinto, Vladimir Feijó Frota e Francisco Ferreira Batista, contra o apelante e o apelado.

Na exordial da Ação de Oposição os autores asseveram terem sido

preteridos em decorrência dos efeitos jurídicos da decisão que antecipou, parcialmente, a tutela pretendida pelo apelante.

Nos autos da Ação de Oposição fora proferida sentença (fls. 108/111), com resolução do mérito, tendo a magistrada julgado procedente o pedido autoral, *"... passando Marcelo Praciano a figurar no quadro de acesso por antiguidade às promoções de 24 de Maio de 2008, na ordem decrescente de antiguidade, logo após o Major Francisco Ferreira Batista, que é o mais moderno dos opostos requerentes"*.

Consequentemente, a magistrada julgou improcedente a Ação Ordinária, revogando a decisão antecipatória da tutela (fls. 77/85).

Irresignado com a decisão, o apelante interpõe Apelações (fls. 186/192 – Ação Ordinária; fls. 114/119 – Ação de Oposição) contra as sentenças prolatadas, com pedidos idênticos, qual seja: *"Diante do exposto, espera o apelante do eminente Relator(a) que o presente recurso seja conhecido e, de logo, deferida a medida cautelar no sentido de manter a decisão interlocutória revogada com a sua permanência no status de: promovido ao posto de Major, a contar de 2000, por haver concluído o Curso de Aperfeiçoamento de Oficial – CAO, em 1999; mantendo-se seu nome no Quadro de Acesso para ser promovido ao posto de Tenente Coronel de 2007, de acordo com a decisão interlocutória que almeja revigoramento."*

O Estado do Ceará apresenta suas contrarrazões (fls. 194/207 – ação cautelar; fls. 120/132 – Ação de Oposição), alegando, em linhas gerais, a prescrição do fundo de direito e o descabimento da pretensão recursal.

Por fim, manifestou-se a Procuradoria Geral de Justiça pelo improvimento da Apelação nos autos da Ação Ordinária, e pelo provimento da Apelação nos autos da Ação de Oposição, *"...ante a ausência de pressupostos legais procedimentais a embasá-la."*

É o breve relatório.

Revistos e incluídos em pauta de julgamento.

VOTO

Presentes os pressupostos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade dos recursos.

Passo à análise das razões Recursais

1. LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO

Argui o apelado que a pretensão veiculada na exordial do apelante interferirá na esfera jurídica de 37 policiais militares mais antigos que o insurgente. Diante disso, invoca a aplicação do art. 47, do CPC, ou seja, a citação dos litisconsortes necessários.

Não deverá prosperar a presente preliminar.

Os referidos litisconsortes, na verdade, possuem mera expectativa de direito às futuras promoções, além do que cada um deles depende do atingimento concorrente de múltiplos fatores subjetivos e objetivos para serem promovidos, Portanto, desnecessária a sua inclusão no polo passivo desta ação.

Nesse sentido a jurisprudência deste Tribunal de Justiça. Vejamos:

> 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. (Apelação/Reexame Necessário 3361818200580600011, Relator Paulo Francisco Banhos Ponte, 1ª Câmara Cível, Registrado em 20/07/2011)

Rejeito, pois, a presente preliminar.

2. PRESCRIÇÃO DE FUNDO DE DIREITO

Em suas contrarrazões o apelado argui, ainda, a prescrição do fundo de direito em relação à pretensão do apelante.

Neste passo, interessa-nos destacar o Decreto nº 20.910/32, que dispõe sobre a prescrição das ações pessoais contra a Fazenda Pública e suas autarquias. Vejamos:

> Art. 1º – As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.
> (…)
> Art. 3º Quando o pagamento se dividir por dias, meses ou anos, a prescrição atingirá progressivamente as prestações à medida que completarem os prazos estabelecidos pelo presente decreto.

Assim, cumpre assinalar que há dois tratamentos diversificados quanto à prescrição contra a Fazenda Pública.

Vê-se que, quanto às prestações periódicas, a prescrição da ação não ocorre, propriamente, mas tão somente a prescrição das parcelas anteriores a cinco anos do ajuizamento da ação. Nesse caso, fala-se da **prescrição de trato sucessivo**, sobre a qual o Superior Tribunal de Justiça, assentou o enunciado da **Súmula 85**, que assim reza:

> Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação.

De outra banda, tem-se a **prescrição de fundo de direito**, em relação a qual não há renovação do marco inicial para o ajuizamento da ação.

O Ministro Moreira Alves, no voto proferido no RE nº 110.419/SP, esclarece a expressão de fundo de direito:

> Fundo de direito é expressão utilizada para significar o direito de ser funcionário (situação jurídica fundamental) ou o direito a modificações que se admitem com relação a essa situação jurídica fundamental, como reclassificações, reenquadramentos, direito a adicionais por tempo de serviço, direito à gratificação por prestação de serviços de natureza especial, etc.
> (…)
> A pretensão ao fundo de direito prescreve, em direito administrativo, em cinco anos a partir da data da violação dele, pelo seu não reconhecimento inequívoco. Já o direito a perceber as vantagens pecuniárias decorrentes dessa situação jurídica fundamental ou de suas modificações ulteriores é mera consequência daquele, e sua pretensão, que diz respeito a *quantum*, renasce cada vez em que este é devido (dia a dia, mês a mês, ano a ano, conforme a periodicidade em que é devido seu pagamento), e, por isso, se restringe às prestações vencidas há mais de cinco anos, nos termos exatos do art. 3º do Decreto 20.910/32.

Extrai-se desse panorama que as obrigações de trato sucessivo decorrem de uma situação jurídica já reconhecida, diferentemente da prescrição de fundo de direito.

Sobre o tema, colaciono o seguinte aresto:

> ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. ADICIONAIS POR TEMPO DE SERVIÇO E DA SEXTA-PARTE. RECALCULO. PRESCRIÇÃO. OBRIGAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO. - A prescrição quinquenal das ações contra a Fazenda Pública atinge o fundo de direito quando o ato lesivo da Administração negar a situação jurídica fundamental

> em que se embasa a pretensão veiculada. - Na hipótese, encontrando-se a situação jurídica consolidada pela concessão dos referidos adicionais, não se aplica a prescrição da ação, mas o comando incerto na Súmula nº 85/STJ, que disciplina a prescrição quinquenal nas relações de trato sucessivo, em que são atingidas apenas as parcelas relativas ao quinquênio antecedente à propositura da ação. - Embargos de Divergência rejeitados. (EREsp 42841/SP, Rel. Ministro VICENTE LEAL, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 23/06/1999, DJ 30/08/1999, p. 30)

In casu, verifico que quando do ajuizamento da Ação Ordinária o apelante já ostentava o posto de Major. A ação fora ajuizada em 2007 e a promoção do recorrente deu-se em 2004 (fl. 21 – Ação Ordinária).

Uma vez que o apelante almeja apenas o reconhecimento de sua preterição à ascensão ao posto de Major, advindo daí o ressarcimento em preterição, conclui-se que a sua situação jurídica – a colocação no posto de Major – já estava consolidada ao tempo do ajuizamento da ação.

Definitivamente, não se cuida de prescrição de fundo de direito. Poderia se falar, eventualmente, em prescrição de trato sucessivo, como bem apontado pela Procuradoria Geral, no parecer de mérito (fls. 227/236).

Rejeito, pois, a preliminar arguida pelo apela

3. MÉRITO

O cerne da questão cinge-se à configuração, ou não, do direito do apelante ao ressarcimento em preterição relativo ao posto de Major da Polícia Militar do Estado do Ceará.

O apelante sustenta ter sido preterido em sua promoção ao posto de Major, que se deu em 25/8/2004, quando deveria ter sido em 25/8/2000. Indicou paradigmas (outros Oficiais da Polícia Militar) com classificação em cursos e pontuação inferiores à sua, dentro da corporação, que foram promovidos por antiguidade antes do recorrente.

A presente matéria é regulamentada pelo Decreto nº 13.503/79 e pela Lei Estadual nº 10.273/79, que dispõe sobre os critérios e as condições de acesso dos Oficiais da Polícia Militar na hierarquia policial militar, mediante promoção.

Um dos critérios de promoção é a antiguidade, podendo haver, excepcionalmente, a promoção em ressarcimento de preterição (art. 4º, da Lei nº 10.273/79). A promoção por antiguidade se baseia na precedência hierárquica de um oficial PM sobre os demais de igual posto, dentro de um mesmo quadro (art. 5º, da Lei nº 10.273/79).

Para a implementação da promoção por antiguidade, entretanto, deverão concorrer vários requisitos, enunciados na legislação em comento.

Primeiramente, é indispensável que o Oficial esteja incluído no Quadro de Acesso (art. 13, da Lei nº 10.273/79). As condições de acesso a esse Quadro são, por vezes, cursos, serviço arregimentado, ou exercício de função específica (art. 8º, do Decreto nº 13.503/79). No presente caso, é requisito básico a conclusão de Curso de Aperfeiçoamento de Oficiais – CAO (art. 9º, II, do Decreto nº 13.503/79). O apelante concluiu o CAO em 1999 (fl. 30 – Ação Ordinária).

Outro requisito essencial é o cumprimento do interstício mínimo em um determinado posto para ascender ao posto subsequentemente superior.

O apelante foi promovido ao posto de Capitão em 06/1/98 e, posteriormente, ao posto de Major, em 25/8/2004. Em razão de ter concluído o CAO em 1999, poderia, em tese, ter sido promovido ao posto de Major a partir do ano 2000. Porém, para isso, há de se ter em conta a tabela de prazos do interstício em serviço arregimentado, cujo tempo mínimo no posto de Capitão para ascender a Major é de 24 meses (art. 10, do Decreto nº 13.503/79).

Caso não tenha cumprido serviço arregimentado o tempo mínimo no posto de Capitão para ascender ao posto de Major seria de 48 meses (art. 6º, do Decreto nº 13.503/79).

Não há comprovação nos autos quanto à alegação de que o apelante tenha prestado serviço arregimentado. Desse modo, caso fosse reconhecida pretensa preterição deveria retroagir a 2002, e não a 2000, tendo como marco inicial o ano de 1998, quando investiu-se no posto de Capitão.

Além disso, para a promoção pelo critério de antiguidade nos Quadros competirá ao Oficial que for mais antigo da escala numérica em que se achar (dentro do Quadro) (art. 46, do Decreto nº 13.503/79). Não é, portanto, a classificação no curso que determina a sequência da promoção, como quer dizer o apelante (fl. 28 – Ação Ordinária).

A propósito, ressaem os arestos desta Corte de Justiça, *in verbis:*

> APELAÇÃO CÍVEL/REEXAME NECESSÁRIO. DIREITO ADMINISTRATIVO. AÇÃO ORDINÁRIA. PROMOÇÃO DE POLICIAL MILITAR POR ANTIGUIDADE E RESSARCIMENTO DE PRETERIÇÃO. NÃO COMPROVAÇÃO DOS REQUISITOS LEGAIS (ART. 11 DO DECRETO ESTADUAL Nº 15.275/82). CITAÇÃO DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO. DESNECESSIDADE. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. (Art. 1º DO DECRETO nº 20.910/32). INOCORRÊNCIA. JUSTIÇA GRATUITA. CONDENAÇÃO. SUCUMBÊNCIA. POSSIBILIDADE. LEI 1060/50, ART. 12. REEXAME E APELO CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS. SENTENÇA REFORMADA. 1. Desnecessária a citação de litisconsórcio passivo necessário. 2. O caso em análise não se enquadra na questão da prescrição do fundo de direito, consoante o Decreto 20.910/32, art. 1º: "as dívidas passivas da União, dos Estados e Municípios, bem assim, todo e qualquer

direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem". Requerimento administrativo em 25.03.2003. Ingresso da ação judicial em 06.08.2003. 3. Para promoção de policial militar por antiguidade é necessário a comprovação do preenchimento dos requisitos estabelecidos no art. 11 do Decreto Estadual nº 15.275/82. 4. Em casos de ressarcimento de preterição, a pretensão de retroagir alcançando os efeitos da promoção depende da demonstração dos requisitos necessários à promoção, e as condições aptas a situar o apelado dentre os demais integrantes da lista de promoção, comprovando que este faz jus a uma das vagas ali oferecidas. 5. O Apelado se restringiu a colacionar nomes de alguns oficiais alegando que tais policiais militares em situações inferiores a sua foram promovidos, fazendo-o, porém, de forma genérica, não apontando sua posição e dos demais na ordem de antiguidade, ou seja, sem comprovar a alegada preterição. 6. No caso, não houve comprovação da existência de todos os pressupostos estabelecidos em legislação específica. Precedente STJ. 7. Arbitra-se os honorários advocatícios em R$ 100,00 (cem reais). Entretanto, em face da gratuidade judicial impõe-se a necessidade de suspensão da exigibilidade (art. 12 da Lei 1060/50). 8. Reexame necessário e Apelação conhecidos e parcialmente providos. Sentença reformada. (Apelação/ Reexame Necessário nº 70015435200080600011, Relator Clécio Aguiar de Magalhães, 5ª Câmara Cível, Julgado em 06/06/2011)

ADMINISTRATIVO. AÇÃO ORDINÁRIA. PROMOÇÃO DE MILITAR ESTADUAL. IMPOSSIBILIDADE. INOBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO CASTRENSE PARA PROMOÇÃO POR ANTIGUIDADE OU MERECIMENTO. AUSÊNCIA DE DIREITO À INCLUSÃO NO QUADRO DE ACESSO. PROMOÇÃO EM RESSARCIMENTO DE PRETERIÇÃO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO DEMONSTRADO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. É vedada a promoção de policial militar por ocasião de sua transferência para a reserva remunerada ou reforma (Lei federal n. 6.880/80, art. 62, e Lei estadual n. 10.072/76, art. 60). Precedentes do C. STJ. 2. Para a promoção de militar estadual por antiguidade, é mister o preenchimento de determinados requisitos previstos na legislação castrense, tais como a existência de vaga no posto hierarquicamente superior, aproveitamento em curso de formação, bom comportamento, inclusão no Quadro de Acesso, aptidão em inspeção de saúde e existência de vaga no grau a que pretende ascender (Decreto estadual n. 15.275/82, arts. 10 e 11). 3. Para a promoção por merecimento, exige-se, ainda, que o militar estadual esteja classificado pela contagem de pontos da ficha de promoção, no total de vagas a preencher por este critério (Decreto estadual n. 15.275/82, art. 12). 4. A inclusão no Quadro de Acesso - condição essencial para promoção -, somente ocorre quando do preenchimento das demais condições acima aludidas, não havendo que se falar em direito subjetivo à promoção. Precedente do C. Superior Tribunal de Justiça. 6. No caso, não logrou o militar comprovar sequer o a sua inclusão no Quadro de Acesso, nem a ocorrência de preterição. Apesar de o militar ter colacionado documentos que atestam a promoção de alguns militares, não comprovou a situação fática que ensejou as referidas promoções. Logo, impossível a concessão do pleito exordial. 7. Apelação conhecida e provida.

> (Apelação/ Reexame Necessário nº 1859277200580600011, Relator José Mário dos Martins Coelho, 6ª Câmara Cível, Julgado em 29/6/2011)

Além disso, o paradigma utilizado pelo apelante, o Major Erik Oliveira Onofre e Silva, foi promovido, consecutivamente, aos postos de Capitão e Major, por força de decisão judicial (fls. 23 e 38 – Ação Ordinária).

O seguinte julgado é elucidativo, quanto ao tema:

> ADMINISTRATIVO. MILITAR. PROMOÇÃO. ALEGAÇÃO DE PRETERIÇÃO. INOCORRÊNCIA. GRATUIDADE JUDICIÁRIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1 - O autor busca na presente lide obter sua promoção para o posto de Terceiro Sargento, retroativa a dezembro de 2002, sob o argumento de que a Administração promoveu o Cabo Marcelo Marinho de Leão, mais moderno que o demandante, numa clara situação de preterição, o que seria vedado por lei. 2 - O paradigma indicado pelo autor promoveu ação judicial para obter promoção sob a alegação de que houve preterição quando outro Cabo (Mário Ubiratan Ferreira) foi promovido a 3º Sargento, tendo obtido decisão judicial para sua promoção. 3 - Não houve preterição em relação ao apelante, uma vez que a promoção operada pela Administração foi em cumprimento de decisão judicial. Não se tratou de ato volitivo do Administrador, não sendo a presente demanda o meio jurídico correto para se discutir a tutela judicial deferida em outra lide. 4 - Sendo a parte beneficiária da gratuidade judiciária, não lhe cabe a condenação em honorários advocatícios sucumbenciais. Provimento da apelação nesta parte. 5 - Apelação provida parcialmente. (Apelação Cível nº 479390/RN, Relator Des. Fed. Francisco Wildo, Julgado em 30/3/2010)

Por todo o exposto, dessume-se que o apelante utilizou-se tão somente do fato de ter concluído o CAO, e ter logrado posição classificatória mais avantajada que o Major Erik Oliveira Onofre e Silva. Na verdade, deveria ter comprovado a sua posição no Quadro de Acesso respectivo, do que não se desincumbiu (art. 333, I, do CPC).

Sendo assim, concluo que não houve preterição em relação ao apelante, uma vez que a promoção operada pela Administração castrense, em relação ao Oficial Erik Oliveira Onofre e Silva, foi decorrente de imposição judicial, e não de ato volitivo do Administrador. No mais, o apelante não trouxe em seu pleito nenhum outro argumento para se discutir, ensejador de irregularidade na sua não promoção administrativamente.

Ante o exposto, conheço dos recursos de apelação para negar-lhes provimento.

É como voto.

Fortaleza, 22 de agosto de 2011.

Nº PROCESSO: 0000545-78.2009.8.06.0045
TIPO DO PROCESSO: APELAÇÃO CÍVEL
APELANTES: A. L. G. de A. e E. J. de S.
APELADOS: I. de O. e F. V. G.
RELATOR: DES. DURVAL AIRES FILHO
aj007

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ADOÇÃO. GENITORA ACOMETIDA POR DEPRESSÃO PÓS-PARTO. RISCO À VIDA DA FILHA. ENTREGA DA MENOR AO CONSELHO TUTELAR COM SINAIS DE MAUS-TRATOS. PEDIDO DE ADOÇÃO DE FAMÍLIA SUBSTITUTA. CONCESSÃO DE GUARDA PROVISÓRIA À NOVA FAMÍLIA. ARREPENDIMENTO POSTERIOR DOS GENITORES. IMPOSSIBILIDADE. ESTUDO SOCIAL. AUSÊNCIA DE AFETIVIDADE DOS PAIS BIOLÓGICOS. MENOR INSERIDA E ADAPTADA AO NOVO LAR. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. PREVALÊNCIA DA SOCIOAFETIVIDADE. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. APELAÇÃO CONHECIDA, PORÉM IMPROVIDA.

1. Não há qualquer dúvida de que a menina deve ficar com o casal adotante, seja pela forma como vem sendo tratada, seja pela legalidade da adoção em questão, não se podendo levar em conta o arrependimento dos genitores, por ser tardio e extemporâneo.
2. Mostra-se mais prudente manter a sentença que julgou procedente o pedido de adoção, porquanto a reforma de tal decisão poderia trazer sérios prejuízos ao desenvolvimento psicológico da infante, haja vista ter passado praticamente toda sua vida sob os cuidados dos apelados, e tem neles a figura de sua mãe e de seu pai. Não há dúvidas de que possível modificação de lar, por ora, ocasionaria consequências danosas ao seu equilíbrio emocional.
3. Recurso conhecido, porém improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos da Apelação Cível nº 0000545-78.2009.8.06.0045, em que figuram, como apelantes A. L. G. de A. e E. J. de S. e, como apelados I. de O. e F. V. G., ACORDAM os Desembargadores desta 7ª Câmara Cível, em votação unânime, pelo CONHECIMENTO e IMPROVIMENTO DO APELO, tudo nos termos do voto do Desembargador Relator.

RELATÓRIO

Os presentes autos cogitam de Apelação Cível interposta por **A. L. G. de A. e E. J. de S.**, com o objetivo de reformar a r. sentença prolatada, que julgou procedente o pleito autoral, objeto da Ação de Pedido de Adoção com destituição do poder familiar ajuizada por **I. de O. e F. V. G.** em favor da menor **I. A. de S.**. Na exordial de fls. 02/04, os autores pleiteiam a adoção da menor, após esta ter sofrido maus-tratos pela mãe biológica e ter sido entregue ao conselho tutelar pelo próprio pai.

Concedida a guarda provisória da menor ao casal promovente às fls. 81v.

Na sentença de fls. 153/160, o juízo julgou procedente o pedido de adoção da menor em favor dos requerentes, destituindo o poder familiar dos pais biológicos. O fundamento utilizado foi o de que a criança sofreu maus-tratos pela mãe biológica, que desde a gravidez rejeitou sua filha, além de que esta já está devidamente inserida na nova família, recebendo todos os cuidados necessários.

Embargos de declaração às fls. 162/163, diante da omissão do juiz no que diz respeito ao novo nome da menor.

Irresignado com a decisão, os requeridos interpuseram recurso de apelação às fls. 165/180, alegando que não há nos autos qualquer prova de que a menor sofrera maus-tratos. Além disso, afirmam que a destituição do poder familiar e a colocação da criança em família substituta é uma medida extrema, que não se aplica ao caso, já que os demandados, embora pobres, têm condições de criar a filha.

Sentença dos embargos de declaração às fls. 181, determinando que constará no novo registro de nascimento o nome da menor adotada como G. V. G. de O..

Contrarrazões às fls. 188/195.

A PGJ, em parecer de fls. 207/214, defende pela provimento do recurso apelatório e reforma da sentença, a fim de dar à família biológica uma segunda chance.

Redistribuição dos autos pela Portaria nº 154/2011 às fls. 216.

É o breve relatório.

À Douta Revisão.

Fortaleza, 10 de setembro de 2012.

VOTO

Antes de qualquer iniciativa, recebo o presente recurso por estarem presentes os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade.

Primeiramente, diante da existência de agravo retido interposto pelos requeridos e ratificado no recurso apelatório, passemos à análise deste.

O presente agravo retido foi interposto contra a decisão interlocutória do magistrado, que repousa às fls. 81v, a qual deferiu o pedido de guarda provisória da criança para os apelados. Este agravo não merece guarida, pelo fato de a revogação desta guarda provisória não preservar o melhor interesse da criança, até que o mérito desta ação seja resolvido. Isso porque a infante encontra-se com os apelados desde janeiro de 2009, o que completa mais de três anos e meio, mostrando-se evidente que o melhor a se fazer é deixar que a menor permaneça no lar que já se encontra, por estar lá adaptada e por reunir as condições necessárias ao seu desenvolvimento, até que o cerne da questão seja enfrentado.

In casu, verifica-se que a infante desde os dois meses de vida conviveu com os autores, inicialmente, com o consentimento dos genitores, os quais perderam a guarda da criança, que passou a ser, provisoriamente, dos pretensos adotantes desde dezembro de 2009, dando-lhe, desde então, o amor e carinho necessários neste período de tenra idade.

É de ser consignado que o motivo que levou os apelantes a entregar em adoção a menor foi o fato de a genitora ter sofrido de depressão pós-parto e de representar uma ameaça à vida da infante. Assim, o pai decidiu impulsiva e desamparadamente que deixaria a criança para adoção. Contudo, os motivos e as circunstâncias do ocorrido perdem relevo nesse momento, já que o cerne da contenda é saber se a guarda deve ou não ser mantida, pois isto fora atacado pelo agravo retido aqui ratificado pelos apelantes.

Não pode passar despercebido o período de tempo que a menor convive com os apelados. Isso faz criar um laço afetivo muito forte entre aqueles que detém a guarda e a menina a ponto de consolidar na mente em formação da menor um grau de parentesco maternal e paternal, dificilmente extirpado, pelo menos nesta faixa etária.

De outra sorte, não há nenhum indício, sustentado pelos apelantes, que desabone a conduta dos apelados a ponto de permitir que a modificação da guarda seria de suma importância.

Dessa forma, diante das razões expendidas acima e com base no melhor interesse da criança, não se vislumbra qualquer reforma na decisão que deferiu a guarda provisória para os autores.

Superada a análise do agravo retido, adentraremos no mérito estrito da apelação, e, de antemão, observo que a sentença deve ser mantida pelas suas próprias razões, pelo que passará a ser exposto.

O presente caso cogita-se de menor que, supostamente, sofreu maus-

tratos pela mãe biológica e foi entregue ao Conselho Tutelar pelo pai, para que fossem tomadas as devidas providências, sendo, posteriormente, entregue à família substituta, que entrou com um pedido de adoção com destituição do poder familiar.

Aqui, considerando-se a maior vulnerabilidade da criança, devido à sua pouca maturidade e à inabilidade para gerir a própria vida, deve-se tomar qualquer atitude sempre buscando o melhor interesse delas, que devem desfrutar de maior proteção. Por isso, entendo que a sentença vergastada preservou os direitos da infante, já que teve como base os elementos probatórios constantes no processo.

Inicialmente, fora constatado que a mãe biológica da menor sofreu depressão pós-parto, pelo que se extrai das declarações por ela prestadas, dos depoimentos de algumas testemunhas e, principalmente, pelo Laudo Médico acostado às fls. 111/112.

Além disso, a mãe biológica afirmou em seu depoimento dado em juízo, de forma contundente, que em nenhum momento desejou a gravidez, que esta não fora planejada e que raramente teve cuidados com a filha, tendo sido esta acompanhada durante os dois meses em que esteve em casa pela tia, irmã da genitora. Isso mostra que a mãe não tinha condições de acompanhar o crescimento da filha, por lhe faltar equilíbrio psicológico e ainda por não demonstrar qualquer interesse afetivo em relação à menina. Ademais, os requeridos afirmaram ainda que não se podia negar que a mãe biológica da menor sentiu repulsa pela mesma, admitindo sua instabilidade emocional frente à sua condição de maternidade.

Vale ressaltar que, quando a infante foi entregue ao Conselho Tutelar, ela apresentava alguns hematomas no corpo, sinais de maus-tratos que sofrera pela própria mãe, segundo o pai afirmara para o conselho quando entregou a filha. Mais uma vez, evidencia-se que houve descaso da mãe com a filha e que aquela não estava em condições psicológicas de arcar com as responsabilidades maternais.

Apesar de a genitora ter sofrido depressão pós-parto, pelo que se conclui do conjunto probatório, nada justifica o fato de a menor ter sido imediatamente entregue ao Conselho Tutelar diante da primeira dificuldade encontrada pelo casal em criar a filha. Outra atitude menos drástica poderia ter sido tomada, em vez de entregar de imediato a infante ao conselho, mostrando que não havia qualquer laço afetivo com a menor, já que, segundo os requeridos afirmaram, possuíam condições materiais de criar a menina.

Importante destacar também que, segundo a conselheira de nome Marilene André, que fora quem acompanhou o caso, ao chegar na casa da infante para buscá-la, ela fora recebida com muita frieza, e todos os objetos pessoais da menina já estavam arrumados, como se aquele ato fosse em manifestação de alívio.

Finalmente, no dia seguinte à entrega da criança ao conselho, o genitor procurou este órgão novamente, desta vez arrependido e afirmando que a genitora também o estava, pedindo de volta a menina. No entanto, o conselho entendeu por bem deixar a infante com a família substituta e representou junto ao Ministério Público para

destituir os pais biológicos do poder familiar.

Por tudo isso, pode-se concluir que não havia por parte dos pais biológicos interesse em permanecer com a menina, pois, além de a mãe ter tido o menor contato possível com a infante, ainda maltratou sua filha, de acordo com as afirmações do pai para o conselho.

Ora, se o próprio pai entrega sua filha ao órgão competente para cuidar desta porque teme uma atitude drástica por parte da mãe, mostra seu desespero e ainda o risco que a menina corria se ficasse sob os cuidados da genitora, que, mesmo após dois meses do fim da gestação, ainda se encontrava com sérios problemas psicológicos. Ademais, não é plausível a afirmação dos promovidos de que essa rejeição à infante tenha se dado apenas pela depressão pós-parto sofrida pela mãe, já que esta afirmara categoricamente que nunca desejou ter esta filha, rejeitando-a desde o início da gravidez.

Um ponto importante a ser ressaltado é o fato de que, no depoimento prestado pelo pai da criança, este deixa transparecer que o suposto arrependimento a que se submetera a ponto de pedir a filha de volta só ocorreu devido às pressões que sofrera dos outros familiares em reaver a menor. Realmente, diante da instabilidade da genitora e da rejeição desta em relação à filha, já que havia familiares dispostos a empregar cuidados à menina, porque não entregá-la a estes e aguardar a melhora da mãe, em vez de entregá-la de imediato ao conselho? Tudo isso mostra que não havia qualquer afetividade dos pais em relação à infante.

O depoimento da mãe biológica permite-nos concluir também, por diversos momentos, que realmente não existe afetividade ou amor em relação à adotanda. Isso porque a genitora diz que quem cuidava da criança era sua irmã; que continuou não querendo a criança; que sabe com certeza que a menina está sendo bem cuidada na nova família, com quem se encontra desde os dois meses de vida; que desde que a menor foi entregue à nova família nunca mais a viu; que se não obtivesse a guarda da filha de volta não mais a visitaria e, por fim, que, se tivesse a guarda da menina definitivamente, não permitiria em nenhuma hipótese que a família com a qual ela passou tivesse qualquer contato com a menor ou fizesse visitas a ela.

Diante de todo o exposto, resta claro que a genitora tem ciência de que a menina está sendo muito bem tratada na nova família, além de que, desde que a menor saíra de casa, a mãe biológica nunca mais a vira e ainda afirma que não a visitará se não obtiver sua guarda, o que demonstra falta de amor em relação à filha. Ademais, quando estabelece que não permitirá que a família que está com a menina a visite caso esta não fique com a guarda, diferentemente do que afirmou o pretenso adotante, denota egoísmo por parte da mãe, que não está se preocupando com o melhor interesse da menor, que já construiu laços de afetividade com a nova família.

Imperioso destacar ainda que o genitor passa períodos de seis a oito meses fora da residência por motivos de trabalho, já que trabalha no corte de cana-de-açúcar.

Quando ele se ausenta, sua esposa fica sozinha com a filha mais velha do casal e, se adquirirem a guarda da adotanda, passará a cuidar sozinha dela também. Isso representa um enorme perigo à menina, já que a mãe poderá ter novamente lapsos de instabilidade emocional e maltratar a filha, colocando a vida e a saúde da menor em risco.

O ordenamento jurídico brasileiro adota como máxima nas relações familiares a preservação do melhor interesse da criança e ainda o enaltecimento dos laços de afetividade acima de qualquer critério biológico. Com base nisso, entendo ser muito acertada a posição tomada pelo douto magistrado no sentido de destituir os pais biológicos do poder familiar e conceder aos adotantes o direito de guarda da menor, criando-se os mais fortes laços de afetividade com a menina.

O Código Civil autoriza a extinção do poder familiar, nos seguintes termos:

> Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar:
> I - pela morte dos pais ou do filho;
> II - pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único;
> III - pela maioridade;
> IV - pela adoção;
> V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638.
>
> Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:
> I - castigar imoderadamente o filho;
> II - deixar o filho em abandono;
> III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;
> IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

Pelo que se extraiu das provas apresentadas aos autos, houve por parte da genitora descaso em relação à filha, além de que infligiu castigos à menina, que chegou ao Conselho Tutelar com sinais de maus-tratos, conforme afirmara o genitor. Por isso, diante de tais atos da mãe, além da existência de família que queira adotar e com boas condições de cuidar da menina, entendo perfeitamente cabível a destituição do poder familiar dos pais biológicos e a concessão da guarda da menina aos pais adotantes, por meio de adoção, eliminando quaisquer laços entre a criança e a família natural.

Considerando ainda as condições financeiras de que dispõem ambas as famílias, constitui-se num verdadeiro abismo a diferença de renda entre os adotantes e os pais biológicos. Apesar de esse fator influenciar bastante na vida da adotanda, não seria este fator determinante para o destino da infante. Aliado a ele, há também o critério afetivo, considerado mais importante para o desenvolvimento psicossocial da criança.

Portanto, além de a família substituta da menor possuir condições materiais de suprir quaisquer necessidades da menina, pôde-se perceber que neste novo lar a criança já se encontra totalmente inserida e recebe todo o amor e carinho da nova família, fazendo realmente parte desta.

Com base nisso, hei por bem não acolher o parecer Ministerial que repousa às fls. 207/214. Isso porque o *parquet* defende pela manutenção da guarda da menor em favor dos pais biológicos, já que a colocação da criança em família substituta constitui em medida excepcional, que, neste caso, o órgão ministerial não vislumbra a sua ocorrência. Mesmo sendo este o entendimento do Ministério Público, entendo que, apesar da pouca idade, a menina já está totalmente adaptada e inserida na nova família, com a qual se encontra há quase quatro anos.

Assim, diante dos estudos sociais e das análises realizadas pelo Conselho Tutelar e pelos Assistentes Sociais de Barro/CE, deixo de considerar o parecer do MP por entender que o melhor interesse da criança é continuar no lar em que já está inserida, pois a nova família integrou a menina totalmente às suas vidas, das quais a pequena já faz parte.

Nesse sentido, extrai-se o seguinte julgado:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ADOÇÃO. CRIANÇA. ENTREGA DA GUARDA À FAMÍLIA SUBSTITUTA COM CONSENTIMENTO DA MÃE BIOLÓGICA. ESTUDO SOCIAL. PERMANÊNCIA COM O CASAL. INFANTE DE TENRA IDADE. LAÇOS AFETIVOS SEDIMENTADOS. PRIMAZIA AOS INTERESSES MATERIAIS, MORAIS, EMOCIONAIS DO MENOR. SENTENÇA IRREPROCHÁVEL. RECURSO DESPROVIDO. Toda a criança e o adolescente tem o direito de ser criado e educado dentro de um ambiente familiar digno, livre de perigos, maus-tratos, e cercado de afeto e amor, para o fim de proporcionar uma formação equilibrada da sua personalidade. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar à criança e ao adolescente, com a mais absoluta prioridade possível, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. "Existem interesses individuais e concretos sobre os quais se procede a uma avaliação individualizada. É desses interesses concretos que se cuida na determinação da guarda dos filhos, sendo o juiz o intérprete dos particulares interesses materiais, morais, emocionais, mentais e espirituais de filho menor, intervindo segundo o princípio de que cada caso é um caso, o da máxima singularidade. O interesse concreto do menor, buscando em seu futuro, com o fim de protegê-lo e lograr seu desenvolvimento e sua estabilidade, apto à formação equilibrada de sua personalidade, é critério da decisão do juiz" (GRISARD, Waldyr Filho. Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 63-64). Nessa junção de princípios e direitos que envolvem a tutela da criança e do adolescente, a família biológica nem sempre será a que proporcionará o seio familiar mais digno e saudável, devendo, nesses casos, o juiz, juntamente com seus auxiliares, buscar a solução do impasse por meio da alocação do menor em famílias substitutas ¿ guarda, tutela ou adoção. "Tendo como prisma a integridade psicológica da menor, não se pode entender como justa e razoável sua retirada de lugar que considera seu lar e com pessoas que considera seus pais, lá criada desde os primeiros dias de vida, como medida

> protetiva ao direito daquele que, nada obstante tenha emprestado à criança seu dados genéticos, contribuiu decisivamente para a consolidação dos laços afetivos supra-referidos" (TJSC, Ap. Cív. n. 2005.042066-1, de Ponte Serrada, rel. Des. Sérgio Izidoro Heil, j. em 1º-6-2006).
> (153900 SC 2010.015390-0, Relator: Fernando Carioni, Data de Julgamento: 20/05/2010, Terceira Câmara de Direito Civil, Data de Publicação: Apelação Cível n. 2010.015390-0, de Araranguá)

O ECA estabelece ainda quando será deferida a adoção:

> Art. 43. A adoção será deferida quando **apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos.**
>
> Art. 45. A adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando.
> § 1º. **O consentimento será dispensado em relação à criança ou adolescente cujos pais** sejam desconhecidos ou **tenham sido destituídos do poder familiar.**

Com base nos artigos acima e em toda a prova amealhada, não há qualquer dúvida de que a menina deve ficar com o casal adotante, seja pela forma como vem sendo tratada, seja pela legalidade da adoção em questão, não se podendo levar em conta o arrependimento dos genitores, por ser tardio. A par disso, mostra-se mais prudente manter a sentença que julgou procedente o pedido de adoção, porquanto a reforma de tal decisão poderia trazer sérios prejuízos ao desenvolvimento psicológico da infante, haja vista ter passado praticamente toda sua vida sob os cuidados dos apelados, e tem neles a figura de sua mãe e de seu pai. Não há dúvidas de que possível modificação de lar, por ora, ocasionaria consequências danosas ao seu equilíbrio emocional, apresentando a adoção, neste caso, reais vantagens para a criança.

Desta feita, seguindo-se os princípios constitucionais, entendo que a criança deverá permanecer com a família substituta, com a qual se encontra há mais de três anos e meio. Por isso, destituo os pais biológicos do poder familiar, em razão de adoção, que o faço com base nos artigos 1.635, IV do CC e 41 do ECA e concedo a guarda definitiva da menor para os pais adotantes, em virtude da construção de laços afetivos com a infante.

Como consequência, declaro extintos todos os vínculos com os pais biológicos e mantenho a alteração do nome da infante determinada pelo juízo *a quo* anteriormente realizada.

Ante aos fundamentos apresentados, CONHEÇO da presente Apelação, mas para NEGAR PROVIMENTO, mantendo incólume a sentença vergastada.

É como voto. É como me posiciono.

Fortaleza, 10 de setembro de 2012

PROC. Nº 561106-61.2000.8.06.0001/1
APELAÇÃO CÍVEL/REEXAME NECESSÁRIO
APELANTE:ESTADO DO CEARÁ
APELADO:JOÃO CRISOSTOMO DA ROCHA
ORIGEM:Ação Declaratória – 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza
RELATOR:DES. MANOEL CEFAS FONTELES TOMAZ
REVISORA:DESA. MARIA VILAUBA FAUSTO LOPES
ÓRGÃO JULGADOR 6ª CÂMARA CÍVEL

PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE RECONHECIMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO PARA FINS DE APOSENTADORIA. CABIMENTO. PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE JURIDICA REJEITADA. FARTA COMPROVAÇÃO DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO NO PERÍODO. DIREITO A AVERBAÇÃO RECONHECIDO. REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDAS E DESPROVIDAS. SENTENÇA MANTIDA.

1. A parte autora lastreou seu pedido com o intuito de ver reconhecida uma relação jurídica havida com o ente público para fins de concessão do benefício previdenciário, ou seja, indicou, inclusive, a repercussão do provimento postulado na sua esfera jurídica. Portanto, "A declaração de existência ou inexistência de relação jurídica versa sobre situação atual e já verificada, de modo que há interesse jurídico-processual, uma das condições do exercício do direito de ação, que deflui do binômio necessidade-utilidade da prestação jurisdicional." Preliminar de impossibilidade jurídica rejeitada.

2. Os documentos carreados aos autos pelo autor na exordial demonstram, de forma inconteste, o seu direito de averbação do tempo de serviço nos moldes como pretendido. Há clara demonstração do vínculo, do salário e do cargo desempenhado, situação esta, inclusive, que fora reconhecida através de Ação de Justificação de Tempo de Serviço.

3. Logo, o autor desincumbiu-se do seu ônus probatório. O ESTADO DO CEARÁ, por sua vez, além de não ter demonstrado fato impeditivo, extintivo ou modificativo do direito do autor, não trouxe no recurso, tampouco durante a instrução feita em primeira instância, qualquer subsídio com

capacidade de alterar os fundamentos da sentença vergastada e impedir que seja averbado referido tempo de serviço para fins de aposentadoria do autor.
Remessa Oficial e Apelação Cível conhecidas e desprovidas. Sentença mantida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível, ACORDAM os Desembargadores membros da 6ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer da Remessa Oficial e da Apelação Cível para NEGAR-LHES provimento, mantendo incólume a sentença vergastada, nos termos do voto do eminente Desembargador Relator.

RELATÓRIO

Cuida-se de Reexame Necessário e Apelação Cível, interposta por **ESTADO DO CEARÁ**, em desfavor de **JOÃO CRISOSTOMO DA ROCHA,** em Ação Declaratória, insurgindo-se contra Sentença de fls. 67/73, proferida pelo *douto* juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza.

Em Peça Inaugural (fls. 02/06), o autor/apelado alegou ter trabalhado para o promovido de 03 de janeiro de 1971 até 24 de agosto de 1976, entretanto o documento que atesta que o promovente trabalhou de 1971 até 1973 não foi aceito para fim de averbação de tempo de serviço, por não ser uma certidão, requisito exigido pela Previdência Social. Ao final, requereu o reconhecimento do tempo laboral e seus efeitos, a indispensável averbação nos registros funcionais e a expedição de Certidão de Tempo de Serviço.

Contestação às fls. 48/51, na qual o Estado arguiu, preliminarmente, a impossibilidade jurídica do pedido, visto que a ação declaratória não pode ser utilizada com o viso de se declarar a existência ou inexistência de simples fato, e, no mérito, afirmou que o serviço prestado não teve o condão de gerar vínculo empregatício. Requereu que seja julgado improcedente o pedido inicial.

Parecer do Ilustríssimo representante do Ministério Público, às fls. 64/65, no sentido de que a presente demanda seja julgada procedente.

A *douta* magistrada *a quo,* às fls. 104/106, julgou procedente a Ação Declaratória para fim de reconhecer e declarar como exercidas pelo Autor as atividades de serviços prestados, durante o período compreendido entre os meses de janeiro de 1971 a 24 de agosto de 1976, objetivando sua contagem regular, mediante averbação e expedição da certidão respectiva.

Inconformado, recorre o Estado, às fls. 75/86, aduzindo, em sede de preliminar, impossibilidade jurídica do pedido, e, no mérito, a ausência de cabal comprovação do tempo de serviço prestado junto a órgão estadual, a impossibilidade de acolhimento, como prova plena, da justificação judicial promovida e a impossibilidade de reconhecimento de vínculo com o Estado de serviço remunerado através de projeto. Ao final, requereu que a decisão recorrida fosse reformada.

Apresentadas as contrarrazões, às fls. 89/92, na qual o autor alegou não ser funcionário público estadual, mas que trabalha em empresa pública federal, onde contribui para a Previdência Pública dos trabalhadores não estatutários. Salientou, ainda, que o reconhecimento dos dias trabalhados no Estado do Ceará servirão apenas para contagem de tempo de serviço para a aposentadoria. Por derradeiro, pleiteou que a sentença do juízo *a quo* seja mantida.

Parecer da douta Procuradoria, às fls. 123/129, no sentido de que seja conhecido e desprovido o recurso.

Eis o relatório.

Revisão procedida pela e. Desa. Maria Vilauba Fausto Lopes.

VOTO

Presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, conheço da Remessa Oficial e do Recurso de Apelação interposto pelo ESTADO DO CEARÁ.

Antes de se adentrar ao mérito propriamente dito da irresignação recursal, cumpre-se analisar a preliminar aventada nas razões do recurso de impossibilidade jurídica do pedido. Defende a fazenda pública que a ação declaratória não pode ser utilizada com o viso de se declarar a existência ou inexistência de simples fato.

É indiscutível que a ação declaratória não pode ser intentada com o objetivo de obter pronunciamento judicial sobre a suposta existência de relação jurídica genérica e abstrata, fundada apenas na interpretação em tese da legislação vigente.

Contudo, em que pese a argumentação dispendida no recurso manejado, salvo melhor juízo, não é o que ocorre nos autos.

A parte autora lastreou seu pedido com o intuito de ver reconhecida uma relação jurídica havida com o ente público para fins de concessão do benefício previdenciário, ou seja, indicou, inclusive, a repercussão do provimento postulado na sua esfera jurídica.

Sendo assim, segundo entendimento pacificado do colendo Superior

Tribunal de Justiça, é plenamente possível o manejo da ação declaratória para referido fim, senão vejamos:

> PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ART. 535 DO CPC. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. ACÓRDÃO RECORRIDO. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. SÚMULA 126/STJ. AÇÃO DECLARATÓRIA. ALCANCE. SITUAÇÃO CONCRETA E ATUAL. CABIMENTO.
> 1. O Tribunal de origem manifestou-se de maneira fundamentada, esclarecendo que se encontram presentes os requisitos legais para o exercício do direito de ação. Apenas entendeu o julgador de segundo grau em sentido contrário ao posicionamento defendido pelo ora recorrente.
> 2. Discute-se nos autos se há interesse processual em declarar o direito de denunciar espontaneamente as infrações, por força do disposto no art. 138 do CTN, sem que a empresa, ora recorrida, seja compelida ao recolhimento da multa moratória sobre o pagamento realizado.
> 3. Não foi interposto o competente recurso extraordinário contra a motivação constitucional do acórdão recorrido atinente ao princípio da inafastabilidade da jurisdição. Incidência da Súmula 126/STJ.
> 4. A relação jurídica sobre a qual gravita a ação é perfeitamente identificável, haja vista que o pedido formulado na petição inicial contém todos os elementos que delimitam o alcance pleiteado no provimento judicial.
> 5. A declaração de existência ou inexistência de relação jurídica versa sobre situação atual e já verificada, de modo que há interesse jurídico-processual, uma das condições do exercício do direito de ação, que deflui do binômio necessidade-utilidade da prestação jurisdicional.
> 6. Recurso especial não provido. (REsp 1283990/RJ, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/03/2012, DJe 23/04/2012)

Ademais, a situação concreta, diferentemente do defendido pelo ESTADO DO CEARÁ, amolda-se, perfeitamente, à hipótese do Art. 4º, I, do Código de Processo Civil:

> Art. 4º O interesse do autor pode limitar-se à declaração:
>
> I - da existência ou da inexistência de relação jurídica;
> II - da autenticidade ou falsidade de documento.
>
> Parágrafo único. É admissível a ação declaratória, ainda que tenha ocorrido a violação do direito.

Admitir interpretação diversa, sem sombra de dúvidas, importaria em clara violação ao direito de ação da parte autora, ora apelada, que, depois de ter laborado para o ente público, vê-se impossibilitada de contar o período correspondente para fins de concessão do benefício da aposentadoria.

Desta feita, rejeita-se a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido.

É como voto.

Superado o aspecto preliminar, passa-se à análise do mérito recursal.

Conforme já amplamente relatado, o autor, ora apelado, busca provimento jurisdicional para ver reconhecido o período em que o mesmo prestou serviços para a administração pública para fins de contagem de tempo de serviço para aposentadoria.

Os documentos carreados aos autos pelo autor na exordial demonstram, de forma inconteste, o seu direito de averbação do tempo de serviço nos moldes como pretendido. Há clara demonstração do vínculo, do salário e do cargo desempenhado, situação esta, inclusive, que fora reconhecida através de Ação de Justificação de Tempo de Serviço.

Logo, o autor desincumbiu-se do seu ônus probatório. O réu, ESTADO DO CEARÁ, ora apelante, por sua vez, além de não ter demonstrado fato impeditivo, extintivo ou modificativo do direito do autor, não trouxe no recurso, tampouco durante a instrução feita em primeira instância, qualquer subsídio com capacidade de alterar os fundamentos da sentença vergastada e impedir que seja averbado referido tempo de serviço para fins de aposentadoria do autor.

Ademais, cumpre-se salientar, como bem asseverou a douta Procuradoria Geral de Justiça, em seu parecer lavrado às fls. 102/105, que "no período invocado pelo promovente para fins de averbação à margem de seus assentamentos funcionais, ainda se contava o tempo fictício de serviço para fins previdenciários, dispensando-se a efetiva contribuição, cuja modificação somente foi instituída no ordenamento jurídico pátrio com a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 20/98, à luz do disposto no seu art. 4º."

Neste sentido, colhe-se jurisprudência oriunda deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará:

> Ementa: PREVIDENCIÁRIO. SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL. AÇÃO ORDINÁRIA DE RECONHECIMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO. APOSENTADORIA. CONTAGEM RECÍPROCA DO TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO NA ATIVIDADE PRIVADA E NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. POSSIBILIDADE. PREVISÃO, INICIALMENTE, NO §2º DO ART. 202 E, POSTERIORMENTE, NO §9º DO ART. 201 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.
>
> 1- Reconhecida a questão de fato desde o início da lide até a final procedência da sentença monocrática, o Estado não pode defender a falta de prova da parte contrária justamente deste fato (salvo situações excepcionais, como o surgimento de fato novo), sob pena de infringência ao princípio da lealdade processual e ao ônus da impugnação especificadno período invocado pela promovente para fins de averbação à margem de seus assentamentos funcionais, ainda se contava o tempo fictício de serviço para fins previdenciários, dispensando-se a efetiva contribuição, cuja modificação somente foi instituída no ordenamento jurídico pátrio com a

> entradaem vigor da Emenda Constitucional n. 20/98, à luz do disposto em seu art. 4°.
> No que tange ao serviço prestado à iniciativa privada, não colhe o argumento do apelante, uma vez que a própria Constituição Federal, inicialmente através do art. 202, §2º, e, agora, em seu art. 201, §9º, segundo a qual "para efeito de aposentadoria, é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os diversos regimes de previdência social se compensarão financeiramente, segundo critérios estabelecidos em lei".
> 4. Apelação e Remessa Oficial conhecidas e improvidas. (Apelação cível 3500508200480600000 Relator(a): ADEMAR MENDES BEZERRA Órgão julgador: 2ª Câmara Cível Data de registro: 24/01/2006)

Por todas as razões expendidas, fulcrado nos excertos jurisprudenciais acima colacionados, bem como no parecer lavrado pela douta Procuradoria Geral de Justiça, voto no sentido de conhecer da Remessa Oficial e do recurso de Apelação Cível, contudo para negar-lhes provimento, mantendo inalterada a sentença adversada.

É como voto.

Fortaleza, 6 de março de 2013.

PROCESSO Nº 0076416-91.2005.8.06.0001.
APELAÇÃO CÍVEL.
APELANTE/APELADA: MARIA ZELIMÁRIA OLIVEIRA.
APELANTE/APELADA: HAPVIDA ASSISTÊNCIA MÉDICA LTDA.
RELATOR: DES. FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA.

EMENTA: PROCESSUAL E CONSUMIDOR. APELAÇÕES. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. PRESCRIÇÃO TRIENAL. INOCORRÊNCIA. LEGITIMAÇÃO ATIVA *AD PROCESSUM*. HERDEIRA. POSSIBILIDADE. PLANO DE SAÚDE. RECUSA DE ATENDIMENTO. RESCISÃO UNILATERAL DO CONTRATO. DOENÇA PREEXISTENTE. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. INTERNAÇÃO HOSPITALAR. EXIGÊNCIA DE CHEQUES-CAUÇÃO. MORTE DA BENEFICIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE NEXO CAUSAL. *QUANTUM DEBEATUR*. RAZOABILIDADE. PRECEDENTES. RECURSOS DESPROVIDOS.

1. Tendo-se dado a injustificada recusa de atendimento em 2000, portanto, antes da metade do lapso de 20 anos fixado no Código Civil de 1916 para a prescrição da responsabilidade civil e contado o triênio prescricional do art. 206, § 3º, V, do Código Civil de 2002 a partir da data de sua vigência, 11.1.2003, havendo a autora proposto a ação em 21.11.2005, evidente que não se acha prescrita, pois se aplica a lei nova a contar de sua vigência, principiando o prazo de 3 (três) anos em 11.01.2003.

2. "Embora a violação moral atinja apenas o plexo de direitos subjetivos da vítima, o direito à respectiva indenização transmite-se com o falecimento do titular do direito, possuindo o espólio e os herdeiros legitimidade ativa *ad causam* para ajuizar ação indenizatória por danos morais, em virtude da ofensa moral suportada pelo *de cujus*". (STJ, REsp 1040529/PR, Rel. Ministra Nancy Andrighi, 3ª T., j. em 02.06.2011, DJe 08.06.2011). Precedentes.

3. A recusa da operadora de plano de saúde em autorizar tratamento a que esteja legal ou contratualmente obrigada implica dano moral ao conveniado e seus dependentes, na medida em que agrava a situação de aflição psicológica e

de angústia no espírito daquele que necessita dos cuidados médicos, notadamente em se cuidando de pessoa de avançada idade (septuagenária).
4. No que concerne ao *quantum debeatur*, na trilha da jurisprudência do STJ em idênticas hipóteses (negativa de prestação de assistência pelo plano de saúde), tenho que o valor de **quinze mil reais** fixado pelo Magistrado *a quo* atende à dúplice finalidade de compensar a ofendida ante o prejuízo moral experimentado e reprimir o ofensor de modo a vedar o cometimento de iguais condutas futuras.
5. Recursos conhecidos e desprovidos.

ACÓRDÃO

Acordam os integrantes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Ceará, por julgamento de Turma e votação unânime, em conhecer das apelações, mas para negar-lhes provimento, tudo em conformidade com o voto do Relator.

Fortaleza, 24 de setembro de 2012.

RELATÓRIO

Cuida-se de apelações cíveis interpostas respectivamente, por Maria Zelimária de Oliveira e por HAPVIDA Assistência Médica Ltda., em face de sentença proferida pelo Juiz da 2ª Vara Cível desta Comarca, na qual julgou parcialmente procedente o pedido inicial, para condenar aquela última ao pagamento de R$ 15.000,00 (quinze mil reais), a título de dano moral.

Em razões recursais (fls. 285-306), a primeira apelante questiona tão somente o valor arbitrado em primeiro grau, pugnando por sua majoração, em face do dano experimentado em decorrência do cancelamento unilateral do plano de saúde pela operadora.

Gratuidade da justiça conferida à autora à fl. 131.

A segunda apelante, por sua vez, argumenta, em síntese (fls. 290-286): (a) a prescrição do direito, porquanto o fato danoso teria ocorrido em 31.03.2000 e o ingresso da ação em 24.11.2005, decorrendo, portanto, prazo superior a (3) três anos previstos no art. 206, § 3º, do Código Civil; (b) a inexistência de ato abusivo ou ilegal por parte da empresa, que teria agido em conformidade com a Lei 9.656/1998; (c) não decorrer do inadimplemento contratual danos morais; e (d) inexistir, no caso, responsabilidade civil por parte da operadora de saúde.

Em contrarrazões de fls. 313-322, a primeira recorrente aduz não ter corrido prazo prescricional por ter ingressado com ação cautelar inominada (fls. 12-22), versando sobre o assunto em pauta, em 10.11.2000.

Ao contraminutar o recurso (fls. 325-333), a segunda apelante expõe: (a) que o *quantum* pretendido discrepa da razoabilidade; (b) ser personalíssimo o direito à reparação por danos morais, não podendo a filha da segurada postulá-lo em juízo; (c) ter a empresa agido no exercício regular de um direito ao negar atendimento à segurada, motivo por que é inteiramente improcedente o pedido inicial; e (d) ser devida a redução do montante da condenação.

É o relatório.

VOTO

Conheço dos apelos, presentes os requisitos de admissão.

Passo a analisar questões prejudiciais suscitadas pela segunda recorrente com respeito (a) à prescrição trienal e (b) à legitimidade ativa *ad causam*.

Observa-se que o evento danoso, a saber, a negativa de atendimento pela HAPVIDA Assistência Médica Ltda. e exigência de cheques-caução, ocorreu, conforme se infere dos autos, no ano **2000**, portanto, antes da vigência [em **11.1.2003**] da Lei nº 10.406/2002 (novo Código Civil).

Conforme a regra de transição contida em seu art. 2.028, CC, "Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada".

O antigo prazo prescricional para internar ação de reparação civil, contido no art. 177 do Código Civil de 1916, era de 20 (vinte) anos.

Tendo-se dado a injustificada recusa de atendimento em 2000, portanto, antes da metade do lapso de 20 anos fixado no Código Civil de 1916 para a prescrição da responsabilidade civil, conta-se o triênio prescricional do art. 206, § 3º, V, do Código Civil de 2002 a partir da data de sua vigência, 11.1.2003. Havendo a autora proposto a ação em 21.11.2005, evidente que não se acha prescrita, pois se aplica a lei nova a contar de sua vigência, principiando o prazo de 3 (três) anos em 11.01.2003.

Rejeito, pois, a alegada prescrição.

No tocante à **legitimação ativa *ad processum*** da primeira apelante, cuja mãe falecida era sua dependente no plano de saúde contratado (*vide* fls. 25, 26, 27 e 119), doutrina e jurisprudência são uníssonas em asseverar que o herdeiro sucede no direito de ação que o morto, quando ainda vivo, tinha contra o autor do dano.

Veja-se:

PROCESSUAL CIVIL. DIREITO CIVIL. INDENIZAÇÃO. DANOS

MORAIS. HERDEIROS. LEGITIMIDADE.
1. Os pais estão legitimados, por terem interesse jurídico, para acionarem o Estado na busca de indenização por danos morais, sofridos por seu filho, em razão de atos administrativos praticados por agentes públicos que deram publicidade ao fato de a vítima ser portadora do vírus HIV.
2. Os autores, no caso, são herdeiros da vítima, pelo que exigem indenização pela dor (dano moral) sofrida, em vida, pelo filho já falecido, em virtude de publicação de edital, pelos agentes do Estado réu, referente à sua condição de portador do vírus HIV.
3. O direito que, na situação analisada, poderia ser reconhecido ao falecido, transmite-se, induvidosamente, aos seus pais.
4. A regra, em nossa ordem jurídica, impõe a transmissibilidade dos direitos não personalíssimos, salvo expressão legal.
5. **O direito de ação por dano moral é de natureza patrimonial e, como tal, transmite-se aos sucessores da vítima (RSTJ, vol. 71/183)**.
6. A perda de pessoa querida pode provocar duas espécies de dano: o material e o moral.
7. "O herdeiro não sucede no sofrimento da vítima. Não seria razoável admitir-se que o sofrimento do ofendido se prolongasse ou se entendesse (deve ser estendesse) ao herdeiro e este, fazendo sua a dor do morto, demandasse o responsável, a fim de ser indenizado da dor alheia. **Mas é irrecusável que o herdeiro sucede no direito de ação que o morto, quando ainda vivo, tinha contra o autor do dano**. **Se o sofrimento é algo entranhadamente pessoal, o direito de ação de indenização do dano moral é de natureza patrimonial e, como tal, transmite-se aos sucessores**" (Leon Mazeaud, em magistério publicado no Recueil Critique Dalloz, 1943, pg. 46, citado por Mário Moacyr Porto, conforme referido no acórdão recorrido).
8. Recurso improvido.
(STJ, REsp 324886/PR, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, 1ª T., j. em 21.06.2001, DJ 03.09.2001, p. 159).

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. VÍTIMA. FALECIMENTO. SUCESSORES. LEGITIMIDADE. RESIDÊNCIA. DESOCUPAÇÃO POR CULPA DE TERCEIRO. MORADIA HÁ VÁRIOS ANOS. DANO MORAL. EXISTÊNCIA.
1. **Embora a violação moral atinja apenas o plexo de direitos subjetivos da vítima, o direito à respectiva indenização transmite-se com o falecimento do titular do direito, possuindo o espólio e os herdeiros legitimidade ativa *ad causam* para ajuizar ação indenizatória por danos morais, em virtude da ofensa moral suportada pelo *de cujus***. Precedentes.
2. Se o espólio, em ação própria, pode pleitear a reparação dos danos psicológicos suportados pelo falecido, com mais razão deve se admitir o direito dos sucessores de receberem a indenização moral requerida pelo *de cujus* em ação por ele próprio iniciada.
3. Aquele que é compelido a deixar imóvel no qual residia há anos, por culpa de terceiro, sofre dano moral indenizável. Na espécie, a conduta da ré comprometeu estruturalmente a casa da autora, idosa com quase 100 anos

> de idade, obrigando-a a desocupar o imóvel onde residiu por vários anos.
> 4. Recurso especial provido.
> (STJ, REsp 1040529/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, 3ª T., j. em 02.06.2011, DJe 08.06.2011).

A esse respeito, dispõe o art. 12, p. ún., CC:

> Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.
> Parágrafo único. **Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau**.

"Pois bem, o parágrafo único do mesmo art. 12 do CC reconhece *direitos da personalidade ao morto*, **cabendo legitimidade para ingressar com a ação correspondente aos *lesados indiretos***: cônjuge, ascendentes, descendentes e colaterais até quarto grau. Em casos tais, tem-se o dano indireto ou *dano em ricochete, uma vez que o dano atinge o morto e repercute em seus familiares*." (Cf. TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*: volume único. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p. 90).

Desta forma, tanto o espólio quanto os herdeiros possuem legitimidade ativa para postular em juízo a reparação dos danos sofridos pelo ofendido antes do falecimento, em decorrência igualmente do art. 943, CC, de cuja leitura se extrai: "**O direito de exigir reparação e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança**".

Sobre o assunto, valho-me da lição de Cláudio Luiz Bueno de Godoy:

> A regra, em verdade, apenas consagra o princípio geral, primeiro, de que os direitos e ações de uma pessoa se transmitem aos herdeiros por ocasião de sua morte. Assim, tocam aos herdeiros, desde o instante do falecimento do autor da herança, não só indenização já fixada em favor do falecido como mesmo a ação tendente a postulá-la. […]
> […]
> **A rigor, porém, não há que confundir a intransmissibilidade de direitos da personalidade de quem já morreu, por isso que personalíssimos, com a transmissão do direito à indenização por sua ofensa, sucedida antes da morte do ofendido**. Portanto, também nesses casos deve-se aplicar a regra do dispositivo presente. E, mais, hoje em dia vem se discutindo se não há, verdadeiramente, uma projeção dos direitos da personalidade para depois da morte, corolário da admissão de que fundados em valor social básico e perene, como é a dignidade da pessoa humana, assim suscitando proteção, inclusive mercê de indenização moral, mesmo diante de ofensas *post mortem*, como está, por exemplo, no Código Civil português, no art. 70, n. I, e, ao que se entende, igualmente se contém no art. 12 do Código Civil

> de 2002, particularmente em seu parágrafo único, mas a cujo comentário se remete o leitor. (Cf. *Código Civil comentado*: *doutrina e jurisprudência*. Cezar Peluso (coord.) 5ª ed. rev. e atual. Barueri, SP: Manole, 2011, p. 955).

Afasto, igualmente, esta aventada prejudicial.

No mérito, defende a segunda recorrente que a recusa da cobertura do plano de saúde HAPVIDA à extinta e a denúncia unilateral do contrato deveu-se ao comportamento fraudulento desta em omitir, quando de sua assinatura (em **06.11.1999**, fl. 26), a prévia existência de doença, a qual restou consignada no "histórico de enfermagem" preenchido com informações prestadas pela falecida mãe da primeira recorrente à época de sua internação (fls. 177-178), sobre ser aquela cardiopata há mais de 10 (dez) anos, além de haver realizado 6 (seis) meses antes de sua internação e 1 (um) mês antes de sua adesão (como dependente) cirurgia de ponte de safena.

Aduz que a realização de exame prévio não é a única forma de a fornecedora do serviço comprovar a preexistência de doença e que "a mera inexecução contratual não gera dano moral".

Esclarece que se portou dentro da estrita legalidade (art. 11, L. 9.656/1998 – Lei dos planos e seguros privados de assistência à saúde) ao vedar o citado atendimento, inclusive notificando extrajudicialmente a autora, *in verbis*:

> Art. 11. **É vedada a exclusão de cobertura às doenças e lesões preexistentes à data de contratação** dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei **após vinte e quatro meses de vigência do aludido instrumento contratual**, **cabendo à respectiva operadora o ônus da prova e da demonstração do conhecimento prévio do consumidor ou beneficiário**. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001) Parágrafo único. **É vedada a suspensão da assistência à saúde do consumidor ou beneficiário, titular ou dependente, até a prova de que trata o *caput,* na forma da regulamentação a ser editada pela ANS**. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

Ora, o *thema decidendum* cinge-se à existência ou não do dano moral proclamado pela autora, ante o fato da recusa do plano de saúde em prestar o serviço contratado quando da internação de sua mãe, hoje falecida, à época sua dependente no mencionado contrato.

O caderno processual revela, também, que a autora teve de valer-se de diversos cheques-caução (*vide* recibos às fls. 54-56) para que a septuagenária fosse atendida.

Vê-se, a partir da "proposta de adesão" assinada unicamente pela autora, à fl. 26v. (*vide* fls. 164-165), que no campo destinado à "declaração de saúde", as indagações ali constantes, além de não se dirigirem a ninguém mais que a contratante, não são enunciativas do estado prévio de saúde dos demais beneficiários do plano (a

mãe da primeira apelante era uma de três dependentes); é dizer, não há evidência, no ato da contratação, de que a operadora do plano haja diligenciado a fim de obter de cada qual dos dependentes informações personalizadas acerca de seu estado prévio de saúde, de modo a precaver-se no futuro da preexistência de doenças a justificar a exclusão da cobertura.

Afinal de contas, "para que se possa valer da alegação de doença preexistente com o fito de ser exonerada do pagamento da indenização securitária, deve a seguradora exigir a realização de exames prévios ou comprovar a má-fé do segurado" (STJ, AgRg no Ag 1228730/PB, Rel. Ministro Raul Araújo, 4ª T., j. em 26.06.2012, DJe 01.08.2012).

A propósito, eis a lição de Cláudia Lima Marques, José Reinaldo de Lima Lopes e Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, *in verbis*:

> As doenças e as lesões que acometeram o consumidor antes da contratação podem ser alegadas como causa de exclusão da cobertura apenas nos primeiros vinte e quatro meses de vigência do contrato. **O ônus da prova da preexistência da doença e do conhecimento prévio do consumidor cabe à operadora do plano ou seguro**. **Enquanto não for produzida a prova, ficará vedada a suspensão da assistência**.
> Nos termos literais da redação do art. 11, o emprego da coordenação copulativa ("cabendo à respectiva operadora o ônus da prova e da demonstração do conhecimento prévio do consumidor") autoriza entender que o desconhecimento da doença por parte do consumidor afasta a exclusão e garante-lhe os plenos efeitos do contrato. **O encargo da operadora é duplo. Deverá provar: 1) que a doença fora contraída pelo consumidor antes da celebração do contrato; 2) que o consumidor já sabia da sua existência**. (Cf. *Saúde e responsabilidade*: *seguros e planos de assistência privada à saúde*. São Paulo: RT, 1999, p. 56).

Além do mais, o documento apócrifo de fl. 177-178, exarado unilateralmente pelo setor de análise médica da HAPVIDA e que relata, supostamente com base em informações prestadas pela extinta, a preexistência de complicações cardíacas anteriores à assinatura do contrato de adesão ao plano de saúde não é suficiente para firmar meu convencimento acerca de seu anterior estado de saúde.

A jurisprudência do STJ tem sido no sentido de imputar à pessoa jurídica operadora do plano de saúde a obrigação de realizar antecipadamente exame admissional do segurado, *ipsis litteris*:

> SEGURO-SAÚDE. Doença preexistente. AIDS.
> Omissa a seguradora tocante à sua obrigação de efetuar o prévio exame de admissão do segurado, **cabe-lhe responder pela integralidade das despesas médico-hospitalares havidas com a internação do paciente**, sendo **inoperante a cláusula restritiva inserta no contrato de seguro-saúde**. Recurso conhecido em parte e parcialmente provido. (STJ, REsp

> 234.219/SP, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, 4ª T., j. em 15.05.2001, DJ 20.08.2001, p. 471).

A toda vista, a denunciação unilateral do negócio jurídico concretizado *interpartes*, antes de consistir em medida preventiva apta a eximir de responsabilidade, é providência que vulnera a lei e os regulamentos administrativos, uma vez que à HAPVIDA era vedado suspender o atendimento, porquanto inexistente "prova" ou "demonstração do conhecimento prévio do consumidor ou beneficiário" (art. 11, p. ún., LSPS).

A questão em apreço foi igualmente submetida à análise do Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), mediante pleito endereçado pela primeira recorrente, havendo sido impingida multa à HAPVIDA Assistência Médica Ltda. (fls. 124-125) no âmbito do Processo Administrativo nº 25016.0282/2000 (25016.000535/2000-41 - apenso).

Não resta dúvida de que a conduta da segunda recorrente violou direito conferido à falecida mãe da titular do plano de saúde, na qualidade de beneficiária e dependente desta, notadamente ao se considerar que, recusando-se injustificadamente a prestar-lhe assistência, foi quebrada a legítima expectativa da beneficiária genitora da primeira recorrente de dispor dos serviços de assistência médica oferecidos pela segunda apelante, acarretando-lhe, especialmente por ser pessoa de avançada idade (septuagenária), angústia e aflição psicológica pelos sérios receios quanto à manutenção da própria vida.

O óbice da operadora do plano de saúde à internação caracteriza fato do serviço, pois, além do vício (não autorização), nos termos do entendimento uníssono do STJ, o comportamento abusivo da fornecedora extrapola o simples descumprimento de cláusula contratual ou a esfera do mero aborrecimento, ensejando o dano moral. (STJ, REsp 1.140.107/PR, Rel. Min. Massami Uyeda, 3ª T., j. em 22.03.2011, DJe 04.04.2011).

Nesse diapasão, cito excerto do voto da Minª. Nancy Andrighi no REsp. nº 1.201.736/SC, *in verbis*:

> A procura por serviços médicos – aí compreendidos exames clínicos – ainda que desprovida de urgência, está sempre cercada de alguma apreensão. Mesmo consultas de rotina causam certa aflição, fragilizando o estado de espírito do paciente, ansioso por saber da sua saúde.
> Aliás, essa condição em geral constituiu um dos motivadores da própria contratação de um plano de saúde. O associado, ciente de que a necessitar de um serviço médico, estará de alguma forma debilitado, quer assegurar o acesso livre e rápido, sem burocracias, aos médicos, hospitais e clínicas conveniadas, gerando-lhe a legítima expectativa de que, ao tentar utilizá-los, mesmo que para um simples exame de rotina, não surjam contratempos.

Os autos carecem de prova de que o falecimento da Sra. Zélia Alves Roseno

de Oliveira, em **25.4.2003** (fl. 119), deveu-se à falta de atendimento imputável ao plano de saúde em fevereiro de 2000.

Nada obstante isso, o dano moral pelo óbice no atendimento e internação hospitalar entremostra-se sem grandes dificuldades, devendo-se salientar a vedação à prática odiosa da exigência de "cheque-caução", hoje não somente ilícito civil, mas conduta tipificada no art. 135-A do Código Penal:

> Art. 135-A. Exigir cheque-caução, nota promissória ou qualquer garantia, bem como o preenchimento prévio de formulários administrativos, como condição para o atendimento médico-hospitalar emergencial:
> Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.
> Parágrafo único. A pena é aumentada até o dobro se da negativa de atendimento resulta lesão corporal de natureza grave, e até o triplo se resulta a morte.

In casu, o dano extrapatrimonial decorrente da relação de consumo dá-se de modo objetivo – ato ilícito e dano –, sem perquirir a existência de culpa, competindo ao fornecedor do produto, para eximir-se da responsabilidade civil, a prova de que "o defeito inexiste;" ou "a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro" (art. 14, § 3º, I e II, L. 8.078/1990), o que não ocorreu na espécie.

No que concerne ao *quantum debeatur*, na trilha da jurisprudência do STJ em idênticas hipóteses (negativa de prestação de assistência pelo plano de saúde), tenho que o valor de **quinze mil reais** fixado pelo Magistrado *a quo* atende à dúplice finalidade de compensar a ofendida ante o prejuízo moral experimentado e reprimir o ofensor de modo a vedar o cometimento de iguais condutas futuras.

A propósito:

> DIREITO CIVIL. PLANO DE SAÚDE. COBERTURA. EXAMES CLÍNICOS. RECUSA INJUSTIFICADA. DANO MORAL. EXISTÊNCIA.
> 1. A recusa, pela operadora de plano de saúde, em autorizar tratamento a que esteja legal ou contratualmente obrigada, implica dano moral ao conveniado, na medida em que agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito daquele que necessita dos cuidados médicos. Precedentes.
> 2. Essa modalidade de dano moral subsiste mesmo nos casos em que a recusa envolve apenas a realização de exames de rotina, na medida em que procura por serviços médicos - aí compreendidos exames clínicos - ainda que desprovida de urgência, está sempre cercada de alguma apreensão. Mesmo consultas de rotina causam aflição, fragilizando o estado de espírito do paciente, ansioso por saber da sua saúde.
> 3. Recurso especial provido.
> (STJ, REsp 1201736/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, 3ª T., j. em 02.08.2012, DJe 10.08.2012).

Nota: **Indenização por dano moral arbitrada e mantida em R$10.500,00 (dez mil e quinhentos reais).**

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E MATERIAL - PLANO DE SAÚDE - NEGATIVA DE COBERTURA DE MATERIAL CIRÚRGICO INDICADO PELO MÉDICO ASSISTENTE - DANO MORAL - RECONHECIMENTO - DECISÃO MONOCRÁTICA DANDO PROVIMENTO AO APELO. INSURGÊNCIA DA OPERADORA DO PLANO DE SAÚDE.
I. A jurisprudência desta Corte firmou o entendimento de que a recusa da cobertura de procedimento médico-cirúrgico por parte de prestadora de plano de saúde enseja dano moral quando aquela se mostra ilegítima e abusiva, e do fato resulta abalo que extrapola o plano do mero dissabor. Precedentes.
II. Agravo regimental não provido.
(STJ, AgRg no REsp 1298844/RS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, 4ª T., j. em 02.08.2012, DJe 13.08.2012).
Nota: **Indenização por dano moral: R$ 10.000,00 (dez mil reais).**

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. PLANO DE SAÚDE. COBERTURA. RECUSA INJUSTIFICADA. DANO MORAL. EXISTÊNCIA. APLICAÇÃO DO DIREITO À ESPÉCIE. ART. 157 DO RISTJ. DESNECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS.
POSSIBILIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FIXAÇÃO. CONDENAÇÕES DE NATUREZAS DISTINTAS. BASE DE CÁLCULO. PEDIDO DE MAIOR RELEVÂNCIA PARA A AÇÃO.
1. A recusa, pela operadora de plano de saúde, em autorizar tratamento a que esteja legal ou contratualmente obrigada, implica dano moral ao conveniado, na medida em que agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito daquele que necessita dos cuidados médicos. Precedentes.
2. A desnecessidade de revolvimento do acervo fático-probatório dos autos viabiliza a aplicação do direito à espécie, nos termos do art. 257 do RISTJ, **com a fixação da indenização a título de danos morais que, a partir de uma média aproximada dos valores arbitrados em precedentes recentes, fica estabelecida em R$12.000,00**.
3. Em processos em que houver condenações de naturezas distintas, surgindo dúvida quanto à forma de arbitramento dos honorários advocatícios - se com base no § 3º ou no § 4º do CPC - a verba deve ser fixada tendo em vista o objeto central da controvérsia, isto é, o pedido e a causa de pedir que assumirem maior relevância para a ação.
4. Recurso especial provido.
(STJ, REsp 1235714/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, 3ª T., j. em 22.05.2012, DJe 29.05.2012).
Nota: **Indenização por danos morais: R$ 12.000,00 (doze mil reais).**

Desta feita, conheço dos apelos, mas para **negar-lhes provimento**.
É como voto.

Nº PROCESSO: 0600619-36.2000.8.06.0001
TIPO DO PROCESSO: APELAÇÃO CÍVEL
AUTOR: MANOEL DE SOUZA CARMO
RÉU: ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: DES. DURVAL AIRES FILHO
aj007

EMENTA: ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS CONTRA ATO DE JUIZ QUE DECRETOU PRISÃO CAUTELAR. APLICAÇÃO ART. 1º DO DECRETO Nº. 20.910/32. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. OCORRÊNCIA. APELAÇÃO CONHECIDA PORÉM IMPROVIDA. SENTENÇA MANTIDA.

1. Trata-se de ação de indenização por dano moral proposta por pessoa acusada de infundado crime de homicídio.

É firme a jurisprudência no sentido de que a prescrição contra a Fazenda Pública, mesmo em ações indenizatórias, rege-se pelo Decreto nº 20.910/1932, que disciplina que o direito à reparação econômica prescreve em cinco anos da data da lesão ao patrimônio material ou imaterial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos da Apelação Cível nº 0600619-36.2000.8.06.0001, em que figuram, como apelante MANOEL DE SOUZA CARMO e, como apelado ESTADO DO CEARÁ, ACORDAM os Desembargadores desta 7ª Câmara Cível, em votação unânime, pelo CONHECIMENTO e IMPROVIMENTO DO APELO, tudo nos termos do voto do Desembargador Relator.

RELATÓRIO

Examinada, trata-se de Apelação Cível em Ação de Reparação de Danos ajuizada por MANOEL DE SOUZA CARMO em face do ESTADO DO CEARÁ.

Na exordial de fls. 02/06, o autor requer o pagamento de indenização, após ter sido preso por, supostamente, matar o líder político José Wilson Mourão de Ararendá/CE, sendo, posteriormente, revogada a sua prisão por falta de indícios de que

foi o autor do homicídio.

Em contestação de fls. 134/154, o Estado do Ceará sustentou, preliminarmente, que a pretensão autoral encontra-se prescrita, haja vista que a ação foi proposta há mais de 10 (dez) anos da ocorrência do fato gerador do suposto dano, o que configura a prescrição, conforme estabelece o artigo 1º do Decreto Legislativo nº 20.910/32. Sustentou ainda que há a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam,* tendo em vista que o Estado não possui o dever de indenizar quando alguém se achar prejudicado por prática de ato judicial, sendo o juiz responsável por seus atos, em caso de dolo ou fraude. No mérito, afirmou da inexistência de prova de que o magistrado agira com dolo ou fraude ao decretar a prisão cautelar do autor, descabendo, portanto, a reparação de danos.

Réplica às fls. 160.

Na ocasião, o douto Juízo monocrático prolatou sentença julgando extinta a ação, nos termos do art. 269, IV do CPC, em face da prescrição da pretensão do Autor/Apelante.

É o que se lê às fls. 182.

Irresignado com a decisão, o Apelante interpôs recurso de apelação, requerendo que se julgue procedentes os pedidos formulados na inicial, por não restar configurada a prescrição, tendo em vista que a ação penal que apura o caso em questão ainda não possui sentença definitiva e, com fulcro no artigo 200 do CC de 2002, não corre a prescrição antes da sentença definitiva, quando a ação se originar de fato que deve ser apurado no juízo criminal. Além disso, faz menção ainda à Súmula 383 do STF.

É o conteúdo das fls. 184/186,

Contrarrazões do apelado às fls. 188/191, ratificando os termos da peça contestatória.

A Procuradoria Geral de Justiça, ratificando o parecer às fls. 162/164, defende que não há o dever de indenizar pelo Estado quando for decretada a prisão cautelar por juiz competente, dentro dos limites da legalidade e sem abuso de poder, mormente quando há indícios de autoria do crime, mesmo que haja absolvição do acusado. Além disso, aduz que a prescrição corre a partir do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, não sendo este, porém, o caso em tela, já que não houve nenhuma ação penal intentada contra o apelante, mas apenas arquivamento do inquérito policial.

É o que se extrai das fls. 200/209.

É o breve relatório.

À Douta Revisão.

Fortaleza, 14 de maio de 2012.

VOTO

Antes de qualquer iniciativa, recebo o presente recurso por estarem presentes os requisitos de admissibilidade.

Analisemos, primeiramente, a preliminar de prescrição arguida.

Manoel de Souza Carmo, inconformado com a sentença de 1º grau que decretou a prescrição quinquenal e declarou extinta a ação de indenização por danos morais e materiais que move contra o Estado do Ceará, interpôs o presente recurso, com vistas a reformá-la.

Pretende o autor, ora apelante, ser indenizado pelos danos morais e materiais que sofreu em decorrência da decretação de prisão cautelar por juiz, que, posteriormente, foi revogada por falta de elementos suficientes para comprovar sua autoria do crime.

O juízo *a quo*, ao proferir sua decisão, julgou extinto o processo em face da prescrição quinquenal constante no artigo 1º do Decreto nº 20.910/32.

Verifica-se que a r. sentença não merece reforma, pois a prescrição, indubitavelmente, restou verificada.

Assim dispõe o Decreto nº 20.910/32, em seu artigo 1º:

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

O texto da Lei é taxativo ao afirmar que em qualquer ação contra a Fazenda Pública prevalece o prazo da prescrição quinquenal a contar do ato ou fato do qual se originar, cabendo, portanto, ao detentor do direito estar sujeito a ele.

No caso em análise, a lesão surgiu quando da decretação da prisão cautelar do apelante, fato que ocorreu em 25 de fevereiro de 1992, tendo o apelante proposto ação contra o apelado apenas em 25 de abril de 2002, decorridos, portanto, mais de 10 anos, o que evidencia a notória e inequívoca transposição do prazo concedido pela Lei.

Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo lecionam que:

> "As dívidas e direitos em favor de terceiros contra autarquia prescrevem em cinco anos (Decreto nº 20.910/1932, art. 1º, combinado c/ Decreto-Lei nº 4.597/1942, art. 2º. Significa que aquele que tiver crédito contra autarquia deverá promover a cobrança nesse prazo, sob pena de extinção do seu direito de ação" (em Direito Administrativo Descomplicado, 16. ed. São Paulo: Método, 2008. p. 54).

Não obstante, o apelante aduz que não se configura aqui a prescrição, tendo

em vista o que reza o artigo 200 do novo CC, o qual transcrevo *in verbis*:

> "Art. 200. Quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva."

Assim, alega o apelante que o r. artigo deve ser aplicado à situação, já que, quando da propositura da ação, ainda não havia sentença definitiva para o processo criminal que tramitava na Comarca de Ararendá para apurar o fato delituoso pelo qual o autor da ação fora acusado. No entanto, tal argumento não deve ser acolhido, haja vista que não consta nos autos qualquer registro de ação penal intentada contra o apelante, relativa à morte de José Wilson Mourão. O que existe é uma denúncia oferecida contra Antônio Mourão Neto, a qual não possuía sentença definitiva à época da propositura da ação. A presente ação de indenização versa, possivelmente, de hipótese de arquivamento de inquérito policial contra o apelante, uma vez que este alega ter sido preso ilegalmente, sendo liberado posteriormente por falta de elementos probatórios de sua autoria do crime.

Diante disso, o prazo prescricional para se intentar ação contra qualquer entidade federativa, no caso o Estado do Ceará, é de 5 (cinco) anos, restando esta demanda, portanto, prescrita, com base no art. 1º do Decreto nº 20.910/32, além de não prosperar a aplicação do artigo 200 do Código Civil de 2002, estando correta a decisão proferida pelo juízo *a quo.*

Sobre o assunto, extraem-se os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça:

> "ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. ART. 1º DO DECRETO 20.910/1932. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA.
> 1. Trata-se de ação de indenização por dano moral proposta por pessoa acusada de infundado crime de desobediência.2. É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que a prescrição contra a Fazenda Pública, mesmo em ações indenizatórias, rege-se pelo Decreto 20.910/1932, que disciplina que o direito à reparação econômica prescreve em cinco anos da data da lesão ao patrimônio material ou imaterial. Precedentes: REsp 1.197.876/RR,Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 02/3/2011; AgRg noAg 1.349.907/MS, Rel. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe23/2/2011; e REsp 1.100.761/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki,Primeira Turma, DJe 23/03/2009.3. Agravo regimental não provido.20.910: REsp 1.197.876/RR REsp 1.100.761/RS (7385 SE 2011/0092917-8, Relator: Ministro BENEDITO GONÇALVES, Data de Julgamento: 16/08/2011, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/08/2011)"

> "ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO.MORTE DE DETENTO EM PRESÍDIO. AÇÃO

> DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL.IRMÃ DA VÍTIMA. LEGITIMIDADE ATIVA. PRAZO PRESCRICIONAL. ART. 1º DODECRETO 20.910/1932.
> 1.Irmãos são partes legítimas *ad causam* para pleitear indenização por danos morais em razão do falecimento de outro irmão. Precedentes do STJ.
> 2. O prazo prescricional de Ação de Indenização contra a Fazenda Pública é de cinco anos, nos termos do art. 1º do Decreto 20.910/1932, norma que regula a prescrição de "todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, seja qual for a sua natureza".
> 3. Agravo Regimental não provido. (1197876 RR 2010/0110280-0, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 16/12/2010, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/03/2011)"

Nos casos em que o autor intentar reparação de danos contra a Fazenda Pública, entende-se, portanto, que a prescrição contra essa autarquia, mesmo em ações indenizatórias, reger-se-á pelo Decreto nº 20.910/1932, que disciplina que o direito à reparação econômica prescreve em 5 (cinco) anos da data da lesão ao patrimônio material ou imaterial.

Ante aos fundamentos apresentados, CONHEÇO da presente Apelação, mas para NEGAR PROVIMENTO, mantendo incólume a sentença vergastada.

É como voto. É como me posiciono.

Fortaleza, 14 de maio de 2012.

PROCESSO Nº: 0428230-45.2000.8.06.0001, 0428226-08.2000.8.06.0001 e 0410929-85.2000.8.06.0001.
TIPO: APELAÇÕES CÍVEIS
COMARCA: FORTALEZA
APELANTE: BANCO SANTANDER BRASIL S/A.
APELADOS: INDUSTRIA NAVAL DO CEARA S/A, ANTONIO GIL FERNANDES BEZERRA E ELISA MARIA GRADVHOL BEZERRA
RELATOR: DES. FRANCISCO AURICÉLIO PONTES

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL – APELAÇÕES CÍVEIS EM EMBARGOS DO DEVEDOR E EM INCIDENTE DE FALSIDADE – ILEGITIMIDADE RECURSAL CONHECIDA DE OFÍCIO – MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA.

1 – A substituição processual, por aplicação da regra do art. 42, § 1º, do CPC, e do princípio da estabilidade subjetiva da lide, deve ser realizada por meio de incidente procedimental em que o sucessor apresenta a pretensão de substituir a parte, falando sobre a mesma o *ex adverso,* ultimando-se com decisão do órgão julgador. Precedentes.

2 – Não pode, evidentemente, aquele que se declara sucessor por instrumento particular comparecer aos processos para apresentar apelações, ver reconhecida sua legitimidade recursal, na medida em que a mudança de titularidade da relação de direito material não resulta em mudança automática da relação de direito processual.

3 – Apelos não conhecidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelações cíveis de nº 0428230-45.2000.8.06.0001 e nº 0428226-08.2000.8.06.0001 da Comarca de Fortaleza, em que são partes as retro indicadas.

ACORDAM os membros integrantes da 2ª Câmara Cível deste Tribunal de Justiça, por unanimidade, em não conhecer dos recursos, nos termos do voto do relator.

RELATÓRIO:

Tratam-se de Apelações Cíveis interpostas por Banco Santander Brasil

S/A. em face da sentença proferida pela MM. Juíza de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza, nos autos dos embargos à execução e do incidente de falsidade, propostos por Industria Naval do Ceara S/A, Antônio Gil Fernandes Bezerra e Elisa Maria Gradvhol Bezerra contra o Banco América do Sul S.A.

Ao sentenciar os feitos em decisão única, fls. 388/391 do incidente de falsidade e fls. 18/21 dos embargos do devedor, a magistrada *a quo* declarou a falsidade das assinaturas dos executados, lançadas na cédula de crédito industrial e respectivos aditivos, as quais são objeto da execução forçada, e julgou procedente os embargos para extinguir a lide executiva, com base no art. 618, I, do Código Unitário de Processo Civil.

Às fls. 25/46 dos embargos do devedor e às fls. 598/619 do incidente de falsidade, inconformada com a referida sentença, o Banco Santander Brasil S/A. interpôs apelações, sustentando, em síntese, haver ocorrido no título de crédito auto-falsificação das assinaturas dos executados, motivo pelo qual são improcedentes a ação de embargos e o incidente processual.

No caso, diz a recorrente, a perícia realizada no processo concluiu pela autofalsidade das assinaturas dos segundo e terceiro apelados. Portanto, com base nesta prova pericial não poderia ser reconhecido o falso. Ademais, não existem outros elementos no processo que possam levar a desconsideração desta perícia, sendo inaplicável ao caso a regra do art. 436, do CPC.

Ainda neste tema, afirma ser nulo o laudo pericial elaborado pela Polícia Federal porquanto designada sem previsão na lei. Afirma, outrossim, que este órgão federal não poderia atuar em questões de interesse exclusivamente privado. E mais, este laudo não é divergente com o anterior, porquanto ambos afirmam que as assinaturas fornecidas não correspondem aos padrões gráficos examinados nas cártulas.

Prossegue, anunciando que se o documento da Polícia Federal não for nulo, é imprestável porque não examinou a principal controvérsia da lide, tangente à auto-falsificação. Por fim, reclama que o arbitramento dos honorários advocatícios no percentual estipulado é excessivo, pois não atentou para o disposto no § 4º do art. 20 do CPC, requerendo o provimento do recurso.

Contrarrazões, às fls. 190/199 dos embargos do devedor e às fls. 763/772 do incidente de falsidade, rechaçando os argumentos articulados nos apelatórios. Lembra para o caso que existiu um terceiro laudo em razão da divergência dos anteriores, realizado pelo Instituto Del Picchia, o qual apontou a falsidade acatada pela sentença, sendo esta fundada em duas perícias. Assevera haver sido elevado o seu trabalho nos processos, de modo que nada há para ser modificado na fixação dos honorários de advogado.

Em síntese, é o breve relatório.

VOTO:

Não conheço dos recursos, porquanto não preenchidos todos os requisitos de admissibilidade.

No caso, a lide executiva foi proposta por Banco América do Sul S.A. contra Industria Naval do Ceara S/A, Antônio Gil Fernandes Bezerra e Elisa Maria Gradvhol Bezerra.

Em sequência, a Industria Naval do Ceara S/A, Antônio Gil Fernandes Bezerra e Elisa Maria Gradvhol Bezerra apresentaram em face do Banco América do Sul S.A. embargos do devedor – processo nº 0428230-45.2000.8.06.0001 – e incidente de falsidade - processo nº 0428226-08.2000.8.06.0001.

Contudo, tanto a apelação contra a sentença dos embargos à execução, como aquela apresentada em face do incidente de falsidade têm como apelante o BANCO SANTANDER BRASIL S/A., dizendo-se sucessor processual do Banco América do Sul S.A.

Porém, depois de acurado exame de todas as peças quem compõem os processos, não se encontra o incidente de substituição processual, de modo que a intervenção do BANCO SANTANDER BRASIL S/A. malfere o princípio da *estabilidade subjetiva* da lide. É que, a sucessão no processo não decorre de vontade da parte, mas sim de cumprimento da regra do art. 42 e seus parágrafos, do Código de Processo Civil, literal:

> "Art. 42. A alienação da coisa ou do direito litigioso, a título particular, por ato entre vivos, não altera a legitimidade das partes.
> § 1º O adquirente ou o cessionário não poderá ingressar em juízo, substituindo o alienante, ou o cedente, sem que o consinta a parte contrária.
> § 2º O adquirente ou o cessionário poderá, no entanto, intervir no processo, assistindo o alienante ou o cedente."

Antônio Carlos Marcato – Código de Processo Civil Interpretado. Ed. Atlas, pág. 1800, sobre o assunto ensina: "A transferência do bem litigioso, a título particular e por ato entre vivos, embora admitida pelo sistema processual, não implica modificação da legitimidade *ad causam*. O alienante ou cedente continua a ser parte legítima para figurar no processo, embora já não participe mais da relação de direito material. Passa a atuar como legitimado extraordinário, pois não é mais titular do interesse substancial objeto do processo. Deixa de haver identidade entre os fenômenos substancial e processual."

Ao exame da matéria o egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios tem afirmado:

> "AGRAVO DE INSTRUMENTO - CESSÃO DE CRÉDITO - SUCESSÃO PROCESSUAL - INDEFERIMENTO - AUSÊNCIA DE

> CONSENTIMENTO DA PARTE CONTRÁRIA - DECISÃO MANTIDA. 1. A SUCESSÃO PROCESSUAL NESTA HIPÓTESE SOMENTE DEVE SER ADMITIDA QUANDO OBSERVADA A REGRA DO ART. 42, § 1º, DO CPC, SEGUNDO O QUAL A SUBSTITUIÇÃO EM JUÍZO DO CEDENTE PELO CESSIONÁRIO EXIGE O CONSENTIMENTO DA PARTE CONTRÁRIA, BEM COMO O ART. 290 DO CÓDIGO CIVIL, QUE ESTABELECE COMO REQUISITO DE EFICÁCIA DA CESSÃO DE CRÉDITO A NOTIFICAÇÃO DO DEVEDOR. 42 § 1º CPC 290 CÓDIGO CIVIL. 2. RECURSO DESPROVIDO. UNÂNIME. (49827120128070000 DF 0004982-71.2012.807.0000, Relator: ROMEU GONZAGA NEIVA, Data de Julgamento: 11/04/2012, 5ª Turma Cível, Data de Publicação: 24/04/2012, DJ-

No mesmo sentido o entendimento do de Justiça do Estado de São Paulo:

> "EXECUÇÃO- Título judicial - Em execução por título judicial para o pagamento de quantia certa, intolerável ofereça o Banco executado carta de finança no lugar do depósito em dinheiro - Inteligência do art. 475-J do CPC - Impossibilidade, por outro lado, da alteração subjetiva da lide diante do princípio da estabilização do processo - Inteligência dos arts. 41, 42, 264 e 598 do CPC - Recurso provido em parte apenas para determinar o depósito, que ficará à disposição da Justiça até que se decida sobre o levantamento. (7303558600 SP , Relator: Silveira Paulilo, Data de Julgamento: 21/01/2009, 21ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 04/02/2009, undefined). Destaquei.

Evidente que a legitimidade processual resulta em legitimidade recursal. Ambas devem ser conhecidas de ofício, por conduzirem matéria de ordem pública. Nesse sentido:

> "CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. TRIBUNAL DE ORIGEM QUE NEGA A MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO ART. 27 DA LEI N. 9.868/1999. RECURSO ESPECIAL DE TERCEIRO INTERESSADO. AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE RECURSAL. PROCESSO OBJETIVO. ARTIGOS 7º E 18 DA LEI N. 9.868/1999. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.
> 1. Agravo regimental no qual se discute a legitimidade para interpor recurso especial de terceiro interessado na modulação dos efeitos do acórdão que julga ação de controle concentrado de constitucionalidade. 2. (*...omissis...).*
> 3. (*...omissis...).*
> 4. A questão da legitimidade recursal é matéria de ordem pública, cujo conhecimento pode-se dar de ofício, sem que fique caracterizada reformatio in pejus. 5. Agravo regimental não provido.
> (AgRg no Ag 1381728/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES,

PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/09/2011, DJe 30/09/2011)

Diante do exposto, não conheço dos apelos por ausência de pressuposto de legitimidade recursal.

É como voto, Senhor Presidente.

Fortaleza, 05 de Setembro de 2012.

PROC. Nº 700460-04.2000.8.06.0001/1
APELAÇÃO CÍVEL/REEXAME NECESSÁRIO
APELANTE:ESTADO DO CEARÁ
APELADO:BASILIO PINTO NEPOMUCENO
ORIGEM:AÇÃO DECLARATÓRIA – 3ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE FORTALEZA
RELATOR:DES. MANOEL CEFAS FONTELES TOMAZ
REVISORA:DESA. MARIA VILAUBA FAUSTO LOPES
ÓRGÃO JULGADOR 6ª CÂMARA CÍVEL

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. MUDANÇA DE REGIME CELETISTA PARA ESTATUTÁRIO. CONTAGEM ESPECIAL DO TEMPO DE SERVIÇO DE ATIVIDADE INSALUBRE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. MORA DO LEGISLADOR RECONHECIDA PELO STF. APLICAÇÃO POR ANALOGIA DO ART. 57, §1º, DA LEI 8.213/91. SENTENÇA MANTIDA.

1. O servidor público que desempenha atividade em condições insalubres antes da instituição do Regime Jurídico Único, ou seja, ainda sob a égide da CLT, possui direito adquirido à contagem diferenciada do tempo de serviço no período para fins de aposentadoria.

2. Após a mudança de regime de celetista para estatutário, inexistindo a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral - artigo 57, § 1º, da Lei nº 8.213/91. Precedentes STF, STJ e TJ/CE.

3. A omissão legislativa não pode justificar a perpetuação de uma injustiça social perante um trabalhador que, depois de ter desempenhado funções essenciais à administração pública, inclusive se submetendo aos riscos da profissão e do local de trabalho, não poderia usufruir do direito da contagem especial para fins de aposentadoria.

Reexame Necessário e Apelação Cível conhecidos, mas desprovidos. Sentença mantida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível, ACORDAM os Desembargadores membros da 6ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer do Reexame Necessário e da Apelação Cível, mas para NEGAR-LHES provimento, mantendo incólume a sentença vergastada, nos termos do voto do eminente Desembargador Relator.

RELATÓRIO

Cuida-se de Reexame Necessário e Apelação Cível interposta por **ESTADO DO CEARÁ**, em desfavor de **BASILIO PINTO NAPOMUCENO,** em Ação Declaratória, insurgindo-se contra Sentença de fls. 75/82, proferida pelo *douto* juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza.

Em Peça Inaugural (fls. 02/12), o autor/apelado alegou ser servidor público estadual, lotado no Hospital Infantil Albert Sabin, onde foi admitido para trabalhar na função de médico em 17 de dezembro de 1979 e 29 de setembro de 82, contando hoje com dois tetos no mesmo órgão. Aduziu que, desde a data de admissão, desempenhava atividades insalubres de forma habitual e permanente, fazendo jus, assim, a aposentadoria especial. Requereu, liminarmente, a conversão o tempo de serviço desempenhado dentro de condições insalubres em critérios objetivos de acesso a aposentadoria especial. Ao final, pleiteou pela confirmação da liminar suscitada.

Contestação às fls. 47/54, na qual o Estado arguiu, preliminarmente, a impossibilidade jurídica do pedido, visto que a Administração Pública não pode praticar atos não previstos em lei. No mérito, defendeu que a aposentadoria especial é regulamentada pela legislação trabalhista vinculada a Previdência Social e não poderia ser conferida ao autor, posto que, os direitos inerentes ao regime celetista não são aplicáveis aos servidores regidos pela legislação estatutária. Requereu o julgamento improcedente do pedido inicial.

Decisão interlocutória, às fls. 55/56, na qual o juízo *a quo* indefere o pedido liminar.

Parecer do Ilustríssimo representante do Ministério Público, às fls. 72/73, no sentido de que a presente demanda seja julgada procedente.

O *douto* magistrado *a quo,* às fls. 75/82, julgou procedente a Ação para fim de declarar o direito subjetivo do autor de converter o tempo de serviço exercido em condições especiais de insalubridade, notadamente para efeitos de sua aposentadoria, com proventos integrais, tanto no período celetista como no regime estatutário, aplicando-se ao caso o fator de multiplicação previsto no Regulamento Geral da Previdência Social.

Inconformado, recorre o Estado, às fls. 84/92, aduzindo não ser possível aplicar a legislação federal no que tange a aposentadoria especial, por ser tal matéria de competência estadual. Narrou, ainda, que não há o instituto da aposentadoria especial

no âmbito estadual e que a Administração Pública está adstrita aos ditames da lei. Ao final, requereu que a decisão recorrida fosse reformada.

Apresentadas as contrarrazões, às fls. 96/106, na qual o autor alegou o desrespeito ao princípio da isonomia e que a jurisprudência já reconheceu que a modificação de regime dos servidores públicos não acarreta a desconstituição da relação e a legalidade do aproveitamento do tempo que exceder o prazo para a aposentadoria especial. Pleiteou que a sentença do juízo *a quo* seja mantida.

Parecer da douta Procuradoria, às fls. 116/124, no sentido de que seja conhecido e desprovido o recurso.

Eis o relatório.

Revisão procedida pela e. Desa. Maria Vilauba Fausto Lopes.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso de Apelação Cível manejado pelo ESTADO DO CEARÁ.

O objeto da presente insurreição cinge-se em averiguar a possibilidade ou não de contagem diferenciada ao autor, servidor estadual da área da saúde, que labora em condição de insalubridade, para efeito de aposentadoria especial.

Ab initio, torna-se importante asseverar que, compulsando os fólios processuais, verifica-se que o autor, ora apelado, comprovou, através de documentação anexada, que labora em ambiente insalubre desde que ingressou no serviço público estadual, sendo regido inicialmente pela Consolidação das Leis Trabalhistas até a edição da Lei Estadual nº 11.712/90, que instituiu o Regime Jurídico Único no Sistema Administrativo do Estado do Ceará.

No que diz respeito ao período em que o apelado estava vinculado ao regime celetista, as cortes superiores têm pacificado o entendimento no sentido de que o servidor público que desempenha atividade em condições insalubres antes da instituição do Regime Jurídico Único, ou seja, ainda sob a égide da CLT, possui direito adquirido à contagem diferenciada do tempo de serviço no período para fins de aposentadoria. Nesse sentido, colaciona-se alguns precedentes do colendo Superior Tribunal de Justiça:

> ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. OMISSÃO NO ACÓRDÃO. NÃO OCORRÊNCIA. CONTAGEM DE ATIVIDADE ESPECIAL POR SERVIDOR EX-CELETISTA. POSSIBILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.
>
> 1. Não há omissão no acórdão recorrido quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e precisa sobre a questão posta nos autos, assentando-se em fundamentos suficientes para embasar a decisão, tal como ocorrido no presente caso. Ademais, o magistrado não está obrigado

> a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte.
> 2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, por intermédio das duas Turmas que integram a Terceira Seção, firmou posicionamento no sentido de que o servidor público ex-celetista faz jus à contagem do tempo de serviço celetista prestado em condições perigosas, penosas e insalubres na forma da legislação vigente, à época da prestação de serviço, ou seja, com o acréscimo previsto na legislação previdenciária de regência.
> 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 27.954/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/12/2012, DJe 04/02/2013)
>
> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ACÓRDÃO RECORRIDO. FUNDAMENTO PRINCIPAL IMPUGNADO. SÚMULA 283/STF. AFASTAMENTO. SERVIDOR PÚBLICO. ATIVIDADE INSALUBRE. REGIME CELETISTA. CONVERSÃO EM TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL.
> POSSIBILIDADE.
> 1. Afasta-se o óbice na Súmula nº 283 do Supremo Tribunal Federal quando, no recurso especial, o fundamento principal do acórdão recorrido foi enfrentado.
> 2. O servidor público federal ou estadual ex-celetista, que, antes da transposição para o regime estatutário, prestou serviços em condições especiais, tem direito à contagem de tempo, com incidência do fator de conversão, conforme a legislação previdenciária à época em que exerceu referidas atividades. Precedentes do STJ.
> 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AgRg no RMS 13.257/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 18/10/2012, DJe 25/10/2012)

Logo, como forma de compensar o serviço desempenhado em condições penosas ou insalubres, entende-se que restou incorporado ao patrimônio jurídico do recorrido o direito que a CLT assegurava ao servidor à época.

Seguindo esta linha de raciocínio, não se mostra razoável entender que referida vantagem poderia ser suprimida com o tempo, mesmo que diante de uma modificação do regime jurídico, considerando que a situação fática permaneceu a mesma, ou seja, o trabalhador continuou a desempenhar a mesma função em condições insalubres.

É cediço que a Constituição Federal de 1988, estabeleceu uma condição suspensiva para a efetivação dos direitos dos servidores públicos que exercem atividades nessas condições especiais, qual seja, a edição de uma lei complementar com o objetivo de regulamentar a matéria. É o que se extrai do Art. 40, §4, *in verbis:*

> Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário,

> mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.
> (...)
> § 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores:
> I - portadores de deficiência;
> II - que exerçam atividades de risco;
> III - cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

Entretanto, a omissão legislativa não pode justificar a perpetuação de uma injustiça social perante um trabalhador que, depois de ter desempenhado funções essenciais à administração pública, inclusive se submetendo aos riscos da profissão e do local de trabalho, não poderia usufruir do direito da contagem especial para fins de aposentadoria.

É importante ressaltar que o ordenamento jurídico não deve ser interpretado de forma isolada, o intérprete deve enxergar o sistema como um todo, inclusive levando em consideração as disposições principiológicas constitucionais dotadas de atuação positiva, sempre com o objetivo de conferir a máxima efetividade aos direitos e garantias previstos na Carta da República.

Nesse diapasão, o Código de Processo Civil, em seu art. 126, bem como a Lei de Introdução ao Código Civil, em seus artigos 4º e 5º, conferem ao julgador os instrumentos necessários para, diante do caso concreto, suprir as omissões legislativas, senão vejamos:

> Art. 126 -O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá a analogia, aos costumes e aos princípios gerais do Direito.
>
> Art. 4º - Quando a lei for omissa o juiz decidirá os casos de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.
>
> Art. 5º - Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

Em consonância com o entendimento ora perfilhado, o egrégio Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Mandado de Injunção nº 758 oriundo do Distrito Federal, sob a relatoria do e. Min. Marco Aurélio, entendeu pela possibilidade da aplicação analógica do art. 57 da Lei 8.213 de 1991 aos casos em que há a ausência de norma

regulamentadora do citado art. 40, §4º da Constituição Federal, *in verbis:*

> MANDADO DE INJUNÇÃO - NATUREZA. Conforme disposto no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, conceder-se-á mandado de injunção quando necessário ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Há ação mandamental e não simplesmente declaratória de omissão. A carga de declaração não é objeto da impetração, mas premissa da ordem a ser formalizada. MANDADO DE INJUNÇÃO - DECISÃO - BALIZAS. Tratando-se de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada. APOSENTADORIA - TRABALHO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS - PREJUÍZO À SAÚDE DO SERVIDOR - INEXISTÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR - ARTIGO 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral - artigo 57, § 1º, da Lei nº 8.213/91.
> (STF, Mandado de Injunção nº 758/DF, Tribunal Pleno, Relator: Ministro Marco Aurélio Mello, Data da publicação: 26-09-2008)

O colendo Superior Tribunal de Justiça, inclusive, após o pronunciamento da Corte Suprema, passou a entender, também, pela possibilidade da contagem especial para fins de aposentadoria nos casos em que há lacuna na lei, *in verbis:*

> PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. REGIME ESTATUTÁRIO. CONTAGEM ESPECIAL DO TEMPO DE SERVIÇO DE ATIVIDADE INSALUBRE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. MORA DO LEGISLADOR RECONHECIDA PELO STF. APLICAÇÃO POR ANALOGIA DAS REGRAS DO REGIME GERAL. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DO DIREITO. AUSÊNCIA.
> 1. Não se conhece da suscitada violação do art. 535 do CPC quando o recorrente deixa de especificar em que consistiram os vícios do aresto impugnado, valendo-se de arguições genéricas de que o decisum não se manifestou sobre os dispositivos de lei por ele invocados.
> Incidência da Súmula 284/STF.
> 2. De uma maneira geral, a jurisprudência do STJ tem consignado que a revisão do ato de aposentadoria para obter-se o pagamento de diferenças remuneratórias prescreve em cinco anos após a aposentação, nos termos do art. 1º do Decreto 20.910/32.
> 3. Todavia, quando se trata da contagem especial do tempo de atividade insalubre durante o regime estatutário, ainda não foi editada lei dando concretude a esse direito. Em razão disso, o STF reconheceu a mora legislativa e determinou, com efeito inter partes, a aplicação das regras do regime geral da previdência (MI 721/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ. 30.11.07). Com base nesse precedente, o aresto recorrido reconheceu a procedência do pedido, determinando o pagamento dos correspondentes consectários remuneratórios.
> 4. Nesse contexto, não havendo notícia de que o requerimento formulado

> pelo servidor fora negado pela Administração, inexiste prescrição do fundo do direito, pois a lesão renova-se com a mora do Legislativo em assegurar-lhe o direito consagrado pela norma constitucional. Logo, a prescrição apenas deve atingir as parcelas vencidas há mais de cinco anos, nos termos preconizados na Súmula 85/STJ.
> 5. Recurso especial não provido.
> (REsp 1287736/PB, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/03/2012, DJe 28/03/2012)
>
> AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. APOSENTADORIA ESPECIAL. AUSÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR. APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DA LEI Nº 8.213/91.
> 1. A concessão de aposentadoria especial aos servidores públicos deve seguir os parâmetros do artigo 57 da Lei n.º 8.213/91 enquanto não editada a lei complementar a que se reporta o artigo 40, § 4º, da Constituição Federal, ao tratar da aposentadoria especial dos trabalhadores em condições insalubres ou perigosas. Precedentes.
> 2. Agravo regimental improvido.
> (AgRg no RMS 24.208/ES, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/02/2011, DJe 09/03/2011)

Sobre o assunto, como forma de sedimentar o entendimento, trago à colação trecho do voto proferido pela e. Des. Maria Vilauba Fausto Lopes, enquanto Juíza de Direito convocada por este egrégio Tribunal de Justiça, ao julgar a Apelação Cível nº 657634- 60.2000.8.06.0001/1:

Ademais, nem se diga ser necessário que o servidor ajuíze mandado de injunção na Suprema Corte para ver seu direito protegido, à medida em que as decisões proferidas nos aludidos "remédios constitucionais" representam o entendimento do Tribunal sobre a matéria em apreço, tanto que o STF vem reconhecendo mencionada garantia mediante recursos extraordinários, a exemplo do seguinte precedente, *in litteris:*

> CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. APOSENTADORIA ESPECIAL. ATIVIDADE INSALUBRE. SERVIDORA DISTRITAL. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA: MANDADOS DE INJUNÇÃO 721/DF E 758/DF. 1. Eventual alteração de regime funcional da ora agravada, bem como o fato de ter sido servidora distrital, não impedem a aplicação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (Mandados de Injunção 721/DF e 758/DF), ainda que considerado o disposto no art. 40, § 1º, da Constituição da República, o qual, por si só, também não elidiria a incidência dos citados precedentes. 2. Os julgados citados na decisão recorrida, porque proferidos pelo Plenário desta Corte, nos autos do MI 721/DF e do MI 758/DF, todos da relatoria do Min. Marco Aurélio, pub. DJE 30.11.2007 e 26.09.2008, respectivamente, traduzem a jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria aqui discutida, o

> que faz incidir o disposto no art. 557, caput, do CPC, não havendo falar que os efeitos daquelas decisões somente seriam inter pars. 3. Agravo regimental improvido. (STF, RE 238591 no AgR, Segunda Turma, Relatora: Min. ELLEN GRACIE, Data de julgamento: 13/04/2010)

Em face do exposto, com fulcro nos excertos jurisprudenciais acima colacionados, bem como em consonância com o parecer lavrado pela douta Procuradoria Geral de Justiça, conheço do Reexame Necessário e da Apelação Cível, mas para negar-lhes provimento, mantendo inalterada a sentença vergastada que julgou procedente a ação declaratória para reconhecer o direito do autor em converter o tempo de serviço exercido em condições especiais de insalubridade para fins de aposentadoria, tanto no período celetista como do regime estatutário.

É como voto.

Fortaleza, 27 de fevereiro de 2013

PROCESSO Nº 744355-15.2000.8.06.0001/1
APELAÇÕES DA COMARCA DE FORTALEZA
APELANTES: CAMED ADMINISTRADORA E CORRETORA DE SEGUROS LTDA. E COMPANHIA DE SEGUROS DO ESTADO DE SÃO PAULO – COSESP
APELADO: FRANCISCO VANDERVELDE CARVALHO MOREIRA
ÓRGÃO JULGADOR: 3ª CÂMARA CÍVEL
RELATOR: DES. FRANCISCO GLADYSON PONTES

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. RECURSOS DE APELAÇÃO DA SEGURADORA E DA ESTIPULANTE EM AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO. AGRAVO RETIDO PREJUDICADO PELA SUPERVENIÊNCIA DA MEDIDA REQUERIDA. EXCLUSÃO DA ESTIPULANTE DO POLO PASSIVO DA DEMANDA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO NÃO RECONHECIDA PELA SINGULARIDADE DO CASO. VALIDADE DO LAUDO PERICIAL MÉDICO REALIZADO EM SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO, PARA O QUAL HOUVE A PARTICIPAÇÃO EFETIVA DAS PARTES, POSSIBILITANDO A CIÊNCIA INEQUÍVOCA DO ESTADO DE SAÚDE DO SEGURADO. RECONHECIMENTO DA VALIDADE DO CONTRATO DE SEGURO ENTABULADO ENTRE AS PARTES. CONDENAÇÃO DA SEGURADORA A PAGAR O VALOR DO SEGURO CORRIGIDO E COM JUROS DE MORA A PARTIR DO CONHECIMENTO DO LAUDO PERICIAL TÉCNICO. RECURSOS DE APELAÇÃO CONHECIDOS, SENDO PROVIDO O APELO DA ESTIPULANTE, E PARCIALMENTE PROVIDO O DA SEGURADORA.

1. O § 2º do art. 21 do Decreto-Lei nº 73/1966 agasalha orientação de que o estipulante é mero mandatário do segurado, não possuindo legitimidade para figurar no polo passivo de ação de cobrança da indenização securitária.

2. À pretensão do segurado ao segurador é aplicável o prazo extintivo ânuo previsto no art. 206, § 2º, inciso II, alínea *b*, do Código Civil de 2002 (correspondente ao art. 178, § 6º, inciso II, do Código Civil de 1916). Nesses casos, o termo inicial da contagem do prazo prescricional ânuo é a data em que o segurado teve ciência inequívoca de sua incapacidade

laboral (Súmula STJ/278), o que, no caso, deu-se mediante o conhecimento do laudo pericial. Visto dessa maneira, ajuizada a ação em 2004, na busca do direito reconhecido pela prova técnica levada a efeito nos autos em 2010, não há que se falar em prescrição. Assim, afasto a preliminar de prescrição arguida pela Apelante.

3. Para a resolução de contratos diversos, a jurisprudência do STJ tem exigido a constituição do devedor em mora, mediante notificação. A jurisprudência que exige a comunicação prévia ao devedor como condição necessária à resolução do contrato justifica-se até mesmo por outros fundamentos, a exemplo da presunção de que os contratantes guardem a mais estreita boa-fé. A Seguradora, contudo, deixou de agir em conformidade com a lei, na medida em que não comprovou a prévia ciência do devedor quanto à sua intenção de cancelar o contrato, depois de mais de vinte anos de vigência, além de não ter informado as razões para tal, de forma clara e inteligível. Tal comportamento contraria o princípio da boa-fé objetiva.

4. Configurada a invalidez laboral permanente do Apelado, em razão da deflagração e desenvolvimento da doença de Parkinson, assim como, a validade da avença em tablado, a Seguradora deverá pagar o seguro em questão, abatidos os prêmios efetivamente não recolhidos pelo Segurado, sob pena de enriquecimento sem causa deste último, devendo incidir juros de mora e correção monetária a partir do conhecimento do laudo pericial médico, pelo qual as partes tiveram ciência inequívoca do estado do Segurado.

5. Recursos de Apelação conhecidos, sendo provido o apelo da estipulante, e parcialmente provido o da seguradora.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a TURMA JULGADORA DA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, por unanimidade de votos, para CONHECER dos Recursos de Apelação, DANDO PROVIMENTO ao Apelo da Camed Administradora e Corretora de Seguros Ltda., e PARCIAL PROVIMENTO ao Apelo da Companhia de Seguros do Estado de São Paulo – Cosesp, nos termos do voto do Relator, que faz parte desta decisão.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelações contra sentença oriunda do juízo da 5ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza, exarada nos autos da Ação Ordinária de Cobrança de Seguro, interpostas por CAMED ADMINISTRADORA E CORRETORA DE SEGUROS LTDA. e COMPANHIA DE SEGUROS DO ESTADO DE SÃO PAULO – COSESP, tendo como Apelado FRANCISCO VANDERVELDE CARVALHO MOREIRA.

Na sentença recorrida, o magistrado *a quo* julgou procedente o pedido inicial, condenando as Apelantes a pagar ao Segurado/Apelado a quantia de R$ 249.281,07, além de custas e honorários advocatícios, estes arbitrados em 15% do valor da condenação e, deferiu, em parte, o pedido de tutela antecipada, determinando o pagamento imediato de 20% daquele valor em favor do Apelado (fls. 165/175).

Em suas razões recursais, fls. 215/224, a Camed acusa a inexistência de solidariedade entre as Apelantes, quanto à obrigação contratual de pagar o seguro em benefício do Autor/Apelado; e, no mérito, alega a impropriedade do cálculo apresentado pelo Apelado, impugnando a concessão da tutela antecipada, no ato sentencial. Requer o acolhimento da preliminar de ilegitimidade passiva e, caso assim não entenda este Relator, que a presente Apelação seja provida, com a reforma da decisão atacada, *"... relativamente ao valor da condenação, corrigindo-se o erro cometido na arbitragem dos honorários advocatícios, além de ser revogada a antecipação parcial de tutela concedida..."*.

Por sua vez, a Cosesp ressente-se, alegando preliminarmente: *a)* a existência de Agravo Retido, fls. 162/163, em combate à decisão do juiz monocrático que anunciou o julgamento antecipado da lide, impondo-se o seu prévio julgamento quando da apreciação dos presentes recursos apelatórios; *b)* a ausência de interesse processual e a sua ilegitimidade passiva, dado o cancelamento da apólice relativa ao seguro contratado entre as partes; *c)* a prescrição da pretensão do Apelado; e, no mérito: *a)* que não restou configurada a incapacidade do Segurado/Apelado, de forma definitiva, sendo imprescindível a realização de perícia médica para atestar a existência de sua invalidez permanente; *b)* que o valor da condenação, apurado e acolhido pelo juízo de piso, não se encontra em conformidade com o *quantum* relativo ao valor do seguro (R$ 117.046,56); *c)* que houve dupla condenação em honorários advocatícios, pois o valor calculado pelo Autor/Apelado incluía a verba honorária, sendo que o juiz *a quo* fez incidir a porcentagem de 15% sobre tal valor apurado. Requer a anulação da sentença ou, se não, a sua reforma, com o fim de não reconhecer o direito perquirido pelo Autor/Apelado (fls. 189/210).

Contra o capítulo da sentença que deferiu a antecipação parcial da tutela pretendida pelo Apelado, a Cosesp interpôs Agravo de Instrumento, fls. 182/187, ao qual foi negado seguimento, forte no art. 557, do Código de Processo Civil, em decisão

proferida pela então Desembargadora Maria Celeste Thomaz de Aragão.

O recorrido ofertou contrarrazões às fls. 227/234, reforçando a tese contida na exordial, acolhida na sentença, e requereu o improvimento dos apelos.

Por força da antecipação parcial da tutela, contida no *decisum* atacado, o Apelado requereu a execução provisória do valor referido no título judicial (fls. 235/237).

Decisão da lavra do então Desembargador Celso Albuquerque Macêdo, fls. 305/307, determinou a conversão do julgamento das presentes Apelações em diligência, para regular o processamento do citado Agravo Retido, interposto pela Cosesp (fls. 162/163), pois verificou a inexistência do contraditório naquele recurso retido.

Em ato contínuo, o juiz *a quo* nomeou perito para a realização de prova pericial médica na pessoa do Apelado (fl. 310).

Laudo Pericial médico consta às fls. 327/331.

É o breve relatório.

Revistos e incluídos em pauta de julgamento.

VOTO

Presentes os pressupostos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade dos recursos em vista, passo à análise conjunta de ambos os apelos.

I – PRELIMINARES

Agravo Retido

Alega a sociedade empresária Cosesp, em sede de Agravo Retido, que a decisão recorrida, fl. 160, anunciando o julgamento antecipado da lide, não oportunizou às partes a produção de provas, especialmente a de **perícia médica** na pessoa do Apelado, acarretando-lhe cerceamento do direito de defesa.

Não há que se olvidar que o juiz não está obrigado a julgar a causa conforme pleiteado pelas partes, mas sim de acordo com o seu **livre convencimento**, desde que em conformidade com o disposto na lei processual civil.

Os arts. 130 e 131 do Código de Processo Civil aplicam-se ao caso vertente, dispondo o seguinte:

> Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.
>
> Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos

> e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

Inobstante a premissa exposta, o caso telado apresenta **particularidades** que deverão ser consideradas para o resultado deste recurso retido.

Após a subida dos autos a este órgão revisor, para apreciar e julgar as apelações interpostas pelas Rés/Apelantes, o Relator, naquela oportunidade, Desembargador Celso Albuquerque Macêdo, proferiu decisão **convertendo o julgamento dos apelos em diligência**, pois não havia sido oportunizada à parte Agravada o devido **contraditório**, na forma preconizada no art. 523, § 2º, do CPC (fls. 305/307).

Em ato contínuo, o juiz *a quo* nomeou perito, as Apelantes formularam quesitos, e o Laudo Pericial foi apresentado em juízo, concluindo que o Apelado, efetivamente, é portador da doença de Parkinson em estágio avançado, sendo incapaz, total e definitivamente, para o trabalho e demais atos da vida civil (fls. 310; 313/315; 321/322; 327/331).

A sucessão dos atos processuais referidos supriu, a meu ver, a pretensão recursal contida neste Agravo Retido. Se a Agravante ressentia-se da ausência de prova pericial, reputando-a necessária para o deslinde da causa, a produção daquela prova, ainda que em momento posterior à instrução processual, esvaziou o conteúdo do Agravo Retido.

Ressurte-se que os **princípios do contraditório e da ampla defesa** foram observados, na medida em que as Apelantes puderam formular quesitos, aferidos no mencionado Laudo Pericial, e o Apelado, uma vez submetendo-se ao exame pericial médico, contribuiu para a produção da prova técnica, em seu favor. Além disso, às partes foi oportunizada a manifestação acerca do referido Laudo Pericial médico, acostado aos autos às fls. 327/331 (fls. 340; 342).

Atualmente, o desenvolvimento do processo civil tende a investir o juiz do poder-dever de tomar a iniciativa probatória, desde que assegure o necessário equilíbrio entre as partes do processo, sem que a sua imparcialidade reste prejudicada.

Nos termos do citado art. 130, do CPC, tanto o julgador de primeira instância, como o de segundo grau de jurisdição, na formação de sua livre convicção têm o direito de converter o feito em diligência sempre que entender necessário.

O Código de Processo Civil, a respeito, estabelece que:

> Art. 560. Qualquer questão preliminar suscitada no julgamento será decidida antes do mérito, deste não se conhecendo se incompatível com a decisão daquela.
>
> Parágrafo único. Versando a preliminar sobre nulidade suprível, o tribunal, havendo necessidade, converterá o julgamento em diligência, ordenando a

remessa dos autos ao juiz, a fim de ser sanado o vício.

Mutatis mutandis, confiram-se os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. IMPOSTO DE RENDA. CONVERSÃO EM DILIGÊNCIA PELO TRIBUNAL A QUO PARA O JUÍZO MONOCRÁTICO REALIZAR PROVA PERICIAL. ART. 560 DO CPC. POSSIBILIDADE. PRECLUSÃO QUE NÃO SE APLICA, NA HIPÓTESE. MULTA DO ART. 538 DO CPC. AFASTAMENTO. 1. Caso em que o Tribunal a quo entendendo pela necessidade da produção de prova pericial para o efetivo esclarecimento do estado de saúde da autora, determinou, em preliminar, a conversão do julgamento em diligencia para que os autos retornassem à origem exclusivamente para a realização da prova. 2. Os juízos de primeiro e segundo graus de jurisdição, sem violação ao princípio da demanda, podem determinar as provas que lhes aprouverem, a fim de firmar seu juízo de livre convicção motivado, diante do que expõe o art. 130 do CPC. 3. A iniciativa probatória do magistrado, em busca da veracidade dos fatos alegados, com realização de provas de ofício, não se sujeita à preclusão temporal, porque é feita no interesse público de efetividade da Justiça. 4. Afasta-se a multa prevista no art. 538 do CPC quando presente o intuito de prequestionar a matéria objeto do litígio e ausente o caráter protelatório do recurso. Incidência da Súmula 98/STJ. 5. Agravo regimental parcialmente provido, somente para afastar a multa imposta. (grifo não original - AgRg no REsp 1157796/DF, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/5/2010, DJ 28/5/2010)

> PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DO DEVEDOR À EXECUÇÃO FUNDADA EM TÍTULO JUDICIAL. ÔNUS DA PROVA. INICIATIVA PROBATÓRIA DO JULGADOR. ADMISSIBILIDADE. - Os juízos de 1º e 2º graus de jurisdição, sem violação ao princípio da demanda, podem determinar as provas que lhes aprouverem, a fim de firmar seu juízo de livre convicção motivado, diante do que expõe o art. 130 do CPC. - A iniciativa probatória do juiz, em busca da verdade real, com realização de provas de ofício, é amplíssima, porque é feita no interesse público de efetividade da Justiça. - Embora recaia sobre o devedor-embargante o ônus de demonstrar a inexatidão dos cálculos apresentados pelo credor-exequente, deve-se admitir a iniciativa probatória do julgador, feita com equilíbrio e razoabilidade, para aferir a exatidão de cálculos que aparentem ser inconsistentes ou inverossímeis, pois assim se prestigia a efetividade, celeridade e equidade da prestação jurisdicional. Recurso especial improvido. (REsp 1012306/PR, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/4/2009, DJ 7/5/2009)

Enfim, o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a eventual determinação de novas diligências instrutórias, levadas a

cabo pelo Tribunal, não causa qualquer prejuízo aos litigantes, desde que haja conferido *paridade de armas* entre as partes do litígio (art. 125, inciso I, do CPC).

Nesses termos, forte no art. 557, *caput*, do CPC, **deixo de conhecer** do presente Agravo Retido, por entendê-lo **prejudicado** ante a superveniência da prova pericial reclamada pela Agravante, nos autos processuais.

2. Ilegitimidade Passiva e Ausência de Interesse Processual

In casu, ambas as Apelantes asseveram sua **ilegitimidade passiva *ad causam*** em relação à causa em tablado.

A Camed, corretora de seguros, escusa-se da responsabilidade a qual lhe é atribuída pela parte Apelada por considerar que a sua atuação resumiu-se *"... à intermediação entre segurado e seguradora, não sendo devedora porque não se obriga contratualmente ao pagamento de seguros, eis que não é essa a sua atividade comercial, além de que não recebe o prêmio do seguro que é pago à seguradora."* (fls. 215/224).

De outra banda, a companhia de seguros acionada, Cosesp, esquiva-se da responsabilidade quanto ao pagamento do seguro contratado pelo Apelado, sob o argumento de que a apólice que segurava a pretensão do recorrido foi cancelada antes da ocorrência do fato gerador que propiciaria o resgate do seguro contratado (fls. 189/210).

No caso em testilha, **Francisco Vandervelde Carvalho Moreira (segurado)**, firmou **Contrato de Seguro de Vida em Grupo**, Apólice nº 1178, com **Camed Administradora e Corretora de Seguros Ltda.**, na qualidade de **estipulante**, sendo **seguradora a Companhia de Seguros do Estado de São Paulo – Cosesp**.

Verifico no Certificado Individual de Seguro, anexado à fl. 32 dos autos, que a Apelante, **Camed Administradora e Corretora de Seguros Ltda**. **é mera estipulante** do contrato em liça, não cabendo a ela a responsabilização pelo pagamento da indenização contratada no seguro de vida em análise, motivo por que **não é parte legítima para figurar no polo passivo** da presente demanda, em que busca o Segurado/Apelado o recebimento de indenização securitária em face da superveniência de invalidez permanente causada por doença.

O § 2º do art. 21 do Decreto-Lei nº 73/1966 agasalha esta orientação ao dispor que **o estipulante é mero mandatário do segurado**, não possuindo legitimidade, portanto, para figurar no polo passivo de ação de cobrança da indenização securitária.

No mesmo sentido o art. 801, *caput* e § 1º do Código Civil de 2002, reza:

> Art. 801. O seguro de pessoas pode ser estipulado por pessoa natural ou jurídica em proveito de grupo que a ela, de qualquer modo, se vincule.
> § 1º O estipulante não representa o segurador perante o grupo segurado, e é o único responsável, para com o segurador, pelo cumprimento de todas as obrigações contratuais.

Assim, a extinção do processo, sem resolução do mérito, em relação à estipulante, é medida que se impõe.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não diverge. Confiram-se os seguintes julgados:

> COMPETÊNCIA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PREQUESTIONAMENTO. SEGURO DE VIDA EM GRUPO. ESTIPULANTE. AÇÃO DE COBRANÇA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. 1. O TEMA DA INCOMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA JULGAR O APELO DEVERIA TER SIDO SUBMETIDO A CÂMARA, PARA FICAR CARACTERIZADO O PREQUESTIONAMENTO. MATÉRIA DE COMPETÊNCIA REGULADA PELA LEI ESTADUAL. 2. A ESTIPULANTE É PARTE PASSIVA ILEGÍTIMA NA AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO DE VIDA EM GRUPO. PRECEDENTES. RECURSO NÃO CONHECIDO. (REsp 121011/RS, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 05.08.1997, DJ 22.09.1997 p. 46483)
>
> SEGURO EM GRUPO. Beneficiário outrem que não o segurado ou seus herdeiros. Legitimidade ativa do segurado. Ação contra a estipulante. Ação contra a seguradora. 1. Contrato de seguro estipulado pelo Clube de Investimento dos Empregados da Cosipa (CIEC), sendo primeira beneficiária a instituição que concedeu o financiamento para a aquisição de ações da companhia. 2. O segurado não tem ação contra a estipulante de seguro em grupo para haver o pagamento da indenização, mas tem legitimidade para promover ação contra a seguradora a fim de obter o cumprimento do contrato de seguro feito em favor de terceiro, indicado como primeiro beneficiário, pois, no caso de haver saldo, este reverterá em favor do segurado. Recurso conhecido e provido em parte. (REsp 240945/SP, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 02.05.2000, DJ 19.06.2000 p. 152).
>
> Ação de cobrança. Ilegitimidade do estipulante para figurar no polo passivo. Precedentes da Corte. 1. Já decidiu a Corte que o estipulante não é parte passiva em ação de cobrança do seguro contratado, salvo se praticar ato impedindo a cobertura do sinistro pela seguradora, o que não ocorre neste feito. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 426860/RJ, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 06.12.2002, DJ 24.02.2003 p. 228).
>
> AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. SEGURO DE VIDA EM GRUPO. ALTERAÇÃO. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTIPULANTE. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 282 DO STF E 211 DO STJ. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7 DO STJ. 1. A ausência de apreciação pelo tribunal "a quo" acerca dos dispositivos legais indicados como violados impede o conhecimento do recurso especial. Súmula 282/STF. 2. Inadmissível o recurso especial que exige o reexame do conjunto fático-probatório dos autos. 3. Nos contratos de seguro em grupo, o estipulante é mandatário do segurado, sendo parte

> ilegítima para figurar no polo passivo da ação de cobrança. 4. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (AgRg no REsp 1109504/DF, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/08/2011, DJe 31/08/2011)
>
> PROCESSO CIVIL E CIVIL. SEGURO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. ESTIPULANTE. PARTE ILEGÍTIMA. SÚMULA N. 7/STJ. 1. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC se o acórdão recorrido manifesta-se de modo claro e objetivo quanto à matéria submetida à apreciação da Corte. 2. A estipulante é parte ilegítima para figurar no polo passivo de ação de cobrança ajuizada pelos segurados ou beneficiários, na medida em que aja como simples mandatária da seguradora. 3. O recurso especial não é via própria para o exame de questão relativa à ilegitimidade do estipulante do contrato de seguro para figurar na relação jurídica se, para tanto, faz-se necessário o reexame de circunstâncias fáticas. 4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no Ag 1327821/ES, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 15/02/2011, DJe 22/02/2011)

Relativamente à **Companhia de Seguros do Estado de São Paulo – Cosesp**, por ser a seguradora contratada, assim figurando no Certificado Individual de Seguro, representativo da Apólice nº 1178, e, a recebedora dos prêmios pagos pelo Segurado/Apelado, **é parte passiva legítima na ação de cobrança de seguro de vida em grupo promovida pelo Apelado.**

Por constituir-se **matéria de mérito** a razão invocada pela Cosesp para não figurar nesta ação (suposto cancelamento da Apólice nº 1178), deixo para apreciá-la, mais adiante, quando da discussão e julgamento do mérito dos presentes apelos. Pelo mesmo motivo, deixo de acolher a arguição de ausência de interesse processual do Apelado.

Assim, **excluo da lide a Camed Administradora e Corretora de Seguros Ltda., devendo permanecer no polo passivo desta demanda a Companhia de Seguros do Estado de São Paulo – Cosesp.**

3. Prescrição

À pretensão do segurado ao segurador é aplicável o **prazo extintivo ânuo** previsto no art. 206, § 2º, inciso II, alínea *b*, do Código Civil de 2002 (correspondente ao art. 178, § 6º, inciso II, do Código Civil de 1916).

Com efeito, a ação de cobrança de indenização fundada em contrato de seguro, por ser inerente à relação entre segurado e segurador, e não relacionada a fato do produto ou do serviço, sujeita-se ao prazo prescricional ânuo previsto no Código Civil e não ao de cinco anos, preconizado pelo art. 27 do Código de Defesa do Consumidor. Confiram-se, a título ilustrativo, os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça:

> CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE RESTABELECIMENTO DE CONTRATO DE SEGURO. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. 1. O recurso especial que deixa de impugnar fundamento suficiente, por si só, para manter a conclusão do julgado não merece ser conhecido. Inteligência da Súmula 283 do STF. 2. Para a pretensão de cobrança do seguro, é inaplicável o prazo prescricional de 5 (cinco) anos previsto no CDC, pois não se trata de vício ou defeito do serviço e sim de inadimplemento contratual. 3. A prescrição da pretensão do segurado contra o segurador para discutir o reajuste dos prêmios mensais é ânua, também não sendo o caso de aplicação do CDC. 4. O art. 176, § 6º, II, do Código Civil (atual art. 206, §1º, II, do CC/02) não faz qualquer distinção quanto às ações sujeitas à prescrição, importando apenas, na melhor exegese da norma, que a demanda tenha por fundamento o contrato de seguro. Contudo, o STJ já reconheceu que ações meramente declaratórias são imprescritíveis. 5. Na hipótese, a tutela pleiteada pelo autor recorrido e concedida pela sentença, que foi confirmada pelo Tribunal de origem, tem natureza meramente declaratória e, consequentemente, não está sujeita à prescrição ânua do art. 206, §1º, II, do CC/02. 6. Recurso especial não provido. (REsp 1084474/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/10/2011, DJe 11/10/2011)

> AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DE COBRANÇA DE INDENIZAÇÃO. SEGURO DE VIDA EM GRUPO. INVALIDEZ PERMANENTE. CÂNCER DE MAMA. INCIDÊNCIA DA PRESCRIÇÃO ÂNUA. TERMO INICIAL DA CONTAGEM. SÚMULA STJ/278. DATA DA CIÊNCIA INEQUÍVOCA DA INVALIDEZ. SUSPENSÃO DO PRAZO ATÉ RESPOSTA DEFINITIVA DA SEGURADORA EM REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. SÚMULA STJ/229. INAPLICABILIDADE. I - A ação de cobrança de indenização fundada em contrato de seguro, por ser inerente à relação entre segurado e segurador e não relacionada a defeito do serviço, sujeita-se ao prazo prescricional ânuo previsto no Código Civil e não ao de cinco anos, preconizado pelo art. 27 do Código de Defesa do Consumidor. II - Consoante a jurisprudência pacífica desta Corte, o termo inicial do prazo prescricional ânuo, na ação de indenização, é a data em que o segurado teve ciência inequívoca da incapacidade laboral (Súmula STJ/278), o que no presente caso ocorreu com a elaboração do laudo médico. III - Embora a Súmula 229 deste Tribunal disponha que "o pedido do pagamento de indenização à seguradora suspende o prazo de prescrição até que o segurado tenha ciência da decisão", é iniludível que tal regra só terá aplicação quando o requerimento administrativo for formulado ainda dentro do prazo prescricional, o que não se verifica, na hipótese. Agravo Regimental improvido. (AgRg no REsp 1014747/SC, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/02/2011, DJe 02/03/2011)

Nesses casos, **o termo inicial da contagem do prazo prescricional ânuo é a data em que o segurado teve ciência inequívoca de sua incapacidade laboral (Súmula STJ/278)**, o que, no caso, deu-se mediante o conhecimento do **laudo pericial, em 2010**, portanto, seis anos após o ajuizamento da vertente Ação de Cobrança de Seguro.

Muito embora o magistrado *a quo* tenha entendido, no momento da prolação da sentença, com base no **princípio do livre convencimento do juiz**, que o recorrido já ostentasse sintomas da doença de Parkinson, acarretando-lhe invalidez permanente para o trabalho, esse diagnóstico, conferido por simples **atestado médico** constante nos autos à fl. 16, **não induz à ciência inequívoca** de sua incapacidade.

Nesse sentido é pacífico, no seio do STJ, que **a ciência inequívoca da incapacidade laboral somente se atesta com o conhecimento de laudo pericial.** Vejam-se alguns elucidativos arestos jurisprudenciais daquela Corte Superior:

> AGRAVO INTERNO. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INEXISTÊNCIA. - SEGURO DE VIDA EM GRUPO - PRESCRIÇÃO ÂNUA - ART. 178, § 6º, II, DO CÓDIGO CIVIL – CIÊNCIA INEQUÍVOCA - REVISÃO PROBATÓRIA – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA 7/STJ – DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO. I - Consoante o disposto no artigo 535, incisos I e II, do Código de Processo Civil, os embargos de declaração se prestam a expungir do julgado eventual obscuridade, omissão ou contradição, não merecendo acolhida sua utilização com a finalidade de rejulgamento da lide. II - O prazo prescricional da ação para se reclamar valor de indenização contra seguradora é de um ano, nos termos do artigo 178, § 6º, II, do Código Civil. III - O acórdão recorrido, fundado nas provas, reconheceu que o autor teve conhecimento da doença pelos laudos periciais. Impede assim o seguimento do recurso o óbice das Súmulas 07 e 101 desta Corte.IV – Só se conhece do recurso especial pela alínea 'c', se o dissídio jurisprudencial estiver comprovado nos moldes exigidos pelos artigos 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil e 255, parágrafos 1º e 2º, do Regimento Interno desta Corte, com a descrição da similitude fática e os pontos divergentes das decisões. Agravo interno improvido. (AgRg no Ag 402.373/SP, Rel. Min. CASTRO FILHO, DJ 11.9.06)
>
> SEGURO DE VIDA EM GRUPO E ACIDENTES PESSOAIS. PRESCRIÇÃO ÂNUA. TERMO INICIAL. SURDEZ BILATERAL. SÍNDROME NEUROPSÍQUICA. MALES DA COLUNA. – A prescrição da ação indenizatória somente flui a partir da data em que o segurado toma conhecimento inequívoco acerca da existência da incapacidade permanente, através de laudo médico elaborado para esse fim, indicando causa, natureza e extensão, não se considerando suficiente ter ele realizado consultas, tratamentos ou recebido diagnósticos. Recurso especial conhecido e provido parcialmente para afastar a prescrição com respeito à síndrome neuropsíquica e aos males da coluna. (REsp 166.316/SP, Rel. Min. BARROS MONTEIRO, DJ 14.2.05)
>
> CIVIL. SEGURO DE VIDA E ACIDENTES PESSOAIS EM GRUPO. PRESCRIÇÃO ÂNUA. SÚMULA 101. TERMO INICIAL. - O prazo prescricional da ação contra o segurador tem início quando o segurado toma conhecimento da incapacidade laboral e da respectiva amplitude (CC/16; Art. 178, § 6º, II e Súmula 278). - O fato de o recorrente já ostentar sintomas

> que não desapareceram, apesar de afastado de ambiente insalubre, não induz a ciência inequívoca de sua incapacidade, a qual só ocorreu quando se submeteu à perícia médica. (REsp 513.033/SP, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/08/2005, DJ 12/09/2005, p. 318)
>
> CIVIL. SEGURO DE VIDA E ACIDENTES PESSOAIS EM GRUPO. PRESCRIÇÃO ÂNUA. SÚMULA 101. TERMO INICIAL. AUXÍLIO-DOENÇA. INAPLICABILIDADE. 1. O prazo prescricional da ação contra o segurador tem início quando o segurado toma conhecimento da incapacidade laboral e da respectiva amplitude (CC/16; Art. 178, § 6º, II e Súmula 101). 2. O gozo de auxílio-doença do INSS não marca termo inicial da prescrição ânua para cobrança de indenização do segurado em grupo contra seguradora. É que o auxílio-doença, podendo ser transitório (Lei 8.213/91; Art. 59), não se vincula a incapacidade permanente. Em regra, o segurado só tem ciência da incapacidade laboral, total ou parcial, mediante o conhecimento do laudo pericial. (REsp 202.846/SP, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/09/2004, DJ 17/12/2004, p. 512)

Nessa senda, urge salientar que a ausência da prova pericial médica até a sentença recorrida não implica ausência de interesse processual do Autor/Apelado. Isso porque **o laudo pericial médico não é instrumento público considerado por lei como substância do ato, muito embora constitua prova elementar para a caracterização da incapacidade laboral.**

Tanto é assim que a referida prova pericial foi reclamada pelo próprio Apelante (Cosesp), nas razões do Recurso de Apelação, e nas do Agravo Retido, este preliminarmente discutido e julgado (item 1), exatamente por considerar a imprescindibilidade da perícia, no caso concreto.

Insubsistente, pois, qualquer alegação contrária à validade processual daquela prova pericial, haja vista a **vedação de comportamento contraditório** pela parte (Apelante) que postulou a citada realização de perícia.

Considerando a **legalidade** da **prova pericial médica** realizada em **grau de apelação** (item 1), a **necessidade** da produção de **laudo pericial** médico para aferição da incapacidade laboral do Apelado e, a **concordância das partes**, nesse particular, quanto à produção da prova pericial para a qual **participaram efetivamente**, com estrita observância aos **princípios do contraditório** e do **devido processo legal**, entendo que **o termo inicial para a contagem do prazo prescricional, no caso em tablado, conta-se a partir do conhecimento do laudo, isto é, a partir do dia 22/11/2010 (data da publicação do despacho que determinou a intimação das partes para conhecimento do laudo pericial – fl. 342).**

Desta forma, ainda que o término de vigência do contrato de seguro tenha ocorrido em **01/10/1997** (fl. 33), decorrente de **ato unilateral** da Seguradora/Apelante

(Cosesp) – fato a ser analisado na seção do mérito recursal –, forçoso é concluir que, no caso em apreço, **o Segurado/Apelado tomou ciência inequívoca de sua moléstia tão somente quando se submeteu à perícia médica realizada em 09/09/2010.**

Visto dessa maneira, **ajuizada a ação em 2004**, fl. 02-v, na busca do direito reconhecido pela prova técnica levada a efeito nos autos em 2010, não há que se falar em prescrição. Assim, **afasto a preliminar de prescrição arguida pela Apelante.**

II – MÉRITO

1. Relação Jurídica entabulada entre as partes

No caso, o Apelado ressente-se pelo cancelamento injustificado da Apólice nº 0019300001178, formalizado pelo documento de fl. 33, indicando má-fé da Seguradora/Apelante.

Por outro lado, a Companhia Seguradora, ora Apelante, apenas confirma o cancelamento, esquivando-se de justificar a conduta abrupta de seu ato sem, ao menos, notificar o Apelado. Em razão disso, foi que negou o pagamento do seguro quando requerido administrativamente, em 1999.

Para a resolução de contratos diversos, a jurisprudência do STJ tem exigido a **constituição do devedor em mora**, mediante notificação. A jurisprudência que exige a comunicação prévia ao devedor como condição necessária à resolução do contrato justifica-se até mesmo por outros fundamentos, a exemplo da presunção de que **os contratantes guardem a mais estreita boa-fé.**

Incide a **teoria do adimplemento substancial dos contratos**, que visa a impedir o uso imoderado do direito de resolução pelo credor, quando o rompimento do pacto não se ajusta a exigências de índole social ou pautadas pela boa-fé objetiva.

Por essa ótica, a faculdade que o credor tem de simplesmente resolver o contrato deve ser reconhecida com cautela, sobretudo quando evidente o desequilíbrio financeiro entre as partes contratantes, como no caso dos autos.

Em casos análogos, tem decidido o STJ:

> AGRAVO REGIMENTAL. CONTRATO DE SEGURO DE VIDA RENOVADO ININTERRUPTAMENTE POR VÁRIOS ANOS. RESCISÃO UNILATERAL. DESCABIMENTO. RESSALVA DA POSSIBILIDADE DE SUA MODIFICAÇÃO PELA SEGURADORA, MEDIANTE A APRESENTAÇÃO PRÉVIA DE EXTENSO CRONOGRAMA, NO QUAL OS AUMENTOS SEJAM APRESENTADOS DE MANEIRA SUAVE E ESCALONADA. 1.- Consoante a jurisprudência da Segunda Seção, em contratos de seguro de vida, cujo vínculo vem se renovando ao longo de anos, não pode a seguradora modificar subitamente as condições da avença nem deixar de renová-la em razão do fator de idade, sem ofender

> os princípios da boa fé objetiva, da cooperação, da confiança e da lealdade que devem orientar a interpretação dos contratos que regulam as relações de consumo. 2.- Admitem-se aumentos suaves e graduais necessários para reequilíbrio da carteira, mediante um cronograma extenso, do qual o segurado tem de ser cientificado previamente. (REsp 1.073.595/MG, Relª. Minª. NANCY ANDRIGHI, DJe 29.4.11). 3.- Agravo Regimental improvido. (AgRg no AREsp 54.623/GO, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/02/2012, DJe 24/02/2012)
>
> RECURSO ESPECIAL - NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - OMISSÃO - NÃO-OCORRÊNCIA - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - CONTRATO DE SEGURO DE VIDA - RESILIÇÃO UNILATERAL - IMPOSIÇÃO PARA READAPTAÇÃO A NOVAS PROPOSTAS - ABUSIVIDADE DA CLÁUSULA - OCORRÊNCIA, NA ESPÉCIE - PRECEDENTE DA SEGUNDA SEÇÃO DO STJ - RECURSO IMPROVIDO. I - Não se verifica a alegada violação do artigo 535 do Código de Processo Civil, porquanto a questão relativa à licitude da cláusula contratual que contempla a não renovação do contrato de seguro de vida foi apreciada de forma clara e coerente, naquilo que pareceu relevante à Turma Julgadora a quo; II - A pretensão da seguradora de modificar abruptamente as condições do seguro, não renovando o ajuste anterior sob as mesmas bases, ofende os princípios da boa fé objetiva, da cooperação, da confiança e da lealdade que deve orientar a interpretação dos contratos que regulam relações de consumo; III - Recurso especial improvido. (REsp 1105483/MG, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/05/2011, DJe 23/05/2011)

Ao analisar os documentos insertos nos autos não há dúvida sobre a **existência** da avença entre as partes, bem como da **pontualidade** do Apelado em relação ao pagamento do prêmio mensal, ainda que até o cancelamento unilateral do contrato de seguro referente à Apólice nº 1178 (fl. 33).

O **início da vigência** do seguro representado pela Apólice nº 1178 teve marco em **01/04/1986** (fl. 32). Sendo o Apelado/Contratante, à época, funcionário do Banco do Nordeste do Brasil – BNB, com os prêmios relativos aos seus seguros de vida **descontados em folha de pagamento**, conforme verifico a partir dos documentos de fls. 17/19, em tese, não haveria razão para o cancelamento da avença securitária em tablado, ainda mais quando **a longa duração da vigência de contratos dessa natureza (trato sucessivo) é a praxe**, máxime sem a participação do contratante.

Ressalte-se que a própria estipulante (Camed) não tinha conhecimento do indigitado cancelamento da Apólice nº 1178, em 1997, visto ter intermediado, de maio a setembro de 1999, o requerimento de resgate do valor segurado, em prol do Apelado (fls. 38/46).

A conduta do Apelado, a meu juízo, está inequivocamente revestida de boa-fé, pois não há comprovação de mora quanto ao cumprimento de sua parte no

contrato (pagamento do prêmio). Ao revés, o comportamento da Seguradora/Apelante, resolvendo o contrato unilateralmente, após mais de vinte anos recebendo o prêmio pago pelo Apelado, denota, claramente, sua má-fé.

O Código Civil, ao dispor sobre as regras gerais dos contratos de seguro, no Capítulo XV, do Título V, reza o seguinte:

> Art. 763. Não terá direito a indenização o segurado que estiver em mora no pagamento do prêmio, se ocorrer o sinistro antes de sua purgação.
> (...)
> Art. 769. (...)
> § 2º A resolução só será eficaz trinta dias após a notificação, devendo ser restituída pelo segurador a diferença do prêmio.

Acrescenta a lei civil que a **constituição plena da mora** do devedor somente se verifica com o **inadimplemento da obrigação**. Nesse caso, não havendo termo, a mora se constitui pela notificação judicial ou extrajudicial dirigida ao devedor (arts. 396 e 397, do CCB), o que não se constata dos autos. Aliás, repita-se, sequer há justificativa para o cancelamento da apólice do seguro em apreço.

A Cosesp, portanto, deixou de agir em conformidade com a lei, na medida em que não comprovou a prévia ciência do devedor quanto à sua intenção de cancelar o contrato, depois de mais de vinte anos de vigência, além de não ter informado as razões para tal, de forma clara e inteligível.

Tal comportamento contraria o **princípio da boa-fé objetiva.** Em verdade, um dos **elementos essenciais** do contrato de seguro, além da cobertura do risco, previsto nos arts. 422 e 765 da atual legislação civil, *in verbis:*

> Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e da boa-fé.
>
> (…)
>
> Art. 765. O segurado e o segurador são obrigados a guardar na conclusão e na execução do contrato, a mais estrita boa-fé e veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes.

Com efeito, resta perfeitamente configurada a má-fé da Seguradora/Apelante na medida em que cancelou, abruptamente e sem justificativa plausível, contrato válido de seguro de vida, cuja vigência já se estendia por mais de vinte anos consecutivos, minando as esperanças de resgate pelo Segurado/Apelado, sem se preocupar com os planos de previdência que tinha o Apelado em usufruir do benefício que pagou em momento oportuno de sua vida.

Afinal de contas, esse tipo de avença tem como finalidade proteger o

segurado contra riscos aleatórios, seja de morte, seja de invalidez, total ou parcial, de modo a preservar as condições de sustento e segurança dele e de seus dependentes.

Reconhecida a validade do contrato de seguro de vida em questão, é de se perceber que **o Apelado sofreu, injustamente**, **durante todos esses anos**, relativos à tramitação de requerimento administrativo, que se deu em 1999 (fls. 38/46) e, depois, concernentes à duração de processo no DECON, e desta ação judicial, que se iniciou em 2004, privado do direito a que faz jus.

Assim, identifico violação direta ao festejado princípio da boa-fé objetiva, **devendo prevalecer os termos do contrato em análise (Apólice nº 1178), no qual a Seguradora/Apelante se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do Segurado/Apelado** (art. 757, do CCB).

2. Valor da condenação e honorários advocatícios

Configurada a invalidez laboral permanente do Apelado, em razão da deflagração e desenvolvimento da doença de Parkinson (fls. 327/331), cuida-se de revisar o valor da condenação, considerando o valor contratado, referido na Apólice nº 1178, representada, nestes autos, pelo Certificado Individual de Seguro de fl. 32.

Saliente-se que o caso em apreço é **singular**, de sorte que o resultado destes apelos visa a atender os anseios das partes, dentro da **razoabilidade** e **justiça** que requer o caso concreto, sem privilegiar ou onerar demasiadamente nenhum dos envolvidos.

Como visto acima, a **ciência inequívoca** do estado de saúde do Apelado, dando ensejo ao resgate do seguro de vida em tela, deu-se apenas com o conhecimento do Laudo Pericial de fls. 327/331, realizado em **2010**. Para tanto, as partes concordaram na realização da perícia médica, nesta instância recursal, tendo sido reconhecida a sua validade jurídica.

Também foi esclarecido e debatido que, em razão do cancelamento indevido da Apólice nº 1178, em desfavor do Segurado/Apelado, certamente foi **interrompido o pagamento do prêmio** à Seguradora/Apelante.

Não é razoável, portanto, determinar o pagamento do valor do seguro sem abater o valor dos prêmios não recolhidos desde o cancelamento da Apólice nº 1178 (1997), sob pena de configurar **enriquecimento sem causa** do Segurado, em detrimento da Seguradora.

No tocante à condenação de honorários, não me parece desarrazoada aquela arbitrada pelo magistrado *a quo*. De fato, valeu-se o juiz de piso dos parâmetros previstos no CPC, que limita a condenação dos honorários de 10% a 20% sobre o valor da condenação, em conformidade com o grau de zelo do profissional, a natureza e a importância da causa, e o trabalho e o tempo despendidos pelo advogado.

Entretanto, tem razão a Seguradora/Apelante quando diz que a verba

honorária incidiu em **duplicidade**. Realmente, o Autor/Segurado, ao fazer os cálculos atualizados do montante do seguro, na exordial, incluiu, além do valor contratado (R$ 117.046,56), honorários estipulados por si próprio, de 20% daquele valor, totalizando R$ 249.281,07, valor este ratificado pelo juiz *a quo*.

Portanto, a porcentagem arbitrada pelo magistrado *a quo* (15%) deverá incidir **apenas uma vez** sobre o valor da condenação, apurado ao final, nos termos a seguir dispostos.

III – DISPOSITIVO

Feitas estas considerações, **CONHEÇO** do Recurso de Apelação interposto pela Camed Administradora e Corretora de Seguros Ltda., **DANDO-LHE PROVIMENTO** para **excluí-la da presente relação processual.**

Da mesma forma, **CONHEÇO** do Recurso de Apelação aviado pela Companhia de Seguros do Estado de São Paulo – Cosesp, porém, **DANDO-LHE PARCIAL PROVIMENTO**, devendo prevalecer a decisão recorrida no tocante à condenação da Seguradora/Apelante ao pagamento do seguro representativo da Apólice nº 0019300001178, com os seguintes ajustes:

a) do montante global do valor a ser pago **(R$ 117.046,56)** deverão ser abatidas as parcelas dos prêmios efetivamente não recolhidos pelo Segurado **a partir de 01/10/1997** (data do cancelamento da Apólice de Seguro nº 1178 pela Seguradora – fl. 33) **até o dia 22/11/2010** (data do conhecimento do Laudo Pericial – fl. 342).

b) ao valor alcançado após o abatimento dos prêmios não recolhidos deverá incidir **juros de mora** de 1% a.m., e **correção monetária,** pelo INPC, a partir do dia em que poderia ter sido pago o seguro, ou seja, do **dia 22/11/2010** (data da ciência inequívoca do estado do Segurado).

c) os honorários advocatícios deverão ser pagos sobre o valor apurado ao final, permanecendo a porcentagem de 15%, arbitrada na sentença recorrida.

É como voto.

Fortaleza, 04 de junho de 2012.

Nº PROCESSO: 0688690-14.2000.8.06.0001
TIPO DE RECURSO: APELAÇÃO
LOCAL DE ORIGEM: 25ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE FORTALEZA
APELANTE: JOSÉ CARLOS DOMINGUES LENS
APELADO:JOSÉ RENATO RIBEIRO DE MENEZES FILHO
RELATOR: DES. DURVAL AIRES FILHO
ÓRGÃO JULGADOR: 7ª CÂMARA CÍVEL
AJ006

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. COMERCIAL. NOTA PROMISSÓRIA. FALTA DA DATA DE EMISSÃO. DESCARACTERIZAÇÃO COMO TÍTULO EXECUTIVO. PROVA ESCRITA. AÇÃO MONITÓRIA. DEMONSTRAÇÃO DA CAUSA DEBENDI . DESNECESSIDADE. ÔNUS DO EMITENTE.

1. A nota promissória sem data de emissão não se caracteriza como título cambial, contudo, constitui prova escrita, pressuposto essencial à instrução da ação monitória, por espelhar liquidez e certeza processual do débito.

2. Na ação monitória é desnecessária a demonstração da causa de emissão do título de crédito que perdeu a eficácia executiva, cabendo ao réu o ônus da prova da inexistência do débito.

3. Precedentes deste Tribunal: AC Nº.886-12.2005..8.06.0121/1 e AC nº 8171-65.2004.8.06.0000/0. Precedentes do STJ: AgRg no Ag 715.586/MG, REsp 440.653/PR, REsp 285.223/MG. **APELAÇÃO CONHECIDA E PROVIDA. SENTENÇA REFORMADA. INVERSÃO DO ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA.**

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos da Apelação Cível nº **0688690-14.2000.8.06.0001**, em que figuram, como Apelante, **José Carlos Domingues Lens**, e, como Apelado, **José Renato Ribeiro de Menezes Filho**, ACORDAM os Desembargadores desta 7ª Câmara Cível, em votação unânime, pelo CONHECIMENTO e PROVIMENTO DO APELO, tudo nos termos do voto do Desembargador Relator.

Relatório

Examinada, trata-se de Apelação Cível em Ação Monitória interposta por **José Carlos Domingues Lens contra José Renato Ribeiro de Menezes Filho,** em face da sentença de fls.166/169, que julgou improcedente o pleito autoral por considerar que o promovente não comprovou suas alegações, apresentando nota promissória desacompanhada das respectivas notas fiscais. A decisão ressalta também que o título apresentado pelo autor foi objeto de ação executória extinta e já transitada em julgado, cuja sentença de fls. 130/132 afirma que o título continha vício formal pela ausência da data de emissão, perdendo assim a qualidade de título de crédito.

Insatisfeito, interpôs o autor apelação às fls. 177/188, alegando que o título apresentado é documento hábil para instruir a presente ação, uma vez que regularmente assinado pelo recorrido, constituindo-se uma verdadeira confissão de dívida. Afirma que a nota promissória adquire sua eficácia, independente da demonstração da *causa debendi,* abstraindo-se do negócio que lhe deu procedência.

Contrarrazões às fls.

Direitos individuais disponíveis dispensam intervenção Ministerial.

Redistribuição dos autos pela Portaria nº 154/211, às fls.511.

É o breve relatório.

À Douta Revisão.

Fortaleza, 25 de Setembro de 2012.

Voto

Antes de qualquer iniciativa, conheço da presente Apelação por estarem presentes os requisitos de admissibilidade.

Primeiramente, faz-se necessário um breve resumo fático. O apelante é sócio proprietário da empresa MACLEN, que supostamente vendeu equipamentos de costura ao apelado, sócio da empresa North Comércio de Peças e Máquinas de Costura Ltda., que tem como outro sócio o filho do apelante.

O requerente afirma que o requerido assinou, então, nota promissória decorrente da relação negocial, estabelecendo claramente a transação comercial da qual decorreu o título. O promovido, por sua vez, afirma que foi "condicionado" a assinar o título como condição para ser sócio da empresa, juntamente com o filho do apelante, e sustenta que não houve o referido negócio, estando a nota, por sinal, em branco. Passemos agora à análise do direito.

1. Da validade da prova escrita:

A nota promissória objeto da discussão dormita às fls. 17 dos autos, onde

podemos perceber claramente a ausência de sua data de emissão, requisito indispensável ao seu caráter de título executivo. Temos que a mesma cédula foi objeto de ação de execução julgada extinta, com fundamentação no artigo 618,I, do Código de Processo Civil, por conter vício formal, perdendo, desta forma, sua força executiva.

Embora seja imprestável para a execução, uma vez que perdeu sua qualidade de título de crédito, o documento apresentado é instrumento hábil para ser utilizado como prova escrita em Ação Monitória, é o que dispõe o artigo 1.102-A, da nossa legislação processual civil:

> Art. 1.102.A- A ação monitória compete a quem pretender, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel.

É cediço que a ação monitória, uma criação legislativa através da qual se objetivou aperfeiçoar o processo civil brasileiro, no sentido de agilizar os atos processuais, foi introduzida em nosso ordenamento jurídico através da Lei n. 9.079, de 14 de julho de 1995, refletida nos artigos 1.102, letras a, b, e c, do Código de Processo Civil.

É o processo monitório dirigido às situações de direito material nas quais, pela falta de um título dotado de exeqüibilidade definida em lei, ficava o credor à mercê da ordinariedade do processo de conhecimento. Nesse caso, o título servirá apenas como documento escrito, que, prima facie, denota a certeza da dívida, o que autoriza o pedido.

A propósito, leciona Ernani Fidelis dos Santos que:

> "O documento escrito mais comum do título monitório é o que vem assinado pelo próprio devedor, não importa qual seja a forma, a exemplo dos contratos, das declarações unilaterais com informação ou não da causa da obrigação, das missivas ou dos meros bilhetes. A lei e, às vezes, o próprio teor das disposições contratuais fazem presumir que formas escritas, embora não contendo assinatura do devedor, revelem certeza e liquidez processuais da obrigação. A duplicata mercantil sem aceite só tem executividade quando há prova do contrato e do recebimento da mercadoria, mas, na pressuposição de que ela nunca se expede sem que haja negócio comercial, sua emissão faz considerar-se a existência da dívida em dado momento, embora falte ao título a executividade. As contas expedidas pelas empresas de água, luz e telefone, os saldos bancários, com prova do contrato do correntista são também exemplificadamente, formas hábeis de se presumir, em um primeiro momento, a existência da dívida e permitir a instauração do procedimento monitório". (Novos Perfis do Processo Civil Brasileiro, p. 40/41).

2. Da desnecessidade de comprovação da causa debendi pelo autor:

A discussão primordial gira em torno da necessidade ou não de comprovação da *causa debendi* pelo autor, devendo ser analisado se a prova escrita apresentada, por si só, demonstra o direito líquido, certo e exigível. O Superior Tribunal de Justiça já sedimentou entendimento de que, na ação monitória, é desnecessária a demonstração da causa de emissão do título que perdeu sua força executiva, cabendo ao réu o ônus da prova da inexistência do débito. A certeza e liquidez da dívida, representada pela literalidade do título, somente pode ser afastada mediante robusta prova em contrário. Vejamos o que dispõe o artigo 333 do Código de Processo Civil:

> Art.333.O ônus da prova incumbe:
> I- ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;
> II- ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Desse modo, não tendo o réu se desincumbido do seu ônus probatório previsto no artigo 333, II do CPC, ou seja, comprovar circunstância impeditiva, modificativa ou extintiva do direito do autor, não há outra decisão a ser proferida que não a procedência da demanda.

Outrossim, goza de presunção iuris tantum da existência do débito ali consignado, cabendo ao devedor provar a sua insubsistência, embora não possua mais as características de um título executivo, caso em que se instalará o contraditório. Vejamos o que diz a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

> **EMENTA: NOTA PROMISSÓRIA - FALTA DA DATA DE EMISSÃO -DESCARACTERIZAÇÃO - PROVA ESCRITA- AÇÃO MONITÓRIA. -** A nota promissória sem data de emissão não se caracteriza como título cambial, contudo, constitui prova escrita, pressuposto essencial à instrução da ação monitória, por espelhar liquidez e certeza processual do débito, corroborado pelos demais elementos de provas constantes dos autos. Apelação nº 2.0000.00.350661-4/000 (1)/ TJMG.

No caso em exame, o apelado reconhece que assinou o documento, mas não reconhece a existência do negócio ensejador da dívida. Ora, presume-se, por bom senso, que a nota promissória nunca se expede sem que haja negócio comercial. Sua emissão faz considerar-se a existência da dívida em algum momento, embora falte ao título a executividade.

O autor, portanto, demonstrou inequivocamente, liquidez e certeza da dívida, reconhecidamente cumprindo o pressuposto de "prova escrita sem eficácia de título executivo", exigido pela ação, ao contrário do réu, que se preocupou principalmente em atacar os vícios de formalidade da cédula e sustentar a necessidade de apresentação das notas fiscais.

É preciso se ressaltar que muito embora seja a ação monitória um procedimento que está muito próximo da ação de execução, com ela não se confunde, não podendo ser admitido que o título de crédito prescrito continue a ter as mesmas características dos que ainda possuem força executiva, pois, do contrário, haveria um desvirtuamento do próprio instituto da ação monitória.

Portanto, na ação monitória é desnecessária a demonstração da causa da causa de emissão do título de crédito que perdeu a eficácia executiva, cabendo ao réu o ônus da prova da inexistência do débito.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça segue o entendimento:

> **EMENTA PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO MONITÓRIA. NOTA PROMISSÓRIA PRESCRITA. DEMONSTRAÇÃO DA CAUSA DEBENDI . DESNECESSIDADE. TEMA DEVIDAMENTE PREQUESTIONADO. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. QUESTÃO UNICAMENTE DE DIREITO. AGRAVO DESPROVIDO.**
> 1. Na ação monitória é desnecessária a demonstração da causa de emissão do título de crédito que perdeu a eficácia executiva, cabendo ao réu o ônus da prova da inexistência do débito.
> 2. Agravo interno a que se nega provimento. AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 696.279 - PR (2004/0141865-5) Brasília, 28 de fevereiro de 2012(Data do Julgamento) MINISTRO RAUL ARAÚJO.
>
> **AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. COMPROVAÇÃO. DISSÍDIO NOTÓRIO. MITIGAÇÃO DE FORMALIDADES. AÇÃO MONITÓRIA. NOTA PROMISSÓRIA PRESCRITA . INDICAÇÃO DA CAUSA DEBENDI. DESNECESSIDADE. ÔNUS DO EMITENTE.**
> 1. No dissídio jurisprudencial, as exigências de natureza formal são mitigadas quando verificada a notoriedade da divergência, pois, em casos tais, são evidentes a similitude fática e a discrepância de interpretação normativa entre os acórdãos confrontados.
> 2. A orientação jurisprudencial desta Corte Superior é no sentido de que na ação monitória, instruída com título de crédito que perdeu a eficácia executiva, é desnecessária a demonstração da causa de sua emissão, cabendo ao emitente o ônus da prova da inexistência do débito.
> 3. Agravo regimental não provido." (AgRg no REsp 848.072/MS, Terceira Turma, Rel. Min. VASCO DELLA GIUSTINA - Desembargador convocado do TJ/RS -, DJe de 18/6/2009.
>
> **PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO MONITÓRIA. TÍTULO DE CRÉDITO QUE PERDEU A EFICÁCIA EXECUTIVA. INDICAÇÃO DA CAUSA DEBENDI. DESNECESSIDADE.** - É desnecessária a indicação da causa debendi em ação monitória fundada em título de crédito que perdeu a eficácia executiva. Ressalva pessoal." (AgRg nos EDcl no REsp 418.664/PR, Terceira Turma, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, DJ de 24/2/2003).

Nesse contexto, para o ajuizamento da ação monitória, cabe ao autor instruí-la com a prova escrita da dívida sem eficácia de título executivo, nos termos do art. 1.102a do Estatuto Processual Civil, cabendo ao réu emitente do título comprovar que esta não é válida e que não houve negócio.

Assim, tendo instruído o credor a exordial com o título de crédito, o ônus da prova da inexistência do débito incumbe ao réu. Precedentes do STJ: AgRg no Ag 715.586/MG, TERCEIRA TURMA, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, DJ de 26/11/2007; REsp 440.653/PR, QUARTA TURMA, Rel. Min. BARROS MONTEIRO, DJ de 17/3/2003; REsp 285.223/MG, QUARTA TURMA, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, DJ de 5/11/2001).

Para corroborar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, temos os seguintes julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará:

> **EMENTA: AÇÃO MONITÓRIA. NOTA PROMISSÓRIA. EMBARGOS MONITÓRIOS. APELAÇÃO CONHECIDA e IMPROVIDA. SENTENÇA MANTIDA.**
> 1.O embargante deve demonstrar a inexistência da relação obrigacional com o credor do título sob pena de conversão do documento em título judicial nos termos do artigo 1.102C do Código de Processo Civil.
> 2.O ônus de provar a imprestabilidade do documento cabe ao réu/embargante, fato este não caracterizado nos autos, possibilitando assim a improcedência dos embargos monitórios.
> 3. O legislador exige como pressuposto para o aviamento da ação monitória tão-somente o aparelhamento da pretensão com documento escrito que, conquanto desprovido de eficácia executiva, estampe a obrigação de pagamento de soma em dinheiro ou a entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel. Configuradas as hipóteses do artigo 1.102-A do CPC a ação monitória deve ser julgada procedente. 4.Recurso conhecido e improvido. APELAÇÃO CÍVEL Nº.886-12.2005..8.06.0121/1. 6ª Câmara Cível

> **EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. NOTA PROMISSÓRIA. ALEGAÇÃO DE AGIOTAGEM. NÃO COMPROVAÇÃO.**
> 1. A controvérsia a ser dirimida no presente recurso consiste na possível nulidade do título executivo objeto da execução embargada, sob o argumento de ser ele oriundo de agiotagem.
> 2. Preliminar de irregularidade da segurança do juízo rejeitada.
> 3. A nota promissória é espécie de título executivo que não possui natureza causal, de modo que sua simples emissão gera a obrigação do pagamento da importância nele descrita, sendo irrelevante sua causa *debendi.*
> 4. A abstração deste título de crédito somente pode ser desconsiderada em situações excepcionalíssimas, mediante provas robustas que demonstrem cabalmente que a obrigação que lhe deu origem foi constituída em flagrante desrespeito ao sistema jurídico, sob pena de desvirtuar sua finalidade cambial.

> 5. As provas apresentadas pelos apelados e as produzidas durante a instrução não foram suficientes para comprovar as alegações de que a relação que dera origem ao título objeto da demanda envolveria prática de agiotagem. Assim, não tendo os recorrentes se desincumbido do ônus probatório, não se verifica circunstância que desconstitua o título executivo extrajudicial apresentado pelo credor. Apelação Cível nº 8171-65.2004.8.06.0000/0 (4ª Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará)

DISPOSITIVO:

Face ao exposto, CONHEÇO da Apelação interposta para dar-lhe PROVIMENTO, modificando a sentença do douto juízo monocrático em seu inteiro teor e invertendo o ônus da sucumbência.

É como voto. É como me posiciono.

Fortaleza, 25 de setembro de 2012.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 8180-87.2005.8.06.0001/1, ORIUNDA DA 26ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE FORTALEZA.
APELANTE: REDECARD S/A.
APELADO: CASABLANCA TURISMO E VIAGENS LTDA.
RELATORA: DESA. MARIA IRACEMA MARTINS DO VALE.

EMENTA: DIREITO CIVIL. INDENIZAÇÃO. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA REJEITADA. MÉRITO: CARTÃO DE CRÉDITO CLONADO. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA CREDENCIADORA. RESTITUIÇÃO DOS VALORES PAGOS. INEXISTÊNCIA DE DANOS MORAIS.

1. No caso, questão sobre responsabilidade por danos morais e materiais decorrentes de compras realizadas com cartão de crédito clonado.
2. Preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* rejeitada.
3. Existência de culpa. Na venda de produtos por cartão de crédito através de "assinatura em arquivo" as empresas credenciadoras devem se pautar com máxima cautela, com o propósito de se impedir atos de eventuais estelionatários por esta via, o que não ocorreu na causa. Responsabilidade da apelante reconhecida.
4. Danos materiais caracterizados. Necessidade de sua restituição. Os prejuízos relativos ao ressarcimento dos valores das passagens aéreas adquiridas pelos estelionatários foram pagos perante seus clientes e as empresas aéreas em face do inadimplemento.
5. Danos morais inexistentes. Como a apelada realizou o pagamento dos valores correspondentes às passagens, evitou sua exposição perante os clientes e a inclusão de seu nome em cadastros de proteção ao crédito, os danos causados foram de natureza estritamente patrimonial, inexistindo qualquer tipo de fato que comprometesse sua reputação no mercado, configurando assim, mero dissabor.
- Apelação conhecida e parcialmente provida.
- Sentença parcialmente reformada.
- Unânime.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível nº 8180-87.2005.8.06.0001/1, em que figuram as partes acima indicadas. Acorda a 4ª Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer da apelação interposta, para rejeitar a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* e, no mérito, dar-lhe parcial provimento, reformando em parte a sentença recorrida, nos termos do voto da Relatora.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Apelação Cível interposta em face de sentença proferida pelo Juízo da 26ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza que decidiu pela procedência dos pedidos da ação.

O caso/a ação originária: Casablanca Turismo e Viagens Ltda. ajuizou ação de indenização por danos materiais e morais em razão de compra de passagens feitas por intermédio de cartão de crédito clonado. Redecard S/A, por ocasião de sua contestação (fls. 208/236), aduziu, em sede de preliminar, sua ilegitimidade passiva e, no mérito, alegou que a promovida pagou a dívida, circunstância que configuraria o seu reconhecimento.

A sentença: às fls. 424/430, o Juízo *a quo* decidiu pela **procedência** dos pedidos da ação. Transcrevo o dispositivo da sentença, no que interessa:

> "Com sustentáculo nos fundamentos acima esposados, declaro a inexigibilidade das cobranças feitas pelas companhias aéreas TAM, VASP, VARIG e TAP à demandante, no valor total de R$ 57.648.98 (cinqüenta e sete mil, seiscentos e quarenta e oito reais e noventa e oito centavos), referentes às compras de passagens aéreas e, condeno a promovida a pagar a título de restituição o valor de R$ 57.648,98, pago indevidamente pela promovente às companhias TAM, VASP, VARIG e TAP, devidamente atualizado, com incidência de juros e correção monetária a partir da citação e a quantia de R$ 10.000,00 (dez mil reais) por danos morais, pelos constrangimentos que a empresa suportou em sua honra objetiva.".

Apelação: irresignada, a promovida interpôs recurso (fls. 445/481), suscitando, em sede de preliminar, sua ilegitimidade passiva *ad causam* e, no mérito, a reforma da decisão de 1º grau, pela manifesta improcedência dos pedidos autorais, a inexistência de culpa e o não cabimento de indenização por danos morais.

Contrarrazões: às fls. 484/499, na qual foi requerida a manutenção da sentença recorrida em todos os seus termos.

É o relatório.

Revisão feita pela Excelentíssima Senhora Desembargadora Vera Lúcia Correia Lima.

VOTO

A controvérsia a ser dirimida nos presentes autos versa sobre responsabilidade civil por danos morais e materiais decorrentes de compras realizadas com cartão de crédito clonado.

1. Preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*.

Quanto à alegação de ilegitimidade da Redecard S/A para figurar no polo passivo da lide, entendo que não lhe assiste razão.

A tese de que não existira relação jurídica firmada entre os litigantes deste processo, mas sim entre a apelada e as empresas aéreas, não prospera. As compras que deram ensejo à cobrança em questão não decorreram de negociação normal, mas em razão da ação de estelionatários por meio de cartão de crédito clonado.

Assim, como o cerne da controvérsia diz respeito ao cartão de crédito, não há como excluir a Redecard da lide, pois, evidentemente, esta participou das negociações.

Ademais, como sabido, a utilização do cartão de crédito como meio de pagamento envolve uma complexa rede de contratos entre diversas espécies de empresas, envolvendo, entre outras, as chamadas "bandeiras", instituições financeiras, empresas credenciadoras, estabelecimentos comerciais credenciados, processadoras de meios eletrônicos de pagamento, etc.

Estas relações jurídicas nem sempre se mostram transparentes para os usuários dos cartões de crédito, não se podendo exigir deles, por esta razão, a distinção das atribuições específicas dos estabelecimentos comerciais credenciados e das empresas credenciadoras, mesmo porque ambas mantém íntima ligação na realização do negócio jurídico.

Neste sentido vem se posicionando a jurisprudência pátria, como se observa no seguinte julgado:

> "CARTÃO DE CRÉDITO - LEGITIMIDADE PASSIVA - A relação jurídica existente entre a administradora do cartão de crédito e o fornecedor dos bens, limita-se a um contrato previamente estabelecido entre eles - **O contratante, simples firma individual, não está obrigado a distinguir as atribuições específicas da Credicard e da Redecard, ambas fazendo parte do mesmo conglomerado financeiro** - Legitimidade passiva reconhecida (...)." (TJSP; APC 9126202-69.2000.8.26.0000; Relator(a): Pedro Ablas; Órgão julgador: 14ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 13/12/2006; Data de registro: 08/01/2007)

Preliminar rejeitada.

2. Mérito.

2.1 - Da responsabilidade da Redecard.

Da análise dos autos, constata-se que estelionatários se utilizaram do credenciamento de empresas de transporte aéreo junto à Redecard, procedendo à compra de bilhetes em nome de cliente da Apelada.

In casu, a venda de passagens áreas pela apelante se deu por cartão de crédito através de "*assinatura em arquivo*", modalidade de venda que permite ao titular do cartão adquirir produtos e serviços por telefone, não se fazendo necessária a sua presença no ato da compra. No entanto, para a viabilidade desse procedimento, empresas credenciadoras devem se cercar de maiores cuidados em face da facilitação à atividade de estelionatários por esta via.

Trata-se de conclusão decorrente da chamada responsabilidade por risco do serviço, prevista no art. 927, parágrafo único do CC/02, *in verbis*:

> "Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.
> Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando **a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem**".

Isso porque, com o intuito de incrementar suas atividades e permitir a ampliação de seus lucros, a apelante viabilizou vendas por cartão de crédito através de "assinatura em arquivo", possibilitando a aquisição de seus produtos por telefone, sem exigir, em contrapartida, a presença física do comprador e do cartão.

Ao dispensar a apresentação do cartão e dos documentos do consumidor no ato da venda, assumiu a apelante o risco advindo de uma possível transação irregular, que, nesse caso, conforme salientado pelo magistrado *a quo*, é muito superior ao das operações comuns, por ser muito mais difícil examinar a idoneidade do negócio realizado.

Na hipótese em comento, as compras realizadas perante as empresas aéreas Tam, Vasp, Varig e Tap foram feitas com cartão MasterCard clonado registrado em nome de Rodrigo Lima Sanches (bandeira esta que, no Brasil, tem como credenciadora a Redecard).

Desta negociação irregular, participaram somente a Redcard e as empresas aéreas mencionadas, não havendo intermediação da Casablanca Turismo e Viagens

Ltda. A aquisição das passagens tiveram autorização inicial pela Redecard, tanto que as compras foram efetivadas. Só posteriormente, quando as companhias aéreas pretenderam receber os valores das vendas, momento em que o prejuízo já estava consumado, a Credenciadora apontou a irregularidade.

Sendo negado o pagamento pela Redcard, as empresas aéreas cobraram a dívida da empresa de turismo apelada, vítima do estelionato, que se viu obrigada a pagar os valores no intuito de evitar problemas para exercício de sua atividade comercial.

Portanto, conclui-se que a utilização de cartão de crédito clonado por agente fraudulento se deu em virtude da falta de maior segurança do negócio operado pela administradora de cartão de crédito, a quem cabe responder pelos riscos envolvidos na atividade econômica que explora.

Em casos similares, a jurisprudência pátria vem se manifestando neste sentido:

> "CARTÃO DE CRÉDITO – (...) COBRANÇA C.C REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS - Cartão de Crédito Falsificado - **Eventual irregularidade na contratação do cartão de crédito é de responsabilidade da ré, expedidora e administradora, diante de sua negligência ao contratar com o estelionatário**. (TJSP; APC 9126202-69.2000.8.26.0000; Relator(a): Pedro Ablas; Órgão julgador: 14ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 13/12/2006; Data de registro: 08/01/2007)

Portanto, a Redecard é responsável pelos danos sofridos pela Casablanca Turismo e Viagens Ltda.

2.2 - Do *quantum debeatur*.

2.2.1 – Do dano material

Não há dúvida de que são devidos danos materiais em razão do pagamento pela recorrida das passagens adquiridas pelos estelionatários no intuito de evitar prejuízos perante seus clientes e as empresas aéreas em face do inadimplemento.

Estes danos restaram satisfatoriamente comprovados, correspondendo ao valor base de R$ 57.648,98 (cinquenta e sete mil, seiscentos e quarenta e oito reais e noventa e oito centavos), conforme os documentos que acompanham a inicial.

Sentença mantida neste ponto.

2.2.2 – Do dano moral

Os danos morais que atingem uma pessoa jurídica são aqueles que surgem em razão de uma conduta que atinja sua honra objetiva, violando um de seus direitos

de personalidade, como, por exemplo, aquela que comprometa sua reputação perante terceiros.

O caso dos autos, entretanto, trata de um quadro fático que gera mero dissabor, não extrapolando a naturalidade dos acontecimentos cotidianos, situação que não enseja reparação indenizatória de natureza extrapatrimonial.

Na hipótese em análise, como a Casablanca Turismo e Viagens Ltda. realizou o pagamento dos valores correspondentes às passagens, evitou sua exposição perante os clientes e inclusão de seu nome em cadastros de proteção ao crédito. Portanto, os danos causados foram de natureza estritamente patrimonial, inexistindo qualquer tipo de fato que comprometesse sua reputação no mercado.

Este é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, conforme se constata da seguinte ementa:

> CIVIL. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. PESSOA JURÍDICA. CALÚNIA E INJÚRIA. HONRA OBJETIVA. OFENSA NÃO DEMONSTRADA. RECURSO DESACOLHIDO. I - A evolução do pensamento jurídico, no qual convergiram jurisprudência e doutrina, veio a afirmar, inclusive nesta Corte, onde o entendimento tem sido unânime, que a pessoa jurídica pode ser vítima também de danos morais, considerados estes como violadores da sua honra objetiva, isto é, sua reputação junto a terceiros. II - No caso, no entanto, inocorreu ofensa à honra objetiva da empresa. III - A aferição da ofensa à honra da sócia-recorrente importaria em reexame de matéria fática, o que é vedado pela súmula da Corte, verbete nº 7. (STJ; REsp 223.494/DF, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 14/09/1999, DJ 25/10/1999, p. 94)

Este egrégio Tribunal de Justiça partilha do mesmo entendimento, como se percebe do excerto jurisprudencial que segue transcrito:

> "CIVIL. PROCESSO CIVIL. DANOS MATERIAL E MORAL. LANÇAMENTOS INDEVIDOS EM CONTA CORRENTE. SITUAÇÃO REGULARIZADA NO MESMO DIA PELA INSTITUIÇÃO BANCÁRIA. DILIGÊNCIA QUE REDUZIU A MERO DISSABOR O ALCANCE DO ATO ATACADO. NEXO CAUSAL. AUSÊNCIA. NEGATIVAÇÕES QUE SE DERAM POR OUTRAS CAUSAS. INEXISTÊNCIA DO DEVER DE INDENIZAR. SENTENÇA MANTIDA EM SUA INTEGRALIDADE. RECURSO IMPROVIDO". (TJCE; APC 2005.0003.5555-2/0; 4ª CÂMARA CÍVEL; Des. LINCOLN TAVARES DANTAS; julgado em 18/07/2007; publicado em 02/08/2007)

Por tais razões, não há que se falar em condenação por danos morais.

DISPOSITIVO

Diante do exposto, conheço do apelo manejado, para rejeitar a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* e, no mérito, dar-lhe parcial provimento, reformando em parte a sentença recorrida, somente para afastar os danos morais.

Diante da sucumbência mínima da apelada (art. 21, parágrafo único do CPC), e considerando o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço e a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço, fixo os honorários em 10% (dez por cento) do valor da condenação (art. 20, § 3º do CPC).

É como voto.

Fortaleza, 8 de fevereiro de 2012.

AGRAVO DE INSTRUMENTO

PROCESSO Nº 12042-98.2007.8.06.0000/0 CONEXO AO PROCESSO Nº 12044-68.2007.8.06.0000/0
AGRAVO DE INSTRUMENTO
AGRAVANTE: MARCELO AZEVEDO AGUIAR
AGRAVADA: ÂNGELA MARIA ARAÚJO MORAIS CORREIA
LITISCONSORTES: HELENA MARIA DE SOUSA FERREIRA E RICARDO ALEXANDRE AGUIAR BRAGA
ÓRGÃO JULGADOR: 3ª CÂMARA CÍVEL
RELATOR: DES. FRANCISCO GLADYSON PONTES

EMENTA: PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DENUNCIAÇÃO À LIDE DE TABELIÃ DE OFÍCIO DE NOTAS EM CUJO CARTÓRIO FOI LAVRADA ESCRITURA PÚBLICA DE COMPRA E VENDA. PROCESSO PRINCIPAL NO QUAL SE BUSCA APURAR FRAUDE NA REFERIDA COMPRA E VENDA. POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DE TERCEIRO. OS OFICIAIS E NOTÁRIOS TÊM RESPONSABILIDADE PELOS DANOS QUE ELES E SEUS PREPOSTOS CAUSEM A TERCEIROS. INTELIGÊNCIA DA LEI Nº 8.935/94 E DO ART. 70, INCISO III, DO CPC. PRECEDENTES. PARA A FIXAÇÃO DOS PONTOS CONTROVERTIDOS DEVERÃO SER LEVADOS EM CONTA OS FATOS ALEGADOS PELAS PARTES, CONSIGNADOS NA PETIÇÃO INICIAL E NA CONTESTAÇÃO, SOB PENA DE INFRINGIR OS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA (ART. 5, LV, DA CF/88). AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E PROVIDO.

1. A alegação de erro, pelo Agravante, da titular do 4º Ofício de Notas de Fortaleza, a quem se pode inculpar por lavrar ou admitir procuração falsa, em transação que poderá prejudicá-lo, leva a que se admita o pleito de denunciação da lide nos moldes do artigo 70, inciso III da Lei Adjetiva.

2. Observe-se que há previsão legal específica na Lei 8.935/94, art. 22, que reza: "*os notários e oficiais de registro responderão pelos danos que eles e seus prepostos causem a terceiros, na prática de atos próprios da serventia, assegurado*

aos primeiros direito de regresso no caso de dolo ou culpa dos prepostos".

3. Não merece prosperar o fundamento consignado na decisão vergastada quando pontua a necessidade de pedido de cunho indenizatório, na petição inicial, para viabilizar o conhecimento da denunciação da lide com base no inciso III, do art. 70, do CPC. A uma, porque o objetivo da denunciação da lide é exatamente impor a responsabilidade por perdas e danos ao denunciado, por sentença, valendo como título executivo (art. 76, do CPC). A duas, porque a relação jurídica entre o Denunciante/Agravante e a Denunciada/ Agravada é diversa daquela que existe entre aquele e a Agravada/ Autora da Ação Principal. São duas relações jurídicas independentes entre si.

4. Naquilo que diz com a fixação dos pontos controvertidos, entendo que o magistrado de piso não atentou seguramente para os fatos alegados pelo Réu, ora Agravante.

5. O Agravante pretende a discussão sobre eventuais ilegalidades e fraudes havidas na ocasião da lavratura da citada Escritura Pública de Compra e Venda (ponto controvertido fixado pelo juiz *a quo*), mas também suscita, em sua contestação, possível conluio fraudulento entre Helena Maria de Sousa Ferreira (Autora da apontada Ação de Nulidade, que se diz a legítima proprietária do imóvel em questão) e os senhores "Valdir" e "Eurico", que negociaram o referido imóvel com o Agravante, dentre outros pontos. Visto isso, depreende-se que o Réu/ Agravante almeja a declaração da existência ou inexistência de relação jurídica válida entre as pessoas acima indicadas, visando à elucidação dos fatos como verdadeiramente ocorreram. Desta feita, não pode o magistrado escusar-se de apreciar tão relevante ponto, sob pena de infringir os princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inciso LV, da CF/88).

6. Agravo de Instrumento conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a TURMA JULGADORA DA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO

CEARÁ, por unanimidade de votos, em **conhecer e dar provimento ao Agravo de Instrumento**, nos termos do voto do Desembargador Relator, parte desta decisão.

RELATÓRIO

Cuida-se de Agravo de Instrumento interposto por MARCELO AZEVEDO AGUIAR, fls. 02/25, contra decisão interlocutória de fls. 27/30, proferida pelo magistrado de primeiro grau nos autos da Ação Anulatória proposta por HELENA MARIA DE SOUZA FERREIRA contra o ora Agravante e RICARDO ALEXANDRE AGUIAR BRAGA.

A decisão agravada excluiu do polo passivo da demanda a litisdenunciada, Ângela Maria Araújo Morais Correia – tabeliã do Cartório Morais Correia –, sob o fundamento de que o pedido formulado na inicial não tem cunho indenizatório. Assim sendo, *"... considerando que a denunciação da lide com fundamento no inciso III do artigo 70 do CPC só é cabível quando o denunciado for obrigado a ressarcir aos requeridos, integralmente ou parcialmente, os ônus da condenação..."*, houve por bem, o juiz *a quo* excluir do processo a citada litisdenunciada.

Além disso, o juiz de primeiro grau fixou como único ponto controvertido *"... o fato de se saber se a assinatura oposta na Escritura de Compra e Venda do imóvel em questão é de fato da autora da ação..."*.

Assim, insurge-se o Agravante contra a decisão recorrida em razão de: a) ter excluído a litisdenunciada Ângela Maria Araújo Morais Correia do polo passivo da ação, sendo que a sua responsabilidade, caso comprovada, encontra incidência nos dispositivos do art. 70, inciso III, do CPC, e no art. 22, da Lei nº 8.935/94; e, b) ter fixado, unicamente, como ponto controvertido, a autenticidade, ou não, da assinatura aposta na Escritura de Compra e Venda objeto da lide.

Informações do juiz *a quo* encontra-se à fl. 85.

Contraminuta ofertada por Ângela Maria Araújo Morais Correia consta às fls. 87/91, ocasião em que assevera o acerto da decisão hostilizada, requerendo o improvimento do recurso.

Manifestação do litisconsorte ativo, Ricardo Alexandre Aguiar Braga, repousa às fls. 102/104.

Decisão do então Des. Celso Albuquerque Macêdo consta às fls. 106/108, que negou seguimento ao presente Agravo de Instrumento *"...dada a carência superveniente do interesse recursal da parte agravante, decorrente da prolação de sentença nos autos da ação originária..."*.

Constatado o equívoco da referida decisão monocrática, foi restaurado o presente Agravo de Instrumento por meio do acórdão proferido nos Embargos de Declaração de fls. 139/143.

Era o que se tinha a relatar sobre o Agravo de Instrumento.

VOTO

Presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos do recurso, passo à análise dos pontos controvertidos.

O primeiro ponto a ser enfrentado é o reconhecimento, ou não, do cabimento da **denunciação da lide** em relação à tabeliã de Registro de Títulos e Documentos, Ângela Maria Araújo Morais Correia, em cujo Cartório foi levado a efeito Escritura Pública de Compra e Venda relativa ao imóvel de matrícula nº 9.344.

In casu, a Agravada, Helena Maria de Sousa Ferreira, diz ser a legítima proprietária do imóvel matriculado sob o nº 9.344, junto ao Registro de Imóveis da 1ª Zona de Fortaleza, desde o ano de 1978. Alega que no ano de 2005, ao solicitar documento atualizado da matrícula de referido imóvel, constatou a transferência do bem aos Agravantes, através de Escritura Pública de Compra e Venda, lavrada no 4º Ofício de Notas de Fortaleza, Cartório Morais Correia.

Indignada, ajuizou Ação de Nulidade de Negócio Jurídico c/c Manutenção de Posse contra o Agravante, que, ao tempo da contestação, denunciou à lide a referida tabeliã, com base na responsabilidade dos notários e oficiais de registro, prevista na Lei nº 8.935/94.

A alegação de erro, pelo Agravante, da titular do 4º Ofício de Notas de Fortaleza, a quem se pode inculpar por lavrar ou admitir procuração falsa, em transação que poderá prejudicá-los, leva a que se admita o pleito de denunciação da lide nos moldes do artigo 70, inciso III da Lei Adjetiva.

É precisamente o caso, subsumindo-se a espécie perfeitamente à previsão do artigo supra da lei processual, já que o tabelião é, de fato, obrigado por lei a indenizar o possível prejuízo do ora Agravante, se for o caso.

Observe-se que há previsão legal específica na Lei 8.935/94, art. 22, que reza: "*os notários e oficiais de registro responderão pelos danos que eles e seus prepostos causem a terceiros, na prática de atos próprios da serventia, assegurado aos primeiros direito de regresso no caso de dolo ou culpa dos prepostos*".

Calha referir, outrossim, que a responsabilidade do tabelião é objetiva, pois mesmo exercida em caráter privado, conforme preconiza o art. 236 da Constituição Federal, a natureza do serviço é pública, pois é atividade delegada do Poder Público.

Sobre a temática, vejamos os seguintes julgados elucidativos do Superior Tribunal de Justiça, desta Corte de Justiça e dos Tribunais de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e de Minas Gerais:

RECURSO ESPECIAL. ADMISSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE

PREQUESTIONAMENTO. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. PRAZO PRESCRICIONAL VINTENÁRIO. DENUNCIAÇÃO À LIDE. SÚMULAS N.ºS 05 E 07 DO STJ. (...) 3. O instituto da denunciação da lide é modalidade de intervenção forçada, vinculado à ideia de garantia de negócio translatício de domínio e existência de direito regressivo. A parte que enceta a denunciação da lide, o denunciante, ou tem um direito que deve ser garantido pelo denunciante-transmitente, ou é titular de eventual ação regressiva em face do terceiro, porque demanda em virtude de ato deste. 4. (...) 5. Denunciar a lide à alguém não é senão trazê-lo para a lide, por força de garantia prestada, ou em razão de direito regressivo existente em face desse terceiro. Através da denunciação da lide, o denunciante aproveita-se do mesmo processo para exercer a ação de garantia ou a ação de regresso em face do denunciado, por isso que, inspirado pelo princípio da economia processual, dispôs o legislador que "a sentença que julgar procedente a ação declarará, conforme o caso, o direito do evicto, ou a responsabilidade por perdas e danos, valendo como título executivo" (CPC, art. 76). Com o exercício da denunciação, amplia-se a relação processual acrescentando-se a ela uma nova parte, criando uma situação legitimamente que não existia anteriormente e vinculando o denunciado ao processo. (…) 9. Sobressai, assim que a ideia da denunciação está vinculada a de direito de regresso, que lhe é preponderante, sendo certo que a admissibilidade da denunciação não significa a sua procedência, assim como a admissibilidade da ação pelo preenchimento das condições do direito de agir afasta, apenas, a carência da ação, não influindo sobre o mérito. 10. Denunciação à lide requerida com fulcro no art. 70, III, do CPC, dispositivo que contém redação genérica e prevê todas as situações de regresso contempladas na lei ou no contrato. (...) (REsp 550095/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/09/2004, DJ 25/10/2004, p. 224)

PROCESSUAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DENUNCIAÇÃO DA LIDE. Ação indenizatória; ato ilícito; procuração falsa. Cabimento de denunciar-se a lide o titular do tabelionato, na forma da lei 8935/94. Função exercida por delegação do poder público. Responsabilidade solidária de Estado e notário, em casos assim. Parecer do MP. AGRAVO PROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 70032768863, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Francisco Pellegrini, Julgado em 09/03/2010)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA DE ANULAÇÃO DE ATO JURÍDICO. PROCURAÇÃO E SUBSTABELECIMENTO LAVRADO EM TABELIONATO DE NOTAS - DENUNCIAÇÃO DA LIDE DO TITULAR DO CARTÓRIO - POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO. Nos moldes do art.70, III do CPC, inteiramente cabível é a denunciação da lide ao titular do cartório em cujas notas foram lavrados a procuração e o substabelecimento que se busca anular, e que possibilitaram a alienação do imóvel da autora. (Acórdão 3135, 5ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça de MG, Relator Cunha Ribas).

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ABERTURA E RECONHECIMENTO DE FIRMA COM BASE EM ASSINATURA

> FALSA. NEGLIGÊNCIA DO CARTÓRIO. DEVER DE INDENIZAR POR PARTE DO NOTÁRIO. RECURSO IMPROVIDO. 1.Os notários e oficiais de registro respondem pelos danos que ele e seus prepostos causarem a terceiros, decorrentes da abertura e reconhecimento de firma com base em assinatura falsa. 2.Comprovada a existência dos pressupostos da responsabilidade subjetiva, quais sejam, ato ilícito, nexo de causalidade e o dano, exsurge o dever do agente em indenizar a vítima. 3.O dano moral, "in casu", existe in re ipsa, quer dizer, decorre do próprio ato, prescindindo da comprovação do prejuízo. 4.Recurso conhecido e improvido. 5.Sentença confirmada. (Apelação Cível nº 625311020058060001 1, Relator Francisco Sales Neto, 1ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do CE, Julgado em 11/05/2009)

A denunciação da lide é modalidade de intervenção de terceiro (art. 70, do CPC) que apresenta nova demanda, porém, no mesmo processo. De fato, a denunciação da lide provoca uma **ampliação do objeto litigioso**, o que importa dizer que o processo passará a ter duas demandas: a principal e outra de caráter incidental. Desenvolve-se na mesma base procedimental do processo originário, e serve para garantir o negócio jurídico caso o denunciante venha a sair vencido no processo.

De acordo com o art. 76, do CPC, acarreta cumulação de ações, de forma que mesmo sucumbindo o denunciante, fica garantida a obtenção de sentença sobre sua relação jurídica com o denunciado, livrando o primeiro de nova demanda para reclamar indenização de perdas e danos do segundo. Em sua substância, tal intervenção de terceiro traz em seu bojo pretensão notadamente regressiva, na qual pretende o denunciante vê-se ressarcido pelo denunciado de eventuais prejuízos que porventura venha a sofrer em razão de processo pendente.

Dito isto não merece prosperar o fundamento consignado na decisão vergastada quando pontua a necessidade de pedido de cunho indenizatório, na petição inicial, para viabilizar o conhecimento da denunciação da lide com base no inciso III, do art. 70, do CPC. A uma, porque o objetivo da denunciação da lide é exatamente impor a responsabilidade por perdas e danos ao denunciado, por sentença, valendo como título executivo (art. 76, do CPC). A duas, porque a relação jurídica entre o Denunciante/ Agravante e a Denunciada/ Agravada é diversa daquela que existe entre aquele e a Agravada/ Autora da Ação Principal. São duas relações jurídicas independentes entre si. Repiso: na denunciação da lide haverá, *in simultaneus processus,* duas ações, pois o ato de denúncia implica a propositura de uma segunda ação, ou seja, da ação de regresso.

Naquilo que diz com a **fixação dos pontos controvertidos**, entendo que o magistrado de piso não atentou seguramente para os fatos alegados pelo Réu, ora Agravante.

Observa-se que o Agravante pretende a discussão sobre eventuais ilegalidades e fraudes havidas na ocasião da lavratura da citada Escritura Pública de

Compra e Venda (ponto controvertido fixado pelo juiz *a quo*), mas também suscita, em sua contestação, possível conluio fraudulento entre Helena Maria de Sousa Ferreira (Autora da apontada Ação de Nulidade, que se diz a legítima proprietária do imóvel em questão) e os senhores "Valdir" e "Eurico", que negociaram o referido imóvel com o Agravante, dentre outros pontos.

Visto isso, depreende-se que o Réu/ Agravante almeja a declaração da existência ou inexistência de relação jurídica válida entre as pessoas acima indicadas, visando à elucidação dos fatos como verdadeiramente ocorreram. Desta feita, não pode o magistrado escusar-se de apreciar tão relevante ponto.

E não se cuida, aqui, de invadir a esfera do livre convencimento do juiz quando da apreciação das provas, conforme cuida o dispositivo do art. 130, da Lei Adjetiva, que diz: *"Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias."* Mas, antes disso, significa impedir a preterição do direito do Réu/ Agravante de produzir suas provas, fazendo com que os seus argumentos sejam, efetivamente, considerados no julgamento da demanda.

Neste azo, colaciono elucidativo julgado do STJ, em caso assemelhado:

> AÇÃO REINTEGRATÓRIA DE POSSE COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. AUSÊNCIA DA NECESSÁRIA INSTRUÇÃO PROBATÓRIA. CERCEAMENTO AO DIREITO DE DEFESA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. ANULAÇÃO DA SENTENÇA. POSSIBILIDADE. AFASTAMENTO DA MULTA DO ARTIGO 538, PARÁGRAFO ÚNICO DO CPC. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Evidenciada a necessidade de produção de provas requeridas pela ré, a tempo oportuno, constitui cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide, com infração aos princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa e devido processo legal. 2. No caso concreto, foi reconhecido pelo Tribunal Estadual que o julgamento antecipado importou em supressão de provas necessárias à comprovação de fatos controvertidos, pertinentes e relevantes, e a respeito dos quais não existe nos autos prova suficiente à formação de séria convicção. 3. Recurso especial parcialmente provido apenas para afastar a multa do artigo 538, parágrafo único do CPC. (REsp 661.009/ES, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 19/10/2010, DJe 26/10/2010)

Para a situação posta, portanto, a dilação probatória é medida que se impõe, em atendimento ao preceito do art. 333, inciso II, do CPC, bem como aos princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inciso LV, da CF/88). Assim, merece acolhida a pretensão recursal do Agravante, haja vista implicar consequências diretas na produção das provas.

Diante do exposto, **conheço** do Agravo de Instrumento e **dou-lhe**

provimento para o fim de reformar a decisão recorrida no sentido de determinar a reintegração da litisdenunciada, Ângela Maria Araújo Morais Correia – Tabeliã do Cartório Morais Correia (4º Ofício de Notas de Fortaleza) – ao polo passivo da ação, assim como que o juiz *a quo* fixe os pontos controvertidos da demanda, levando-se em consideração os fatos invocados pelo Agravante.

É como voto.

Fortaleza, 23 de janeiro de 2012.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 12488-72.2005.8.06.0000/0 (2005.0016.0667-2)
AGRAVANTE: MUNICÍPIIO DE FORTALEZA
AGRAVADO: LM DESENVOLVIMENTO IMOBILIÁRIO LTDA
ORIGEM: 6ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE FORTALEZA
RELATOR: DES. ADEMAR MENDES BEZERRA

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. DECISÃO CONCESSIVA DE PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. POSSIBILIDADE DESDE QUE EXISTENTES OS REQUISITOS INDISPENSÁVEIS, A TEOR DO ART. 273, DO CPC, BEM COMO QUE A SITUAÇÃO NÃO ESTEJA ELENCADA NAS LIMITAÇÕES DA LEI Nº 9.494/97. RECURSO CONHECIDO, MAS DESPROVIDO.

- Estando presentes os requisitos determinados pelo art. 273, do CPC, pode o magistrado de origem conceder tutela antecipada, mesmo contra a Administração Pública, desde que tal deferimento não implique em afronta às restrições contidas na Lei nº 9.494/97, quanto à impossibilidade de antecipação quando implicar em liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, etc, o que não é o caso em análise.
- Não é razoável que a Administração Pública permita a construção de um imóvel da envergadura de um *shopping center*, como o de que se cuida, a partir de uma lei; ratifique posteriores expedições de alvarás, com base na mesma lei, que não estava mais em vigência, ao fundamento de que as alterações e revalidações deveriam ser apreciadas segundo a lei vigente quando da concessão do alvará originário e, posteriormente, com a obra já em estado avançado de construção, altere tal entendimento e determine que a construção deva se conformar aos ditames da lei nova.
- Recurso conhecido, mas desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos do agravo de instrumento

nº **12488-72.2005.8.06.0000/0**, em que figuram as partes acima indicadas, acordam os Desembargadores integrantes da Segunda Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, conhecer do recurso em referência, mas lhe negar provimento, na conformidade do voto do relator.

Fortaleza, 19 de janeiro de 2011.

RELATÓRIO

Tratam os presentes autos de Agravo de Instrumento contra decisão do MM Juiz da 6ª Vara da Fazenda Pública desta comarca que, nos autos da ação Ordinária nº 2005.0010.9350-0, deferiu o pedido de tutela antecipada cujo objetivo era compelir o Município a expedir, imediatamente, o alvará de construção, bem como o respectivo "habite-se".

Informa o agravante que o imóvel, objeto da questão, recebera o primeiro alvará de construção em meados de 1994, concedido sob a égide da Lei nº 5.122-A, com várias revalidações até o ano 2003. Que, embora em 1997, tenha havido alteração da lei reitora desses procedimentos, entendia o órgão competente à época, SER II, que as revalidações deveriam ser feitas com base na lei de concessão do alvará originário. Ocorre que a SEMAM passou a tratar da matéria e seu posicionamento é de que a revalidação de alvará deve se dar com base na lei atualmente em vigor e, por isso, comunicou ao interessado que apresentasse novos projetos em conformidade com a nova lei, o que não foi feito pelo recorridAfirma que a liminar concedida é uma interferência indevida do Judiciário no âmbito de atuação da Administração Pública. Aduz que a exigência da SEMAM foi somente a adaptação do projeto de alteração e não do que já tinha sido anteriormente aprovado. Argumenta que a doutrina é unânime em estabelecer que as alterações no projeto devem ser feitas em face da lei vigente, razão por que é incorreta a alegação do agravado de existência de direito adquirido à análise do projeto com base na lei revogada.

Requer, ao final, o deferimento do pedido de efeito suspensivo, em face da existência dos requisitos autorizadores e, no mérito, o provimento do presente recurso com a reforma da decisão combatida.

Recebida a inicial, foram solicitadas as informações e contrarrazões, ambas juntadas, respectivamente, às fls. 147/155 e 159 dos autos.

O parecer do representante ministerial foi pelo improvimento do presente agravo de instrumento.

É o relatório.

VOTO

Pretende o agravante ver reformada a decisão que concedeu tutela antecipada para determinar a expedição imediata de alvará de construção e habite-se, sob o entendimento de que tal pronunciamento fere o princípio da separação dos poderes, já que consiste em uma interferência do Judiciário na seara das funções do Executivo.

A análise, portanto, cinge-se à adequação da concessão da aludida tutela contra atos da Administração Pública, principalmente aqueles advindos do Poder de Polícia.

O instituto da tutela antecipada, implantado no Código de Processo Civil a partir da Lei nº 8.952/94, teve o objetivo primordial distribuir o ônus do tempo entre as partes, já que, nas palavras de Marinoni[1]:

> A antecipação certamente eliminará uma das vantagens adicionais do réu contra o autor que não pode suportar, sem grave prejuízo, a lentidão da Justiça. Já se disse que "a justiça realizada morosamente é sobretudo um grave mal social... Um processo que perdura por longo tempo transforma-se também em um cômodo instrumento de ameaça e pressão."

Sendo assim, o deferimento de tal tutela pode ser realizado, desde que preencha os requisitos legais, previstos no art. 273, do Código de Processo Civil. E mesmo que a parte ré seja o Poder Público, ainda assim é viável a concessão dos efeitos da tutela pretendida, contanto que não ultrapasse as limitações contidas na Lei nº 9.494/97, que trata, especificamente, da aplicação desse instituto contra a Fazenda Pública, trazendo, em resumo, a vedação de tal pretensão quando a mesma importar em liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens.

No caso de que se cuida, o deferimento da tutela não se refere a quaisquer dos pontos acima, pois trata-se de expedição de alvará de construção e habite-se.

Verifico, por outro lado, que o magistrado de origem entendeu pela existência dos requisitos autorizadores, a saber, verossimilhança da alegação e fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, pois vislumbrou tais pressupostos, como se vê da transcrição do *decisum* combatido abaixo:

> Fazendo um **juízo de delibação**, que consiste em **valorar os fatos e o direito, certificando-se da probabilidade de êxito na causa**, vislumbro que a concessão do provimento liminar pleiteado é imperativa e justa, não podendo ser tal provimento retardado ainda mais, sob pena de arcar a Autora

1 MARINONI, Luiz Guilherme. Antecipação de Tutela, 8ª edição – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. pag. 23.

> com elevados prejuízos financeiros e até "pessoais" ("morais"), no sentido de que a sua idoneidade como pessoa jurídica poderá ser questionada. A Demandante já está a suportar, **concretamente, severos e consideráveis danos**.
> Há **probabilidade** de êxito na pretensão que a Postulante ora formula, sendo também **razoáveis as razões e os fundamentos** que apresenta em respaldo desta pretensão. Há **plausibilidade de existência do direito invocado** pela Requerente, ou seja, há probabilidade de que a tese por ela defendida venha a ser sufragada pelo Judiciário.
> A conduta do Requerido denota abusividade e ilegalidade, expondo a Autora a vexames, constrangimentos e dificuldades, a que a Administração Pública se mantem indiferente, daí porque a Demandante recorre ao Judiciário. (grifos no original)

Os tribunais pátrios, por seu turno, manifestam-se no sentido de confirmar a concessão de tal liminar, à vista dos requisitos autorizadores, mesmo contra o Poder Público, desde que não implique em uma das restrições impostas pela Lei nº 9.494/97, como se percebe dos arestos abaixo colacionados:

> ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISÃO QUE INDEFERIU O PROCESSAMENTO DO RECURSO ESPECIAL. PENSÃO POR MORTE. POSSIBILIDADE DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DO ART. 2º.-B DA LEI 9.494/97. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DOS PRESSUPOSTOS AUTORIZADORES DA TUTELA ANTECIPADA. SÚMULA 07/STJ. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DO ART. 1º., § 3º. DA LEI 8.437/92. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 282 E 356/STF. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.
> **1. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que as vedações previstas no art. 2º.-B da Lei 9.494/97 devem ser interpretadas restritivamente. Dessa forma, preenchidos os requisitos autorizadores de sua concessão, é admissível a antecipação dos efeitos da tutela em desfavor da Fazenda Pública, desde que a situação não esteja inserida nas vedações da supramencionada norma. Assim, não se encontrando a hipótese dos autos no rol do art. 2º.-B Lei 9.494/97, possível a antecipação de tutela concedida à parte agravada.**
> 2. Consoante mansa orientação jurisprudencial, é inviável o pronunciamento desta Corte acerca da verificação da ocorrência ou não dos pressupostos para a concessão de tutela antecipatória por estarem intrinsecamente ligados ao conjunto fático-probatório dos autos, incidindo a censura da Súmula 07/STJ.
> 3. O tema inserto no artigo 1º., § 3º. da Lei 8.437/92, efetivamente não foi debatido pelo Tribunal de origem e não foram opostos Embargos de Declaração com o objetivo de sanar eventual omissão. Aplicáveis, assim, as Súmulas 282 e 356/STF.
> 4. Agravo Regimental desprovido. (AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.168.784 - ES (2009/0073335-8); RELATOR:

> MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO; órgão julgador: T5 – Quinta Turma; data de julgamento: 15.06.2010) (sem grifos no original);
>
> ***
>
> **PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TRANSPORTE ESCOLAR GRATUITO. TUTELA ANTECIPADA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE.**
> 1. O art. 2º da Lei n. 8437/92, tido por violado, não foi apreciado pelo Tribunal *a quo*, padecendo do necessário prequestionamento. Incidência da Súmula n. 282 do STF, por analogia.
> **2. A antecipação de tutela em desfavor da Fazenda Pública pode ser concedida, desde que a situação não esteja inserida nas hipóteses do art. 1º da Lei n. 9.494/97, que estabelece que não será concedido o provimento liminar apenas quando importar em reclassificação ou equiparação de servidor público, concessão de aumento de vencimento ou extensão de vantagens, situações que não são a dos autos. Precedentes.**
> 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.281.355 - ES (2010/0037775-8); RELATOR : MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES; órgão julgador: T2 – Segunda Turma, data de julgamento: 19.08.2010) (sem grifos no original).

Ora, efetivamente, a tutela concedida não implicou em burla às vedações da Lei nº 9.494/97, posto se tratar de deferimento para a expedição de alvará de construção e habite-se. Por outro lado, concordo com o juiz a quo quanto à existência dos requisitos autorizadores, conforme disciplina o art. 273, da lei adjetiva. Isso porque não parece razoável que a Administração Pública permita a construção de um imóvel da envergadura de um *shopping center*, como o de que se cuida, a partir de uma lei; ratifique posteriores expedições de alvarás, com base na mesma lei, que não estava mais em vigência, pois possuía o entendimento de que as alterações e revalidações deveriam ser apreciadas segundo a lei vigente quando da concessão do alvará originário e, posteriormente, com a obra já em estado avançado de construção, altere tal entendimento e determine que a construção deva se conformar aos ditames da lei nova.

Diante do exposto, sou pelo conhecimento do presente recurso, por tempestivo e próprio, mas para lhe negar provimento.

É como voto.

Fortaleza, 19 de janeiro de 2011.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 14603-95.2007.8.06.0000/0
AGRAVANTE: ESTADO DO CEARÁ
AGRAVADO: PROHOSPITAL COMÉRCIO E REPRESENTAÇÃO HOLANDA LTDA.
RELATOR: DESEMBARGADOR ADEMAR MENDES BEZERRA

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. MEDIDA LIMINAR EM SEDE DE AÇÃO CAUTELAR. PROPÓSITO DE DETERMINAR A EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO POSITIVA DE TRIBUTOS ESTADUAIS COM EFEITOS DE NEGATIVA INDEPENDENTEMENTE DE PRESTAÇÃO DE GARANTIA. OFENSA AO ART. 804 DO CPC. NECESSIDADE DE CONTRACAUTELA IDÔNEA, APLICANDO-SE, SUBSIDIARIAMENTE, O ART. 151, II, DO CTN EM COMBINAÇÃO COM O ART. 11, I, DA LEI DE EXECUÇÃO FISCAL. AFASTAMENTO DA PRETENSÃO DA AUTORA, ORA EMBARGADA, DE OFERECER CAUÇÃO DIRECIONADA A CRÉDITO EM PRECATÓRIO DE TERCEIROS NO QUAL HOUVE SUBROGAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DA QUALIDADE DO CRÉDITO NESTA VIA RECURSAL. ALEGAÇÃO DE QUE O ATRASO NO AJUIZAMENTO DE EXECUÇÕES FISCAIS AMPARADAS EM CERTIDÕES DA DÍVIDA ATIVA CAUSOU PREJUÍZO À AUTORA. ARGUMENTAÇÃO QUE NÃO POSSUI AMPARO NA SITUAÇÃO FÁTICA, POIS NADA IMPEDIU O MANEJO DA AÇÃO PRÓPRIA PELA PROMOVENTE, COMO O FEZ NA OPORTUNIDADE. MEDIDA LIMINAR NÃO PODE SERVIR DE SALVO-CONDUTO PARA QUE O CONTRIBUINTE EXERÇA A SUA ATIVIDADE-FIM SEM ADIMPLIR OU DISCUTIR JUDICIALMENTE A SUA DÍVIDA FISCAL E, CONTUDO, SEM QUE PRESTE CAUÇÃO IDÔNEA APTA A PROVOCAR A SUSPENSÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO, CONFORME DICÇÃO DO ART. 151, II, DO CTN EM CONSÓRCIO COM O ART. 11, I, DA LEI DE EXECUÇÃO FISCAL. INTERLOCUTÓRIA CASSADA.
AGRAVO CONHECIDO E PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de agravo de instrumento nº **14603-95.2007.8.06.0000/0**, em que figuram as partes acima indicadas, acordam os excelentíssimos senhores Desembargadores integrantes da Segunda Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, em conhecer do agravo e, no mérito, prover-lhe, na conformidade do voto do relator.

Fortaleza, 23 de fevereiro de 2011.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo ajuizado contra decisão proferida pelo MM Juiz da 3ª Vara da Fazenda Pública desta Comarca que, na ação cautelar nº 2007.0014.8516-2, deferiu a medida liminar, determinando que o Chefe do Posto Fiscal de Messejana expeça a certidão positiva com efeito de negativa independentemente da prestação de garantia e das inscrições da Dívida Ativa de numeração 2007.05800-6 e 2007.05816-2, possibilitando, assim, o livre exercício de suas atividades econômicas.

O agravante pretende ver modificado o *decisum,* alegando, em síntese, que a medida liminar concedida foge aos parâmetros legais, devido a garantia apresentada para a concessão da decisão ser precária. Destarte, a fumaça do bom direito foi afastada para o deferimento da medida liminar, sendo um requisito básico para a prática do ato processual.

Requer, ao final, a concessão do efeito suspensivo e, no mérito, o provimento do presente recurso para reformar a decisão agravada.

Informações às fls. 139/140, complementadas pelas de fls. 145/146.

Às fls. 148/150 proferi decisão negando a atribuição de efeito suspensivo à liminar *a quo,* admitindo, todavia, o curso do agravo na forma de instrumento.

O agravado não ofereceu resposta.

Instada a se manifestar, a douta Procuradoria Geral de Justiça ofereceu o opinativo de fls. 157/161.

É o relatório.

VOTO

Recurso cabível e tempestivo.

Em primeiro grau, o Juiz da causa concedeu liminar em sede de ação cautelar determinando ao órgão fazendário estadual que expedisse certidão positiva

com efeito de negativa independentemente da prestação de garantia e das inscrições da Dívida Ativa de numeração 2007.05800-6 e 2007.05816-2, possibilitando, assim, o livre exercício de suas atividades econômicas.

Serviu de fundamento o fato de que o retardo do Estado do Ceará em ajuizar as execuções fiscais atinentes às nomeadas CDA´s impediu o livre exercício do direito de apor defesa contra a consolidação dos lançamentos tributários.

Entendo que o fato de o Estado do Ceará não ter ajuizado, à época, a ação executiva para a satisfação dos créditos tributários contidos nas Certidões da Dívida Ativa não implica em prejuízos ao patrimônio jurídico da agravada, pois a sociedade empresarial autora poderia se valer da ação judicial competente para pretender a desconstituição das cártulas extrajudiciais, tal como o fez na oportunidade.

No que tange à contracautela, o art. 804 do CPC permite a concessão de medida liminar no seio de ação cautelar, determinando, ainda, a prestação de caução real ou fidejussória com a finalidade de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer.

Entretanto, a caução, no presente caso, não pode ser aleatória, pois a recorrida pretendeu oferecer, na inicial da cautelar, crédito de precatório de terceiros aos quais pretensamente (porque aqui não se procura perquirir este fato) se subrogou.

Deve, pois, obedecer à ordem decrescente de preferência contida no art. 11 da Lei nº 6.830/1980, aqui aplicada por analogia, pois é inversamente proporcional o oferecimento de caução em crédito oriundo de precatório de terceiros com a medida jurisdicional postulada: suspensão da inscrição no CADINE e fornecimento de certidão positiva com efeito de negativa em face de inscrições de CDA´s.

Na hipótese, incide a regra contida no art. 151, II, do CTN, segundo a qual a suspensão da exigibilidade do crédito tributário ocorre com o depósito integral, em dinheiro, do montante do débito.

Cito jurisprudência do STJ:

> **PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRETENSÃO DE NOVA ANÁLISE SOBRE O MÉRITO DA MATÉRIA. ACLARATÓRIOS CONHECIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. ART. 151, II E V, DO CTN. COMPENSAÇÃO DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS DE ICMS COM PRECATÓRIOS VENCIDOS, E NÃO PAGOS POR ENTIDADE DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA (IPERGS). ART. 78, § 2º, DO ADCT. CONCEITUAÇÃO DE "ENTIDADE DEVEDORA". CONSTATAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS PARA O DEFERIMENTO DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA (ART. 273 DO CPC C/C ART. 151, V, DO CTN). IMPOSSIBILIDADE, EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. SÚMULA N. 7 DO STJ. PRECEDENTES.**
>
> 1. Os embargos de declaração que exclusivamente objetivam novo exame

do *meritum causae* devem ser recebidos como agravo regimental, em homenagem ao princípio da fungibilidade recursal (Precedentes: EDcl no Ag 1.066.051/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe de 14 de maio de 2009; EDcl nos EREsp 986.857/SP, Relatora Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, DJ de 7 de abril de 2009; EDcl no Ag 943.576/RS, Relator Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, DJ de 6 de abril de 2009; e EDcl nos EREsp 949.764/SP, Relator Ministro Francisco Falcão, Corte Especial, DJ de 2 de abril de 2009).

2. Caso em que a recorrente deseja ver admitido recurso especial interposto com base em alegada ofensa ao artigo 151, II e V, do Código Tributário, porque o Tribunal a quo indeferiu a antecipação de tutela para suspender a exigibilidade do crédito tributário de ICMS mediante a caução de precatórios vencidos, e não pagos pelo Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul - IPERGS.

3. Pleito que, por via oblíqua, pretende a efetiva compensação do débito de ICMS com precatório vencido, e não pago, na sistemática do art. 78, § 2º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT.

4. Como expresso no art. 151, II, do CTN, a suspensão da exigibilidade do crédito tributário ocorre com o depósito integral, em dinheiro, do montante do débito, e não com o oferecimento à caução de precatório.

5. Pretender a suspensão do crédito de ICMS em desconformidade com os dizeres do inciso II do art. 151 do CTN caracteriza, por via oblíqua e na prática, a chancela da compensação pleiteada, porque o contribuinte, ao tempo em que não terá em seu desfavor a incidência da correção monetária nem multa e juros moratórios, oferece caução de crédito que não é certo nem líquido, o que esvazia por completo a *mens legis* do mencionado art. 151.

Pelo fato de o direito tributário ser regido pelo princípio da legalidade estrita e pelo fato de o Poder Judiciário não poder atuar como legislador positivo, não se pode entender plausível que, à míngua de legislação estadual autorizando a compensação de créditos do Estado com débitos de autarquia estadual, possa o julgador determinar a compensação, ou simplesmente antecipar os efeitos de tal ato.

7. Isso, porque, numa interpretação lógico-literal, a compensação perseguida pela recorrente não está a tratar de tributos da entidade devedora. Para tanto, o Ente Federado deverá autorizar, por meio de legislação própria, o encontro dos seus créditos de ICMS com uma obrigação a ser cumprida por entidade de sua administração indireta.

8. Isso posto, no caso em exame, a única hipótese que autorizaria a alegada suspensão da exigibilidade do crédito tributário de ICMS seria a do inciso V do art. 151 ("a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial"), cujos pressupostos de deferimento, contudo, não se podem constatar em sede de recurso especial, diante do óbice constante do entendimento sedimentado na Súmula n. 7 do STJ.

9. Embargos de declaração conhecidos como agravo regimental.

10. Agravo regimental não provido. (EDcl no Ag 1063636/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe 23/09/2009)

Liminares do estilo da agravada não podem servir de salvo-conduto para que o contribuinte exerça a sua atividade-fim sem adimplir ou discutir judicialmente a sua dívida fiscal e, contudo, sem que preste caução idônea apta a provocar a suspensão do crédito tributário, conforme dicção do art. 151, II, do CTN em consórcio com o art. 11, I, da Lei de Execução Fiscal.

Ante o exposto, em dissonância com o d. parecer da Procuradoria Geral de Justiça, conheço do agravo de instrumento para prover-lhe, cassando a interlocutória de primeiro grau.

É como voto.

Fortaleza, 23 de fevereiro de 2011.

PROCESSO Nº 1640-26.2005.8.06.0000/0
AGRAVO DE INSTRUMENTO DA COMARCA DE FORTALEZA
AGRAVANTE: VICENTE EMÍDIO DA SILVEIRA
AGRAVADO: MUNICÍPIO DE FORTALEZA
ÓRGÃO JULGADOR: 3ª CÂMARA CÍVEL
RELATOR: DES. FRANCISCO GLADYSON PONTES

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. EMISSÃO DE NOVA CDA APÓS CONSTATADA A IRREGULARIDADE DO SUJEITO PASSIVO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO. ADMISSIBILIDADE. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. IPTU. INSCRIÇÃO NA DÍVIDA ATIVA. DECADÊNCIA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. DECISÃO AGRAVADA REFORMADA.

1. A questão jurídica é daquelas passíveis de discussão em sede de exceção de pré-executividade, haja vista tratar-se de matéria de ordem pública – decadência e prescrição – que não demandam dilação probatória. Desta forma, não há afronta ao art. 16 da Lei de Execução Fiscal.

2. A CDA goza da presunção de certeza e liquidez, e tem o efeito de prova pré-constituída (art. 204, do CTN). Ademais, mister consignar que a inscrição na Dívida Ativa não é fase do procedimento administrativo do lançamento tributário, constituindo-se, na verdade, em momento posterior ao lançamento e anterior à execução da dívida fiscal, sendo a CDA documento indispensável no processo executivo (art. 6º, § 1º, da Lei 6.830/80).

3.Extrai-se que somente poderiam ter ocorrido duas situações, após a extinção da primeira execução fiscal, em 1997. **Primeira**: não ter havido o novo lançamento do tributo, o que justificaria a mesma data de inscrição nas CDA's de fls. 13 e 22 (05/11/1993), ocorrendo, assim, a extinção do crédito tributário em relação ao agravante, em função da decadência. **Segunda**: ter havido novo lançamento, mesmo contra a alegação do agravante de que não foi notificado. Nesta hipótese a decadência de quase todo o débito tributário

se verificaria e, seria, na verdade, a menos provável, por causa da coincidência das datas de inscrição na Dívida Ativa. Inclusive, o provimento jurisdicional oriundo da 1ª Vara de Execuções Fiscais determinou esta medida que, contudo, não foi atendida.

4. O ente público municipal admitiu o erro quanto ao sujeito passivo no lançamento que gerou a inscrição do crédito tributário na Dívida Ativa do Município, tanto que requereu a extinção da primeira execução fiscal, enquanto a sentença, naqueles autos, determinou o cancelamento da inscrição na Dívida Ativa.

5. É pacífico, na doutrina, que o erro verificado quanto à determinação do sujeito passivo, no lançamento, não se trata de erro material ou formal, mas sim hipótese de alteração do lançamento. Muito embora tenha sido erroneamente lançado o tributo quanto ao sujeito passivo da obrigação tributária, nada impediria que novo lançamento fosse feito, desde que no prazo legal.

6. A sentença extintiva da primeira execução fiscal aviada, prolatada no ano de 1997, não anulou o lançamento anteriormente feito. Na verdade, determina o cancelamento da inscrição na Dívida Ativa, a ensejar novo lançamento, o que não se verificou no presente caso, conforme fartamente debatido linhas acima. Assim sendo, a data do trânsito em julgado da sentença não poderia se constituir como termo inicial do prazo prescricional, como defendido pelo agravado. Realmente, a data do trânsito em julgado da decisão que anula lançamento anteriormente feito é o termo inicial para a contagem do prazo decadencial, e não do prazo prescricional (art. 173, II, do CTN). No vertente caso, o crédito já estava constituído antes do ano de 1993, quando adveio a inscrição na Dívida Ativa (fl. 22), porém erroneamente, pois direcionada a não devedor da dívida.

7. O que se depreende dos autos, enfim, é que a Fazenda Pública simplesmente alterou o nome do sujeito passivo na CDA (fl. 13), não procedendo ao necessário novo lançamento em relação ao agravante, privando-o do direito de impugnação. Finalmente, conclui-se que a constituição do crédito tributário efetivamente não ocorreu em relação ao agravante. E se não se deu a constituição do crédito não se poderia perquirir acerca

da prescrição, que pressupõe a existência do crédito. Sendo assim, o crédito tributário em comento encontra-se extinto, por força do art. 156, V, do CTN.
9. Agravo de instrumento conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a TURMA JULGADORA DA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, por unanimidade de votos, em CONHECER do Agravo de Instrumento para DAR-LHE PROVIMENTO, nos termos do voto do Relator, que faz parte desta decisão.

RELATÓRIO

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto por VICENTE EMÍDIO DA SILVEIRA, contra decisão do juízo da 3ª Vara de Execuções Fiscais e Crimes contra a Ordem Tributária da Comarca de Fortaleza, objetivando a reforma da decisão interlocutória de fls. 36/41, nos autos da Ação de Execução Fiscal movida pelo MUNICÍPIO DE FORTALEZA em desfavor do agravante.

Em suas razões recursais, o agravante insurge-se contra o *decisum* hostilizado por ter o juízo indeferido a sua pretensão de tornar nula a execução fiscal em face da decadência do direito de constituir os créditos tributários cobrados ou, senão, em virtude da ocorrência da prescrição do direito de cobrar referidos créditos.

Alega o recorrente que o fisco municipal persegue a cobrança de créditos tributários, relativos ao Imposto Predial e Territorial Urbano – IPTU, de imóvel de propriedade do agravante, inscritos na Dívida Ativa no dia 05/11/1993 (fl. 22). Aduz que a cobrança do débito tributário foi equivocada, a princípio, porquanto não direcionada ao devedor. Sucedeu, então, que o Município de Fortaleza requereu a homologação da desistência da primeira ação de execução fiscal, sendo esta extinta, sem apreciação do mérito, em 1997 (fl. 24), no juízo da 1ª Vara de Execuções Fiscais e de Crimes contra a Ordem Tributária. Afirma que somente em novembro de 2001, o Município ajuizou nova ação executiva, desta vez contra o agravante, o real proprietário do imóvel. Em sede de exceção de pré-executividade o recorrente alega a ocorrência da prescrição.

A douta magistrada indefere o pedido do agravante, salientando a tese fazendária de que a sentença extintiva da primeira ação de execução fiscal *"... determinou somente o cancelamento da inscrição do débito na dívida ativa, erroneamente efetuada em nome da empresa L. Mota e Cia. Ltda.."* (fl. 34). Ou seja, admitiu, o juízo *a quo,* a regularidade do lançamento em relação ao agravante e, consequentemente, a viabilidade da execução fiscal pelo Município em razão de tê-lo feito antes de decorrido o prazo

prescricional de cinco anos, a contar do trânsito em julgado da precitada sentença.

Informações do juízo recorrido à fl. 53.

Às fls. 57/61 foi conhecido o presente recurso, sendo-lhe negado efeito suspensivo, ao fundamento de que *"... o relançamento do crédito tributário ocorreu em data de 21 de agosto de 2001, através da* ***CDA (Certidão da Dívida Ativa) Nº 052****..."* (fl. 59). Assim sendo, com base no art. 173, inciso II, do Código Tributário Nacional – CTN, o eminente Desembargador Relator Celso Albuquerque Macêdo, não reconheceu a prescrição do crédito tributário.

Inconformado, o agravante interpõe agravo regimental da referida decisão, não sendo conhecido o recurso pelo órgão colegiado, forte no art. 527, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Instado a se manifestar, o agravado oferta as contrarrazões do agravo de instrumento às fls. 100/104, referendando a legitimidade do crédito tributário cobrado.

A ilustre Procuradora de Justiça, às fls. 108/110, evidenciando não haver interesse público na questão destes autos, reserva-se no direito de não emitir parecer de mérito.

É o relatório.

Incluídos em pauta para julgamento.

VOTO

Conheço do agravo de instrumento, pois adequado e tempestivo, bem como por atender os requisitos específicos do recurso.

Inicialmente ressalvo que a presente questão jurídica é daquelas passíveis de discussão em sede de exceção de pré-executividade, haja vista tratar-se de matéria de ordem pública – decadência e prescrição – que não demandam dilação probatória. Desta forma, não há afronta ao art. 16 da Lei de Execução Fiscal.

Analisando detidamente os fólios processuais pude constatar, com a devida vênia, uma clara confusão entre os institutos da decadência e da prescrição, no seio da questão tributária, o que ocasionou a sua aplicação equivocada nas decisões judiciais até então declaradas.

In casu, o agravado busca o pagamento de dívida tributária, oriunda de obrigação surgida pela ocorrência do fato gerador do IPTU. A dívida tributária encontra-se devidamente inscrita na Dívida Ativa do Município, consoante a Certidão de Dívida Ativa – CDA acostada (fl. 13).

É consabido que a CDA goza da presunção de certeza e liquidez, e tem o efeito de prova pré-constituída (art. 204, do CTN). Ademais, mister consignar que a inscrição na Dívida Ativa não é fase do procedimento administrativo do lançamento tributário, constituindo-se, na verdade, em momento posterior ao lançamento e anterior

à execução da dívida fiscal, sendo a CDA documento indispensável no processo executivo (art. 6º, § 1º, da Lei 6.830/80).

O eminente Prof. Hugo de Brito Machado declarou assim, em sua clássica obra *Curso de Direito Tributário*, 28ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 279:

> O crédito é levado à inscrição como dívida depois de definitivamente constituído. A inscrição não é ato de constituição do crédito tributário. Pressupõe, isto sim, que este se encontre regular e definitivamente constituído e, ainda, que se tenha esgotado o prazo fixado para seu pagamento.

Portanto, estreme de dúvida o fato de que existiu o lançamento do tributo em tela, referente aos anos de 1988 a 1992, evidenciado que está na CDA de fl. 22. E, que a inscrição na Dívida Ativa deu-se no dia 05/11/1993, o que propiciou a cobrança fiscal à empresa não devedora da dívida tributária.

Impende salientar que, para a espécie tributária IPTU, o lançamento opera-se diretamente, sem mediação do sujeito passivo, visto que a autoridade administrativa dispõe de todos os elementos necessários à sua concreção. Assim, o encaminhamento do carnê de recolhimento do imposto ao contribuinte é suficiente para se considerar efetuada a notificação.

A seguir, colaciono o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

> TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. IPTU. NOTIFICAÇÃO DO LANÇAMENTO. SÚMULA 83/STJ. 1. A notificação do lançamento do IPTU ao contribuinte configura-se com o envio do carnê de cobrança ao seu endereço, no qual é comunicado o valor devido, por haver presunção de entrega da notificação. Orientação sedimentada por esta Corte. Incidência da Súmula 83/STJ. 2. Recurso especial não conhecido. (REsp 810251/ RS, Ministro Castro Meira, Segunda Turma, Julgado em 25/04/2006)

No entanto, da análise criteriosa dos fatos e dos documentos que instruem este recurso, extrai-se que somente poderiam ter ocorrido duas situações, após a extinção da primeira execução fiscal, em 1997. **Primeira**: não ter havido novo lançamento do tributo, o que justificaria a mesma data de inscrição nas CDA's de fls. 13 e 22 (05/11/1993), ocorrendo, assim, a extinção do crédito tributário em relação ao agravante, em função da decadência. **Segunda**: ter havido novo lançamento, mesmo contra a alegação do agravante de que não foi notificado. Nesta hipótese a decadência de quase todo o débito tributário se verificaria e, seria, na verdade, a menos provável, por causa da coincidência das datas de inscrição na Dívida Ativa. Como acima demonstrado, em caso de novo lançamento, após 1997, a data da inscrição na Dívida Ativa deveria ser posterior. Inclusive, o provimento jurisdicional oriundo da 1ª Vara de Execuções Fiscais

determinou esta medida que, contudo, não foi atendida. Está assim determinado na sentença: *"Oficiem-se à Dívida Ativa do Município, no sentido de que seja cancelada a inscrição do débito..."* (fl. 24).

O ente público municipal admitiu o erro quanto ao sujeito passivo no lançamento que gerou a inscrição do crédito tributário na Dívida Ativa do Município, tanto que requereu a extinção da primeira execução fiscal, enquanto a sentença, naqueles autos, determinou o cancelamento da inscrição na Dívida Ativa.

Entretanto, é pacífico, na doutrina, que o erro verificado quanto à determinação do sujeito passivo, no lançamento, não se trata de erro material ou formal, mas sim hipótese de alteração do lançamento.

Muito embora tenha sido erroneamente lançado o tributo quanto ao sujeito passivo da obrigação tributária, nada impediria que **novo lançamento** fosse feito, desde que no prazo legal.

O Prof. Hugo de Brito Machado, na obra acima citada, p. 199, assevera:

> A obrigação tributária, vale dizer, o poder jurídico de criar o crédito tributário, não é afetada por qualquer circunstância capaz de modificar o crédito tributário, sua extensão, seus efeitos, ou as garantias e privilégios a ele atribuídos, ou excluir sua exigibilidade (CTN, art. 140). (...) Tanto que poderá ser feito um novo lançamento e assim constituído validamente o crédito tributário respectivo.

Eis o que dispõe o art. 173, incisos I e II, do CTN:

> Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:
> I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;
> II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Diferente não é o posicionamento da jurisprudência dominante, como se vê nos arestos a seguir relacionados:

> PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. SUBSTITUIÇÃO OU EMENDA DA CDA. IMPOSSIBILIDADE. 1. A jurisprudência desta Corte é assente no sentido da possibilidade de se emendar ou substituir a CDA por erro material ou formal do título, até a prolação da sentença de embargos, desde que não implique modificação do sujeito passivo da execução, nos termos da Súmula 392 do STJ. Tal substituição também não é possível quando os vícios decorrem do próprio lançamento e/ou da inscrição. 2. Entendimento ratificado pela Primeira Seção, ao julgar o REsp 1.045.472/BA, sob o regime do artigo 543-C do CPC. 3. Na hipótese dos autos, não se poderia simplesmente permitir a substituição da CDA, ao fundamento da existência de mero erro material

no título, pois a aplicação de fundamentação legal equivocada gera a modificação substancial do próprio lançamento tributário. 4. Recurso especial não provido. (REsp 1225978/ RJ, Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, Julgado em 17/02/2011)

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. ISS. EXECUÇÃO FISCAL. SUBSTITUIÇÃO DA CDA PARA MODIFICAÇÃO DO POLO PASSIVO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 392/STJ. 1. Embargos de divergência pelos quais se busca dirimir dissenso pretoriano acerca da possibilidade de alteração do sujeito passivo da execução fiscal, mediante emenda da CDA, para cobrar daquele a quem a lei imputa a condição de corresponsável da exação. 2. Caso em que a Fazenda municipal constituiu o crédito tributário de ISS apenas contra a empresa construtora (PLANEL) e tão somente contra ela ingressou com a execução fiscal. Somente depois de frustradas as tentativas de citação dessa empresa, no curso da execução, permitiu-se, com base em legislação municipal que prevê hipótese de corresponsabilidade, a inclusão da empresa tomadora do serviço (SCANIA) no polo passivo da execução mediante simples emenda da Certidão de Dívida Ativa. 3. Independentemente de a lei contemplar mais de um responsável pelo adimplemento de uma mesma obrigação tributária, cabe ao fisco, no ato de lançamento, identificar contra qual(is) sujeito(s) passivo(s) ele promoverá a cobrança do tributo, nos termos do art. 121 combinado com o art. 142, ambos do CTN, garantindo-se, assim, ao(s) devedor(es) imputado(s) o direito à apresentação de defesa administrativa contra a constituição do crédito. Por essa razão, não é permitido substituir a CDA para alterar o polo passivo da execução contra quem não foi dada oportunidade de impugnar o lançamento, sob pena de violação aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, também assegurados constitucionalmente perante a instância administrativa. 4. A esse respeito: "'Quando haja equívocos no próprio lançamento ou na inscrição em dívida, fazendo-se necessária alteração de fundamento legal ou do sujeito passivo, nova apuração do tributo com aferição de base de cálculo por outros critérios, imputação de pagamento anterior à inscrição etc., será indispensável que o próprio lançamento seja revisado, se ainda viável em face do prazo decadencial, oportunizando-se ao contribuinte o direito à impugnação, e que seja revisada a inscrição, de modo que não se viabilizará a correção do vício apenas na certidão de dívida. A certidão é um espelho da inscrição que, por sua vez, reproduz os termos do lançamento. Não é possível corrigir, na certidão, vícios do lançamento e/ou da inscrição. Nestes casos, será inviável simplesmente substituir-se a CDA.' (Leandro Paulsen, René Bergmann Ávila e Ingrid Schroder Sliwka, in "Direito Processual Tributário: Processo Administrativo Fiscal e Execução Fiscal à luz da Doutrina e da Jurisprudência", Livraria do Advogado, 5ª ed., Porto Alegre, 2009, pág. 205)" (Recurso Especial Representativo de Controvérsia 1.045.472/BA, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, Dje 18/12/2009). 5. Incide, na espécie, a Súmula 392/STJ: "A Fazenda Pública pode substituir a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada a modificação do sujeito passivo da execução". 6. Embargos de divergência

providos. (EREsp 1115649/ SP, Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, Julgado em 27/10/2010)

Consequentemente, forçoso é discordar dos termos lançados na decisão do então relator, de fls. 57/61, quando dispõe que o crédito tributário fora *relançado* no dia 21 de agosto de 2001, e que, portanto, não restaria prescrito (fl. 59). Tal data diz respeito à emissão da CDA e não à data do lançamento do tributo (fl. 13).

Concluo, então, que não houve novo lançamento do tributo em relação ao agravante. Portanto, verificada está a decadência do crédito tributário telado.

Porém, a fim de dissipar quaisquer dúvidas que pairem sobre este caso, passemos à análise do prazo prescricional, admitindo-se, assim, a constituição do crédito tributário, a contar do trânsito em julgado da sentença extintiva da primeira execução fiscal (ano de 1997).

A sentença extintiva da primeira execução fiscal aviada, prolatada no ano de 1997, **não anulou o lançamento anteriormente feito**. Na verdade, determina o **cancelamento da inscrição** na Dívida Ativa, a ensejar novo lançamento, o que não se verificou no presente caso, conforme fartamente debatido linhas acima. Assim sendo, a data do trânsito em julgado da sentença não poderia se constituir como termo inicial do prazo prescricional, como defendido pelo agravado. Realmente, a data do trânsito em julgado da decisão que anula lançamento anteriormente feito é o termo inicial para a contagem do prazo decadencial, e não do prazo prescricional (art. 173, II, do CTN). No vertente caso, o crédito já estava constituído antes do ano de 1993, quando adveio a inscrição na Dívida Ativa (fl. 22), porém **erroneamente**, pois **direcionada a não devedor da dívida**.

O que se depreende dos autos, enfim, é que a Fazenda Pública simplesmente alterou o nome do sujeito passivo na CDA (fl. 13), não procedendo ao necessário novo lançamento em relação ao agravante, privando-o do direito de impugnação.

Finalmente, conclui-se que a constituição do crédito tributário efetivamente não ocorreu em relação ao agravante. E se não se deu a constituição do crédito não se poderia perquirir acerca da prescrição, que pressupõe a existência do crédito. Sendo assim, o crédito tributário em comento encontra-se extinto, por força do art. 156, V, do CTN.

Com arrimo nas razões acima expendidas, e em consonância com a jurisprudência invocada, conheço do presente Agravo de Instrumento, para dar-lhe provimento, reformando a r. decisão agravada, devendo ser extinta a Ação de Execução Fiscal relativa ao Processo nº. 0573994-62.2000.8.06.0001/0 (2000.0117.8994-9/0) em face da ocorrência da decadência do crédito tributário em questão.

É como voto.

Fortaleza, 18 de julho de 2011.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 23861-61.2009.8.06.0000/0
AGRAVANTE: BANCO SANTANDER S/A
AGRAVADO: EGLESON JACINTO PEREIRA
RELATOR: DESEMBARGADOR ADEMAR MENDES BEZERRA

EMENTA: PROCESSO CIVIL. AÇÃO REVISIONAL DE CLÁUSULAS DE CONTRATO DE FINANCIAMENTO BANCÁRIO. DISCUSSÃO JUDICIAL DA DÍVIDA. CONCESSÃO DE TUTELA JURISDICIONAL ANTECIPADA PARA O FIM DE DETERMINAR A EXCLUSÃO DO NOME DO AUTOR DOS CADASTROS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. NECESSIDADE DE QUE SEJA PRESTADA CAUÇÃO IDÔNEA.

- A jurisprudência pátria permite a exclusão do nome do devedor dos cadastros de proteção ao crédito enquanto pendente ação judicial em que se discute a dívida, ou parte dela.
- Entretanto, como se cuida de discussão de parte da dívida contratada, é necessário que o devedor efetue o depósito da parte incontroversa do débito.
- Necessidade de fixação, pelo Juiz da causa, de caução idônea.

Agravo conhecido e provido em parte.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelação cível nº **23861-61.2009.8.06.0000/0**, em que figuram as partes acima indicadas, acordam os Desembargadores integrantes da Turma Julgadora da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, conhecer do recurso em referência e prover-lhe em parte, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 19 de janeiro de 2011.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento proposto pelo Banco Santander S/A

contra Egleson jacinto Pereira objetivando a reforma da interlocutória de fl. 50, proferida pelo Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza e que determinou a exclusão do nome do recorrido dos cadastros de proteção ao crédito enquanto perdurar a discussão da dívida constante de ação revisional de cláusulas contratuais.

Sustenta o agravante que a tutela antecipada não pode ser concedida sem que se proceda aos depósitos judiciais dos valores contratados, objetivando elidir a mora.

Requereu a atribuição de efeito suspensivo à decisão combatida, juntou os documentos de fls. 23 a 61 e comprovou o preparo (fls. 62/63).

Recebidos os autos nesta Corte de Justiça, fui designado Relator. Por meio da decisão de fls. 68 e seguinte deneguei a atribuição de efeito suspensivo, requisitei informações ao Juiz da causa e determinei a intimação da contraparte para o oferecimento de resposta.Informes à fl. 74; o agravado não formulou contraminuta (fl. 75).

É o relato.

VOTO

Recurso tempestivo e cabível.

Insurge-se a agravante contra a interlocutória que determinou a exclusão do nome do recorrido dos cadastros de proteção ao crédito enquanto perdurar a discussão da dívida constante de ação revisional de cláusulas contratuais.

A questão devolvida à apreciação judicial encontra-se pacificada no âmbito judicial, sendo lícita a nomeada exclusão, tal como decidiu o Juiz da causa enquanto pendente ação judicial em que se discute a dívida, ou parte dela.

Neste sentido, a jurisprudência do STJ:

> PROCESSO CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - NEGATIVA DE PROVIMENTO - AGRAVO REGIMENTAL - CONTRATO BANCÁRIO - REVISÃO - NÃO IMPUGNAÇÃO DE FUNDAMENTOS DA R. DECISÃO AGRAVADA - SÚMULA 182/STJ - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - REEXAME DE PROVA - SÚMULA 7/STJ - **EXCLUSÃO DO NOME - CADASTROS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO - PRECEDENTE DA SEGUNDA SEÇÃO.**
>
> 1 -Não houve insurgência do agravante contra os fundamentos da r. decisão agravada referentes à inocorrência de omissão do v. acórdão recorrido, razão pela qual não restaram violados os arts. 515, § 1º e 535, ambos do CPC; bem como quanto à falta de prequestionamento dos arts. 6º da LICC, 333 do CPC e 43 do CDC. Dessa forma, nestes pontos, incide a Súmula n.º 182 do STJ.
>
> 2 - No que tange à alegação de que a matéria abordada no especial não exige o reexame de prova, não assiste razão ao agravante. Com efeito, tendo o tribunal de origem mantido a decisão que concedeu a antecipação dos

> efeitos da tutela, é vedado a esta Corte o revolvimento da presença ou não dos requisitos do art. 273 do CPC, a teor do que dispõe o enunciado n.º 7 do STJ. Ademais, ainda que superado tal óbice, **o entendimento esposado pela colenda 2ª Seção é no sentido de que "descabe a inscrição do nome do devedor em cadastro de proteção ao crédito (SPC - CADIN, SERASA e outros) na hipótese de pendência de ação judicial em que se discute a dívida". Precedentes.**
> 3 - Ressalte-se, por oportuno, que a jurisprudência do STJ exige o preenchimento de determinados pressupostos para que se impeça a inscrição do nome do devedor em cadastro de proteção ao crédito, entretanto, in casu, além do agravante ter alegado genericamente o desatendimento dos requisitos para concessão da tutela antecipada, não juntou aos autos a decisão que deferiu a medida, o que impede, incontestavelmente, a referida análise por esta Corte.
> 4 - Agravo regimental desprovido. (AgRg no Ag 615.894/PR, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUARTA TURMA, DJ 01/07/2005, p. 545)
>
> SERASA. Dívida sub judice. Leasing. Cancelamento da inscrição.
> Cautelar.
> **1) Os autores da ação de revisão do contrato bancário, que sustentam teses amparadas na uniforme orientação deste Tribunal (indevida capitalização de juros, cumulação de comissão de permanência e de correção monetária, multa de 2%), têm o direito ao cancelamento da inscrição na Serasa, mediante caução, enquanto pende em juízo a demanda revisional.**
> 2) O só fato de estar vencida uma de suas alegações (juros limitados a 12% a.a.) não desqualifica a sua pretensão acautelatória.
> Embargos acolhidos. (EREsp 212542/SC, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, SEGUNDA SEÇÃO, DJ 24/06/2002, p. 181)

Todavia, tal exclusão somente permanece hígida se o devedor depositar em juízo parte da dívida que entende incontroversa, como decidido em acórdão paradigma e norteia a jurisprudência pátria em casos como o que ora se apresenta em julgamento:

> CIVIL. SERVIÇOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. REGISTRO NO ROL DE DEVEDORES. HIPÓTESES DE IMPEDIMENTO.
> A recente orientação da Segunda Seção desta Corte acerca dos juros remuneratórios e da comissão de permanência (REsp's ns. 271.214-RS, 407.097-RS, 420.111-RS), e a relativa freqüência com que devedores de quantias elevadas buscam, abusivamente, impedir o registro de seus nomes nos cadastros restritivos de crédito só e só por terem ajuizado ação revisional de seus débitos, sem nada pagar ou depositar, recomendam que esse impedimento deva ser aplicado com cautela, segundo o prudente exame do juiz, atendendo-se às peculiaridades de cada caso.
> Para tanto, deve-se ter, necessária e concomitantemente, a presença desses três elementos: a) que haja ação proposta pelo devedor contestando a existência integral ou parcial do débito; b) que haja efetiva demonstração de que a contestação da cobrança indevida se funda na aparência do bom

> direito e em jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; c) que, sendo a contestação apenas de parte do débito, deposite o valor referente à parte tida por incontroversa, ou preste caução idônea, ao prudente arbítrio do magistrado.
> O Código de Defesa do Consumidor veio amparar o hipossuficiente, em defesa dos seus direitos, não servindo, contudo, de escudo para a perpetuação de dívidas.
> Recurso conhecido pelo dissídio, mas improvido.
> (REsp 527618/RS, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, SEGUNDA SEÇÃO, DJ 24/11/2003, p. 214)

Entendo necessário, ainda, que o agravado preste a necessária caução para fins de acautelar o Juízo, assim como que efetue o depósito judicial da parte incontroversa da dívida.

Isto posto, conheço do agravo de instrumento e dou-lhe parcial provimento apenas para determinar que o Juiz da causa fixe caução idônea a ser apresentada pelo recorrido como condição da permanência da interlocutória de primeiro grau, assim como que o devedor, ora agravado, efetue o depósito judicial da parte incontroversa da dívida.

É como voto.

Fortaleza, 19 de janeiro de 2011.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 3261-82.2010.8.06.0000/0
AGRAVANTE: ESTADO DO CEARÁ
AGRAVADA: EVANI REGINA FEDEL
RELATOR: DESEMBARGADOR ADEMAR MENDES BEZERRA

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA JURISDICIONAL. FORNECIMENTO DE MEDICAÇÃO. DIREITO À SAÚDE. VEROSSIMILHANÇA DA ALEGAÇÃO E FUNDADO RECEIO DE DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STF E DO STJ.

I – A jurisprudência pátria é assente no sentido de permitir a concessão de medidas liminares, cautelares ou antecipatórias da tutela jurisdicional nos casos em que se postulam o fornecimento de medicamentos aptos ao tratamento de saúde, objetivando tutelar dois princípios constitucionais fundamentais: o direito à vida e à saúde.

II – Inteligência dos artigos 5º, *caput*, 6º, *caput,* e 196 da Carta Republicana.

III – O art. 23, II, da CF/1988 erige que se trata de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cuidar da saúde, motivo pelo qual o Estado do Ceará não pode se esquivar da responsabilidade para o fornecimento do medicamento na intensidade prescrita no receituário médico que instruiu a inicial.

Agravo de instrumento conhecido, todavia improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de agravo de instrumento nº **3261-82.2010.8.06.0000/0**, em que figuram as partes acima indicadas, acordam os excelentíssimos senhores Desembargadores integrantes da Segunda Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, em conhecer do agravo mas negar-lhe provimento, na conformidade do voto do relator.

Fortaleza, 16 de fevereiro de 2011.

RELATÓRIO

Cuida-se de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo, ajuizado contra decisão proferida pelo MM Juiz da 8ª Vara da Fazenda Pública desta comarca que na ação ordinária nº 37196-81.2008.8.06.0001 concedeu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela para determinar ao Estado do Ceará o fornecimento dos seguintes medicamentos: Carbonato de Lítio, Ac. Valpórico Venlafaxina e Olanzapina de acordo com a receita médica.

Alega o agravante, inicialmente duas preliminares, a saber: a falta de interesse de agir da recorrida em relação aos três primeiros medicamentos, posto que eles já estão previstos em listagem do SUS, não tendo a paciente comprovado a recusa do Poder Público em fornecer os fármacos; e, por outro lado, que é parte ilegítima para figurar no polo passivo da ação, visto que caberia à União o fornecimento de remédios que não estão previstos nas listagens dos SUS e para os quais não há fonte de financiamento definida.

No mérito, argui a ausência dos requisitos necessários para a concessão da tutela, já que não compete ao Poder Público o fornecimento de avançadas tecnologias ou medicamentos. Afirma, por outro lado, que decisão judicial desse jaez fere os percentuais estabelecidos constitucionalmente para aplicação na área da saúde.

Assevera que a escassez de recursos públicos conduz a uma limitação na prestação de tal serviço, situação que não pode ser vista como inconstitucional, porque é dever do Estado garantir o mínimo existencial do cidadão dentro da reserva do possível.

Requer, ao final, o deferimento do pedido de efeito suspensivo, em face da possibilidade de sérios prejuízos aos cofres públicos e, no mérito, o provimento do presente recurso.

À fl. 60 e seguinte deneguei a atribuição de efeito suspensivo.

Resposta às fls. 65/70; as informações não foram apresentadas (fl. 75).

Parecer da d. PGJ às fls. 79/882 opinando pelo desprovimento do agravo.

É o relatório.

VOTO

Recurso conhecido e cabível.

Inicialmente, resta afirmar que os requisitos necessários ao manejo do agravo, na modalidade instrumental, encontram-se presentes, motivo pelo qual conheço da irresignação.

A concessão da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional depende da observância dos pressupostos constantes do artigo 273 do Código de Processo Civil, quais sejam a existência de prova inequívoca, a verossimilhança da alegação e o fundado

receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

No caso em análise, tais requisitos encontram-se presentes ante o direito inalienável à vida e à saúde, dispostos nos artigos 5º, *caput,* 6º, *caput*, e 196, todos da Constituição Federal em cotejo com a necessidade de administração dos medicamentos em favor do recorrido e postulados na lide principal, cuja demora ou negativa judicial de concessão da tutela antecipada e do julgamento do mérito pode importar em dano irreparável aos direitos fundamentais inicialmente suscitados.

Veja-se que em relação à relevância do pedido as Cortes Constitucional e Infraconstitucional possuem o seguinte entendimento:

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS A PACIENTE HIPOSSUFICIENTE. OBRIGAÇÃO DO ESTADO. SÚMULA N. 636 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.
> 1. Paciente carente de recursos indispensáveis à aquisição dos medicamentos de que necessita. Obrigação do Estado de fornecê-los. Precedentes.
> 2. Incidência da Súmula n. 636 do STF: "não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida".
> 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AI 616551 AgR, Relator Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 23/10/2007, DJe-152 DIVULG 29-11-2007 PUBLIC 30-11-2007 DJ 30-11-2007 PP-00092 EMENT VOL-02301-15 PP-03120)
>
> PACIENTES COM ESQUIZOFRENIA PARANÓIDE E DOENÇA MANÍACO-DEPRESSIVA CRÔNICA, COM EPISÓDIOS DE TENTATIVA DE SUICÍDIO - PESSOAS DESTITUÍDAS DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES - DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, "CAPUT", E 196) - PRECEDENTES (STF) - ABUSO DO DIREITO DE RECORRER - IMPOSIÇÃO DE MULTA - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do

direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA, A PESSOAS CARENTES, DE MEDICAMENTOS ESSENCIAIS À PRESERVAÇÃO DE SUA VIDA E/OU DE SUA SAÚDE: UM DEVER CONSTITUCIONAL QUE O ESTADO NÃO PODE DEIXAR DE CUMPRIR. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, "caput", e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. MULTA E EXERCÍCIO ABUSIVO DO DIREITO DE RECORRER. - O abuso do direito de recorrer - por qualificar-se como prática incompatível com o postulado ético-jurídico da lealdade processual - constitui ato de litigância maliciosa repelido pelo ordenamento positivo, especialmente nos casos em que a parte interpõe recurso com intuito evidentemente protelatório, hipótese em que se legitima a imposição de multa. A multa a que se refere o art. 557, § 2º, do CPC possui função inibitória, pois visa a impedir o exercício abusivo do direito de recorrer e a obstar a indevida utilização do processo como instrumento de retardamento da solução jurisdicional do conflito de interesses. Precedentes. (RE 393175 AgR, Relator Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 12/12/2006, DJ 02-02-2007 PP-00140 EMENT VOL-02262-08 PP-01524)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. ART. 544 DO CPC. RECURSO ESPECIAL. SUS. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NECESSÁRIOS PARA O TRATAMENTO DE ANGIOPLASTIA BILATERAL. ARTIGO 196 DA CF/88. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. DEVER DO ESTADO. LEGITIMIDADE PASSIVA. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. REQUISITOS LEGAIS. PREENCHIMENTO. REEXAME PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 07/STJ.
1. O Sistema Único de Saúde-SUS visa a integralidade da assistência à saúde, seja individual ou coletiva, devendo atender aos que dela necessitem em qualquer grau de complexidade, de modo que, restando comprovado o acometimento do indivíduo ou de um grupo por determinada moléstia, necessitando de medicamento para debelá-la, este deve ser fornecido, de

modo a atender ao princípio maior, que é a garantia à vida digna.
2. Ação objetivando a condenação da entidade pública ao fornecimento gratuito dos medicamentos necessários ao tratamento de Angioplastia Bilateral.
3. O direito à saúde é assegurado a todos e dever do Estado, por isso que legítima a pretensão quando configurada a necessidade do recorrido.
4. O Estado, o Distrito Federal e o Município são partes legítimas para figurar no pólo passivo nas demandas cuja pretensão é o fornecimento de medicamentos imprescindíveis à saúde de pessoa carente, podendo a ação ser proposta em face de quaisquer deles.
Precedentes: REsp 878080 / SC; Segunda Turma; DJ 20.11.2006 p. 296; REsp 772264 / RJ; Segunda Turma; DJ 09.05.2006 p. 207; REsp 656979 / RS, DJ 07.03.2005.
5. Assentado o acórdão recorrido acerca da necessidade dos medicamentos pleiteados na inicial, não cabe ao STJ conhecer do recurso. As questões que levam à nova incursão pelos elementos probatórios da causa são inapreciáveis em sede de recurso especial, consoante previsto na Súmula 7/STJ.
6. O exame do preenchimento dos pressupostos para a concessão da tutela antecipada previstos no artigo 273, deve ser aferido pelo juiz natural, sendo defeso ao STJ o reexame desse pressuposto de admissibilidade, em face do óbice contido na súmula 07/STJ.
7. Precedentes jurisprudenciais: (REsp 505729/RS, Ministro Relator Felix Fischer, 5ª Turma, DJU 23/06/2003; REsp 190686/PR, Ministro Relator Franciulli Netto, 2ª turma, DJU 23/06/2003;MC 2615/PE, Ministro Relator Francisco Falcão, 1ª Turma, DJU 19/08/2002;AGA 396736/MG, Ministro Relator Felix Fischer, 5ª Turma, DJU 25/02/2002; REsp 373775/RS, Ministro Relator Fernando Gonçalves, 6ª Turma, DJU 01/07/2002; REsp 165339/MS, Ministro Relator Jorge Scartezzini, 5ª Turma, DJU 05/03/2001;AGA 199217/SP, Ministro Relator Luiz Vicente Cernicchiaro, 6ª Turma, DJU 17/02/1999).
8. Agravo regimental desprovido. (AgRg no Ag 1044354/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, DJe 03/11/2008)

Não há se falar que falece responsabilidade ao Estado do Ceará para o fornecimento dos medicamentos nas intensidades prescritas no receituário médico que instruiu a inicial, pois se trata de competência comum da União, **dos Estados**, do Distrito Federal e dos Municípios, **cuidar da saúde** e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência, segundo previsto no art. 23, II, da CF/1988.

Presentes a verossimilhança do direito e o receio de dano irreparável à saúde do autor, mitigando-se a irreversibilidade do provimento jurisdicional por se tratar do direito constitucional à vida e à saúde (artigos 5º, *caput,* 6º, *caput*, e 196 da Constituição Federal).

Ex positis, em harmonia com a douta promoção do Ministério Público de segundo grau, conheço do agravo, todavia para desprovê-lo.

É como voto.

Fortaleza, 16 de fevereiro de 2011.

PROCESSO Nº 0003358-48.2011.8.06.0000.
AGRAVO DE INSTRUMENTO.
AGRAVANTES: SEMACE – SUPERINTENDÊNCIA ESTADUAL DO MEIO AMBIENTE.
AGRAVADA: RM COMÉRCIO DE DERIVADOS DE PETRÓLEO.
RELATOR: DESEMBARGADOR FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA.

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. AMBIENTAL. AUTO DE INFRAÇÃO. MULTA. AUSÊNCIA DE EXPLICAÇÕES QUANTO AO VALOR APURADO. DESNECESSIDADE. EXIGÊNCIA PERTINENTE APENAS QUANDO DO JULGAMENTO DA DEFESA ADMINISTRATIVA. IMPOSIÇÃO UNICAMENTE DE ENUMERAR NAQUELE DOCUMENTO OS DISPOSITIVOS LEGAIS EM QUE SE BASEIA A AUTUAÇÃO, DENTRE OUTRAS INFORMAÇÕES (ARTS. 97 E 125 DO DECRETO Nº 6.514/2008). PRESCRIÇÃO. CONTAGEM SOMENTE APÓS O FINAL DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. SÚMULA Nº 467, STJ. RECURSO PROVIDO.

1. Tratando-se de imposição de multa de R$ 20.000,00 (vinte mil reais) mediante auto de infração, é satisfatório conter esse documento os dados da empresa vistoriada, hora e local, a identificação do agente público, a descrição da ilicitude acaso cometida pela ora recorrida, os fundamentos normativos da penalidade e, por fim, o valor da multa, em atenção ao art. 97 do Decreto nº 6.514/2008.

2. A minudência exigida pelo juízo singular quanto aos motivos pelos quais se obteve determinado valor para a penalidade em tela possui pertinência tão somente por ocasião do julgamento da defesa administrativa apresentada pela parte ora recorrida (art. 125 do mencionado Decreto).

3. O magistrado singular poderia suspender a exigibilidade daquela reprimenda porventura entendesse que essa se afigura desarrazoada, equivocada, ilegal ou desproporcional à infração cometida, porém mediante escorreita fundamentação (art. 93, IX, CF/1988), cabendo ao Poder Judiciário, inclusive, reduzir o valor dessa penalidade, sem que isso implique indevida intromissão na seara administrativa. Precedentes.

4. No entanto, não se pode retirar a eficácia daquela exação sob o fundamento de que o agente público devesse efetuar, no próprio auto de infração, exposição de motivos acerca do valor da multa, cuja exigência poderia, quiçá, inviabilizar tais atividades fiscalizatórias.
5. Impertinente o suscitado impedimento de constituição, na via administrativa, do crédito relativo à multa *sub judice*, com perigo do advento da prescrição desta. Consoante confessado na peça recursal, a recorrida apresentou defesa pendente de julgamento, o que enseja, por si só, o não lançamento definitivo daquele montante, diante da possibilidade de sua modificação, a teor do art. 123, *caput,* do Decreto nº 6.514/2008: "A decisão da autoridade julgadora não se vincula às sanções aplicadas pelo agente autuante, ou ao valor da multa, podendo, em decisão motivada, de ofício ou a requerimento do interessado, minorar, manter ou majorar o seu valor, respeitados os limites estabelecidos na legislação ambiental vigente". Além do mais, o recurso previsto contra a decisão que vier a ser prolatada pela autoridade administrativa terá recurso com efeito suspensivo (art. 128, §2º, Decreto nº 6.514/2008).
6. A prescrição quanto à execução da multa por infração ambiental somente começa a correr do término do processo administrativo (Súmula 467, STJ).
7. Agravo de instrumento conhecido e provido para cassar a decisão combatida no que atine à suspensão da cobrança da multa *sub judice*, permitindo à SEMACE, concluído o julgamento da defesa administrativa e de eventual recurso, efetuar o lançamento do valor então apurado e empreender as medidas relativas à satisfação dessa dívida.

ACÓRDÃO

Acordam os integrantes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Ceará, por julgamento de Turma, unanimemente, em conhecer do agravo de instrumento e **dar-lhe provimento**, tudo em conformidade com o voto do Relator.

Fortaleza, 17 de setembro de 2012.

RELATÓRIO

Cuida-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão do Juízo da 8ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza/CE, prolatada nos autos do Processo nº 0137230-59.2011.8.06.0001 (ação ordinária), que concedeu parcialmente antecipação tutelar para suspender, até ulterior deliberação, a cobrança da multa de R$ 20.000,00 (vinte mil reais), cominada por meio do Auto de Infração nº 20100921642-AIF, mantendo, contudo, a penalidade de interdição do estabelecimento, conforme aplicada originalmente pela SEMACE (págs. 68-72).

Sustenta a agravante, em síntese (págs. 01-11), que a empresa agravada obteve sua última licença ambiental em 2000, sendo que, decorrido o prazo de validade daquela (01 ano), *ex vi* art. 9º da Lei estadual nº 12.621/1996, o posto de gasolina passou a operar desde então, durante 10 (dez) anos, sem amparo algum.

Alega que se for multiplicado o custo para renovação anual de licença de operação pelo número de anos em que a agravada passou à margem da legalidade, provavelmente teria gasto mais do que o valor da penalidade em tela.

Ademais, argui que em 2008 e 2009 foram lavrados Autos de Constatação de nº 851/08 e nº 1.573/2009 – COPAM-NUCAM, respectivamente, mediante os quais a recorrida foi chamada para regularizar sua situação perante a SEMACE, tendo mencionada empresa restado inerte, motivo pelo qual foi efetuado o auto de infração *sub judice*.

Destaca que a imposição da pena pecuniária obedeceu aos postulados da justiça e da razoabilidade, cujo montante, aliás, afigura-se proporcional ao ilícito cometido pela recorrida, mormente ao se observar que o art. 66 do Decreto nº 6.514/2008 fixa o valor de R$ 10 milhões como limite máximo daquela multa.

Aduz que, igualmente, teriam sido cumpridos os requisitos da Lei nº 9.605/1998 e Instrução Normativa nº 02/2010 – SEMACE, tocante à gravidade da infração (média), seus motivos, consequências para a saúde pública e o ambiente, bem como a situação financeira da infratora (empresa de pequeno porte, com faturamento anual entre R$ 240 mil e R$ 2,4 milhões), consoante Relatórios Técnicos nº 1.549/2008 e nº 1.674/2009 – COPAM-NUCAM, o que permitiria, inclusive, aplicação de multa de até 40% (quarenta por cento) do limite máximo permitido na espécie, equivalente a R$ 400 mil, mas no caso concreto se chegou tão somente a 5% (cinco por cento) desse valor.

Menciona julgado do e. Tribunal Regional Federal da 5ª Região em abono de sua tese (AC 0011564-03.2007.4.05.8100), no qual se assentou a possibilidade de multa pelo cometimento de infração ambiental baseada em decreto, nos termos do art. 75 da Lei nº 9.605/1997.

Alternativamente, pugna pela autorização de constituição do crédito não-tributário na via administrativa, restando sobrestado tão somente o implemento da fase judicial da cobrança daquela exação, porventura mantida a liminar ora impugnada, evitando-se, com isso, a prescrição quinquenal do direito de constituir citada dívida (arts. 1º e 1º-A da Lei nº 9.783/1999), violando-se o interesse público.

Salienta, outrossim, que o fato de a recorrida ter apresentado defesa perante a ora recorrente, ainda pendente de apreciação, de cujo julgamento caberá recurso, já é suficiente para sobrestar a exigibilidade da multa, conforme art. 92 da IN nº 02/2010 – SEMACE, inexistindo, desta feita, qualquer prejuízo quanto à continuidade dos trâmites da constituição daquele crédito na via administrativa.

Juntou documentos às págs. 12-76.

Posterguei a apreciação da suspensividade pleiteada, à míngua de urgência para a análise do pleito liminar requestado (pág. 80).

Não foram apresentadas contrarrazões (certidão à pág. 89).

Informações às págs. 92-94.

A Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo desprovimento do recurso (págs. 98-102).

É o relatório.

VOTO

Atendidos os pressupostos de admissibilidade, conheço da postulação.

Volta-se o recurso em tela contra a suspensão cautelar de multa ambiental, sob o fundamento de que o agente público sancionador deixou de declinar os motivos para a escolha do valor cominado para mencionada penalidade (R$ 20 mil). Veja-se a fundamentação esposada pelo judicante de primeiro grau:

> Note-se o Art. 6º da Lei Federal n. 9.605/98 determinou, para a imposição e ***gradação*** das penalidades aplicadas em virtude de condutas lesivas ao meio ambiente, a necessária observância a três critérios: a) a gravidade do fato, tendo em vista os motivos da infração e suas consequências para a saúde pública e para o meio ambiente; b) os antecedentes do infrator quanto ao cumprimento da legislação de interesse ambiental; c) a situação econômica do infrator, no caso de multa.
> Tais critérios constituem as balizas para o apenamento do administrado infrator e deles não pode a autoridade prescindir.
> Com efeito, no exercício da atividade sancionatória, a autoridade administrativa vincula-se à verificação, in concreto, das circunstâncias previstas na Lei Federal n. 9.605/98, devendo o agente público demonstrar, de forma expressa e motivada, que levou em consideração os critérios legalmente previstos para a aplicação e *gradação* da penalidade.
> Do contrário, estar-se-ia abrindo espaço para subjetivismos e arbitrariedades, o que não se tolera no Estado Democrático e de Direito.

> Assim, dentro da sistemática do ordenamento jurídico pátrio e tendo em vista o disposto no Art. 6º da Lei Federal n. 9.605/98, entendo ser exigível, como forma de controle da legalidade dos atos punitivos da Administração Pública – tal como ocorre com as decisões judiciais – que o agente decline não só os motivos de fato e de direito que determinaram a imposição da penalidade pecuniária, como também as razões determinantes de seu valor.
> Oportuna, nessa ordem de ideias, a lição de JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO (Manual de Direito Administrativo, 21ª ed., p. 69). Comentando acerca da aplicação das sanções no âmbito administrativo, o publicista afirma:
> "A avaliação conferida ao administrador para aplicar a punição não constitui discricionariedade, como costuma afirmar a doutrina tradicional, e isso porque não há propriamente juízo de conveniência e de oportunidade. **Urge que o administrador forme a sua convicção com base em todos os elementos do processo administrativo; sua conduta, portanto, *está vinculada a tais elementos*. Desse modo, deve reduzir-se a um mínimo qualquer parcela de subjetivismo no que tange ao poder punitivo da Administração, permitindo-se em consequência, que o Judiciário aprecie o ato sancionatório praticamente em sua integralidade**".
> Sem sequer fazer referência aos critérios do Art. 6º da Lei Federal n. 9.605/98, omitindo-se quanto aos elementos concretos e materiais da conduta do infrator, parece-me que o ato de cominação da multa padece de vício insanável de ilegalidade, pelo que deve ter sua execução suspensa, liminarmente, por este Juízo, conforme requerido pelo autor na peça inicial.
> Diante do exposto, **defiro parcialmente a antecipação de tutela**, apenas para suspender, até ulterior decisão deste Juízo, a cobrança da multa de R$ 20.000,00 (vinte mil reais), cominada por meio do Auto de Infração nº 20100921642-AIF (fl. 26), mantendo, contudo, a penalidade de interdição do estabelecimento, conforme aplicada originalmente pela SEMACE.

Nada obstante as ponderações acima transcritas, entendo que a minudência exigida pelo juízo singular tem pertinência tão somente em relação às decisões punitivas proferidas em regular processo administrativo-disciplinar, conforme alude, inclusive, a doutrina de que se valeu aquele julgador para conceder a liminar ora combatida.

Tratando-se de imposição de multa mediante auto de infração, creio ser satisfatório o documento de pág. 34, no qual foram discriminados os dados da empresa vistoriada, hora e local, identificação do agente público, a descrição da ilicitude porventura cometida pela ora recorrida, os fundamentos normativos da penalidade (arts. 70 e 72, II, da Lei nº 9.605/1998; arts. 3º, II, e 66 do Decreto nº 6.514/2008) e, por fim, o valor da multa.

Não seria necessário empreender verdadeiro arrazoado para que o agente administrativo explique o valor daquela multa, tarefa exigível da Administração, porém

por ocasião de julgamento da defesa administrativa a que aludem os documentos de págs. 37-39, e por parte do Poder Judiciário no caso de vir a apreciar eventuais questionamentos dessa reprimenda.

Vale mencionar, a esse tocante, o art. 125 do mencionado Decreto, que preceitua o julgamento dos autos de infração:

> **Art. 125.** A decisão deverá ser motivada, com a indicação dos fatos e fundamentos jurídicos em que se baseia.
> Parágrafo único. A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações ou decisões, que, neste caso, serão parte integrante do ato decisório.

Ademais, mencionado auto de infração, em sendo ato administrativo, possui presunção de legitimidade e tem seus requisitos legalmente previstos, vinculando a atividade do agente público autuador, consoante prescrevem os arts. 5º, §4º, e 97 do Decreto nº 6.514/2008, *verbis:*

> **Art. 5º** *Omissis* […] §4º Caso o autuado, por negligência ou dolo, deixe de sanar as irregularidades, o agente autuante certificará o ocorrido e aplicará a sanção de multa relativa à infração praticada, independentemente da advertência.
>
> **Art. 97.** O auto de infração deverá ser lavrado em impresso próprio, com a identificação do autuado, a descrição clara e objetiva das infrações administrativas constatadas e a indicação dos respectivos dispositivos legais e regulamentares infringidos, não devendo conter emendas ou rasuras que comprometam sua validade.

Na espécie, mesmo após a feitura de dois Autos de Constatação, consoante págs. 33, 50-54, a recorrida manteve-se inerte, vindo a sofrer a imposição da multa em tela.

O magistrado singular poderia suspender a exigibilidade daquela reprimenda acaso entendesse que esta se afigura desarrazoada, equivocada, ilegal ou desproporcional à infração cometida, porém mediante escorreita fundamentação pertinente (art. 93, IX, CF/1988), cabendo ao Poder Judiciário, inclusive, reduzir o valor dessa penalidade, sem que isso implique indevida intromissão na seara administrativa.

Nesse sentido:

> […] II. Milita no caso, em favor do IBAMA, a presunção de veracidade e legitimidade dos atos administrativos. Não que a autoridade pública possa lançar multas e restrições contra quem quer que seja, sem precisar fazer prova da efetiva ocorrência do ilícito. Mas, para desconstituir os fundamentos da autuação, é necessário que o interessado apresente um

> mínimo de verossimilhança e coerência em suas alegações, o que não ocorreu no caso dos autos.
> III. O art. 70 da Lei n.º 9.605/98, dispõe que se considera infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente e que as infrações ambientais serão apuradas em processo administrativo próprio.
> IV. A fixação da multa através do Decreto n.º 6.514/08 é expressamente permitida (art. 75 da Lei n.º 9.605/97). Foi o citado decreto, vigente à época da autuação, que regulamentou a multa prevista na lei de crimes ambientais.
> V. "Para imposição e gradação da penalidade, a autoridade competente observará: a gravidade do fato, tendo em vista os motivos da infração e suas consequências para a saúde pública e para o meio ambiente; os antecedentes do infrator quanto ao cumprimento da legislação de interesse ambiental; a situação econômica do infrator, no caso de multa." (artigo 6º da Lei n.º 9.605/98).
> VI. A redução da multa imposta em patamar excessivo não configura invasão do mérito administrativo, devendo ser observado a proporcionalidade da pena aplicada com o ato ilegal praticado.
> VII. Não se pode negar que os atos administrativos devem atender à sua finalidade, que importa no poder-dever de o Poder Judiciário estar sempre atento aos excessos eventualmente cometidos pela Administração, o que não implica, necessariamente, em invasão de sua esfera de competência.
> […] (TRF 5ª Região, **AC536050/RN**, Rel. Desembargadora Federal MARGARIDA CANTARELLI, Quarta Turma, julgado em 17/04/2012, DJe 19/04/2012, pág. 684, grifei)
>
> […] VII. "Para imposição e gradação da penalidade, a autoridade competente observará: a gravidade do fato, tendo em vista os motivos da infração e suas consequências para a saúde pública e para o meio ambiente; os antecedentes do infrator quanto ao cumprimento da legislação de interesse ambiental; a situação econômica do infrator, no caso de multa." (artigo 6º da Lei n.º 9.605/98).
> VIII. A redução da multa imposta em patamar excessivo não configura invasão do mérito administrativo, devendo ser observado a proporcionalidade da pena aplicada com o ato ilegal praticado.
> IX. Não se pode negar que os atos administrativos devem atender à sua finalidade, que importa no poder-dever de o Poder Judiciário estar sempre atento aos excessos eventualmente cometidos pela Administração, o que não implica, necessariamente, em invasão de sua esfera de competência.
> X. Remessa oficial e apelações improvidas. (TRF 5ª Região, **APELREEX18654/CE**, Rel. Desembargadora Federal MARGARIDA CANTARELLI, Quarta Turma, julgado em 23/08/2011, DJe 25/08/2011, pág. 571, grifei)

No entanto, não lhe cabe retirar a eficácia daquela exação sob o fundamento de que o agente público devesse efetuar, no próprio auto de infração, exposição de motivos acerca do valor da multa, cuja exigência poderia, quiçá, inviabilizar tais atividades fiscalizatórias, ainda mais neste caso, em que o art. 66 do Decreto nº

6.514/2008 possibilita a imposição de valor a partir de R$ 500,00 (quinhentos reais) até R$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais)[1].

Por outro lado, considero impertinente o suscitado impedimento de constituição, na via administrativa, do crédito relativo à multa *sub judice*, com perigo do advento da prescrição desta.

Em primeiro lugar, consoante confessado na peça recursal, a recorrida apresentou defesa, o que enseja, por si só, a impossibilidade de lançamento definitivo daquele montante, haja vista que, por ocasião do julgamento daquela peça, tal valor poderá ser modificado, nos termos do art. 123, *caput,* do Decreto nº 6.514/2008: "A decisão da autoridade julgadora não se vincula às sanções aplicadas pelo agente autuante, ou ao valor da multa, podendo, em decisão motivada, de ofício ou a requerimento do interessado, minorar, manter ou majorar o seu valor, respeitados os limites estabelecidos na legislação ambiental vigente".

Além disso, contra a decisão que vier a ser prolatada pela autoridade administrativa caberá recurso com efeito suspensivo (art. 128, §2º, Decreto nº 6.514/2008).

A propósito, veja-se o teor da Súmula nº 467 do STJ: "Prescreve em cinco anos, contados do término do processo administrativo, a pretensão da Administração Pública de promover a execução da multa por infração ambiental".

Colaciono o seguinte aresto do STJ:

> AMBIENTAL. RECURSO ESPECIAL. MULTA ADMINISTRATIVA. COBRANÇA. PRESCRIÇÃO. TERMO *A QUO*. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO. […] 4. Pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o termo inicial da prescrição coincide com o momento da ocorrência da lesão ao direito, diante da consagração do princípio universal da *actio nata.* 5. Em se tratando de multa administrativa, a prescrição da ação de cobrança somente tem início com o vencimento do crédito sem pagamento, quando se torna inadimplente o administrado infrator. 6. Antes disto, e enquanto não se encerrar o processo administrativo de imposição da penalidade, não corre prazo prescricional, porque o crédito ainda não está definitivamente constituído e simplesmente não pode ser cobrado (REsp 1.112.577/SP, Rel. Castro Meira, Primeira Seção, j. 9.12.2009, submetido à sistemática dos recursos repetitivos). 7. Recurso especial não provido. (STJ, **REsp 1.260.915/RS**, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/11/2011, DJe 01/12/2011)

Sob tais fundamentos, **dou provimento** ao agravo para cassar a decisão recorrida no que atine à suspensão da cobrança da multa *sub judice*, permitindo à SEMACE, concluído o julgamento da defesa administrativa e de eventual recurso, efetuar o lançamento do valor então apurado e empreender as medidas relativas à

satisfação dessa dívida.

É como voto.

[1] Decreto nº 6.514/2008, Art. 66. Construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar estabelecimentos, atividades, obras ou serviços utilizadores de recursos ambientais, considerados efetiva ou potencialmente poluidores, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, em desacordo com a licença obtida ou contrariando as normas legais e regulamentos pertinentes: (Redação dada pelo Decreto nº 6.686, de 2008).

PROCESSO Nº 0006538-72.2011.8.06.0000.
AGRAVO DE INSTRUMENTO.
AGRAVANTE: JOSÉ ARAÚJO FILHO.
AGRAVADO: JOSÉ ADILTON SILVEIRA FILHO.
RELATOR: DESEMBARGADOR FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA.

EMENTA: DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ARREMATAÇÃO DE IMÓVEL EM LEILÃO. AÇÃO DE IMISSÃO DE POSSE CONTRA ANTERIOR OCUPANTE EM FACE DE "CONTRATO DE GAVETA". AÇÃO REAL. NECESSIDADE DE CITAÇÃO DA ESPOSA DESTE. LITISCONSORTE PASSIVO NECESSÁRIO. RECURSO PROVIDO.

1. É plenamente passível de questionamento se a definitiva constituição do direito de propriedade em favor do ora recorrido depende da ação perante a Justiça Federal, a qual, porventura procedente, desconstituirá a mora do devedor e, consequentemente, poderá fazer ruir o fato originador da venda extrajudicial do aludido bem, a cujo risco se submeteu o ora agravado ao optar por adquirir em leilão o imóvel em tela, inclusive desfrutando de eventuais vantagens em face da situação litigiosa daqueles bens.

2. Em se tratando de ação de natureza real, haja vista a causa de pedir (propriedade imobiliária), necessário o chamamento da esposa do ora recorrente à lide, na qualidade de litisconsorte passivo necessário (art. 10, §1º, I, CPC), o que foi completamente olvidado na espécie. Nesse sentido: REsp 23950/SP.

3. A antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional requer não só a demonstração da plausibilidade do direito vindicado, mas da necessidade de um provimento urgente, sob pena de perecimento do próprio direito ou do risco de ineficácia de decisão a ser ulteriormente proferida, nos termos do art. 273, I, do Código de Processo Civil.

4. Afigura-se írrita a decisão que não expõe fundamentação acerca da urgência de se obter, em juízo de cognição inicial, a imissão de posse de imóvel *sub judice,* a teor do dispositivo legal acima transcrito e, principalmente, do art. 93, IX, da

CF/1988.
5. Há de se reconhecer, ainda, existente o perigo de demora inverso decorrente de decisório combatido, haja vista este repercutir diretamente na residência da entidade familiar do recorrente, cuja proteção especial encontra-se a cargo do Estado (CF/1988, art. 226).
6. Agravo de instrumento conhecido e provido para cassar a decisão impugnada.

ACÓRDÃO

Acordam os integrantes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por uma de suas Turmas, unanimemente, em conhecer do agravo de instrumento e **dar-lhe provimento**, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 02 de abril de 2012.

RELATÓRIO

Cuida-se de agravo de instrumento interposto em face de decisório proferido pelo Juízo da 5ª Vara Cível desta Comarca nos autos do Processo nº 486488-62.2011.8.06.0001/0 (ação de imissão de posse), o qual ordenou a desocupação do imóvel litigioso em 10 (dez) dias, sob pena de evacuação compulsória, usando-se de força policial se necessário (págs. 19-21).

Aduziu o insurgente, em suma (págs. 01-11), que adquiriu a propriedade do imóvel em alusão, situado na Rua João Melo, 70, ap. 202, Bloco B, Residencial Machado de Assis, nesta Capital, mediante "contrato de gaveta" firmado com a Sra. Maria Elizabete Domingos e o esposo desta, o Sr. Francisco de Assis Domingos, os quais, por sua vez, haviam comprado mencionado bem do mutuário original, o Sr. Gilson Lima Cavadas.

Relatou o agravante que desde então continuou efetuando os pagamentos das prestações contratuais junto ao agente financeiro (Caixa Econômica Federal); porém, em virtude de sérios problemas restou inadimplente, tendo se dirigido à CEF diversas vezes para buscar, sem êxito, solução para o caso.

Suscitou o recorrente que a execução extrajudicial em apreço, que transferiu a propriedade do imóvel litigioso ao agravado, além de configurar hipótese de autotutela, portanto contrária ao princípio do monopólio da jurisdição, padeceu de vícios formais insanáveis, porquanto o ora insurgente, ao arrepio das disposições constitucionais e

legais aplicáveis à espécie, não foi intimado pessoalmente para purgar a mora nem tomou ciência da data do leilão no qual a propriedade foi arrematada pelo ora recorrido.

Alegou que, hoje, pode voltar a pagar as parcelas do aludido contrato, à exceção daquelas em atraso, as quais, no entanto, poderiam ser incorporadas ao final do pacto, afigurando-se injusto perder sua residência após ter quitado vultosa quantia em dinheiro.

Arguiu que ajuizou duas ações em face da CEF perante a Justiça Federal, mas, em total menoscabo ao Poder Judiciário, referido banco vendeu o imóvel objeto daquelas lides, arbitrária e ilegalmente, sem sequer instar o ora recorrente a comparecer ao mencionado leilão.

Sustentou, outrossim, haver nulidade no feito em primeira instância ante a ausência de litisconsorte passivo necessário, pertinente à esposa do ora agravante, por se tratar de direito imobiliário.

Requestou efeito suspensivo ao recurso, com o fim de obstar a desocupação do imóvel em tela, sob pena de incalculáveis prejuízos a si e à sua família, os quais residem no imóvel *sub judice* há mais de 18 (dezoito) anos, inexistindo, ao revés, qualquer *periculum in mora* inverso.

Mediante decisório de págs. 38-44, deferi a suspensividade pleiteada para determinar *incontinenti* o sobrestamento da desocupação ordenada pelo Juízo da 5ª Vara Cível desta Comarca nos autos do Processo nº 486488-62.2011.8.06.0001/0 (ação de imissão de posse), até ulterior deliberação.

Informações à pág. 50.

O recorrido deixou transcorrer *in albis* o prazo de impugnação (certidão à pág. 51).

A Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo provimento do agravo (págs. 55-60).

É o relatório.

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso.

A documentação acostada à presente irresignação (págs. 23-34) deixa estreme de dúvidas que o agravante efetivamente efetuou "contrato de gaveta" em relação ao imóvel em tela com anteriores compradores que o adquiriram do mutuário original perante a Caixa Econômica Federal, tendo ajuizado ação com trâmite na 1ª Vara Federal deste Estado (Processo nº 0005976-73.4.05.8100), a fim de revisar o pacto original, consignar as parcelas devidas e se manter na posse do bem em comento até final resolução da lide, feito esse que se encontra em fase de intimação da CEF para se manifestar acerca da antecipação tutelar pleiteada, pois os depósitos já haviam sido

autorizados por aquele juízo desde 09/05/2011[1], portanto antes do ajuizamento da demanda na qual se deferiu a liminar ora sob crivo.

Plausível questionar se a definitiva constituição do direito de propriedade em favor do ora recorrido depende da ação perante a Justiça Federal, a qual, porventura procedente, desconstituirá a mora do devedor e, consequentemente, poderá fazer ruir o fato originador da venda extrajudicial do aludido bem, a cujo risco se submeteu o ora recorrido ao optar por adquirir em leilão o imóvel em tela, inclusive desfrutando de eventuais vantagens em face da situação litigiosa daquela edificação.

Ademais, em se tratando de ação de natureza real, haja vista a causa de pedir (propriedade imobiliária), necessário o chamamento da esposa do ora recorrente à lide, na qualidade de litisconsorte passivo necessário (art. 10, §1º, I, CPC[2]), o que foi completamente olvidado na espécie.

Nesse sentido:

> AÇÃO EM QUE O ARREMATANTE DO IMÓVEL PRETENDE IMITIR-SE NA POSSE. NATUREZA REAL IMOBILIÁRIA. CITAÇÃO DE AMBOS OS CÔNJUGES. Irrelevância da circunstância de estarem separados de fato, apenas um deles ocupando o imóvel. A necessidade da citação de ambos decorre da natureza da ação e não de a ofensa ao direito ser imputável aos dois. (STJ, 3ª Turma, **REsp 23950/SP**, Relator Ministro EDUARDO RIBEIRO, DJU 05/10/1992, p. 17099, RSTJ vol. 39 p. 585)
>
> IMISSÃO DE POSSE - Ação ajuizada por adjudicante de imóvel no âmbito de execução trabalhista - Inexistência de citação do espólio ou dos herdeiros da então co-proprietária do imóvel, falecida - Hipótese de litisconsórcio passivo necessário - Inteligência do artigos 10, §1°, inciso I, cumulado com artigo 47, ambos do Código de Processo Civil - Sentença anulada - Recurso do réu provido, prejudicado o apelo interposto pelo herdeiro. (TJSP, **Apelação Cível nº 0109099-03.2003.8.26.0000**, Rel. Desembargador SEBASTIÃO CARLOS GARCIA, 6ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO, Data do julgamento: 10/12/2009, Data de registro: 18/01/2010)

Outrossim, a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional requer não só a demonstração da plausibilidade do direito vindicado, mas da necessidade de um provimento urgente, sob pena de perecimento do próprio direito ou do risco de ineficácia de decisão a ser ulteriormente proferida, nos termos do art. 273, I, do Código de Processo Civil:

> **Art. 273.** O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:
> I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou
> II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

Porém, verifico que a decisão sob crivo (págs. 19-21) não se reveste de fundamentação acerca da urgência de se obter, em juízo de cognição inicial, a imissão de posse do ora recorrido no imóvel *sub judice*, o que seria de suma importância para o deferimento da antecipação tutelar pretendida, a teor do dispositivo legal acima transcrito e, principalmente, do art. 93, IX, da CF/1988[3].

Cito:

> […] 1. A concessão de liminar impõe ao julgador fundamentar de modo percuciente a constatação dos requisitos pertinentes ao *fumus boni juris* e ao *periculum in mora.* […] (TJCE. 1ª C. Cível. **Agravo de Instrumento nº 3455-82.2010.8.06.0000/0**. Relator Desembargador FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA. DJCE 23.04.2010)

> […] 4. E o mesmo ocorreu em relação ao *periculum in mora,* pois a r. decisão guerreada limita-se a declarar que a demora poderá acarretar prejuízo irreparável ou de difícil reparação ao patrimônio do autor, sem sequer especificar em que consistiria tal prejuízo. […] (TJCE. 1ª C. Cível. **Agravo Regimental nº 14103-58.2009.8.06.0000/1**. Relator Desembargador RAUL ARAÚJO FILHO. DJCE 12.02.2010).

Em remate, há de se reconhecer existente o perigo de demora decorrente da não suspensão dos efeitos do decisório combatido, haja vista repercutir diretamente na residência da entidade familiar, cuja proteção especial encontra-se a cargo do Estado (CF/1988, art. 226[4]), além do que não vislumbro hipótese de *periculum in mora* inverso, ou seja, porventura entenda este julgador que assiste razão ao ora recorrido, poderá rever o entendimento acima esposado sem que se impinja a este prejuízo de qualquer espécie.

Sob tais fundamentos, dou provimento ao recurso para cassar a decisão recorrida, confirmando *in totum* a liminar de págs. 38-44 destes autos digitais.

É como voto.

---

[1] Consulta efetuada no seguinte endereço eletrônico: http://www.jfce.jus.br/consultaProcessual/resconsproc.asp

[2] CPC, Art. 10. *Omissis.* §1º Ambos os cônjuges serão necessariamente citados para as ações: I – que versem sobre direitos reais imobiliários; […]

[3] CF/1988, Art. 93. *Omissis*. […] IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; […]

[4] CF/1988, Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

PROCESSO N° 0078179-86.2012.8.06.0000.
AGRAVO DE INSTRUMENTO.
AGRAVANTE: JOÃO VIANA DE ARAÚJO.
AGRAVADA: CÂMARA MUNICIPAL DE CEDRO.
RELATOR: DES. EMANUEL LEITE ALBUQUERQUE.
RELATOR DESIGNADO PARA LAVRAR O ACÓRDÃO: DES. FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA.

EMENTA: CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. AÇÃO ANULATÓRIA DE DELIBERAÇÃO LEGISLATIVA QUE REJEITOU PRESTAÇÃO DE CONTAS DO PREFEITO MUNICIPAL. ADULTERAÇÃO DA ATA DA SESSÃO ORDINÁRIA. INFRINGÊNCIA ÀS NORMAS REGIMENTAIS. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. VIOLAÇÃO À AMPLA DEFESA. INOCORRÊNCIA. AUSENTES OS PRESSUPOSTOS AUTORIZADORES DA CONCESSÃO DO PROVIMENTO ANTECIPATÓRIO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. Sustentados pelo recorrente a falsificação da ata da 44ª sessão ordinária da Câmara Municipal de Cedro e o desrespeito às normas do regimento interno do Legislativo Municipal, haja vista que suas contas foram julgadas antes de terem sido votados os pareceres das comissões permanentes da Câmara de Vereadores. Tais assertivas, todavia, demandam dilação probatória para a sua demonstração, notadamente as provas testemunhal e pericial, pelo que inviável o deferimento de antecipação de tutela diante da ausência de prova inequívoca.

2. Necessário o suprimento de lacuna normativa, porquanto nem o Regimento Interno da Câmara Municipal de Cedro, nem a Lei Orgânica do mesmo Município dispõem acerca do oferecimento de defesa pelo Chefe do Executivo Municipal quando da apreciação e julgamento das contas anuais desse gestor.

3. O Regimento Interno da Câmara Municipal estabelece as normas procedimentais para o caso de cassação de mandato de Vereador, penalidade tão severa quanto a inelegibilidade

do Prefeito acarretada pela rejeição de suas contas pela Câmara Municipal, prevista no art. 1º, I, alínea "g", da Lei Complementar n° 64/90. Dessarte, por analogia *legis*, pode-se adotar como prazo para a apresentação da defesa do Chefe do Executivo Municipal no procedimento instituído para o julgamento de suas contas perante a Câmara de Vereadores o mesmo interregno destinado ao membro do Legislativo Municipal para se manifestar em caso de processo de cassação de seu mandato, qual seja, dez (10) dias.
4. Ao exame dos autos, verifica-se que o insurgente foi notificado para apresentar tanto a sua defesa escrita no lapso de dez dias – o que fez por meio de petição subscrita por duas advogadas (defesa técnica) – bem como a sua defesa oral em sessão da Câmara Municipal, como também foi cientificado do dia em que os Vereadores iriam deliberar a respeito da sua prestação de contas, razão pela qual outra conclusão não se alcança senão a de que a ampla defesa, em seu aspecto substancial, foi plenamente atendida. Portanto, não restou configurada a violação ao direito de defesa, estando ausentes os requisitos necessários ao deferimento da tutela antecipada.
5. Agravo de instrumento conhecido e desprovido, mantendo-se inalterada a decisão de primeira instância.

ACÓRDÃO:

Acordam os integrantes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por uma de suas Turmas, por maioria, em conhecer do agravo de instrumento e desprovê-lo, em conformidade com o voto do Relator designado, vencido o Relator originário, o e. Desembargador Emanuel Leite Albuquerque.

Fortaleza, 25 de fevereiro de 2013.

RELATÓRIO

Cuida-se de agravo de instrumento interposto por João Viana de Araújo em face de decisão do Juízo de Direito da Comarca de Cedro, prolatada nos autos do processo n° 5706-98.2012.8.06.0066 (ação anulatória), que denegou a antecipação de tutela requerida na exordial empós a oitiva da parte ora agravada e do Município de

Cedro (págs. 492-500).

Sustenta, em síntese, em suas razões recursais (págs. 01-16):

(a) a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário em decisões proferidas em sede de procedimento administrativo de contas;

(b) a afronta aos princípios da ampla defesa e do contraditório, porquanto a Câmara Municipal de Cedro desrespeitou o seu próprio regimento interno e a Lei Orgânica do Município, cujos arts. 7°, parágrafo único, e 66, § 2°, respectivamente, preveem prazo de manifestação de quinze dias, havendo, no entanto, a recorrida estabelecido o interregno de dez dias para a apresentação de defesa do agravante;

(c) a adulteração da ata da 44ª sessão ordinária da Câmara Municipal de Cedro, uma vez que fora consignada a rejeição dos pareceres das Comissões de Justiça e Redação e Finanças e Orçamento atinentes à prestação de contas do insurgente relativamente ao exercício de 2009, quando os vereadores não deliberaram acerca de tais pareceres, haja vista que o processo estava com vistas ao edil Antônio Hélio Diniz Bezerra;

(d) a infringência às normas regimentais, porquanto a prestação de contas do agravante foi julgada sem que antes tivessem sido postos em votação os pareceres das comissões permanentes da Câmara Municipal, revelando-se, portanto, nulos tanto a 44ª sessão ordinária do Legislativo Municipal como o decreto legislativo da desaprovação de suas contas.

A suspensividade recursal foi concedida pelo *decisum* de págs. 509-519.

A parte adversa não contra-arrazou, conquanto tenha sido intimada para tanto, conforme certidão exarada pelo Departamento Judiciário Cível desta Corte de Justiça à pág. 523.

Informações do juízo *a quo* à pág. 526.

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça pelo desprovimento do recurso às págs. 529-534.

Relatório às págs. 539-543.

Iniciado o julgamento da irresignação, o e. Relator votou pelo seu conhecimento e provimento, asserindo, em suma (págs. 544-549), a presença dos requisitos autorizadores para a antecipação de tutela pleiteada pelo insurgente, pois não lhe fora garantido o prazo de quinze dias para a apresentação de sua defesa, em violação aos preceitos contidos no art. 7º do Regimento Interno da Câmara de Vereadores do Município de Cedro, no art. 66, XII, § 2º, da Lei Orgânica Municipal, e no art. 5º, LV, da Constituição da República, tendo sido concedidos apenas dez dias para a sua manifestação. Apontou, também, a proximidade das eleições municipais à época do ajuizamento da ação anulatória, pelo que a manutenção da inelegibilidade do recorrente, como consequência direta do processo administrativo que intenta anular, submetia-o a inegável dano irreparável ou de difícil reparação, potencialmente decorrente da demora

natural do feito.

Para melhor esclarecimento da matéria, pedi vista dos autos.

Eis um breve relato do caso. Passo a proferir o meu voto.

VOTO

O presente agravo de instrumento cinge-se à averiguação da presença dos pressupostos previstos no art. 273 do Código de Processo Civil para a concessão da tutela antecipada.

Inicialmente, cumpre deixar assentado que o Poder Judiciário pode examinar a constitucionalidade e legalidade do procedimento que culminou na rejeição das contas de Prefeito pela Câmara de Vereadores, não podendo, contudo, adentrar o mérito do ato.

A propósito, tem-se abandonado a tradicional dicotomia entre ato vinculado e ato discricionário, para falar em ato administrativo de maior ou menor grau de vinculação à juridicidade, a permitir uma mais ampla sindicabilidade dos atos do administrador público pelo Poder Judiciário, não como um controle dos juízos de conveniência e oportunidade, mas tendo em vista as motivações obrigatórias, ou seja, a fiscalização quanto aos aspectos que dizem respeito à compatibilização dos atos administrativos com os princípios insculpidos na Constituição.

As alegações formuladas pelo recorrente, consistentes na falsificação da ata da 44ª sessão ordinária da Câmara Municipal de Cedro e no desrespeito às normas de seu regimento interno, com o julgamento das contas do Prefeito antes de terem sido votados os pareceres das comissões permanentes do Legislativo Municipal, demandam para a sua demonstração a produção de provas, notadamente a testemunhal e a pericial, pelo que inviável o deferimento do provimento jurisdicional requerido ante a ausência de prova inequívoca que o ampare.

Também foi sustentada a violação aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, haja vista que o prazo de defesa do recorrente teria sido minorado de quinze para dez dias, contrariando o disposto no art. 7° do Regimento Interno da Câmara de Vereadores do Município de Cedro, no art. 66, XII, e § 2º, da Lei Orgânica Municipal, e no art. 5º, LV, da Constituição Federal.

Sabe-se que o Poder Legislativo exerce as funções típicas de legislar e fiscalizar, sendo que no segundo caso a fiscalização reparte-se em político-administrativa e financeiro-orçamentária.

Cediço, outrossim, que ao Legislativo compete julgar as contas do Chefe do Executivo e tal se dá nos três níveis – federal, estadual e municipal.

A Constituição do Estado do Ceará, em seu art. 42, § 2º A, preceitua, *in verbis*:

> Art. 42. Os Prefeitos Municipais são obrigados a enviarem às respectivas Câmaras e ao Tribunal de Contas dos Municípios, até o dia 30 do mês subseqüente, as prestações de contas mensais relativas à aplicação dos recursos recebidos e arrecadados por todas as Unidades Gestoras da administração municipal, mediante Sistema Informatizado, e de acordo com os critérios estabelecidos pelo Tribunal de Contas dos Municípios, e composta, ainda, dos balancetes demonstrativos e da respectiva documentação comprobatória das receitas e despesas e dos créditos adicionais.
>
> **§2ºA. A Câmara Municipal disciplinará sobre os prazos para apresentação de defesa quanto ao julgamento das prestações de contas do Executivo Municipal.** (destaquei)

Por seu turno, a Câmara Municipal de Cedro, embora preveja o rito da apreciação e julgamento das contas anuais do Prefeito no Capítulo II, Título VI, de seu Regimento Interno (arts. 201-209), nada dispôs a respeito do oferecimento de defesa pelo Chefe do Executivo Municipal e do prazo para tanto. Da mesma forma, a Lei Orgânica do Município de Cedro, conforme se vê da Seção VII, Capítulo I, Título II (arts. 78-86), que trata da fiscalização financeira e orçamentária a cargo do Legislativo Municipal.

Por conseguinte, está-se diante de uma lacuna normativa, a qual, segundo a classificação formulada pela jurista Maria Helena Diniz, é a *"ausência de norma prevista para um determinado caso concreto"*[1], e não de hipótese de interpretação extensiva do texto normativo. Contudo, é vedado ao julgador esquivar-se de emitir seu pronunciamento, sob o pretexto de lacuna ou obscuridade da lei, devendo aplicar ao caso as normas legais e, se não as houver, deverá socorrer-se da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito, consoante o art. 126 do Código de Processo Civil e art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei n° 4.657/1942).

Os arts. 7º e 8º do Regimento Interno da Câmara de Vereadores de Cedro preconizam o seguinte:

> Art. 7º. Compete, à Câmara, convocar o Prefeito, bem como os Secretários Municipais, para prestarem informações sobre assuntos de sua competência administrativa, mediante ofício enviado pelo Presidente, em nome da Câmara.
> Parágrafo único – A convocação deverá ser atendida no prazo máximo de 15 (quinze) dias.
>
> Art. 8º. A convocação deverá ser feita por escrito, por qualquer Vereador e/ou Comissão, devendo ser discutida e aprovada pelo Plenário.
> § 1º – A convocação deverá indicar expressamente o seu motivo e as questões que serão propostas ao Prefeito;

1 DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 95.

> § 2º – Aprovada a convocação o Presidente entender-se-á com Prefeito, a fim de fixar dia e hora para o seu comparecimento, dando-lhe ciência da matéria sobre a qual versará a interpelação.

Necessário que se esclareça que a norma em alusão decorre da função fiscalizadora atribuída ao Poder Legislativo pela Constituição da República, de que é exemplo o art. 50 (*"A Câmara dos Deputados e o Senado Federal, ou qualquer de suas Comissões, poderão convocar Ministro de Estado ou quaisquer titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República para prestarem pessoalmente, informações sobre assunto previamente determinado, importando em crime de responsabilidade a ausência sem justificação adequada"*) e cujo modelo é de repetição obrigatória para os Estados-membros e Municípios, constando da Constituição do Estado do Ceará a previsão de convocação de Secretários Estaduais para prestar informações sobre assuntos inerentes às suas atribuições (art. 55, § 2º, IV), bem como da Lei Orgânica do Município de Cedro, que em seu art. 66, IX e X, prevê, respectivamente, a solicitação ao Prefeito de informes a respeito de assuntos relativos à administração e a convocação de Secretários Municipais para a prestação de informações sobre matérias pertinentes às suas atribuições.

Esse controle, que, na hipótese, é o político-administrativo, importa em que o *"Legislativo poderá questionar os atos do Poder Executivo, tendo acesso ao funcionamento de sua máquina burocrática, a fim de analisar a gestão da coisa pública e, consequentemente, tomar as medidas que entenda necessárias"*[2].

Destaque-se que o Supremo Tribunal Federal, na ADI 687/PA, de relatoria do Ministro Celso de Mello, julgada em 02/02/1995, declarou inconstitucional norma que estabelecia o dever de comparecimento de Prefeito perante a Câmara de Vereadores, pois semelhante prescrição normativa provoca estado de submissão institucional do Chefe do Executivo ao Poder Legislativo municipal (sem qualquer correspondência com o modelo positivado na Constituição da República), transgredindo desse modo o postulado da separação de poderes.

Dessarte, não se concebe apropriado suprir a lacuna existente no Regimento Interno da Câmara dos Vereadores de Cedro com as regras contidas em seus arts. 7º e 8º, as quais, no tocante ao Prefeito, instituem dever de comparecimento, bem como o prazo de quinze dias para o seu cumprimento, maculados pelo vício da inconstitucionalidade, por malferimento ao princípio da separação dos poderes.

Saliente-se, mais uma vez, que o mencionado art. 7º, relativamente aos Secretários Municipais, cuida da fiscalização político-administrativa exercida pelo Legislativo, sendo que o julgamento da prestação de contas do Prefeito insere-se na sua

2 MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 421.

função de fiscalização financeiro-orçamentária, atividades, portanto, distintas.

Em busca da integração do texto normativo lacunoso, o magistrado, como já referido, está autorizado a valer-se da analogia, que constitui *"a aplicação de uma norma próxima ou de um conjunto de normas próximas, não havendo uma prevista para um determinado caso concreto"*[3].

Observa-se a previsão, no próprio Regimento Interno da Câmara Municipal, de normas procedimentais para o caso de cassação de mandato de Vereador em seu Título I, Capítulo III, Seção II, Subseção I (art. 29, incisos e parágrafo único), penalidade esta tão severa quanto a inelegibilidade do Prefeito acarretada pela rejeição de suas contas pela Câmara Municipal, prevista no art. 1º, I, alínea "g", da Lei Complementar n° 64/90.

O art. 29, III, do referido diploma, assim dispõe:

> Art. 29 – O processo de cassação do mandato do Vereador pela Câmara, por infração definida no artigo anterior, obedecerá ao seguinte rito:
> (...)
> III – recebendo o processo, o Presidente da Comissão iniciará os trabalhos, dentro de cinco dias, notificando o denunciando, com a remessa da cópia da denúncia e documentos que a instruírem, para que no **prazo de 10 (dez) dias**, apresente defesa prévia, por escrito, indique as provas que pretende produzir e arrole testemunhas, até o máximo de 10 (dez). (...) (negrito nosso)

Por analogia *legis*, que é a aplicação de somente uma norma próxima[4], pode-se, então, adotar como prazo para a apresentação da defesa do Prefeito no procedimento estatuído para o julgamento de suas contas perante a Câmara de Vereadores o mesmo interregno destinado ao membro do Legislativo Municipal para se manifestar em caso de cassação de seu mandato, qual seja, dez (10) dias.

Examinando-se os autos, constata-se que o insurgente foi notificado para apresentar tanto a sua defesa escrita no lapso de dez dias – o que fez por meio de petição subscrita por duas advogadas (defesa técnica às págs. 57-63) – bem como a sua defesa oral em sessão da Câmara Municipal, como também foi cientificado do dia em que os Vereadores iriam deliberar acerca da sua prestação de contas (págs. 53-55 e 227-228). Outra conclusão não se alcança senão a de que a ampla defesa, em seu aspecto substancial, foi plenamente atendida.

Sob tais fundamentos, não tenho como configurada a lesão ao direito de defesa do agravante, pelo que entendo ausentes os requisitos necessários ao deferimento da antecipação de tutela.

---

3 TARTUCE, Flávio. Lei de introdução e parte geral. 1. ed. São Paulo: Editora Método, 2005, p. 37.

4 Idem. p. 38.

Peço vênia, pois, ao e. Relator para dissentir de seu entendimento, votando por conhecer do agravo de instrumento, porém para desprovê-lo, mantendo-se a decisão agravada.

É como voto.

Nº PROCESSO: 821-33.2001.8.06.0064/2
TIPO DO PROCESSO: AGRAVO – CÍVEL
AGRAVANTE: MARIA DO SOCORRO DA ROCHA
AGRAVADO: EMMANUEL BRAGA
ÓRGÃO JULGADOR: 4ª CÂMARA CÍVEL
RELATORA: DESEMBARGADORA VERA LÚCIA CORREIA LIMA

EMENTA: CONSTITUCIONAL E PROCESSO CIVIL. PRELIMINAR DE EXTEMPORANEIDADE DA APELAÇÃO. REJEIÇÃO. FÉRIAS COLETIVAS. ART. 557, *CAPUT* E § 1º-A DO CPC. PROVIMENTO MONOCRÁTICO DE APELAÇÃO NO CASO DE SENTENÇA CONTRÁRIA À JURISPRUDÊNCIA DO TJCE. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. AFRONTA. INEXISTÊNCIA. RESPEITO AOS PRECEDENTES E À ECONOMIA PROCESSUAL.

- Cuidando, inicialmente, da alegada extemporaneidade do apelo, tem-se que, àquela época, início do ano de 2004, ainda se aplicava o art. 243 do Código de Organização Judiciária do Estado do Ceará, que estabelecia, quanto ao 1º Grau, férias coletivas de 02 a 31 de janeiro e de 02 a 31 de julho, o que, como sabemos, só veio a ser afastado com a EC 45, publicada no DOU de 31.12.04.

- Sendo assim, levando em conta que, na espécie, a despeito de o A.R. ter sido acostado em 26-01-04, o prazo recursal somente começou a fluir no dia 02 de fevereiro, uma vez que 31 de janeiro, fim das férias coletivas, correspondeu a um sábado. E, segundo o termo de fl. 128, o apelo mostra-se como recebido no dia 16-02-04, ou seja, exatamente no último dia possível à interposição. Daí sua tempestividade.

- O § 1º-A do art. 557 do CPC não pode ser interpretado isoladamente, uma vez que, sendo parte de um sistema, deve ser considerado à luz da ingerência dos demais preceitos que fazem parte do grande todo. Basta, no entanto, a análise desse dispositivo à luz do *caput* do art. 557 e da racionalidade por ele instaurada, até porque é assim que se deve interpretar um dispositivo paragrafado.

- Deve-se notar que o procedimento delineado visa, de forma clara, a racionalizar a atividade jurisdicional, atuando

o relator, tão somente, como implementador do respeito ao precedente e à economia processual.
- Presente, pois, essa premissa, tem-se que o § 1º-A do art. 557 do CPC autoriza uma atuação monocrática quando a sentença recorrida estiver em desacordo com pronunciamento do Tribunal respectivo, de maneira que o relator, ao assim proceder, mostrar-se-á como simples porta-voz do colegiado ao qual pertence e que sempre estará acessível a uma das partes pela via do agravo interno, pelo que se mantém o respeito ao princípio do juiz natural.
- Agravo Interno improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos reveladores do Agravo Regimental nº 821-33.2001.8.06.0064/2, em que MARIA DO SOCORRO DA ROCHA figura como recorrente e EMMANUEL BRAGA, como recorrido, acordam os Desembargadores da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade de votos, em, rejeitando a preliminar, negar provimento ao recurso, tudo nos termos do voto da Relatora.

Fortaleza, 18 de janeiro de 2012.

RELATÓRIO

Senhores Desembargadores, a senhora MARIA DO SOCORRO DA ROCHA manejou o agravo interno de fls. 179/184 contra a decisão de fls. 173/177, por meio da qual, amparada na sistemática do § 1º-A do art. 557 do CPC, dei monocrático provimento ao apelo do senhor EMMANUEL BRAGA ante a constatação de que a sentença recorrida estava em descompasso para com a jurisprudência do TJCE.

A agravante, no entanto, após sustentar a extemporaneidade da apelação, ampara-se na letra daquele dispositivo e defende que o mesmo só é manejável no caso de desrespeito à jurisprudência do STJ ou do STF – e não de Tribunal local, razão pela qual almeja o provimento deste recurso para que a apelação seja processada à luz da jurisprudência do STJ, a qual, segundo sustenta, lhe é favorável.

É o que basta relatar.

VOTO

Presentes os requisitos, conheço do recurso.

Eminentes pares, estou negando provimento à pretensão.

Cuidando, inicialmente, da alegada extemporaneidade do apelo, rememoro que, àquela época, início do ano de 2004, ainda se aplicava o art. 243 do Código de Organização Judiciária do Estado do Ceará, que estabelecia, quanto ao 1º Grau, férias coletivas de 02 a 31 de janeiro e de 02 a 31 de julho, o que, como sabemos, só veio a ser afastado com a EC 45, publicada no DOU de 31.12.04.

Sendo assim, levando em conta que, na espécie, a despeito de o A.R. ter sido acostado em 26-01-04, o prazo recursal somente começou a fluir no dia 02 de fevereiro, uma vez que 31 de janeiro, fim das férias coletivas, correspondeu a um sábado. E, segundo o termo de fl. 128, o apelo mostra-se como recebido no dia 16-02-04, ou seja, exatamente no último dia possível à interposição. Daí sua tempestividade.

Rejeito, pois, a referida preliminar.

Indo avante, como adiantado pelo relatório, sublinho que o pano de fundo deste julgamento envolve a delimitação do âmbito de incidência do § 1º-A do art. 557 do CPC, cujo teor transcrevo apenas para efeito de documentação em voto:

> "Art. 557, § 1º-A. Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com Súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso."

Senhores Desembargadores, realmente, a análise literal do preceito seduz, dando-nos a impressão de que se deve adstringir a atuação isolada a duas situações: manifesto confronto com Súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior.

No entanto, sabemos que a interpretação gramatical é apenas o primeiro passo do processo hermenêutico, ao final do qual teremos a norma aplicável ao caso concreto.

Noutra forma de dizer, o desembargo deste recurso demanda repisar a já comum distinção entre texto e norma.

O § 1º-A do art. 557 do CPC não pode ser interpretado isoladamente, uma vez que, sendo parte de um sistema, deve ser considerado à luz das ingerências dos demais preceitos que fazem parte do grande todo.

Nada obstante, não irei tão longe. Basta-me a análise desse dispositivo à luz do *caput* do art. 557 e da racionalidade por ele instaurada, até porque é assim que se deve interpretar um dispositivo paragrafado. Dispõe a cabeça desse artigo:

> "Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente

> inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior."

Note-se que o procedimento delineado visa, de forma clara, a racionalizar a atividade jurisdicional, atuando o relator, tão somente, como implementador do respeito ao precedente e à economia processual.

Presente, pois, essa premissa, olho para o § 1º-A e vejo-o, sim, como autorizador de uma atuação monocrática quando a sentença recorrida estiver em desacordo com pronunciamento do Tribunal respectivo, de maneira que o relator, ao assim proceder, mostrar-se-á como simples porta-voz do colegiado ao qual pertence e que sempre estará acessível a uma das partes pela via do agravo interno, pelo que se mantém o respeito ao princípio do juiz natural.

E, apenas para efeitos práticos, informo que na decisão impugnada referi precedentes de relatoria da eminente Desembargadora MARIA IRACEMA MARTINS DO VALE, ou seja, desta 4ª Câmara Cível, e do eminente Desembargador ANTÔNIO ABELARDO BENEVIDES MORAES, decididos à unanimidade, o que denota o caráter contraproducente da postura de trazer, de logo, casos que tais à análise do colegiado.

Dito isso, Senhores Desembargadores, conheço do recurso da senhora MARIA DO SOCORRO DA ROCHA, mas, no mérito, nego-lhe provimento.

É como voto.

MANDADO DE SEGURANÇA

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 0077817-84.2012.8.06.0000.
IMPETRANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ.
IMPETRADOS: SECRETÁRIO DE SAÚDE DO ESTADO DO CEARÁ E SECRETÁRIO DE SAÚDE DO MUNICÍPIO DE FORTALEZA.
RELATORA: DESA. MARIA IRACEMA MARTINS DO VALE.

EMENTA: CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. PRELIMINARES. REJEITADAS. MÉRITO. FORNECIMENTO DE ALIMENTOS ESPECIAIS E INSUMOS. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DO PODER PÚBLICO. PESSOAS HIPOSSUFICIENTES PORTADORAS DE DOENÇAS GRAVES. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. SEGURANÇA CONCEDIDA.

1. Tratam os autos de mandado de segurança com o objetivo de obrigar tanto o Estado do Ceará quanto o Município de Fortaleza à efetivação do direito à saúde a cidadãos defendidos pelo Ministério Público Estadual.

2. PRELIMINARES: I) ilegitimidade ativa do Ministério Público; II) ilegitimidade passiva do Secretário de Saúde Estadual; III) ausência de comprovação do direito líquido e certo por suposta falta de prova pré-constituída e inadequação da via eleita; e IV) impossibilidade de concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública. Todas rejeitadas.

3. MÉRITO: Incumbe ao Poder Público, em todas as esferas de poder político, a proteção, defesa e cuidado com a saúde, englobando, portanto, o fornecimento de medicamentos, alimentos especiais e insumos pelo Sistema Único de Saúde (SUS).

4. O direito líquido e certo encontra-se alicerçado na Carta Política brasileira, em diversos dispositivos, seja no *caput* do artigo 6º (rol dos direitos sociais) e do 196 (direito à saúde), assegurando a saúde como direito fundamental e social, incluindo-a como dever do Estado, em tudo aquilo que seja essencial para sua efetivação.

- Precedentes do Plenário deste egrégio Tribunal de Justiça.
- Preliminares rejeitadas.
- Segurança concedida.
- Unânime.

ACÓRDÃO

Visto, relatado e discutido o presente Mandado de Segurança nº 0077817-84.2012.8.06.0000, em que figuram as partes acima indicadas. Acorda o Órgão Especial do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em **afastar as preliminares suscitadas e, no mérito, CONCEDER A SEGURANÇA** requestada, nos termos do voto da Relatora.

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança com pedido de liminar impetrado pelo Ministério Público do Estado do Ceará, em benefício dos seguintes interessados: Maria Celina Ximenes Rodrigues, José Antônio Costa Nóbrega, Guilherme Rodrigues Fideles da Silva, Francisca Sampaio de Melo, Luiza Martins Pereira, Edmar Damasceno de Almeida, Marileide Queiroz Batista e Kauany dos Santos Oliveira.

Objetivo do *writ:* coibir ato ilegal e abusivo praticado pelos Secretários de Saúde do Estado do Ceará e do Município de Fortaleza, os quais, segundo alegações, violaram direito líquido e certo à prestação de serviços essenciais à saúde dos interessados.

O caso: O MP Estadual impetrou mandado de segurança, com pedido de liminar, em prol dos beneficiários acima nominados, aduzindo e anexando documentos comprobatórios de que os interessados possuem graves doenças, necessitando do recebimento de alimentação especial e insumos em relação aos quais o Estado do Ceará e o Município de Fortaleza se negam a fornecer.

Daí a impetração.

Liminar deferida às fls. 92/98.

Informações do Secretário Municipal às fls. 112/120, suscitando, preliminarmente, a inadequação da via eleita, ante a alegada necessidade de dilação probatória. No mérito, aduziu a ausência de competência do Município de Fortaleza, pugnando, ao final, pela denegação da segurança.

Contestação apresentada pelo Estado do Ceará às fls. 121/143, arguindo, em preliminar, a ausência de comprovação do direito líquido e certo, diante da ausência de documentos essenciais à impetração, a impossibilidade de liminar satisfativa, sua ilegitimidade passiva, a ilegitimidade ativa do Ministério Público e a inadequação da via eleita. No mérito, requereu a não concessão da ordem.

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça às fls. 166/182, opinando pela concessão da segurança.

É o relatório.

Sem revisão.

VOTO

No caso, mandado de segurança impetrado com o objetivo de obrigar tanto o Estado do Ceará quanto o Município de Fortaleza à efetivação do direito à saúde dos interessados acima nominados, na condição de substituídos pelo Ministério Público.

Contudo, antes de adentrar no mérito da demanda, faz-se necessário analisar as preliminares suscitadas pelos impetrados.

1. PRELIMINARES:

1.1 – Da legitimidade ativa do Ministério Público.

O ente estatal sustentou que o Representante do *Parquet* não teria legitimidade para *"agir judicialmente em defesa de direitos individuais indisponíveis e homogêneos"* (fl. 128), bem como que teria optado pela via inadequada, posto que a medida correta, em seu entender, seria a ação civil pública.

Contudo, certo é que o Ministério Público possui legitimidade ativa para impetrar **tanto ações civis públicas quanto mandados de segurança em prol de pessoas necessitadas e consideradas hipossuficientes**, especialmente para tutelar o direito fundamental à saúde.

A CF/88, principalmente em seus artigos 127 e 129, erigiu um autêntico "concurso de ações" entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais e, *a priori*, legitimou o Ministério Público para seu manejo.

Destarte, à luz da dicção do Art. 127 da Carta Maior, o MP é instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado e encontra-se legitimado para demandar em prol de interesses indisponíveis como o que ora se afigura. Extraio da Constituição:

> "Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis." (destacamos)

Sob esse enfoque, a Carta Federal outorgou ao Ministério Público a incumbência de promover a defesa dos interesses individuais indisponíveis, podendo, para tanto, exercer outras atribuições previstas em lei, desde que compatível com sua finalidade institucional (CF/1988, Arts. 127 e 129).

Neste sentido, a jurisprudência dominante deste Tribunal de Justiça. Confira-se a ementa dos julgados:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVOS REGIMENTAIS. LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO DE STENTS FARMACOLÓGICOS PELO ESTADO DO CEARÁ E MUNICÍPIO DE FORTALEZA A PACIENTES CARENTES, PORTADORES DE DOENÇAS GRAVES. PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DOS ENTES AGRAVANTES, **ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL** E IMPOSSIBILIDADE DA ATUAÇÃO DE PROMOTOR OFICIANTE O PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO**. REJEIÇÃO**. RELEVÂNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO E FUNDADO RECEIO DE DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO PLENAMENTE DEMONSTRADOS NA DECISÃO AGRAVADA. PROVIMENTO JURISDICIONAL SECUNDADO POR JURISPRUDÊNCIA DESTA COLENDA CORTE. AGRAVOS REGIMENTAIS CONHECIDOS E DESPROVIDOS. (...) **2. Da ilegitimidade ativa ad causam do Ministério Público e da ausência de capacidade postulatória do Promotor de Justiça. o exercício do múnus ministerial é informado pelos princípios da unidade e da indivisibilidade do *Parquet*, os quais, em face de sua natureza constitucional, legitimam as funções desempenhadas por seus membros em qualquer esfera de Poder, desde que observadas as atribuições institucionais constitucionalmente conferidas ao Ministério Público. O balizamento assentado no art. 127 do Texto Constitucional, a seu turno, conduz à inarredável conclusão de que a pretensão pugnada pelo Ministério Público, neste *writ*, encerra-se na categoria de direito individual indisponível, haja vista cuidar-se de tutela jurisdicional de direito à vida e à saúde de que tratam os arts. 5º, caput, e 196, ambos da Constituição Republicana, de molde a autorizar o manejo da ação mandamental para o fim da sua proteção pelo órgão do *parquet*. Preliminar que se rejeita.** (...) 6. Agravo regimental conhecido e desprovido. (TJCE; AR 41496-21.2010.8.06.0000/1; Tribunal Pleno; Rel. Des. FRANCISCO SALES NETO; **DJ 02/03/2011**). (destacado)

* * *

"CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO PELO ESTADO. AUSÊNCIA DE CAPACIDADE POSTULATÓRIA DO PROMOTOR DE JUSTIÇA. ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO SECRETÁRIO DE SAÚDE. PRELIMINARES AFASTADAS. SAÚDE. DIREITO DE TODOS E DE CADA UM INDIVIDUALMENTE. RESERVA DO POSSÍVEL E MÍNIMO EXISTENCIAL. IMPOSSIBILIDADE DE DISSOCIAÇÃO. DECISÃO MANTIDA. **1.A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, em consonância com os princípios da unidade e indivisibilidade que regem a instituição, dispõe, em seu art. 32, que compete aos Promotores de Justiça impetrar mandado de segurança, inclusive perante os Tribunais locais competentes. 2. Essa legitimidade ativa para ingressar com mandado de segurança inclui a defesa de direito individuais e indisponíveis, nos termos do art. 127 da Constituição Federal, sem**

> **distinção quanto à homogeneidade ou heterogeneidade desses direitos.** (...) 7. Precedentes do STF, do STJ e desta Corte. 8. Recurso conhecido, porém desprovido." (TJCE; AR 37446-49.2010.8.06.0000/1; Tribunal Pleno; Rel. Des. ANTONIO ABELARDO BENEVIDES MORAES; DJ 11/01/2011) (descadado).

Desta forma, inexistindo qualquer mácula na representação dos interessados, **rejeita-se esta preliminar**.

1.2 – Da suposta ilegitimidade passiva do Secretário de Saúde do Estado do Ceará e do Município de Fortaleza.

No que concerne à alegação de ilegitimidade passiva do Secretário de Saúde Estadual e da suposta ausência de competência sustentada pelo Município de Fortaleza, percebe-se que a fundamentação se limita a discutir as competências constitucionais dos entes integrantes da Federação no tocante a esta matéria, razão pela qual é necessário enfrentar ambas conjuntamente.

Para o correto entendimento desta questão, é necessária a leitura do Art. 23, II da CF/88 que assim dispõe:

> "Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:
> (...)
> II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência"; (destacado)

Assim, pela literalidade do dispositivo constitucional citado, constata-se que a **União**, os **Estados** e os **Municípios são solidariamente responsáveis** pela efetividade do direito fundamental à saúde, **de modo que todos eles**, **ou cada um isoladamente**, pode ser demandado em juízo para o cumprimento desta obrigação.

O Supremo Tribunal Federal, em caso bastante similar, manifestou-se acerca da questão nos seguintes termos:

> "Suspensão de Liminar. Agravo Regimental. **Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde**. Ordem de regularização dos serviços prestados em hospital público. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento." (SL 47 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES

> (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010, DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-01 PP-00001) (destacamos)
>
> * * *
>
> "AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. **FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO.** LEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **OBRIGAÇÃO SOLÍDARIA ENTRE OS ENTES DA FEDERAÇÃO EM MATÉRIA DE SAÚDE.** AGRAVO IMPROVIDO. **I – O Supremo Tribunal Federal, em sua composição plena, no julgamento da Suspensão de Segurança 3.355-AgR/RN, fixou entendimento no sentido de que a obrigação dos entes da federação no que tange ao dever fundamental de prestação de saúde é solidária.** (...) III - Agravo regimental improvido. (STF; AI 808059 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 02/12/2010, PUBLIC 01-02-2011). (destacado).

Ademais, este e. Tribunal de Justiça já pacificou entendimento segundo o qual:

> "AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA. FORNECIMENTO DE MEDICAÇÃO DE ALTO CUSTO A **PACIENTE CARENTE PORTADOR DE CÂNCER**. ILEGITIMIDADE PASSIVA. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO ENTRE A UNIÃO, O ESTADO DO CEARÁ E O MUNICÍPIO DE FORTALEZA. PRELIMINARES REJEITADAS. DIREITO À SAÚDE E À VIDA DIGNA. OBJEÇÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL COM BASE EM CONJECTURAS. IMPROCEDÊNCIA. DECISÃO ACORDE À JURISPRUDÊNCIA INVARIÁVEL DO TRIBUNAL. 1. A ordem constitucional consagra o direito à saúde como obrigação indeclinável do Poder Público, "qualquer que seja a dimensão institucional em que atue no plano de nossa organização federativa" (STF, RE 562383, Min. Celso de Mello, DJ 08.10.07), impondo-se ao Estado assegurar as condições necessárias para a sua fruição, garantindo a integridade desse direito essencial. 2. **A jurisprudência invariável deste Tribunal é uníssona quanto à responsabilidade solidária e linear de o Poder Público (União, Estados, Municípios e Distrito Federal) fornecer, gratuitamente, a pessoas carentes, portadoras de patologias graves, medicamentos destinados a assegurar condições à continuidade da vida digna e preservação da saúde.** (...) 5. Agravo de Instrumento conhecido, mas improvido. 7. Unanimidade." (TJCE; AI 0017472-94.2008.8.06.0000/0; 3ª Câmara Cível; Rel. Des. RÔMULO MOREIRA DE DEUS; DJ 29/11/2011) (destacado).
>
> * * *
>
> "DIREITO CONSTITUCIONAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO PARA TRATAMENTO ONCOLÓGICO. ILEGITIMIDADE PASSIVA E INADEQUAÇÃO DO MEIO

> PROCESSUAL UTILIZADO. PRELIMINARES AFASTADAS. DIREITO À SAÚDE E À VIDA DIGNA. DEVER DO ESTADO. RESERVA DO POSSÍVEL E MÍNIMO EXISTENCIAL. IMPOSSIBILIDADE DE DISSOCIAÇÃO. **1.O funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS) é de responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios, de modo que qualquer dessas entidades têm legitimidade ad causam para figurar no polo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à saúde a pessoas desprovidas de recursos financeiros. Precedentes. 2. Em razão da responsabilidade solidária dos três entes da federação no que diz respeito ao funcionamento do SUS e ao fornecimento de medicamento sem restrição quanto à complexidade da doença, à impetrante compete ingressar com ação, à sua escolha, em desfavor de todos ou de um deles isoladamente, por se tratar de litisconsórcio facultativo.** (...) 7.Precedentes do STF, do STJ e desta Corte. 8.Segurança concedida. Liminar ratificada." (TJCE; MS 2729385.2009.8.06.0001/0; Tribunal Pleno; Rel. Des. ANTÔNIO ABELARDO BENEVIDES MORAES; DJ 09/06/2011) (destacado).

Portanto, não se cogitando da ilegitimidade passiva do Secretário de Saúde do Estado e nem da ausência de competência do Município de Fortaleza, **afastam-se estas questões**.

1.3 – Da inadequação da via processual eleita ante a alegada ausência de prova pré-constituída e necessidade de dilação probatória.

A este respeito, o ente municipal aduz que *"a prova apresentada pelo impetrante, todavia, constitui documento unilateral, não podendo ser comprovada com certeza absoluta sem que se averiguem as condições de saúde dos pacientes e a eficácia do tratamento requerido"*. (fl. 113).

Já o Secretário de Saúde Estadual afirmou que não fora comprovado o direito líquido e certo do impetrante, pois em suas palavras, *"é necessário que o profissional nutricionista esclareça peso e estatura do paciente, via de administração direta, recordatório e hábito alimentar, necessidades calóricas e cardápio, além do valor calórico total sugerido"*. (fl. 122), além disso, afirmou que *"as provas colacionadas com o fim de comprovar a necessidade dos pacientes processualmente substituídos tratam de declarações feitas pro profissionais médicos através de receituários, diagnósticos e prescrições"* (fl. 131).

Sem razão aos impetrados. Da detida análise dos documentos que instruem a inicial, constatou-se que **todos os laudos, relatórios e receituários médicos** foram elaborados por profissionais habilitados ligados à rede pública de saúde, consoante se observa das fls. 27/28, 33/34, 40/43, 48, 53/54, 59/60, 65/66 e 72, não deixando quaisquer dúvidas acerca da utilidade dos insumos solicitados. Deste modo, descabe a

realização de perícias para verificar adequação entre os tratamentos e as doenças, pois os atestados médicos já demonstram esta adequação, tendo sido elaborados, inclusive, por Nutricionistas tanto do Município de Fortaleza quanto do Estado do Ceará.

A este respeito, confira-se a jurisprudência desta Corte:

> "DIREITO CONSTITUCIONAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PARA TRATAMENTO ONCOLÓGICO. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. INADEQUAÇÃO DO MEIO PROCESSUAL UTILIZADO. PRELIMINARES AFASTADAS. DIREITO À SAÚDE E À VIDA DIGNA. DEVER DO ESTADO. RESERVA DO POSSÍVEL E MÍNIMO EXISTENCIAL. IMPOSSIBILIDADE DE DISSOCIAÇÃO. (...) **3. O *mandamus* se encontra instruído com provas suficientemente robustas para caracterizar o direito líquido e certo de todas as substituídas, inclusive com parecer favorável do Comitê Estadual de Controle do Câncer - CECCan, da Secretaria de Saúde do Estado do Ceará, confirmando a indicação de uso dos medicamentos pleiteados, tornando, portanto, despicienda a dilação probatória.** 4.O fornecimento gratuito de medicamentos, pelo Estado, através de qualquer de seus entes, objetiva assegurar o direito à saúde e, desse modo, concretizar o direito à vida digna, constitucionalmente garantidos. (...) 7.Precedentes do STF, do STJ e desta Corte. 8.Segurança concedida. Liminar ratificada." (TJCE; MS 22301-84.2009.8.06.0000/0; Tribunal Pleno; Rel. Des. ANTONIO ABELARDO BENEVIDES MORAES; DJ 20/05/2011) (destacado).

Assim sendo, estando o mandado de segurança instruído com laudos médicos e pareceres elaborados por nutricionistas devidamente habilitados, não há que se falar em ausência de prova pré-constituída ou mesmo em necessidade de dilação probatória.

Preliminares rejeitadas.

1.4 – Da possibilidade de concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública em casos de fornecimento de medicamentos, insumos e alimentos especiais a portadores de doenças graves.

Em relação a este ponto, melhor sorte não assiste ao Estado do Ceará. Há muito, a jurisprudência do STJ consolidou o entendimento de que é possível a concessão de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública no intuito de obrigar os entes públicos a fornecer medicamentos, alimentos especiais e insumos a cidadão hipossuficiente, garantindo-lhe o direito à vida, podendo, inclusive, ser fixada multa cominatória para assegurar o cumprimento da ordem. A este respeito, confira-se o julgado:

> "ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO JUDICIAL PARA O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. PRETENSÃO

> RECURSAL RELACIONADA À VERIFICAÇÃO DA EXISTÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS LEGAIS PARA O DEFERIMENTO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. ART. 273 DO CPC. SÚMULA N. 7 DO STJ. **POSSIBILIDADE DE DEFERIR-SE PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA JURISDICIONAL CONTRA A FAZENDA PÚBLICA.** 1. Com relação à alegação de violação do art. 273 do CPC, o recurso especial não merece seguimento, pois, à luz da jurisprudência pacífica do STJ, esse recurso não é servil à pretensão de análise da presença ou ausência dos requisitos que autorizam o deferimento de medidas acautelatórias ou antecipatórias, mormente quando o Tribunal de origem constata a presença da fumaça do bom direito e do perigo da demora, como no caso, pois necessário o reexame fático-probatórios dos autos para tal fim, o que é obstado pela Súmula n. 7 do STJ. Precedentes: AgRg no REsp 1.172.710/AL, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 05/11/2010; AgRg no REsp 1.121.847/MS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 25/09/2009; AgRg no REsp 1.074.863/RJ, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 19/03/2009; REsp 435.272/ES, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, DJ 15/03/2004. **2. Há muito se sedimentou na jurisprudência do STJ o entendimento de que é possível a concessão de antecipação dos efeitos da tutela contra a Fazenda Pública para o fim de obrigá-la ao fornecimento de medicamento a cidadão que não consegue ter acesso, com dignidade, a tratamento que lhe assegure o direito à vida. Precedentes: AgRg no Ag 842.866/MT, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 03/09/2007; REsp 904.204/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJ 01/03/2007; REsp 840.912/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 23/04/2007; AgRg no Ag 747.806/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJ 18/12/2007.** 3. Agravo regimental não provido." (AgRg no Ag 1299000/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/02/2012, DJe 10/02/2012) (destacado).

Por tal razão, rejeita-se também esta preliminar.

2. DO MÉRITO. – Inegável dever da Administração em implementar políticas públicas capazes de dar efetividade aos direitos fundamentais à saúde e à vida.

O direito fundamental à saúde, previsto expressamente nos Arts. 6º e 196 da Constituição Federal, assume posição de destaque na garantia de uma existência digna, posto que é pressuposto lógico de efetivação de outros dispositivos da mesma natureza.

Importa destacar que, a despeito de tratar-se de uma norma programática, não há que se falar em inaplicabilidade, pois conforme o § 1º do Art. 5º da CF/88, este dispositivo possui aplicabilidade imediata.

Logo, a atuação dos Poderes Públicos está adstrita à consecução do direito à saúde, devendo priorizar sua efetivação em face de outras medidas administrativas de caráter secundário. Trata-se do conhecido efeito vinculante dos direitos fundamentais. Neste desiderato, o Judiciário tem por dever não só respeitar tais normas, mas igualmente garantir que o Executivo e o Legislativo confiram a elas a máxima efetividade.

Assim, constatando-se que os substituídos pelo Ministério Público nesta demanda necessitam do fornecimento dos alimentos especiais e insumos para regular nutrição e cuidados das enfermidades graves, não havendo outra medida a ser tomada, senão obrigar compulsoriamente a Administração Pública a realizá-lo, garantindo o respeito à Constituição Federal.

O Superior Tribunal de Justiça já vem se manifestando neste sentido, como se depreende do seguinte excerto jurisprudencial:

> "PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SUS. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTO, PELO ESTADO, À PESSOA HIPOSSUFICIENTE PORTADORA DE DOENÇA GRAVE. OBRIGATORIEDADE. LEGITIMIDADE PASSIVA. SECRETÁRIO DE ESTADO DA SAÚDE. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO DIREITO À ESPÉCIE. ART. 515, § 3º, DO CPC. INEXISTÊNCIA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. EFETIVIDADE. AFASTAMENTO DAS DELIMITAÇÕES. PROTEÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. DEVER CONSTITUCIONAL. ARTS. 5º, CAPUT, 6º, 196 E 227 DA CF/1988. PRECEDENTES DESTA CORTE SUPERIOR E DO COLENDO STF. 1. A proteção do bem jurídico tutelado (vida e saúde) não pode ser afastada por questões meramente formais, podendo o Secretário de Estado da Saúde figurar no pólo passivo de ação mandamental objetivando o fornecimento de medicamento à hipossuficiente, portadora de doença grave (hepatite B crônica). (…) 4. Os arts. 196 e 227 da CF/88 inibem a omissão do ente público (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) em garantir o efetivo tratamento médico à pessoa necessitada, inclusive com o fornecimento, se necessário, de medicamentos de forma gratuita para o tratamento, cuja medida, no caso dos autos, impõe-se de modo imediato, em face da urgência e conseqüências que possam acarretar a não-realização. 5. Constitui função institucional e nobre do Ministério Público buscar a entrega da prestação jurisdicional para obrigar o Estado a fornecer medicamento essencial à saúde de pessoa carente, especialmente quando sofre de doença grave que se não for tratada poderá causar, prematuramente, a sua morte. 6. O Estado, ao negar a proteção perseguida nas circunstâncias dos autos, omitindo-se em garantir o direito fundamental à saúde, humilha a cidadania, descumpre o seu dever constitucional e ostenta prática violenta de atentado à dignidade humana e à vida. É totalitário e insensível. 7. Pela peculiaridade do caso e em face da sua urgência, hão de se afastar as delimitações na efetivação da medida sócio-protetiva pleiteada, não padecendo de ilegalidade a decisão que ordena à Administração Pública a dar continuidade a tratamento médico. 8. Legitimidade ativa do Ministério

> Público para propor ação civil pública em defesa de direito indisponível, como é o direito à saúde, em benefício de pessoa pobre. 9. Precedentes desta Corte Superior e do colendo STF. 10. Recurso provido. (STJ - RMS 23184/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/02/2007, DJ 19/03/2007 p. 285). (destacamos)

Este egrégio Tribunal de Justiça partilha do mesmo entendimento como se extrai dos recentes julgados proferidos pelo Plenário que seguem transcritos:

> "CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. PRELIMINARES AFASTADAS. LEGITIMIDADE PASSIVA DOS ENTES DA FEDERAÇÃO. DIREITO À SAÚDE. DEVER DO ESTADO E DIREITO FUNDAMENTAL DO CIDADÃO. ARTS. 1º, III, 6º, 23, II, 196 E 203, IV DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. incumbe ao Poder Público, em todas as esferas de poder político, a proteção, defesa e cuidado com a saúde o fornecimento de medicamentos pelo Sistema Único de Saúde (SUS). SEGURANÇA CONCEDIDA." (TJCE; MS 328-39.2010.8.06.0000/0; Tribunal Pleno; Rel. Des. FRANCISCO DE ASSIS FILGUEIRA MENDES; DJ 16/02/2011).
>
> * * *
>
> "DIREITO CONSTITUCIONAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO PELO ESTADO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. PRELIMINAR AFASTADA. DESNECESSIDADE DE INTERVENÇÃO DA UNIÃO. LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. DEVER DO ESTADO. SEGURANÇA CONCEDIDA. 1. (...). 2.O fornecimento gratuito de medicamentos pelo Estado, objetiva concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida e à saúde, constitucionalmente garantidos. 3.Direito fundamental, de aplicação imediata e dever do Estado, previstos na Constituição Federal (arts. 5º, caput e § 1º, 6º e 196). 4. Precedentes desta Corte. 5.Liminar ratificada. Ordem concedida". (TJCE; MS 2008.0035.0829-0/0; TRIBUNAL PLENO; Des. ANTÔNIO ABELARDO BENEVIDES MORAES; julgado em 26/03/2009; DJ de 26/05/2009)
>
> * * *
>
> "MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE. MEDICAÇÃO. CÂNCER. FORNECIMENTO. RESPONSABILIDADE. ESTADO (GÊNERO). RESERVA DO POSSÍVEL. INVOCAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. (...). 2. (...). 3. Paciente que necessita com urgência de medicamento específico para combater câncer de alto risco, compete ao Estado do Ceará fornecê-lo, pois a interpretação do Supremo Tribunal Federal acerca do Direito Fundamental à Saúde não admite escusas diante de quadro onde o próprio Direito Fundamental à Vida está em questão. 4.Limitações financeiras do Estado. Mera alegação. "A cláusula da ``reserva do possível, ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível, não pode ser

> invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade" (Ministro Celso de Mello - Informativo/STF nº 345/2004). Segurança concedida". (TJCE; MS 2008.0023.5313-6/0; TRIBUNAL PLENO; Des. JOSÉ ARÍSIO LOPES DA COSTA; julgado em 08/01/2009; DJ de 10/02/2009)
>
> * * *
>
> "MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAUDE. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTO EM FAVOR DE PACIENTE NECESSITADA. INEXISTÊNCIA DE LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DE TODOS OS ENTES FEDERATIVOS. REJEIÇÃO DAS PRELIMINARES SUCITADAS. NO MÉRITO, IMPÕE-SE O RECONHECIMENTO DO DIREITO DE PRESERVAÇÃO DA SAÚDE, DA VIDA E DA DIGNIDADE DA IMPETRANTE. PRESENÇA DE DIREITO LIQUIDO E CERTO, ASSEGURADO PELO ARTIGO 196 DA CARTA REPUBLICANA EM VIGOR. CONHECIMENTO E CONCESSÃO DA SEGURANÇA, NOS TERMOS DO PARECER DA DOUTA PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA". (TJCE; MS 2008.0020.8943-9/0; TRIBUNAL PLENO; Des. FRANCISCO LINCOLN ARAÚJO E SILVA; julgado em 26/03/2009; DJ de 27/04/2009)
>
> * * *
>
> "CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO; FALTA DE INTERESSE DE AGIR; INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA E DE LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO PASSIVO ENTRE AS AUTORIDADES COATORAS E A UNIÃO FEDERAL. REJEIÇÃO. DIREITO À SAÚDE. DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO. SEGURANÇA CONCEDIDA. 1.(...); 2.(...); 3. (...); 4.No tocante ao mérito da impetração, a recusa no fornecimento de medicamentos necessários à sobrevivência dos representados configura ato ilegal e abusivo, por submeter a vida de um ser humano a enorme risco, contrariando o próprio texto constitucional, que assegura, entre os direitos e garantias fundamentais do indivíduo, a inviolabilidade do direito à vida (art. 5º, CF/88), prevendo, ainda, ser a saúde direito de todos e dever do Estado (art. 196). 5.SEGURANÇA CONCEDIDA". (TJCE; MS 2008.0013.1580-0/0; TRIBUNAL PLENO; Des. FRANCISCO SALES NETO; julgado em 30/10/2008; DJ de 12/12/2008).

Ademais, oportuno destacar que a invocação da cláusula da reserva do possível não pode ocorrer sem a necessária comprovação objetiva da impossibilidade econômico-financeira do ente público de cumprir sua obrigação social. Neste sentido,

confira-se a lição do Ministro Celso de Mello, proferida nos autos do Agravo em Recurso Extraordinário nº 639337/SP:

> "**Cumpre advertir**, desse modo, que a cláusula da *"reserva do possível"* - **ressalvada** a ocorrência de **justo** motivo objetivamente aferível - **não pode** ser invocada, pelo Estado, **com a finalidade** de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, **notadamente** quando, dessa conduta governamental negativa, **puder resultar** nulificação **ou**, até mesmo, **aniquilação** de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade."

Do mesmo modo, o entendimento sedimentado do Superior Tribunal de Justiça:

> "ADMINISTRATIVO – CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS – POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS – DIREITO À SAÚDE – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – MANIFESTA NECESSIDADE – OBRIGAÇÃO DO PODER PÚBLICO – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – NÃO OPONIBILIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL AO MÍNIMO EXISTENCIAL. 1. Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de fundamental importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais. 2. Tratando-se de direito fundamental, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal. 3. In casu, não há empecilho jurídico para que a ação, que visa a assegurar o fornecimento de medicamentos, seja dirigida contra o município, tendo em vista a consolidada jurisprudência desta Corte, no sentido de que "o funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS) é de responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios, de modo que qualquer dessas entidades têm legitimidade ad causam para figurar no pólo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros" (REsp 771.537/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 3.10.2005). Agravo regimental improvido." (AgRg no REsp 1136549/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/06/2010, DJe 21/06/2010).

Portanto, ao negar o fornecimento dos alimentos especiais e insumos pleiteados, os impetrados omitem-se em garantir o direito fundamental à saúde e à vida, descumprindo, portanto, o dever constitucional e praticando ato que atenta a dignidade

humana.

Assim, em consonância com o parecer ministerial, a concessão da segurança é medida que se impõe.

DISPOSITIVO

Por tais razões, e de acordo com os precedentes transcritos, afasto as preliminares suscitadas e, no mérito, CONCEDO A SEGURANÇA requestada, confirmando a liminar deferida às fls. 92/98, determinando que os impetrados forneçam os alimentos especiais e insumos requeridos na exordial dos quais necessitam os substituídos, nos termos e quantidades estipulados nos receituários médicos juntos.

Sem custas e sem honorários.

É como voto.

Fortaleza, 24 de janeiro de 2013.

PROCESSO Nº 0013876-73.2006.8.06.0000
MANDADO DE SEGURANÇA
IMPETRANTE: WALTER MARINHO & CIA LTDA
COATOR: JUIZ DE DIREITO DA COMARCA DE IRAUÇUBA
ÓRGÃO JULGADOR: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL
RELATOR: DES. FRANCISCO GLADYSON PONTES

EMENTA: CONSTITUCIONAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL. ATO COATOR. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. PREVISÃO DE RECURSO PRÓPRIO NA LEI PROCESSUAL. DIREITO DE RECORRER NÃO EXERCIDO. PRECLUSÃO. DENEGAÇÃO DA ORDEM SEM APRECIAÇÃO DO MÉRITO.

I – O mandado de segurança não constitui via processual apta a impugnar ato judicial contra o qual não foi interposto oportunamente o recurso previsto na lei processual.

II – A ausência de prova documental dos fatos que fundamentam o pedido de tutela mandamental, instruindo desde logo a petição inicial, impede a apreciação do mérito do *mandamus*.

III – Ordem denegada, na forma do art. 6º, § 5º, da Lei nº 12.016/2009.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a TURMA JULGADORA DA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, por unanimidade de votos, em DENEGAR a ordem, sem apreciação do mérito, nos termos do voto do Relator, que faz parte desta decisão.

RELATÓRIO

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por WALTER MARINHO & CIA LTDA contra ato praticado pelo Juiz de Direito da Comarca de Irauçuba, nos autos da Ação de Reparação de Danos nº 1851-35.2000.8.06.0098/0, ajuizada por Maria Lindalva Oliveira Souza e outros.

Nas razões de pedir, a impetrante aduz que a autoridade coatora, ao

indeferir a oitiva das testemunhas por ela arroladas e da vítima sobrevivente do evento danoso; determinar a juntada do laudo produzido pela Polícia Rodoviária Federal e indeferir o pedido de produção da prova de pagamento aos autores de valores referentes aos seguros obrigatório e facultativo, teria perpetrado atos abusivos e ilegais que, por violarem direito subjetivo próprio líquido e certo, seriam impugnáveis pela via do mandado de segurança.

A petição inicial veio instruída com farta prova documental (fls 16/201).

Não houve deferimento de liminar.

Regularmente notificada, a autoridade indigitada coatora prestou as informações de estilo.

Consta das informações prestadas uma minudente descrição do trâmite da ação em curso no juízo de primeiro grau, com ênfase na afirmação de que não houve *"dispensa de depoimento da vítima sobrevivente, vez que o pedido de produção dessa prova, embora constante de contestação, não foi ratificado pelo causídico impetrante, que se fazia presente em audiência de conciliação"*, na qual a ora impetrante *"requereu como prova em audiência de instrução apenas a produção de prova testemunhal"*, ocasião em que o magistrado fez incidir o disposto no art. 331, § 2º, do CPC. Nelas está noticiado que a juntada de cópia do procedimento realizado no azo do acidente, pela Polícia Rodoviária Federal, ocorreu por determinação judicial que, *"longe de ser uma medida ilegal, teve sim âncora no artigo 130 do CPC, que possibilita a produção de prova ex officio pelo magistrado"*. Relatam as informações, ainda, que referida decisão foi impugnada através de agravo retido, em peça escrita, no qual foram requeridas *"diligências relativas ao seguro DPVAT, seguro facultativo Sul América e pensão do INSS"*. Por fim, as informações consignam que o juiz signatário, *"atentando para o fato de que o rol de testemunhas do impetrante fora apresentado intempestivamente, houve por indeferir a produção de prova testemunhal"*, com fundamento no art. 407, do CPC (fls 226/232).

Intervindo no feito, a douta representante do Ministério Público opinou pela denegação da ordem (fls 260/266).

É o breve relatório.

Sem revisão (RITJCE, art. 34, § 3º).

Incluído em pauta de julgamento.

VOTO

Consoante noticiado no relatório, WALTER MARINHO & CIA LTDA impetra mandado de segurança contra atos praticados pelo Juiz de Direito da Comarca de Irauçuba, nos autos da Ação de Reparação de Danos nº 1851-35.2000.8.06.0098/0, ajuizada por Maria Lindalva Oliveira Souza e outros, mediante os quais indeferiu a

oitiva das testemunhas por ela arroladas e da vítima sobrevivente do evento danoso, determinou de ofício a juntada do laudo produzido pela Polícia Rodoviária Federal e indeferiu o pedido de produção da prova de que os autores teriam recebido valores referentes aos seguros DPVAT e Sul América.

Observo, de saída, que a Lei nº 1.533/51, vigente ao tempo da impetração, vedava expressamente a utilização do mandado de segurança, nas hipóteses que elencava, *verbis:*

> **Art. 5º - Não se dará mandado de segurança quando se tratar:**
> I - de ato de que caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independente de caução.
> II - **de** despacho ou **decisão judicial, quando haja recurso previsto nas leis processuais** ou possa ser modificado por via de correção.
> III - de ato disciplinar, salvo quando praticado por autoridade incompetente ou com inobservância de formalidade essencial.
>
> Tal restrição também se contém na Lei nº 12.016/09, que revogou textualmente a Lei nº 1.533/51, *verbis:*
>
> **Art. 5º Não se concederá mandado de segurança quando se tratar:**
> I - de ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução;
> **II - de decisão judicial da qual caiba recurso** com efeito suspensivo;
> III - de decisão judicial transitada em julgado.

Percebe-se, pois, que a Lei nº 1.533/51 vedava expressamente a utilização do mandado de segurança contra decisão judicial impugnável pela via recursal prevista em lei.

Ao exame dos autos, constata-se que, na audiência realizada no dia 31 de maio de 2006, na ação ordinária em curso no juízo da Comarca de Irauçuba, a qual se fizeram presentes o preposto e o advogado da ré, ora impetrante, o magistrado processante decidiu *"que por se tratar a causa referente a acidente automobilístico, com fundamento no art. 130 do CPC, determinou diligência da secretaria no sentido de se juntar aos autos prova pericial por acaso existente em relação ao sinistro"*. Nota-se, ainda, que, na audiência ocorrida no dia 26 de junho de 2006, a qual compareceram o preposto e o patrono judicial ali constituído pela ora impetrante, o juiz da causa decidiu que não seriam *"inquiridas as testemunhas de defesa (...) vez que o rol foi recebido em 20 de junho de 2006, sendo juntado aos autos na mesma data, estando pois, intempestiva a indicação nos termos do artigo 407, § Único, do CPC"*, além da dar *"por encerrada a instrução"* (fls 171 e 183/184).

Tais pronunciamentos do magistrado oficiante na ação em curso no juízo de primeira instância configuram decisão interlocutória, a teor do disposto no art. 162,

§ 2º, do CPC, *verbis:*

> Art. 162. Os atos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos.
>
> § 2º Decisão interlocutória é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente.

Bem por isso, consubstanciavam atos judiciais impugnáveis pela via do agravo, *verbis:*

> **Art. 522. Das decisões interlocutórias caberá agravo**, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento.

Convém lembrar, todavia, que, na hipótese de agravo impugnando decisão interlocutória proferida em audiência, cujo processamento será necessariamente na forma retida, a interposição deverá ser imediata e oral, por expressa previsão do § 3º, do art. 523, do CPC, *verbis:*

> Art. 523.
> § 3º Das decisões interlocutórias proferidas na audiência de instrução e julgamento caberá agravo na forma retida, devendo ser interposto oral e imediatamente, bem como constar do respectivo termo (art. 457), nele expostas sucintamente as razões do agravante.

Ao exame dos termos que documentaram as audiências realizadas no juízo da Comarca de Irauçuba, em 31 de maio de 2006 e 26 de junho de 2006, constata-se que a decisão que determinou a juntada do Laudo Pericial elaborado pela Polícia Rodoviária Federal, de ofício, com fulcro no art. 130, e o subsequente ato decisório que indeferiu a inquirição da oitiva das testemunhas arroladas pela impetrante, com fundamento no art. 407, Parágrafo único, não foram impugnadas a tempo e modo, consoante preconizado no art. 523, todos do CPC.

É certo, portanto, que, embora tais decisões fossem impugnáveis pela via recursal prevista em lei, o impetrante deixou precluir a oportunidade para tanto.

Ora, se há recurso próprio para impugnar determinado ato judicial, mas a parte deixa fluir *in albis* o prazo fixado em lei para a respectiva interposição, ocorre a preclusão temporal, que, relativamente à impossibilidade futura de questionamento da decisão que restou irrecorrida, opera-se inclusive no âmbito do mandado de segurança, enquanto ação autônoma de impugnação.

O Supremo Tribunal Federal possui enunciado próprio de súmula sobre o tema, a revelar exatamente essa compreensão, *verbis:*

> Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição. (Súmula 267)

Não é demasia lembrar, por fim, que a utilização do mandado de segurança contra ato judicial constitui excepcionalidade e pressupõe decisão teratológica e flagrantemente ilegal, sob pena de ser o *mandamus* convertido, pela via interpretativa, em mais uma espécie recursal, com prazo de interposição de 120 (cento e vinte) dias.

Confira-se, a esse propósito, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, *verbis:*

> AGRAVO REGIMENTAL NO **MANDADO DE SEGURANÇA.** IMPUGNAÇÃO À DECISÃO MONOCRÁTICA DE MINISTRO DO STJ CONFIRMADA EM AGRAVO REGIMENTAL PELA TURMA. **COMO REGRA, INCABÍVEL A VIA DO MANDAMUS PARA IMPUGNAR ATO JURISDICIONAL** DESTA CORTE OU DE SEUS MINISTROS. PRETENDIDA JUNTADA DE DOCUMENTOS DEPOIS DE INTERPOSTO O AGRAVO DE INSTRUMENTO PARA O STJ. INDEFERIMENTO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO CONFIGURADO. INDEFERIMENTO DA INICIAL. DECISÃO MANTIDA PELOS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.
> 1. A previsão constitucional para impetração de mandado de segurança originário contra ato de Ministro do próprio Tribunal (art. 105, inciso I, alínea b) não açambarca o caso em tela, consoante **uníssona e iterativa jurisprudência desta Corte**, que **não admite o mandamus contra ato jurisdicional** de seus órgãos fracionários ou mesmo dos Ministros Relatores, **salvo situação de absoluta excepcionalidade, em que se verificar decisões flagrantemente ilegais ou teratológicas, insuscetíveis de correção pelas vias recursais próprias.**
> Precedentes. Excepcionalidade não verificada na hipótese.
> 2. De fato, conforme anotado na decisão impugnada, "a instrução do agravo se faz exclusivamente perante o Tribunal de origem, não se admitindo nesta instância especial a juntada de qualquer documento".
> 3. Agravo regimental desprovido.
> Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 14.107, Rel. Min. Laurita Vaz, **Corte Especial**, Unânime, DJe 30/03/2009.
>
> AGRAVO REGIMENTAL NO MANDADO DE SEGURANÇA. **MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ACÓRDÃO** DA CORTE ESPECIAL **COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO**. INCABIMENTO.
> **1. O mandado de segurança visa à proteção de direito líquido e certo contra ato abusivo ou ilegal de autoridade pública, não podendo ser utilizado como sucedâneo recursal, pena de se desnaturar a sua essência constitucional.**
> 2. É incabível mandado de segurança contra decisão jurisdicional da Corte

> Especial, desconstituível por recurso extraordinário.
> 3. Agravo regimental improvido.
> Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 11.558, Rel Min Hamilton Carvalhido, **Corte Especia**l, DJ 01/08/2006, p. 326.

Presente tal ordem de ideias, diante de vedação legal expressa à utilização da via mandamental como sucedâneo da via recursal prevista em lei como própria e adequada para impugnar ato judicial, na hipótese do art. 5º, inciso II, da Lei nº 1.533/51, é de rigor a denegação da ordem, por impossibilidade jurídica do pedido, quanto às decisões proferidas pelo juiz da Comarca de Irauçuba, nas audiências realizadas nos autos da Ação de Reparação da Danos nº 1851-35.2000.8.06.0098/0, em 31 de maio de 2006 e 26 de junho de 2006.

Examino, na sequência, a pretensa ilegalidade materializada no indeferimento do pedido de produção da prova de que os autores da ação ordinária proposta contra a impetrante no juízo de primeiro grau haviam recebido quantias provenientes dos seguros obrigatório e facultativo.

Observo, porém, que não consta dos autos prova documental do referido ato decisório. A impetrante fez juntada apenas de cópia do agravo retido interposto contra aquela decisão, em cujas razões deduziu o pedido de que fosse dado *"o mesmo tratamento proporcionado as autoras, ordenando as diligências para comprovar o quantum receberam de seguro do DPVAT, de seguro facultativo da SUL AMÉRICA"* (fls 172/179).

É exato concluir, quanto a essa específica decisão, que o *mandamus* está deficientemente instruído, vez que ausente prova documental do fato afirmado como fundamento do pedido de tutela mandamental.

Não há, pois, na presente sede processual, conteúdo probatório suficientemente definido apto a viabilizar o exame do direito líquido e certo afirmado pela impetrante, relativamente ao decidido pela autoridade coatora, ao apreciar o pedido de produção da prova do pagamento do seguro obrigatório DPVAT e do seguro convencional da Sul América, aos autores da ação em curso na Comarca de Irauçuba, consoante pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, *verbis:*

> EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. **AUSÊNCIA DE CÓPIA DA DECISÃO APONTADA COMO COATORA. IMPOSSIBILIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA EM MANDADO DE SEGURANÇA.**
> **1. A ausência de cópia do inteiro teor da decisão apontada como coatora não pode ser suprida em momento posterior à impetração.**
> **2. O mandado de segurança exige a comprovação de plano do quanto alegado, mediante provas pré-constituídas. Não se admite dilação probatória incidental nessa via processual.**
> 3. Agravo regimental ao qual se nega provimento.

Agravo Regimental em Mandado de Segurança nº 28.785, Rel. Min. Cármen Lúcia, **Tribunal Pleno**, Unânime, DJ 05.04.2011

Incide, portanto, o óbice da ausência de prova documental pré-constituída, condição de ação específica do mandado de segurança, para impedir a apreciação do mérito da impetração.

Ademais, convém notar que, ainda se constasse dos autos cópia da decisão objeto do agravo retido antes mencionado e, assim, restasse superado o óbice da ausência de prova documental, não é dado ignorar que o impetrante fez uso do recurso próprio previsto na lei processual, circunstância essa que, por si só, obstaria a apreciação do mérito da impetração, na forma da Súmula 267, do Supremo Tribunal Federal.

Forte em tais razões, denego a ordem, sem apreciação do mérito, com fundamento nos art. 6º, § 5º, da Lei nº 12.016/2009.

É como voto.

Fortaleza, 5 de novembro de 2012.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 0658888-68.2000.8.06.0001.
IMPETRANTE: CÍCERO DAVID DE OURO PRETO.
IMPETRADO: COMANDANTE GERAL DA POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DO CEARÁ.
RELATORA: DESA. MARIA IRACEMA MARTINS DO VALE.

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL. DECADÊNCIA AFASTADA. MÉRITO. MILITAR. CUMULAÇÃO DE PERCEPÇÃO DE PENSÃO ESPECIAL DE EX-COMBATENTE COM BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. POSSIBILIDADE. PRECEDETES DO STF E DO STJ. CONCESSÃO DA SEGURANÇA.

1. No caso, mandado de segurança impetrado por ex-combatente de guerra, que pretende receber sua pensão especial cumulativamente ao benefício previdenciário devido pelo Estado do Ceará.

2. Decadência apontada pelo impetrado. Rejeição.

- A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que *"ex-combatente (cumulação de pensão especial com aposentadoria). Prescrição da pretensão ao fundo de direito (não ocorrência). Relação jurídica (trato sucessivo). Súmula 85 (aplicação). Agravo regimental (desprovimento*)." (AgRg no REsp 639560/RN, Rel. Ministro NILSON NAVES, SEXTA TURMA, julgado em 24/08/2009, DJe 03/11/2009)

3. Mérito. O Supremo Tribunal Federal já consolidou o entendimento segundo o qual *"a pensão especial assegurada a ex-combatente é de percepção autônoma, podendo vir a ser cumulada com benefício previdenciário."* (RE 602034 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 07/06/2011, DJe 22-09-2011).

- Precedentes do STF e do STJ.

- Segurança concedida, ressalvada a impossibilidade de devolução dos valores pretéritos à impetração (Súmula 271 do STF).

- Unânime.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos do Mandado de Segurança nº 0658888-68.2000.8.06.0001, em que figuram as partes acima indicadas. ACORDA o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Ceará, à unanimidade, em afastar a decadência para a impetração, **CONCEDENDO A SEGURANÇA** requestada, nos termos do voto da Relatora.

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança com pedido de liminar impetrado por Cícero David de Ouro Preto aduzindo que *"como faz prova o 'Diploma da Medalha de Campanha', emitido pelo então Ministro da Guerra do Governo Dutra, em 09.11.1949, efetivamente, participou das operações de guerra, na Itália, tendo portanto, composto a Força Expedicionária Brasileira/FEB"* (fl. 4). Por tal razão, entendeu que teria direito a percepção da Pensão Mensal de Ex-combatente, prevista nas Leis 4.224/63 e 5.315/67 cumulativamente ao benefício previdenciário, por força do Art. 53, II do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias de 1988.

Inicialmente, o feito fora protocolizado junto ao Setor de Distribuição do Fórum Clóvis Beviláqua, tendo sido distribuído ao Juízo da 7ª Vara da Fazenda Pública, que reconheceu sua incompetência para processar o *writ,* determinando o envio dos autos a esta e. Corte de Justiça (fl. 38).

Neste Tribunal, os autos foram distribuídos à Relatoria da Desa. Maria Celeste Thomaz de Aragão (fl. 42) que, a seu turno, proferiu decisão determinando a exclusão do Secretário de Administração Estadual do polo passivo deste *mandamus* (fls. 52/54).

Às fls. 72/75, o Tribunal Pleno, por unanimidade, reconheceu incidentalmente a inconstitucionalidade das expressões contidas no Art. 108, inciso VII, alínea 'b' da Constituição Estadual, ordenando o retorno dos autos ao primeiro grau de jurisdição.

Liminar deferida pelo magistrado da 7ª Vara da Fazenda Pública de Fortaleza, em 16/05/2005, então competente para apreciar a causa. Confira-se seu dispositivo (fls. 87/91):

> "Em face do exposto, **DEFIRO A MEDIDA LIMINAR** requerida, **DETERMINANDO** que a autoridade coatora conceda o benefício previdenciário a que faz jus o impetrante CÍCERO DAVID DE OURO PRETO em virtude de sua reforma como policial militar cumulativamente à pensão especial que o mesmo percebe face sua participação na 2ª Guerra Mundial."

Informações prestadas pelo Comandante Geral da Polícia Militar do Estado (fls. 94/105), arguindo a necessidade de ingresso do Estado do Ceará como litisconsorte passivo necessário, além da prescrição das parcelas vencidas antes do quinquênio anterior à propositura do *mandamus,* a impossibilidade de cobrança das parcelas anteriores à impetração e a decadência para a impetração.

À fl. 112, o julgador originário, em razão da alteração constitucional insculpida pela Emenda Constitucional nº 63, de 2 de julho de 2009, determinou o envio dos autos ao Tribunal de Justiça.

Por tal razão, os autos foram a mim distribuídos (fl. 115).

À fl. 125, **o Estado do Ceará apresentou manifestação**, ratificando as razões de direito contidas nas informações prestadas pela autoridade coatora.

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça às fls. 127/133, opinando pela concessão parcial da ordem, *"reconhecendo ao impetrante o direito de cumular a pensão especial, prevista da Lei 8.059/90, com os proventos de aposentadoria, deferindo-lhe as parcelas devidas desde a data da impetração".*

É o relatório.

Independe de revisão. Incluído em pauta.

VOTO

O cerne da controvérsia jurídica a ser apreciada neste *mandamus* cinge-se em saber se é possível cumular a percepção de proventos de aposentadoria com a pensão de ex-combatente de guerra.

- Da decadência apontada pelo impetrado.

Em análise preliminar, cumpre verificar a existência ou não de decadência no presente *writ.*

De início, destaque-se que a situação tratada neste *mandamus* é peculiar. Conforme se observa do documento acostado à fl. 14, bem como do comprovante mensal de rendimentos acostado à fl. 20, o impetrante integrou a Força Expedicionária Brasileira, tendo participado da operação de guerra na Itália.

Desta sorte, a pretensão do impetrante reside em perceber os proventos de aposentadoria como Policial Militar do Estado do Ceará.

No presente caso, o ex-combatente insurge-se contra ato omissivo continuado do Comandante Geral da Polícia Militar Estadual que se nega a pagar seus proventos de aposentadoria. Portanto, não há que se falar em decadência, nos termos da jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça. Confira-se:

> "MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. EX-COMBATENTE. PENSÃO ESPECIAL. MINISTRO DE ESTADO DA DEFESA. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. DECADÊNCIA. NÃO-OCORRÊNCIA. ATO OMISSIVO CONTINUADO. ADICIONAL DE TEMPO DE SERVIÇO E HABILITAÇÃO. VANTAGENS PESSOAIS. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.
> 1. "O processamento e pagamento da pensão especial cabe ao Comando da Força Armada a que esteve vinculado o ex-combatente na época da Segunda Guerra Mundial, nos termos do art. 12 da Lei 8.059/90 c/c o art. 19 da LC 97/99, e não ao Ministério da Defesa." (MS 7.529/DF, Rel. Min. FELIX FISCHER, TERCEIRA SEÇÃO, DJ 25/3/2002)
> **2. Nas hipóteses de mandado de segurança contra ato omissivo continuado, que se renova seguidamente, não há que se falar em decadência do direito.**
> 3. Os adicionais de habilitação militar e de tempo de serviço são vantagens pessoais devidas ao militar de carreira que preenche os requisitos legais. Não se incluem, portanto, na pensão especial, prevista no art. 53, II, do ADCT, correspondente à pensão deixada por segundo-tenente das Forças Armadas e devida ao ex-combatente que tenha participado de operações bélicas durante a Segunda Guerra Mundial. Precedentes.
> 4. Preliminar de ilegitimidade passiva ad causam do Ministro de Estado da Defesa acolhida. Segurança denegada. (MS 7.585/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/02/2007, DJ 26/03/2007) (destacado).

Analisando matéria absolutamente idêntica, assim decidiu a Sexta Turma do STJ:

> "Ex-combatente (cumulação de pensão especial com aposentadoria). Prescrição da pretensão ao fundo de direito (não ocorrência). Relação jurídica (trato sucessivo). Súmula 85 (aplicação). Agravo regimental (desprovimento)." (AgRg no REsp 639560/RN, Rel. Ministro NILSON NAVES, SEXTA TURMA, julgado em 24/08/2009, DJe 03/11/2009)

Em seu voto, o Ministro NILSON NAVES assim preconizou:

> **"Tal como dito na decisão de fls. 113/117, o Superior Tribunal firmou o entendimento de que, em casos que tais, em que se pretende cumulação de pensão especial com aposentadoria, por se tratar de prestação de trato sucessivo, que se renova mês a mês, não há falar em prescrição da pretensão ao fundo de direito."** (destacado).

Assim sendo, não há que se falar em decadência para a impetração deste *writ.* **Preliminar rejeitada**.

- Mérito.

No mérito, assiste razão ao impetrante.

Conforme mencionado, o documento acostado à fl. 14, bem como o extrato mensal de rendimentos de fl. 20 não deixam dúvidas de que o impetrante integrou a Força Expedicionária Brasileira, participando da operação de guerra na Itália.

O art. 53, inciso II do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias é firme ao dispor que:

> "Art. 53. Ao ex-combatente que tenha efetivamente participado de operações bélicas durante a Segunda Guerra Mundial, nos termos da Lei nº 5.315, de 12 de setembro de 1967, serão assegurados os seguintes direitos:
> (...)
> II - **pensão especial correspondente à deixada por segundo-tenente das Forças Armadas**, que poderá ser requerida a qualquer tempo, **sendo inacumulável com quaisquer rendimentos recebidos dos cofres públicos, exceto os benefícios previdenciários, ressalvado o direito de opção**; (destacado)

O Supremo Tribunal Federal, analisando matéria absolutamente idêntica, firmou entendimento no sentido de admitir a cumulação da pensão de ex-combatente com benefício previdenciário. A seguir, transcrevem-se os precedentes:

> "PENSÃO ESPECIAL – EX-COMBATENTE – CUMULAÇÃO. **A pensão especial assegurada a ex-combatente é de percepção autônoma, podendo vir a ser cumulada com benefício previdenciário.**" (RE 602034 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 07/06/2011, DJe 22-09-2011) (destacado).
> * * *
> "AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. PENSÃO ESPECIAL. EX-COMBATENTE. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE. CONCEITO. MATÉRIA DE ORDEM INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA INDIRETA. PRECEDENTES. AGRAVO IMPROVIDO. **I – A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de ser possível a cumulação de pensão especial de ex-combatente com benefício previdenciário** II – A discussão referente à condição de ex-combatente situa-se na esfera infraconstitucional. O que inviabiliza o recurso extraordinário. III – Agravo regimental improvido." (AI 774412 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 08/02/2011, DJe 10-03-2011) (destacado).
> * * *
> "AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EX-COMBATENTE. PENSÃO ESPECIAL. CUMULAÇÃO COM PROVENTOS DE APOSENTADORIA. ART. 53, II, DO ADCT. 1. A jurisprudência do Supremo é no sentido de que "[r]evestindo-se a aposentadoria de servidor público da natureza de benefício previdenciário,

> pode ela ser recebida cumulativamente com a pensão especial prevista no art. 53, inc. II, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, devida a ex-combatente" [RE 236.902, Relator o Ministro Néri da Silveira, DJ de 1.10.99]. 2. Agravo regimental a que se nega provimento." (RE 483101 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 06/02/2007, DJ 02-03-2007).

Outra não poderia ser a posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se extrai dos seguintes julgados:

> "PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO. EX-COMBATENTE. CUMULAÇÃO. PENSÃO PREVIDENCIÁRIA. ADMISSIBILIDADE. 1. Trata-se, na origem, de Ação ordinária na qual a agravada pleiteia a declaração da condição de ex-combatente de seu falecido marido, com proventos de Segundo Tenente, e o pagamento das parcelas em atraso. 2. A Lei 8.059/90 excepciona expressamente os benefícios previdenciários da proibição de cumular pensão especial com quaisquer outros rendimentos recebidos dos cofres públicos. Precedentes do STJ. 3. Admite-se a cumulação independentemente do exame da base fática, que, ademais, não pode ser aqui revisitada. Incidência da Súmula 7/STJ. 4. Agravo Regimental não provido." (AgRg no AREsp 197.610/RN, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/09/2012, DJe 24/09/2012)
> * * *
> "ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. MILITAR. CONDIÇÃO DE EX-COMBATENTE RECONHECIDA. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE PENSÃO ESPECIAL DE EX-COMBATENTE COM BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. É firme o entendimento desta Corte de que a pensão especial de ex-combatente pode ser percebida cumulativamente com proventos de aposentadoria, já que esta é tida como de natureza previdenciária, enquadrando-se na exceção do art. 4o. da Lei 8.059/90. 2. Agravo Regimental da UNIÃO FEDERAL desprovido." (AgRg no Ag 1394431/RN, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/08/2012, DJe 27/08/2012).

Deste modo, restando inconteste a condição de ex-combatente do impetrante, não se mostra razoável impedir a percepção cumulativa da pensão de ex-combatente com o benefício previdenciário a que faz *jus*.

Assim sendo, tendo em vista os precedentes jurisprudenciais a respeito da matéria, a concessão da segurança é medida que se impõe.

Ressalte-se que os valores eventualmente devidos, deverão ser limitados à data da impetração, em razão do enunciado da Súmula 271 do STF.

DISPOSITIVO

Por tais razões, afasto a decadência apontada pelo impetrado e, no mérito, **CONCEDO A SEGURANÇA REQUESTADA**, determinando à autoridade impetrada que efetue o pagamento do benefício previdenciário a que tem direito o impetrante, concomitantemente a pensão de ex-combatente, valor sobre o qual incidirão os percentuais decorrentes das sucessivas revisões gerais e anuais das remunerações dos servidores públicos estaduais, ficando, todavia, limitado o pagamento dos atrasados à data da impetração do *mandamus* (Súmula 271 do STF).

Sem honorários advocatícios, à guisa das Súmulas 512 do STF ("*Não cabe condenação em honorários de advogado na ação de mandado de segurança*") e 105 do STJ.

É como voto.

Fortaleza, 7 de fevereiro de 2013.

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2090-08.2001.8.06.0000/1
REQUERENTE: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DA COMARCA DE CASCAVEL
REQUERIDO: JUÍZO DE DIREITO DA 18ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE FORTALEZA
RELATOR: DESEMBARGADOR ADEMAR MENDES BEZERRA

EMENTA: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. INCIDENTE DE CONSTITUCIONALIDADE. APRECIAÇÃO PELO ÓRGÃO PLENÁRIO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ. CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO CONSTANTE DO ART. 97 DA CARTA DE PRINCÍPIOS. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE DIREITO PROCESSUAL. REGRA GERAL CONSTANTE DO ART. 70 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ADVENTO DE MODIFICAÇÃO NA LEI DE DIVISÃO E ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO CEARÁ PARA DEFINIR A ATRIBUIÇÃO JURISDICIONAL DA DÉCIMA OITAVA VARA CRIMINAL DE FORTALEZA PARA PROCESSAR E JULGAR, COM EXCLUSIVIDADE EM TODO O ESTADO DO CEARÁ, AS AÇÕES DECORRENTES DO DIREITO AMBIENTAL OU DIREITO ECOLÓGICO DESTINADAS A GARANTIR, DENTRE OUTROS BENS, A PRESERVAÇÃO DA VIDA, A DIVERSIFICAÇÃO DAS ESPÉCIES A HIGIDEZ AMBIENTAL E O EQUILÍBRIO ECOLÓGICO, TAIS COMO AS AÇÕES PENAIS, A AÇÃO CIVIL PÚBLICA, A AÇÃO COLETIVA PARA TUTELA DOS INTERESSES OU DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS, AS AÇÕES DE REPARAÇÃO DE DANOS PESSOALMENTE SOFRIDO PELAS VÍTIMAS DE ACIDENTES ECOLÓGICOS, AS AÇÕES COLETIVAS DE RESPONSABILIDADE CIVIL PELOS DANOS AMBIENTAIS, AS AÇÕES DECLARATÓRIAS DE NULIDADE DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS LESIVOS AO MEIO AMBIENTE E OUTRAS DECORRENTES DO CÓDIGO CIVIL, DO CÓDIGO PENAL, DA LEI DE CONTRAVENÇÕES PENAIS, DO CÓDIGO DE

ÁGUAS, DO CÓDIGO FLORESTAL, DO CÓDIGO DE CAÇA, DO CÓDIGO DE PESCA, DO CÓDIGO DE MINERAÇÃO E DO CÓDIGO BRASILEIRO DO AR. INCONSTITUCIONALIDADE. AFASTAMENTO DA APLICAÇÃO DO ART. 124 DA LEI ESTADUAL Nº 12.342/1994 COM A REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI N° 12.929, DE 13.07.99 AO JULGAMENTO DO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. DECLARAÇÃO *INCIDENTER TANTUM E INTRA PARS*. SUBMETE-SE O FEITO À APRECIAÇÃO DO ÓRGÃO PLENÁRIO EM VIRTUDE DA EXTENSA MODIFICAÇÃO NA COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL PLENO COM A ASCENSÃO DE VÁRIOS DESEMBARGADORES QUE NÃO PARTICIPARAM DO JULGAMENTO DO INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 2002.0000.3054-3/1, SOB A RELATORIA DO DESEMBARGADOR RÔMULO MOREIRA DE DEUS. INCIDENTE ACOLHIDO. RETORNO DOS AUTOS AO ÓRGÃO FRACIONÁRIO PARA O JULGAMENTO DO CONFLITO DE COMPETÊNCIA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de incidente de inconstitucionalidade nº 2090-08.2001.8.06.0000/1, em que figuram as partes acima indicadas, acordam os excelentíssimos senhores Desembargadores integrantes do egrégio Tribunal Pleno do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em acolher o incidente e declarar a inconstitucionalidade do art. 124 da Lei Estadual nº 12.342/1994, com a redação conferida pela Lei nº 12.929/1999.

Fortaleza, 17 de fevereiro de 2011.

RELATÓRIO

Trata-se de incidente de inconstitucionalidade suscitado pela eg. Primeira Câmara Cível deste Sodalício em sede de conflito negativo de competência provocado pelo Juízo de Direito da 1ª Vara de Cascavel contra o Juízo de Direito da 18ª Vara Criminal da Comarca de Fortaleza, no qual foi proferido acórdão com a seguinte ementa (fl. 59):

> EMENTA: CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CRIME AMBIENTAL. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE.
> 1. O artigo 124 da Lei de Organização Judiciária do Estado do Ceará, ao determinar a competência da 18ª Vara Criminal de Fortaleza (CE) para processar e julgar os crimes ambientais ocorridos em todo o território estadual, extrapolou os limites da iniciativa legislativa dos Estados, ao dispor sobre competência processual, invadindo esfera de atribuição exclusiva da União, consoante estabelece o art. 22, inciso I, da Carta Federal.
> 2. Inconstitucionalidade acolhida, incidente instaurado, nos termos dos arts. 480 e 481 do Código de Processo Civil.
> 3. Julgamento do conflito suspenso, remessa dos autos ao Tribunal Pleno, órgão competente para deliberar acerca da inconstitucionalidade suscitada.

Pronunciamento da douta Procuradoria de Justiça repousante às fls. 47/49 e anterior à apresentação dos autos em sessão de julgamento.

É o relatório.

A espécie atende à formalidade presente no art. 97 da Constituição Federal, que estabelece a cláusula de reserva de plenário para o julgamento da arguição de inconstitucionalidade *incidenter tantum* de lei ou ato normativo do Poder Público.

Com efeito, o incidente de inconstitucionalidade volta-se contra a norma de atribuição de competência judicante presente no art. 124 da Lei Estadual nº 12.342/1994, com a redação conferida pela Lei nº 12.929/1999, que vige nos seguintes termos:

> Art. 124. Ao juiz de Direito da 18ª Vara Criminal compete, ainda, privativamente, processar e julgar, com jurisdição em todo o território do Estado, as ações decorrentes do Direito Ambiental ou Direito Ecológico destinadas a garantir, dentre outros bens, a preservação da vida, a diversificação das espécies a higidez ambiental e o equilíbrio ecológico, tais como as ações penais, a ação civil pública, a ação coletiva para tutela dos interesses ou direitos individuais homogêneos, as ações de reparação de danos pessoalmente sofrido pelas vítimas de acidentes ecológicos, as ações coletivas de responsabilidade civil pelos danos ambientais, as ações declaratórias de nulidade de contratos administrativos lesivos ao meio ambiente e outras decorrentes do Código Civil, do Código Penal, da Lei de Contravenções Penais, do Código de Águas, do Código Florestal, do Código de Caça, do Código de Pesca, do Código de Mineração e do Código Brasileiro do Ar. (Redação dada pela Lei n° 12.929, de 13.07.99)

A CF/1988 estabelece no seu art. 22, I a competência privativa para legislar sobre direito processual e, neste sentido, o art. 70 do CPP:

> Art. 70. A competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução.

Verifica-se, sem desdúvidas, que a legislação federal estabelece regra para definir a competência jurisdicional para processar e julgar as ações criminais, determinando-a pelo lugar em que se consumar a infração ou, em caso de tentativa, pelo local em que se praticou o último ato de execução.

A legislação local não pode inovar a regra competencial definida pela lei federal, pois a atribuição legislativa é exclusiva da União e não pode haver lei local tratando de forma diversa.

Descabe a definição de competência privativa à 18ª Vara Criminal de Fortaleza para processar e julgar, com jurisdição em todo o território do Estado, as ações decorrentes do Direito Ambiental ou Direito Ecológico e as ações penais decorrentes do do Código Penal, da Lei de Contravenções Penais, do Código de Águas, do Código Florestal, do Código de Caça, do Código de Pesca, do Código de Mineração e do Código Brasileiro do Ar.

In specie, a previsão constante em lei local para destinar uma vara privativa para processar e julgar ações criminais não pode alterar a competência territorial definida no art. 70 do CPP.

Neste sentido a Súmula nº 206 do STJ:

> A existência de vara privativa, instituída por lei estadual, não altera a competência territorial resultante das leis de processo. (Súmula 206, Corte Especial, DJ 16/04/1998 p. 44)

O artigo 124 do Código de Divisão e Organização Judiciária do Estado do Ceará, com as alterações contidas na Lei nº 12.929/1999, é flagrantemente inconstitucional, cabendo tal declaração ao órgão plenário do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará para que possa prosseguir o julgamento do conflito negativo de competência inserido nestes fólios.

Justifica-se a submissão do feito a este egrégio Plenário porquanto a *quaestio juris* já tenha sido apreciada anteriormente incidente de inconstitucionalidade nº 2002.0000.3054-3/1, por unanimidade de votos, sob a relatoria do eminente Desembargador Rômulo Moreira de Deus, a composição deste órgão judicante sofreu majoritária modificação com a inserção de dezenas de novos julgadores até o atingimento da composição atual.

Neste sentido é que com respeito aos novos componentes deste Tribunal Pleno e reconhecendo cabível a lição de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (*in:* Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante, 11ª edição. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, pg. 799):

> 6. Desnecessidade da declaração. Quando o plenário do STF ou o plenário ou órgão especial do próprio tribunal, onde foi ou poderia ter sido suscitado

> o incidente, já tiverem se pronunciado sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei questionada, não há necessidade de o órgão fracionário (câmara, turma, câmaras reunidas, grupo de câmaras, seção etc) remeter a questão ao julgamento do plenário ou órgão especial. Nesse caso, o órgão fracionário pode aplicar a decisão anterior do plenário do STF ou do próprio tribunal, que haja considerado constitucional ou inconstitucional a lei questionada. **No entanto, não há vedação de que o órgão fracionário submeta a questão ao plenário ou órgão especial, notadamente quando houver fundamento novo ou modificação na composição do plenário ou órgão especial, circunstância que caracteriza a potencialidade de modificação daquela decisão anterior.** (grifos não originais)

Ex positis, configurada a incompatibilidade do art. 124 da Lei nº 12.342/1994, alterado pela Lei nº 12.929/1999, com a norma do art. 22, I, da CF/1988, em face da existência da regra presente no art. 70 do CPP, pois a competência da União para legislar sobre direito processual é privativa, afasta-se a aplicação do dispositivo local ao presente conflito de competência.

É como voto.

Fortaleza, 17 de fevereiro de 2011.

PROCESSO Nº 0486781-21.2000.8.06.0000/50001.
INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE.
SUSCITANTE: CONSTRUTORA E IMOBILIÁRIA SANTA CECILIA LTDA.
SUSCITADO: WALLACE ALMEIDA DE OLIVEIRA.
ORIGEM: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ.
RELATOR: DESEMBARGADOR FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA.

EMENTA: CONSTITUCIONAL. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGOS 21 E 28 DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 542/1994, CONVERTIDA NA LEI FEDERAL Nº 9.069/1995. LEI POSTERIOR QUE ALTERA CLÁUSULA CONTRATUAL. VIOLAÇÃO AO ART. 5º, XXXVI, DA CF/88. NORMA QUE FIXA OS CRITÉRIOS PARA CONVERSÃO DA MOEDA TEM APLICAÇÃO IMEDIATA, NÃO SE SUBMETENDO AOS LIMITES DO DIREITO ADQUIRIDO E DO ATO JURÍDICO PERFEITO. EXCEÇÃO À REGRA GERAL. INCIDENTE PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O artigo 28 da Lei nº 9.069/1995, ao atingir, retroativamente, os contratos celebrados antes do advento da legislação do Plano Real e ao vedar a periodicidade inferior a um ano para o reajuste das prestações pecuniárias, viola o disposto no artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal, pois altera expressa cláusula contratual que institui o reajuste semestral do aluguel. Precedente do STF.
2. O artigo 21 apenas estabelece as fórmulas de conversão da nova moeda, motivo pelo qual não se submete aos limites do ato jurídico perfeito, não havendo falar em afronta ao inciso XXXVI, artigo 5º, da CF/88. Precedentes do STF e do STJ.
3. Incidente parcialmente provido, para declarar a inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, tão somente do artigo 28 da Lei Federal nº 9.069/1995.

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores integrantes do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, unanimemente, **em julgar parcialmente procedente o incidente**, para declarar a inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, tão somente do

art. 28 da Medida Provisória nº 542/1994, convertida na Lei Federal nº 9.069/1995, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 25 de fevereiro de 2013.

RELATÓRIO

Trata-se de incidente de inconstitucionalidade suscitado pela Construtora e Imobiliária Santa Cecilia Ltda. (ré-apelante) em face dos artigos 21 e 28 da Lei Federal nº 9.069/1995, nos autos da apelação nº 486781-21.2000.8.06.0000, interposta em desfavor de Wallace Almeida de Oliveira (autor-apelado) e em trâmite junto à e. Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.

O demandante manejou ação de consignação em pagamento contra a Construtora e Imobiliária Santa Cecília Ltda., objetivando a quitação do débito locatício que entende ser devido, sob o argumento de que, contrariando as disposições da Medida Provisória nº 542/1994 (convertida na Lei nº 9.069/95) e os cálculos efetuados pelo DECON, a promovida fixou um exorbitante valor do aluguel quando da conversão da obrigação pecuniária de cruzeiros reais para reais.

O magistrado singular julgou procedente a pretensão autoral (fls. 58-60), ao concluir que a Lei Federal nº 9.069/1995, por se tratar de norma de ordem pública, é regra cogente de aplicação imediata, mesmo em razão de contrato celebrado entre as partes, não havendo falar em ofensa ao artigo 5º, inciso XXXVI, da CF/88.

Irresignada com o teor do referido *decisum*, a empresa recorrente interpôs apelação (fls.61-69), aduzindo a inconstitucionalidade dos artigos 21 e 28 da Lei Federal nº 9.069/1995, ao afirmar que "o Estado Brasileiro ao publicar a Medida Provisória nº 542/94, fê-lo em flagrante desrespeito ao 'ato jurídico perfeito', e à 'coisa julgada', pois permitiu que, através dos arts. 21 e 28 do citado ordenamento, nos contratos de locação de imóveis, o valor do aluguel e a periodicidade dos reajustamentos então pactuados entre as partes antes da vigência da citada MP, fossem por ela indevidamente albergados, e, por conseguinte, alterados" (fl. 67).

Com supedâneo no art. 97 da Constituição Federal e em respeito à reserva de plenário, a e. Terceira Câmara Cível (fls. 93-103), ao vislumbrar a possível violação ao artigo 5º, XXXVI, da CF/88, enviou os autos a este e. Órgão Especial para a averiguação da constitucionalidade das normas veiculadas nos arts. 21 e 28 da Lei Federal nº 9.069/1995, que dispõem sobre o Plano Real, estabelecendo as regras e condições de emissão do real e os critérios para conversão das obrigações para o real.

A Procuradoria Geral de Justiça, em parecer de fls. 113-118, opinou pela declaração de inconstitucionalidade do citado artigo 21, por entender que seus efeitos

não poderão retroagir para atingir os atos jurídicos perfeitos (artigo 5º, inciso XXXVI, da CF/88).

É o relatório.

VOTO

Compulsando os autos, verifico que o presente incidente se restringe à análise da constitucionalidade da aplicação dos artigos 21 e 28 da Medida Provisória nº 542/1994, convertida na Lei Federal nº 9.069/1995, aos contratos celebrados antes da edição da legislação do Plano Real.

Ab initio, convém transcrever o citado artigo 28, *in verbis*:

> **Art. 28. Nos contratos celebrados ou convertidos em REAL com cláusula de correção monetária por índices de preço ou por índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados, a periodicidade de aplicação dessas cláusulas será anual.**
> **§ 1º É nula de pleno direito e não surtirá nenhum efeito cláusula de correção monetária cuja periodicidade seja inferior a um ano.**
> **§ 2º O disposto neste artigo aplica-se às obrigações convertidas ou contratadas em URV até 27 de maio de 1994 e às convertidas em REAL.**
> [...] (destaques)

Da literalidade desse dispositivo, depreende-se que a novel lei instituiu, com aplicação retroativa aos contratos anteriormente celebrados, a periodicidade anual para o reajuste das prestações pecuniárias, declarando a nulidade de qualquer cláusula de correção monetária cuja periodicidade seja inferior a um ano (§1º).

Nota-se, contudo, que esse preceito afronta o disposto no artigo 5º, inciso XXXVI, da CF/88[1], pois atingiu, retroativamente, a cláusula 2ª do contrato de locação avençado entre as partes litigantes nos idos de 1992 (fls. 08-09), que previa o reajuste semestral do valor do aluguel.

Sobre o tema, em sede de controle difuso, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou pela inconstitucionalidade do assinalado artigo 28, como se constata do elucidativo trecho do voto do Ministro Sepúlveda Pertence, relator do Recurso Extraordinário nº 273.602/RJ[2]. Veja-se:

> "**A tese do acórdão recorrido diverge da orientação do STF, que não faz distinção entre lei de ordem pública e lei dispositiva, para efeito de restringir a garantia constitucional da intangibilidade do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, valendo notar que o dispositivo de cuja aplicação se cogita, ao dispor que 'nos contratos celebrados ou convertidos em real com cláusula de correção monetária por índices de preço ou por índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados,**

> **a periodicidade de aplicação dessas cláusulas será anual', não altera o padrão monetário, nem estabelece critérios para a conversão da moeda, não sendo, pois, invocável a jurisprudência que excepciona essas hipóteses do âmbito de incidência do art. 5º, XXXVI, da Constituição.**
> [...]
> Não há dúvida, por outro lado – como bem demonstrou o em. Min. Moreira Alves na ADIn 493 -, de que 'se a lei alcançar os efeitos futuros de contratos celebrados anteriormente a ela, será essa elei retroativa porque vai interferir na causa, que é um ato ou fato ocorrido no passado'.
> **Portanto, a aplicação imediata do art. 28, caput, da L. 9.069/95 – segundo o qual, 'nos contratos celebrados ou convertidos em real com cláusula de correção monetária por índices de preço ou por índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados, a periodicidade de aplicação dessas cláusulas será anual' -, atingiu, retroativamente, a cláusula 4ª do contrato assinado pelas partes, que previa o reajuste trimestral do valor do aluguel, ofendendo, assim, o disposto no art. 5º, XXXVI, da Constituição**."(destaques)

Diante de tais considerações, patente é a violação ao artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, razão pela qual deve ser afastada a aplicação do artigo 28 da Lei Federal nº 9.069/1995.

Por outro lado, não vislumbro a pretensa inconstitucionalidade do artigo 21, que assim dispõe:

> **Art. 21. As obrigações pecuniárias em Cruzeiros Reais, com cláusula de correção monetária baseada em índices de preços, em que a periodicidade de reajuste pleno é maior que a periodicidade de pagamento, serão convertidas em REAL, no dia 1º de julho de 1994, de acordo com as disposições abaixo:**
> I - dividindo-se o valor em Cruzeiros Reais da obrigação vigente no dia do aniversário em cada um dos meses imediatamente anteriores, em número igual aos do último período de reajuste pleno, pelo valor em Cruzeiros Reais do equivalente em URV nesses mesmos dias;
> II - extraindo-se a média aritmética dos valores resultantes do inciso anterior;
> III - reconvertendo-se, em Cruzeiros Reais, o valor encontrado pela URV do dia do aniversário em junho de 1994;
> IV - aplicando-se, pro rata tempore, sobre o valor em Cruzeiros Reais de que trata o inciso anterior, o índice contratual ou legal até 30 de junho de 1994; e
> V - convertendo-se em REAL o valor corrigido na forma do inciso anterior pela paridade fixada para aquela data.
> § 1º O cálculo da média a que se refere este artigo será feito com base nos preços unitários, nos casos dos contratos para aquisição ou produção de bens para entrega futura, execução de obras, prestação de serviços, locação, uso e arrendamento, quando as quantidades de bens e serviços, a cada mês, forem variáveis.

> § 2º No caso de obrigações em que tenha transcorrido um número de meses menor que o da periodicidade de reajuste pleno, a conversão será feita, na forma do caput deste artigo, levando-se em conta apenas os valores referentes aos meses a partir da contratação.
> **§ 3º No caso dos contratos de locação residencial com cláusula de reajuste superior a seis meses, as disposições do caput deste artigo serão aplicadas tomando em conta apenas os aluguéis dos primeiros seis meses do último período de reajuste pleno.**
> § 4º Em caso de desequilíbrio econômico-financeiro, os contratos de locação residencial, inclusive os convertidos anteriormente, poderão ser revistos, a partir de 1º de janeiro de 1995, através de livre negociação entre as partes, ou judicialmente, a fim de adequá-los aos preços de mercado, sem prejuízo do direito à ação revisional prevista na Lei nº 8.245, de 1991.
> § 5º Efetivada a revisão, o novo valor do aluguel residencial vigorará pelo prazo mínimo de um ano. (destaques)

Como se vê, essa norma estabelece as regras de **conversão das obrigações em cruzeiros reais para reais,** quando a periodicidade do reajuste pleno for maior que a do pagamento.

Nesse viés, impende esclarecer que, quanto à criação dos planos econômicos, do novo padrão monetário e dos critérios para conversão da moeda, conforme o voto do Ministro Moreira Alves, relator do Recurso Extraordinário nº 114.982-5, o Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento "de que as normas que alteram o padrão monetário e estabelecem os critérios para a conversão dos valores em face dessa alteração se aplicam de imediato, alcançando os contratos em curso de execução, uma vez que elas tratam de regime legal de moeda, não se lhes aplicando, por incabíveis, as limitações do direito adquirido e do ato jurídico perfeito"[3].

A propósito, colaciono precedente do STF, *verbo ad verbum*:

> TABLITA. PLANO CRUZADO. REGRA DE DEFLAÇÃO DO DECRETO-LEI 2.284/86. PRINCÍPIOS DO DIREITO ADQUIRIDO, DO ATO JURÍDICO PERFEITO E DA COISA JULGADA. ALTERAÇÃO DE PADRÃO MONETÁRIO. [...] **2. Também por isso se confirmou a tese de que normas de ordem pública que instituem novo padrão monetário têm aplicação imediata em relação aos contratos em curso como forma de reequilibrar a relação jurídica antes estabelecida.** 3. O Plano Funaro (Cruzado) também representou mudança de padrão monetário e alteração profunda dos rumos econômicos do país e, por isso, a esse plano econômico também se aplica a jurisprudência assentada no julgamento do RE 141.190. Negado provimento ao recurso. (STJ. Tribunal Pleno. **RE 136901.** Relator para o Acórdão Ministro Nelson Jobim. julgado em 15/03/2006, destaques)

Nessa mesma linha, nada obstante o Recurso Extraordinário nº 212.609 AgR/SP permanecer pendente de julgamento pelo Plenário da Suprema Corte, vale destacar o voto de divergência do Ministro Nelson Jobim, que, ao adotar a mencionada

jurisprudência do STF e concluir pela constitucionalidade do artigo 21 da Lei Federal nº 9.069/95, negou provimento ao excepcional.

Pelas razões apresentadas, é notório que as disposições do artigo 21 não se submetem aos limites do ato jurídico perfeito nem afrontam o inciso XXXVI do artigo 5º da CF/1988, já que apenas estabelecem as fórmulas de conversão da nova moeda.

Esse também é o posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, como se observa dos seguintes julgados:

> PROCESSUAL CIVIL. LOCAÇÃO. PLANO REAL. ART. 21, § 4º DA MEDIDA PROVISÓRIA 542/94. DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO. AÇÃO REVISIONAL. POSSIBILIDADE. LEI INQUILINÁRIA. ART. 19. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO.
> **1- As normas denominadas de ordem pública, como as que instituíram o Plano Real, têm aplicação imediata, motivo por que, constatado o desequilíbrio econômico-financeiro a que se refere o art. 21, § 4º da MP 542/94, resta facultado ao locador o manejo da ação revisional.**
> 2- O exercício da ação revisional prevista no art. 21, § 4º da MP 542/94, mesmo que em prazo inferior ao triênio exigido pelo art. 19 da Lei 8.245/91, não constitui infração à lei inquilinária, eis que caracterizada a simples aplicação de norma de ordem pública.
> 3- Recurso ordinário desprovido. (STJ. 5ª Turma. **RMS 6.821/SP**. Relator Ministro Gilson Dipp. DJ 04/10/1999, p. 62,) (destaques)

> CIVIL. LOCAÇÃO COMERCIAL. PLANO REAL. MEDIDA PROVISORIA NUM. 542/1994. CONVERSÃO DO ALUGUEL EM REAL. - A MEDIDA PROVISORIA NUM. 542/1994, QUE INSTITUIU O PLANO REAL E MODIFICOU O PADRÃO MONETARIO NACIONAL, E NORMA JURIDICA DE ORDEM PUBLICA, DE EFICACIA IMEDIATA E GERAL, ALCANÇANDO AS RELAÇÕES JURIDICAS ESTABELECIDAS ANTES DE SUA EDIÇÃO. - **AS REGRAS DE CONVERSÃO DAS OBRIGAÇÕES PECUNIARIAS COM CLAUSULA DE CORREÇÃO MONETARIA BASEADA EM INDICES DE PREÇOS, PREVISTAS NO ART. 21, DA CITADA MEDIDA PROVISORIA, SÃO APLICAVEIS AOS CONTRATOS DE LOCAÇÃO COMERCIAL, SEM QUE DISSO RESULTE QUEBRA**

---

[1] CF/1988, Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: […] XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada; [...].

[2] STF. 1ª Turma. **RE 273602**. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. julgado em 18/02/2003. DJ 16-05-2003, destaques.

[3] STF. 1ª Turma. **RE 114982**. Relator Ministro Moreira Alves. julgado em 30/10/1990. DJ 01-03-1991, destaques.

> **DO PRINCIPIO DA IRRETROATIVIDADE DA LEI**. - RECURSO ESPECIAL CONHECIDO. (STJ. 6ª Turma. **REsp 89348/SP**. Relator Ministro Vicente Leal. DJ 04/11/1996, destaques)

Sob tais fundamentos, **julgo parcialmente procedente o incidente em tela**, para declarar a inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, tão somente do artigo 28 da Lei Federal nº 9.069/1995, devendo os autos retornar à Terceira Câmara Cível para a continuação do julgamento.

É como voto.

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

APELAÇÃO CRIME

APELAÇÃO: N°10054-08.2008.8.06.0000/0
ORIGEM: 12ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE FORTALEZA
APELANTES(S): WEAVER OLIVEIRA DOS ANJOS
RELATORA: DESa. FRANCISCA ADELINEIDE VIANA

EMENTA: PENAL E PROCESSO PENAL. ART. 157, §2º, II, DO ESTATUTO REPRESSIVO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. 4 (QUATRO) ANOS E 8 (OITO) MESES DE RECLUSÃO. REGIME INICIALMENTE SEMIABERTO. IRRESIGNAÇÃO DO ACUSADO. 1. NEGATIVA DE AUTORIA. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. DESCABIMENTO. CONTRIBUIÇÃO ATIVA PARA OCORRÊNCA DO CRIME. 2. DECOTE DA QUALIFICADORA CONCERNENTE AO CONCURSO DE AGENTES. INADMISSIBILIDADE. PALAVRA DA VÍTIMA, SEGURA E CORROBORADA PELA PROVA TESTEMUNHAL, REVELA O COMETIMENTO DO CRIME PELO APELANTE, EM COMPANHIA DE UM ADOLESCENTE E DE TERCEIRO NÃO CAPTURADO. 3. DESCABIDO, TAMBÉM, PLEITO DE REDUÇÃO DE PENA, EM FACE DE RECONHECIMENTO DE CRIME TENTADO. NÃO RECUPERAÇÃO INTEGRAL DA *RES FURTIVA* E DESNECESSIDADE DE POSSE MANSA, PACÍFICA E DESVIGIADA – SÚMULA N° 11, TJCE. 4. FIXADA A PENA BASE NO LIMITE MÍNIMO PREVISTO EM LEI E, AINDA, ATENUADA PARA *QUANTUM* AQUÉM DESSE MÍNIMO, NÃO HÁ FALAR EM PENA EXACERBADA. Recurso conhecido e desprovido.

1.Descabe a tese negativa de autoria, bem como os pleitos de reconhecimento de participação de menor importância e de afastamento da majorante concernente ao concurso de agentes, quando a vítima seguramente reconhece o apelante como aquele que promoveu a subtração de seu aparelho de telefonia celular, após ser imobilizada por uma “gravata”, aplicada pelo menor infrator, ocasião em que um terceiro agente envolvido no fato, subtraiu-lhe a bicicleta, restando o apelante e o menor capturados e o aparelho celular restituído, no entanto, o terceiro evadido com a posse da bicicleta. Nesse

sentido, também descabido o pleito de reconhecimento de que o crime se deu em sua forma tentada, uma vez que, além de a bicicleta não haver sido recuperada, quanto ao aparelho de telefonia celular também se promoveu a inversão da posse, não se exigindo seja mansa, pacífica e desvigiada. Entendimento sumulado desta Corte de Justiça. Precedentes do STJ.
2.Pena-se fixada no *quantum* mínimo previsto para o crime de roubo consumado, atenuada aquém desse mínimo e majorada na fração mínima. Descabida a argumentação de que exacerbada.
3.Recurso conhecido e desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de nº 10054-08.2008.8.06.0000/0, em que foi interposta apelação pela Defesa contra sentença proferida no Juízo da 12ª Vara Criminal da Comarca de Fortaleza, pela qual foi o réu Weaver Oliveira dos Anjos condenado pela prática de crime previsto no art. 157, §2º, II, do Código Penal Brasileiro.

Acordam os Excelentíssimos Senhores Desembargadores integrantes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer do apelo para lhe negar provimento em consonância com o voto da eminente Relatora.

Fortaleza, 03 de dezembro de 2012.

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade do recurso, conheço da presente apelação criminal.

Trata-se de recurso de apelação contra sentença proferida em desfavor de Weaver Oliveira dos Anjos, condenado pela prática de crime previsto no art. 157, §2º, II, do Código Penal Brasileiro ao cumprimento de quatro anos e oito meses de reclusão, em regime inicialmente semiaberto, cumulada ao pagamento de trinta dias-multa.

Insurge-se o réu contra o édito condenatório ao argumento de que insustentável a condenação somente com a oitiva da vítima a embasá-la. Inclusive afirma a inexistência de bem de valor patrimonial a ser subtraído. Alternativamente requer seja reconhecida a ocorrência de roubo simples tentado, com aplicação de redutor máximo, observado o fato de que o agente confessou o crime e que inserida a conduta no conceito

de participação de menor importância

Compulsando os autos, verifico não merecem guaridas as argumentações recursais. Explico.

Da oitiva da vítima em Juízo tem-se a clara evidência da ocorrência do crime – subtração, mediante violência física, de um aparelho de telefonia celular e de uma bicicleta (que não foi recuperada), ambos de propriedade do Sr. Vinícius Wagner Cavalcante Costa, cujos trechos ora colaciono, fls. 41/42:

> Que no dia do fato o depoente se encontrava em sua bicicleta na Rua Dragão do Mar, quando foi abordado por três indivíduos, sendo um deles maior de idade (acusado) e outros dois menores de idade, que um dos menores de uma "gravata" no declarante, enquanto o acusado subtraiu seu aparelho celular; que o outro menor fugiu na bicicleta do declarante; que dois policiares militares ajudaram o declarante a deter o acusado e um dos menores, que de pronto o declarante reconheceu os referidos indivíduos como sendo os autores do delito; que com o menor que foi detido foi encontrado o aparelho celular do declarante; que o referido menor foi levado a DCA e o acusado para a delegacia para a lavratura do auto de prisão em flagrante; que nenhum dos elementos estava armado, mas agiram mediante violência fazendo gesto de que estavam armados. (...); que o celular do declarante foi recuperado; que quem tomou o celular do declarante foi o acusado, mas quando a Policia conseguiu pega-los quem estava com o celular era o menor de idade, pois o acusado passou para ele; que logo após o fato a Policia passou perto do local e prendeu o acusado e apreendeu um dos adolescentes; que a bicicleta do declarante não foi recuperada porque o outro adolescente conseguiu fugir.

Ademais, os policiais Robson Távora Siqueira e Erivaldo Correia da Silva, não obstante não tenham presenciado a ação delituosa, foram os responsáveis pela prisão em flagrante delito do réu e pela apreensão do menor infrator, esse com a posse do aparelho celular da vítima. Ambos confirmaram em Juízo a mesma versão que lhes foi por ela passada, no sentido de que o adolescente foi o responsável pela "gravata" no pescoço da vítima e que o apelante foi quem promoveu a subtração de seu aparelho de telefonia celular. Confirmaram que viram pessoas correndo da rua, ocasião em que foram abordados pela vítima, que lhes pediu ajuda, informando-lhes as circunstâncias em que ocorrido o delito. Inclusive o policial Robson declarou em Juízo que, na ocasião, ambos confessaram o crime e foram reconhecidos pela vítima como seus autores.

Portanto, autoria e materialidade incontroversas. Aquela, pela prova testemunhal e essa, reforçada, ainda, pelo auto de apresentação e apreensão acostado à fl. 17.

De suma valia a palavra da vítima, mormente quando não há motivos concretos para ser refutada. Nesse sentido:

> "A palavra da vítima, quando se trata de demonstrar a ocorrência de subtração e do reconhecimento da autoria em um roubo, é de suma valia. Ela é a pessoa que possui contato direto com o roubador ou com roubadores. Se o delito é praticado na presença de outras pessoas, os depoimentos destas são importantes para robustecer as declarações da vítima. Se o delito é praticado sem que outra pessoa o presencie, a palavra da vítima é que prepondera. A preponderação resulta do fato de que uma pessoa nunca irá acusar desconhecidos da prática de uma subtração quando esta inocorreu. Não se pode argumentar de acusação motivada por vingança ou qualquer outro motivo, quando os envolvidos não mantêm qualquer vínculo de amizade ou inimizade quando são desconhecidos entre si"(TACRIMSP Ac Rel. Almeida Braga. JUTACrim 100/250); e

> "A palavra da vítima em caso de roubo deve prevalecer à do réu, desde que serena, coerente, segura e afinada com os demais elementos de convicção existentes nos autos(TACrimSP Ac. Rel. Celso Limongi, JUTACrim 94/341).

Colaciono, por oportuno, a lição de Heráclito Antônio Mossin, *in* Comentários ao Código de Processo Penal, à Luz da Doutrina e da Jurisprudência, Ed. Manole, ed.2005, p.428, com o seguinte entendimento:

> Situação completamente oposta dá-se quando o crime que vitimou o ofendido é cometido às escondidas onde não houve pessoa que o presenciou. É o que normalmente se dá com os crimes contra os costumes(v.g. Estupro, atentado violento ao pudor) e mesmo com delitos de natureza patrimonial(v.g. Roubo). Nessa hipótese ocorre como derradeira a versão exclusiva da vítima, muitas vezes contrariada com a versão do acusado.
> Não pode o magistrado e nem é concebido pela administração da Justiça, que, havendo somente as declarações da vítima a respeito da ocorrência delituosa e a negativa de seu indigitado autor, o réu seja absolvido por falta de prova(in dubio pro reo). Se assim fosse, não deveria ser proposta a ação penal, uma vez que haveria falta de justa causa para sua procedimentação, o que ensejaria o não recebimento da peça acusatória, ou se fosse aceita, a ação seria trancada via habeas corpus.
> Nesses delitos clandestinos deve o magistrado, ao elaborar sua prestação jurisdicional, observar de forma acurada as palavras do ofendido, verificando se elas são coerentes, uniformes, enfim destituídas de qualquer contradição ou hesitação e se são ditas de modo sincero e sério, notadamente nos crimes contra os costumes, quando então gozará da presunção de veracidade RT 671/305-6, 665/266, 666/295, 663/385; RJTJSP 41/365, 43/389.

No caso em tela, as palavras da vítima guardam perfeita consonância com o teor do caderno processual, inclusive com os indícios colhidos em sede de inquérito policial, restando isolada, assim, a argumentaçao do réu de que não subtraiu os bens da vítima.

Nessa esteira, descabido também o pleito de reconhecimento de participação de menor importância. A vítima foi categórica em afirmar, em ambas as ocasiões em que restou inquirida, que o acusado teve atuação direta na cena criminosa, praticando atos de execução próprios do crime, porquanto foi ele o responsável pela subtração do seu aparelho de telefonia celular, após o menor infrator segurar-lhe com o golpe popularmente conhecido como "gravata".

Sobre o tema já decidiram nossos Tribunais:

> ROUBO MAJORADO. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL CONDENAÇÃO MANTIDA FALTA DE PROVAS - IMPOSSIBILIDADE - PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA REJEITADA - A confissão extrajudicial do réu somada ao farto acervo probatório produzido, torna certa a autoria do delito. Impossível o reconhecimento da participação de menor importância guando o agente atua durante todo o iter criminis como protagonista, e não como mero figurante, contribuindo ativa e conscientemente para o sucesso da empreitada. (406306120008260564 SP , Relator: Willian Campos, Data de Julgamento: 01/02/2011, 4ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 02/02/2011, undefined)

> APELAÇÃO CRIME - ROUBO MAJORADO PELO CONCURSO DE AGENTES - CONDENAÇÃO - RECURSOS DA DEFESA - APELANTE 1 - TESE DESCLASSIFICATÓRIA PARA FURTO TENTADO - INVIABILIDADE - DELITO COMETIDO COM VIOLÊNCIA E GRAVE AMEAÇA À VÍTIMA - PALAVRA DA VÍTIMA E DOS POLICIAIS MILITARES - RELEVÂNCIA - PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - INCOMPATIBILIDADE - CRIME COMETIDO COM GRAVE AMEAÇA - DESPROVIDO APELANTE 2 - ALEGAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA - NÃO ACOLHIMENTO - CO- AUTORIA - TEORIA DO DOMÍNIO DO FATO - UNIDADE DE DESÍGNIOS VERIFICADA NA HIPÓTESE - PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA AFASTADA - PRETENDIDA DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL - SUBTRAÇÃO DE BENS ALHEIOS MEDIANTE VIOLÊNCIA E GRAVE AMEAÇA - INVIABILIDADE - PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - INCOMPATIBILIDADE - CRIME COMETIDO COM GRAVE AMEAÇA - DOSIMETRIA PENAL ESCORREITA PARA AMBOS OS RÉUS - PENA MANTIDA - DESPROVIDO - (8614180 PR 861418-0 (Acórdão), Relator: Clayton Camargo, Data de Julgamento: 10/05/2012, 3ª Câmara Criminal).

Descabido, também, o pedido de redução da pena em razão de *conatus*, ao argumento de que "curtíssimo 'iter criminis' percorrido pelo agente", tendo em vista que, além de a vítima não haver recuperado integralmente os bens que lhe foram subtraídos, hoje já se encontra assentado o entendimento jurisprudencial a respeito de o furto/roubo estar consumado com a mera inversão da posse do bem, prescindindo

que seja mansa, pacífica e desvigiada, ou que a *res furtiva* saia da esfera de vigilância da vítima, adotando-se, portanto a teoria da *amotio*, em posicionamento inclusive já sumulado por esta Egrégia Corte.

> AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PENAL. PROCESSUAL PENAL. DESCLASSIFICAÇÃO DE FURTO CONSUMADO PARA TENTADO. IMPOSSIBILIDADE. DESNECESSIDADE DA POSSE TRANQÜILA DA RES. ART. 155, § 4º, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL.
> 1. A controvérsia circunvolve-se à configuração de furto no caso de subtração de 13 (treze) quilos de fios de cobre distribuídos na forma de rede de energia elétrica.
> 2. Segunda a denúncia do Ministério Publico estadual, por ocasião dos fatos, policiais militares foram avisados da ocorrência de um delito de furto de fios de energia elétrica. Na ocasião, foram, também, fornecidas as características do suposto envolvido. Os milicianos dirigiram-se imediatamente até o local indicado para checar as informações. Ocorre que antes de chegar à referida rua, avistaram um indivíduo, com as características fornecidas, carregando um saco e resolveram investigar. Durante a revista, foram encontrados, no interior do saco aproximadamente 13 (treze) quilos de fios de cobre, além de um alicate usado, provavelmente, para cortar os fios (fls. 145).
> 3. O art. 155 do CP traz o verbo-núcleo do tipo penal do delito de furto a ação de "subtrair", pode-se concluir que o direito brasileiro adotou a teoria da apprehensio ou amotio, em que os delitos de roubo ou de furto se consumam quando a coisa subtraída passa para o poder do agente, mesmo que num curto espaço de tempo, independentemente da res permanecer sob sua posse tranqüila.
> 4. A questão do momento consumativo do crime de furto é conhecida do STJ, portanto não se trata, nos autos, de reexame de provas, mas sim de valoração jurídica de situação fática.
> 5. Agravo regimental a que se nega provimento.
> (AgRg no REsp 1036511/RS, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 14/09/2010, DJe 04/10/2010)

> CRIMINAL. RESP. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DUAS MAJORANTES. EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE AGENTES. MAJORAÇÃO NA METADE. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 443/STJ. TENTATIVA. NÃO OCORRÊNCIA. MOMENTO DA CONSUMAÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.
> I. O concurso de agentes e o emprego de arma de fogo tratam de causas especiais de aumento de pena e ensejam a dupla valoração e a exasperação da pena em até a metade, nos termos da previsão legal para tanto.
> II. O entendimento de que a presença de duas qualificadoras pode levar a majoração da reprimenda além de 1/3, devido ao maior grau de reprovabilidade da conduta do agente, não implica em dizer que a simples presença das majorantes justifica, por si só, a majoração da pena acima do mínimo previsto, para o qual deve haver devida fundamentação. (Incidência

> da Súmula 443/STJ). Precedentes.
> III. O delito de furto - assim como o de roubo - consuma-se com a simples posse, ainda que breve, da coisa alheia móvel, subtraída mediante violência ou grave ameaça, sendo desnecessário que o bem saia da esfera de vigilância da vítima. Precedentes.
> IV. Recurso parcialmente provido.
> (REsp 1124523/MG, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 09/11/2010, DJe 22/11/2010)
> Nesse sentido, vem a entendimento sumulado desta Corte de Justiça:
>
> Súmula n° 11 – TJCE: "O delito de roubo se consuma no instante em que a detenção da coisa móvel alheia se transforma em posse, mediante o emprego de grave ameaça ou violência à pessoa, sendo irrelevante que o agente a tenha tranqüila e disponha livremente da res furtiva."

No que concerne ao pleito de desclassificação do delito para roubo simples, afastando-se a majorante atinente ao concurso de agentes, vejo-o igualmente impertinente, na medida em que comprovado, até pela própria versão do réu apresentada em Juízo, que no momento do crime se fez acompanhar do menor infrator de nome Valdisson e de um terceiro de alcunha Rato, tendo sido este que o convidou para "fazer uma parada" e que como estava sem dinheiro, aceitou o convite, muito embora tenha afirmado que sua ação resumiu-se a ficar "olhando para as duas meninas", com o intuito de intimidá-las, afirmação essa que foi refutada pela vítima, que o reconheceu como o agente que promoveu a subtração de seu aparelho de telefonia celular. Ademais, a prova testemunhal, produzida a requerimento da Promotoria de Justiça, revelada pelos depoimentos dos policiais que efetuaram a prisão em flagrante delito do réu logo após a prática criminosa, encontra-se em perfeita harmonia com os dizeres da vítima e do menor infrator (ouvido em sede de inquérito policial – fl. 37), que assumiu a coautoria delitiva com o acusado, muito embora tenha dado versão diversa ao relatado pelo réu.

Assim, não há dúvidas de que o crime foi praticado pelo apelante, em co-autoria com um adolescente já identificado e por um terceiro indivíduo de alcunha Rato, ocasião em que o menor infrator aplicou um golpe, popularmente conhecido como gravata, para imobilizar a vítima, enquanto que o apelante subtraiu-lhe o aparelho de telefonia celular e o outro indivíduo evadiu-se em sua bicicleta, restando somente o primeiro bem recuperado. Portanto, não se pode dar guarida às teses de negativa de autoria, participação de menor importância, crime tentado e afastamento do concurso e agentes, apresentadas em via recursal.

Por fim, também não encontro guarida nos autos para redução da reprimenda privativa de liberdade imposta, uma vez que fixada a pena-base no *quantum* mínimo previsto em lei – quatro anos de reclusão. Posteriormente, a Magistrada atenuou as penas em 06(seis) meses, reconhecendo que o réu confessou a prática delituosa (atenuante indicada na via recursal) e que, à época do crime, era maior de 18 e menor

de 21 anos de idade. Posteriormente, a Magistrada majorou a reprimenda em 1/3(fração mínima) em face do concurso de agentes, totalizando-as em 04(quatro) anos e 8(oito) meses de reclusão, e estabeleceu o regime semiaberto para o início de seu cumprimento.

Portanto, vejo que não houve qualquer excesso no cálculo das penas impostas, motivo por que também não merece reparo a decisão vergastada.

Importante ressaltar o entendimento sumulado do Superior Tribunal de Justiça, nos seguintes termos:

> STJ Súmula nº 231 - 22/09/1999 - DJ 15.10.1999
> Circunstâncias Atenuantes - Redução da Pena - Mínimo Legal
> A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.

Nessa esteira, vejo que o réu foi beneficiado com o entendimento da Magistrada, não obstante a mencionada súmula, tendo em vista que, acaso aplicado já no primeiro grau esse entendimento, caber-lhe-ia o cumprimento de sanção ainda mais grave – 05(cinco) anos e 04(quatro) meses de reclusão –, após a fixação da pena-base em 04(quatro) e sua majoração pela fração mínima de 1/3(um terço).

Importa ressaltar, no entanto, que em face do princípio *non reformatio in pejus*, observando que o recurso ora analisado foi interposto pelo réu, por este ato deve-se manter a sentença condenatória nos termos em que restou proferida.

ISSO POSTO, acolhendo o parecer da Excelentíssima Senhora Procuradora de Justiça, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento.

É como voto.

Fortaleza, 03 de dezembro de 2012.

PROCESSO: Apelação Crime n. 1198-95.2007.8.06.0095/1 – Ipu-CE
APELANTE: Vitor Ferreira Lima Neto
APELADO: Ministério Público Estadual
RELATOR: DESEMBARGADOR JOÃO BYRON DE FIGUEIRÊDO FROTA

EMENTA: PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. APELAÇÃO DA DEFESA. JULGAMENTO CONTRÁRIO À PROVA DOS AUTOS. NÃO ACOLHIMENTO DA TESE DE NEGATIVA DE AUTORIA. REQUERIMENTO DE REDUÇÃO DE DIMINUIÇÃO DA PENA. NÃO PROVIMENTO.

I – Condenado à pena de 15 anos pela prática do crime de homicídio em sua forma qualificada, o acusado interpôs recurso apelatório pugnando pela reforma da sentença que teria sido elaborada em contrariedade à prova dos autos, pois não houve acolhimento da tese defensiva de negativa de autoria. Alternativamente, requer a diminuição da pena, que deveria ter sido aplicada no mínimo legal.

II – A decisão dos jurados dialoga abertamente com a prova dos autos, o que determina a aplicação do enunciado da Súmula n. 6 deste egrégio Tribunal de Justiça e consolidado entendimento jurisprudencial de todos os Tribunais Recursais e Superiores pátrios. Assim, nem a tese de negativa de autoria, nem a tese de diminuição de pena merece acolhimento.

III – Negou-se provimento à apelação do acusado.

ACORDA a 2ª Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade de votos, em **negar provimento à apelação**, nos termos do voto do eminente Desembargador Relator.

Inconformado com a condenação à pena de 15 anos de reclusão em regime inicialmente fechado que lhe foi imposta, o acusado, ora apelante, interpôs recurso de apelação (fls. 109/113) pedindo a anulação da decisão colegiada do Tribunal do Júri, pois, segundo ele, foi proferida em manifesta divergência à prova dos autos, visto não ter sido acolhida a tese de negativa de autoria. Alternativamente, requer a fixação da pena no mínimo legal.

Chamado às contrarrazões, o representante do Ministério Público pugnou pelo não acolhimento das pretensões recursais oponentes (fls. 115).

A Procuradoria Geral de Justiça (fls. 123/130) opinou pelo não provimento do recurso de apelação, visto que decisão dos jurados está em total conformidade à

prova dos autos, sendo que a pena também foi adequadamente mensurada.

É o breve relato.

A apelação baseada no item *d*, do inciso III do art. 593 do Código de Processo Penal é recurso de fundamentação vinculada, devendo a parte interessada na reforma da decisão proferida pelo órgão leigo colegiado do Tribunal do Júri demonstrar, de forma fundamentada, onde houve o 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 vereditos, 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.

Desta feita, para se cambiar uma manifestação de cunho decisório deste jaez, não basta a mera argumentação de que a decisão não respeitou a prova produzida nos autos, até mesmo porque tal análise se dá em razão do princípio da íntima convicção. Assim, mera dúvida na análise da prova, ou mesmo a divergência apontada na votação de determinado quesito pelos jurados não autoriza dizer que a decisão é completamente divergente dos elementos de informação contidos nos autos da ação penal.

Desta forma, tenha conteúdo absolutório ou condenatório, é necessário se demonstrar a contrariedade manifesta, explícita, inegável, entre a decisão objeto de impugnação e a prova dos autos, conforme já sedimentado na jurisprudência dos Tribunais Recursais e Superiores pátrios. A propósito, o enunciado da Súmula n. 6 deste egrégio Tribunal de Justiça informa que "*as decisões dos jurados, em face do princípio constitucional de sua soberania, somente serão anuladas quando inteiramente contrárias à prova dos autos*".

Daí, conclui-se que a apelação ora em análise não merece provimento. Explico.

A tese de negativa de autoria apresentada pelo apelante não tem qualquer sustentação nos elementos encontrados dos autos. As provas testemunhais colhidas sob o crivo do contraditório mostram com detalhes que o apelante participara ativamente da empreitada delituosa. Uma das testemunhas foi ameaçada pelo acusado se contasse a alguém a respeito do crime que ele praticou (fls. 54/56).

Portanto, a decisão dos jurados foi baseada em elementos retirados dos autos, sem prejuízo ao princípio da soberania dos vereditos, pois se sabe que uma decisão proferida pelo Conselho dos Sete só pode ser modificada quando totalmente dissociada do conjunto probatório, o que não é o caso em liça.

No tocante à diminuição da pena, o mesmo raciocínio deve ser aplicado, pois é evidente que a fixação dela acima do mínimo legal deu-se em razão dos maus antecedentes, reincidência (fls. 77), os motivos que determinaram a prática da infração

penal e o *modus operandi*. Aliás, cabe lembrar que a reincidência é circunstância preponderante no momento da fixação da pena:

> À luz dos critérios previstos no art. 59 do Código Penal, bem como dos arts. 5º, XLVI, e 93, IX, da CF/88, não há o que se falar em nulidade da sentença quando foram apontados, clara e precisamente, os motivos pelos quais considerou-se desfavoráveis a maioria das circunstâncias judiciais, justificando a fixação da pena-base em patamar superior ao mínimo legal, bem como para o aumento procedido na segunda fase da dosimetria, haja vista o reconhecimento da reincidência. [...]
> (STJ, HC 182.486/MG, 5ª. T., Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 11/10/2012).

Diante do exposto, nego provimento ao pleito apelatório, mantendo a sentença em todos os seus termos, no que adiro ao parecer ministerial.

É como voto.

Fortaleza, 18 de fevereiro de 2013.

PROCESSO: Apelação Crime n. 236-16.2004.8.06.0083/1 – Guaiúba-CE
APELANTE: Francisco Wellington da Silva de Lima
APELADO: Ministério Público Estadual
RELATOR: DESEMBARGADOR JOÃO BYRON DE FIGUEIRÊDO FROTA

EMENTA: PENAL. HOMICÍDIO SIMPLES. APELAÇÃO DA DEFESA. JULGAMENTO CONTRÁRIO À PROVA DOS AUTOS. NÃO ACOLHIMENTO DA TESE DE LEGÍTIMA DEFESA PUTATIVA. ERRO NA DOSIMETRIA DA PENA. NÃO PROVIMENTO.

I – Condenado à pena de 7 anos de reclusão em regime semiaberto pela prática do crime de homicídio em sua forma simples, o acusado interpôs recurso apelatório pugnando pela reforma da sentença que teria sido elaborada em contrariedade à prova dos autos, pois não houve acolhimento da tese defensiva de legítima defesa putativa. Alternativamente, requer a diminuição da pena, que deveria ter sido aplicada no mínimo legal, decotando-se o acréscimo em virtude de antecedentes penais inexistentes, porém considerados pelo magistrado na dosimetria da pena.

II – A decisão dos jurados dialoga abertamente com a prova dos autos, o que determina a aplicação do enunciado da Súmula n. 6 deste egrégio Tribunal de Justiça e consolidado entendimento jurisprudencial de todos os Tribunais Recursais e Superiores pátrios. Assim, as teses aventadas pela defesa, seja para fugir à responsabilidade penal, seja para diminuí-la, não merecem provimento.

III – Negou-se provimento à apelação do acusado.

ACORDA a 2ª Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade de votos, em **negar provimento à apelação**, nos termos do voto do eminente Desembargador Relator.

Inconformado com a condenação à pena de 7 anos de reclusão em regime inicialmente semiaberto que lhe foi imposta, o acusado, ora apelante, interpôs recurso de apelação (fls. 144/149) pedindo a anulação da decisão colegiada do Tribunal do Júri, pois, segundo ele, foi proferida em manifesta divergência à prova dos autos, visto não ter sido acolhida a tese de legítima defesa putativa. Alternativamente, requer a modificação da dosimetria da pena, reduzindo-a ao mínimo.

Chamado às contrarrazões, o representante do Ministério Público pugnou pelo não acolhimento das pretensões elencadas na peça recursal, mantendo-se a decisão de primeira instância (fls. 157/163).

A Procuradoria Geral de Justiça (fls. 171/178) opinou pelo não provimento do recurso de apelação, visto que decisão dos jurados está em total conformidade à prova dos autos, sendo que a pena também foi adequadamente mensurada.

É o breve relato.

A apelação baseada no item *d*, do inciso III do art. 593 do Código de Processo Penal é recurso de fundamentação vinculada, devendo a parte interessada na reforma da decisão proferida pelo órgão leigo colegiado do Tribunal do Júri demonstrar, de forma fundamentada, onde houve o 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 vereditos, 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.

Desta feita, para se cambiar uma manifestação de cunho decisório deste jaez, não basta a mera argumentação de que a decisão não respeitou a prova produzida nos autos, até mesmo porque tal análise se dá em razão do princípio da íntima convicção. Assim, mera dúvida na análise da prova, ou mesmo a divergência apontada na votação de determinado quesito pelos jurados não autoriza dizer que a decisão é completamente divergente dos elementos de informação contidos nos autos da ação penal.

Ademais, havendo duas versões nos autos e sendo uma delas aceita pelo Tribunal do Júri, não há como se reconhecer nulidade no respectivo veredito que acolheu uma delas.

Desta forma, tenha conteúdo absolutório ou condenatório, é necessário se demonstrar a contrariedade manifesta, explícita, inegável, entre a decisão objeto de impugnação e a prova dos autos, conforme já sedimentado na jurisprudência dos Tribunais Recursais e Superiores pátrios. A propósito, o enunciado da Súmula n. 6 deste egrégio Tribunal de Justiça informa que "*as decisões dos jurados, em face do princípio constitucional de sua soberania, somente serão anuladas quando inteiramente contrárias à prova dos autos*".

Daí, conclui-se que a apelação ora em análise não merece provimento. Explico.

A tese de legítima defesa putativa apresentada pelo apelante não tem qualquer sustentação nos elementos encontrados dos autos. Ressalte-se que a tese alegada em plenário do Júri foi a de legítima defesa própria, e não putativa, tendo

inovado em sede de recurso de apelação.

O depoimento das quatro testemunhas presenciais (Ticiane Batista de Menezes, fls. 60/61; Elienne Silva de Oliveira, fls. 62/63; Otacílio Clemente da Silva, fls. 66/67; e Maria da Conceição da Silva Oliveira, fls. 68/69) são todos uníssonos em demonstrar a culpabilidade exacerbada do acusado que, mesmo já tendo desferido facadas no tórax da vítima, deixando-a imobilizada, virou-a e desferiu outras facadas em suas costas. Tudo isso por um mero par de sandálias.

Portanto, a decisão dos jurados foi baseada em elementos retirados dos autos, sem prejuízo ao princípio da soberania dos vereditos, pois se sabe que uma decisão proferida pelo Conselho dos Sete só pode ser modificada quando totalmente dissociada do conjunto probatório, o que não é o caso em liça.

No tocante à diminuição da pena, o mesmo raciocínio deve ser aplicado, pois é evidente que a fixação dela acima do mínimo legal deu-se em razão da da culpabilidade intensa, da conduta social inadequada, das circunstâncias e das consequências do crime. Em nenhum momento a magistrada sentenciante levou em consideração os antecedentes para exasperar a reprimenda, que, ao fim e ao cabo, ficou bem próxima do mínimo legal para o crime de homicídio simples:

> À luz dos critérios previstos no art. 59 do Código Penal, bem como dos arts. 5º, XLVI, e 93, IX, da CF/88, não há o que se falar em nulidade da sentença quando foram apontados, clara e precisamente, os motivos pelos quais considerou-se desfavoráveis a maioria das circunstâncias judiciais, justificando a fixação da pena-base em patamar superior ao mínimo legal, [...]
> (STJ, HC 182.486/MG, 5ª. T., Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 11/10/2012).

Diante do exposto, nego provimento ao pleito apelatório, mantendo a sentença em todos os seus termos, no que adiro ao parecer ministerial.

É como voto.

Fortaleza, 11 de março de 2013.

PROCESSO Nº:24633-24.2009.8.06.0000/0
TIPO DE PROCESSO: APELAÇÃO
COMARCA:4ª VARA DO JÚRI DA COMARCA DE FORTALEZA
APELANTE (S):CLAYSON ALVES DA SILVA
APELADO:JUSTIÇA PÚBLICA
RELATORA:DESA. FRANCISCA ADELINEIDE VIANA

EMENTA: APELAÇÃO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. CONDENAÇÃO MANTIDA. Recurso conhecido e desprovido.

1. A soberania dos veredictos do Conselho de Sentença nos crimes dolosos contra a vida é norma de natureza constitucional, só podendo ser afastada quando existe manifesto equívoco de avaliação dos jurados, sendo a decisão contrária à prova produzida nos autos.
2. No caso concreto, a sentença combatida não se mostra manifestamente contrária à prova dos autos, porquanto do conjunto probatório vê-se que o veredicto de condenação, inclusive no que se refere à incidência das qualificadoras, possui um robusto respaldo nas provas colhidas durante a instrução criminal.
3. Recurso conhecido e desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação crime, nº 24633-24.2009.8.06.0000/0, oriundos da 4ª Vara do Júri da Comarca de Fortaleza, em que figura como apelante Clayson Alves da Silva e apelado a Justiça Pública.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, em conhecer da apelação interposta, para negar-lhe provimento, nos termos do voto da eminente Relatora.

Fortaleza, 03 de dezembro de 2012.

RELATÓRIO

O Ministério Público denunciou Clayson Alves da Silva e outro nos termos do art. 121, §2º, I e IV, c/c o art. 29, do Código Penal Brasileiro.

Narra a peça acusatória o seguinte:

> "Infere-se no fascículo policial incluso, iniciado através de Portaria nº 00051/2006, que, no dia 29 de abril de 2006, por volta das 01h5min, na Rua do Trilho, no bairro Papicu, defronte ao numeral 3758, nesta Capital e Comarca, a vítima Robson Rodrigues da Silva foi assassinada a tiros de revólver, conforme atesta o laudo cadavérico de fls. 06.
> Apurou-se que, no fatídico dia a vítima estava no local acima referido, mais precisamente em um bar ali situado, quando foi chamada pelo denunciado Francisco Venceslau Martins de Sousa, e, ao se aproximar do trilho, foi assassinada por seu algoz Clayson que ali a esperava portando um revólver. Antes de atirar, o primeiro delatado disse a seguinte expressão: "Tu lembra de mim", ao que respondeu a vítima dizendo que não. Ato contínuo, o acusado Clayson sacou da arma e efetuou os dois disparos que atingiram a vítima, que ainda chegou a correr e entrou na casa da testemunha Maria de Fátima Castro Moura, porém não resistiu aos ferimentos e ali morreu.
> [...]
> Tendo em vista a rápida ação do autor material, a vítima não pode esboçar gesto de defesa, pois mesmo tentando correr, não conseguiu se livra[r] da ação insidiosa do delatado Clayson.
> Conta no IP que o acusado Clayson e a vítima estiveram presos no mesmo distrito policial e dali resultou uma inimizade, tendo o acusado jurado a vítima de morte quando saísse da prisão. O que de fato ocorreu, pois quando foi libertado saiu à procura da vítima e em parceria com o segundo delatado perpetrou sua vingança [...]" (fls. 02/04, com inquérito policial anexo às fls. 06/48).

A denúncia foi recebida no dia 21 de julho de 2006 (fls. 51/52).

Réu citado regularmente, comparecendo em Juízo (fls. 64/65), ato em que foi qualificado e interrogado (fls. 66/68), tendo, na oportunidade, afirmado ser verdadeira a imputação que lhe foi feita.

Instrução criminal realizada com a oitiva de cinco testemunhas arroladas pelo Ministério Público (fls. 79/81, 82/84, 85/87, 98/99 e 100/101) e de duas testemunhas arroladas pela Defesa (fls. 119/120 e 123/124).

Em sede de alegações finais (fls. 135/137), o Ministério Público requereu que os acusados fossem pronunciados nos termos da denúncia e que fossem submetidos a julgamento pelo Tribunal do Júri. A Defesa do apelante, por seu turno, às fls. 152/155, requereu que não fosse acolhido o pleito contido na peça delatória, diante da ausência de matéria de prova suficiente.

Sentença de pronúncia às fls. 159/164, pela qual o apelante foi pronunciado,

nos moldes do art. 408 do CPP, sustentando o Juiz que as qualificadoras (§ 2º, I e IV, do art. 121, do Código Penal) deveriam ser levadas a exame do Conselho de Sentença. No que tange ao corréu Francisco Venceslau Martins de Sousa, restou ele impronunciado, na forma do que regra o art. 409, do Código de Processo Penal.

Formado o Conselho de Sentença, iniciaram-se os feitos no Tribunal do Júri, com o interrogatório do apelante (fls. 205/208). Em seguida, o Conselho reconheceu por mais de três votos, através dos quesitos formulados, a materialidade e a autoria delitivas, acatando as qualificadoras previstas no § 2º, I e IV, do art. 121, do Código Penal.

Sentença às fls. 212/213, pela qual o réu restou condenado nos termos da decisão dos jurados, pela prática do crime previsto no art. 121, §2º, I e IV, do Código Penal, sendo-lhe imposta a pena de 12 (doze) anos de reclusão, em regime inicialmente fechado para o cumprimento da pena.

Inconformado, o réu, por via do seu representante jurídico, interpôs recurso de apelação contra a referida sentença (fls. 217), oferecendo suas razões às fls. 218/223, requerendo a oportunidade de ser o acusado levado a novo julgamento.

Contrarrazões recursais às fls. 224/228, em que a Representante do *Parquet* pugna pela manutenção da mencionada sentença em todos os seus termos, para que se negue provimento ao recurso de apelação.

Parecer da lavra da Procuradoria Geral de Justiça às fls. 236/243, no qual se manifestou pelo conhecimento e pelo desprovimento do presente recurso.

É o relatório

À douta revisão.

Fortaleza, 14 de novembro de 2012.

VOTO

Como antes relatado, trata-se de autos de recurso de apelação interposto por Clayson Alves da Silva contra sentença pela qual foi condenado pela prática do crime tipificado no art. 121, § 2º, I e IV, do Código Penal, sob a alegação de que o *decisum* do Conselho de Sentença seria manifestamente contrário à prova contida nos autos (art. 593, inciso III, alínea "d", do Código de Processo Penal).

De início, é forçoso notar que o recurso de apelação lastreado na aludida hipótese só merece guarida quando a contradição entre a decisão dos jurados e a prova dos autos é patente, evidente, quer dizer, demonstrada de plano. Portanto, a sentença precisa estar totalmente dissonante do conjunto probatório produzido nos autos, de tal modo que não exista "conciliação entre a verdade real que surgiu da instrução própria

com a convicção dos juízes de fato"[1].

Dito isso, pode-se constatar, sem dificuldades, que não é esse o caso dos presentes autos, na medida em que os depoimentos testemunhais e o interrogatório do réu, evidenciaram, de maneira consistente, a autoria do apelado com relação à conduta delituosa pela qual fora pronunciado, tendo optado os jurados pela sua condenação. Eis alguns trechos do interrogatório do apelado, no qual aduz ser verdadeira a imputação que lhe é feita na denúncia, e dos depoimentos que contribuíram para a instrução do presente feito:

> **Termo de Interrogatório em juízo do ora apelado Clayson Alves da Silva (fls. 66/68):** "que é verdadeira a imputação que lhe é feita na denúncia; que conheceu o vitimado na carceragem da delegacia distrital onde ficou detido por prática de infração do art. 155 do CPB; que no dia da detenção foi abordado por Robson e este último ficou dizendo que ele era muito bonito para andar roubando; que o interrogando se sentiu ofendido com tais declarações e após um ano do ocorrido voltou a encontrar o vitimado nas dependências de um forró conhecido como Forró do 'seu Castelo'; que ao reconhecer a pessoa de Robson, dirigiu-se ao mesmo com o propósito de tomar satisfações em relação as provocações na carceragem; que a vítima ao ser indagada se lembrava do Clayson, a mesma informou que não; que após insistentes perguntas do interrogando o vitimado chamou para disputar na mão, pois estava na sua área; que neste momento o interrogando levou uma 'voadora' nas costas de Robson; que após desvencilhar-se chamou um amigo chamado Marcos, avisando-o que tinha alguém querendo mata-lo; que pegou a arma que Marcos portava, um revólver cal. 38; que não foi para o forró com o intuito de matar ninguém; que efetuou o primeiro disparo por ocasião do retorno do vitimado querendo lhe agredir; que efetuou o segundo disparo pelas costas quando Robson tentava fugir; que mesmo assim a vítima continuou correndo [...]" (grifo nosso).
>
> **Termo de depoimento da testemunha Francisco Venceslau Martins de Sousa (fls. 57/59):** "[...] que diz que foi chamado para beber com Claysson e que ficaram bebendo nas proximidades do Forró do Castelo, na via expressa; que o interrogando chegou a falar ao Claysson que ia embora, mas Claysson pediu que ele ficasse; que diz o interrogando que nesse momento se aproximou do local a vítima, acompanhado de uma garota e que ocasião o Claysson falou para a vítima: 'tu lembra de mim, quando você estava me chamando de bonito', pois Claysson disse que ficou preso com Robson lá no 2º Distrito Policial; que diz que a vítima e o acusado Claysson chegaram a discutir e que a vítima chegou a indagar se Claysson queria resolver o problema numa boa e chegou a chamar o acusado Claysson para brigar na via expressa; que a vítima chegou a tirar a camisa e que nesse momento o acusado Claysson sacou da arma deu um pulo para frente e efetuou quatro disparos contra a vítima [...]" (grifo nosso).

1 MOSSIN, Heráclito Antônio. **Júri:** crimes e processo. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 450.

> **Termo de depoimento da testemunha Francisca zorilane Sousa de Amorim (fls. 79/81):** "[...] que uns cinco minutos depois chega ao local um elemento que a depoente até então não conhecia, mas que depois disseram trata-se de Clayson, vulgo Tiel; que a depoente ouviu quando este element4o dirigiu-se ao Robson e disse: 'êi macho tu não ta me conhecendo não?'; que Robson respondeu que não estava se lembrando, ocasião em que o elemento disse: 'bota tua mente pra funcionar cara'; que Robson continuou dizendo que não estava se lembrando; que este diálogo não era em tom de discussão; que Clayson nessa hora afirmou: eu sou aquele que tu chamava de borboletinha quando a gente tava preso no 2º DP'; que Robson disse que mesmo assim não se lembrava e que não levasse à mal; que o indivíduo estava de boné e pode ser por isso que o Robson não estivesse reconhecendo; que nesse instante Mônica se aproxima e diz para Clayson: 'deixe para lá, ele é meu primo, vamos embora'; que nessa hora, Clayson empurrou a Mônica; que Clayson aparentava estar drogado; que após empurrar a Mônica, sacou de um revólver e sem mais nenhuma conversa foi logo atirando no Robson; que um tiro atingiu embaixo do braço esquerdo do Robson, outro na virilha quando Robson correu e ele efetuou mais um tiro nas costas de seu primo; que o quarto tiro falhou; que Robson correu e entrou na casa de uma senhora chamada Fátima, mas já caiu morto [...]" (grifo nosso).
>
> **Termo de depoimento da testemunha Mônica Maria Souza de Oliveira (fl. 85/87):** "[...] que logo em seguida chega outro elemento que a depoente não conhecia; que era um rapaz de estatura média, moreno, magro e de cabelo meio 'pixaim'; que depois a depoente soube tratar-se de um tal de Clayson; que ao se aproximar este elemento perguntou ao Robson: "ta lembrado de mim cara?'; que Robson respondeu que não; que Clayson respondeu: 'eu sou aquele que tu chamou de borboletinha e bonitinho lá cela do 2º distrito'; que mesmo assim Robson disse que não estava lembrando dele; que Clauson disse: 'bota a cabeça para funcionar'; que a depoente viu que Clayson estava ficando agressivo, parecendo que estava muito drogado; que a depoente chegou perto de seu primo Robson e disse: 'vamos embora'; que Robson concordou; que quando ia se afastando, Clayson deu um empurrão na depoente e disse: 'sai daqui cumade'. Que incontinente sacou um revolve; que era uma dessas armas que matam ligeiro, era branco e de cabo preto; que efetuou quatro disparos contra o Robson, um pegou embaixo do braço esquerdo; que Robson correu enquanto Clayson ficava atirando nas costas de Robson; [...] que um dos tiros ainda chegou a falhar e outro atirador errou porque Robson corria muito em desespero; que Robson ainda conseguiu entrar na casa de uma senhora chamada Conceição e lá pediu socorro; que quando chamaram a tia de Robson ele já estava morto [...]" (grifo nosso).

Diante disso, vejo que a decisão do Conselho de Sentença não se mostra arbitrária, na medida em que o conjunto probatório aponta, de forma irrefutável, a autoria do delito tal como descrito nos autos e sua materialidade (laudo cadavérico às fls. 12/13); tampouco merece guarida a pretensão de exclusão das qualificadoras do motivo

torpe e da surpresa (art. 121, § 2º, I e IV), já que, de acordo com o conjunto probatório, o acusado Clayson ceifou a vida da vítima em virtude de um antigo desentendimento quando ambos se encontravam presos no 2º distrito policial, sacando um revólver repentinamente e efetuando vários disparos contra a vítima, inclusive atigindo-a pelas costas enquanto esta corria em desespero, razões pelas quais não é admissível a anulação do julgamento.

Ora, o corpo de jurados acolheu a tese apresentada em plenário que lhe pareceu mais segura e convincente, não podendo esta Corte de Justiça cassar tal decisão para dizer qual seria a melhor solução, sob pena de ofensa ao princípio constitucional da soberania dos veredictos.

Convém assinalar, ainda, que as teses de autoria e de sua negativa foram delineadas, da mesma maneira que o contraditório e a ampla defesa foram devidamente exercitados, havendo a decisão do corpo de jurados, a partir dos debates realizados e por maioria, sido proferida dentro dos limites da verdade apurada ao longo do processo.

A respeito desse tema, transcrevo os seguintes precedentes:

> "As decisões emanadas do Conselho de Sentença consagram a vontade popular acerca dos crimes dolosos contra a vida que lhe são submetidos a julgamento. O Tribunal, ao qual a irresignação é dirigida, não pode substituir a vontade dos jurados, que é soberana, sendo possível apenas retificar a decisão contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados, retificar a aplicação da pena e corrigir dosimetria da pena fixada ou anular o julgamento e submeter o réu a novo Conselho de Sentença, na hipótese prevista no art. 593, inciso III, alínea "d", do Código de Processo Penal, não se admitindo, contudo, nova apelação pelo mesmo motivo".
> (STJ – HC 132.996/SP, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 01/03/2011, DJe 14/03/2011).

> "Apelação Criminal. HOMICÍDIO QUALIFICADO. Alegação de que a decisão dos jurados foi contrária à prova dos autos. Inocorrência. Robusto conjunto probatório que aponta de forma irrefutável a autoria do delito tal como descrita nos autos e sua materialidade. Opção por uma das teses sustentadas em plenário que não implica em arbitrariedade do corpo de jurados. Negado provimento ao recurso".
> (TJ/SP – Apelação 0084265-79.2003.8.26.0405, Relator: Rachid Vaz de Almeida, Data de Julgamento: 02/02/2012, 10ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 08/02/2012.

> PENAL E PROCESSO PENAL - JÚRI - HOMICÍDIO TRI-QUALIFICADO - CONDENAÇÃO - IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA - PRELIMINARES REJEITADAS - MÉRITO - NULIDADE - DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS - INOCORRÊNCIA - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - REDUÇÃO DA PENA - POSSIBILIDADE - RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

> **- Se o Conselho de Sentença opta por uma das versões apresentadas, amparada pelo acervo probatório, não há que se falar em decisão manifestamente contrária à prova dos autos, devendo a mesma ser mantida, em respeito ao princípio constitucional da soberania do Júri.**
> - Impõe-se a redução da pena-base se as circunstâncias judiciais são em sua maioria favoráveis e a reprimenda foi fixada em patamar distante do mínimo legal. (TJ/MG – APL 100590701175160021 MG 1.0059.07.011751-6/002(1), Relator: PEDRO VERGARA, Data de Julgamento: 17/11/2009, Data de Publicação: 09/12/2009).

ISSO POSTO, considerando que a sentença vergastada não se mostra em contradição com a prova dos autos, conheço do presente recurso de apelação, para denegar-se provimento, em consonância com o parecer ministerial.

É como voto.

Fortaleza, 03 de dezembro de 2012.

APELAÇÃO Nº 336-96.2000.8.06.0119/1
ORIGEM2ª VARA DA COMARCA DE MARANGUAPE
APELANTE ANTÔNIO ALEXANDRE DA SILVA
RELATORA DESª FRANCISCA ADELINEIDE VIANA

EMENTA: APELAÇÃO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. FURTO QUALIFICADO. NULIDADE DO DECRETO DE REVELIA. NÃO EVIDENCIADO E, AINDA, NÃO COMPROVADO O NÃO COMPARECIMENTO DO RÉU AO INTERROGATÓRIO, AUSENTE QUALQUER REGISTRO NESSE SENTIDO, ANULA-SE A REVELIA PRECIPITADA E EQUIVOCADAMENTE DECRETADA, E OS ATOS PROCESSUAIS SEGUINTES. NOVA INSTRUÇÃO, GARANTINDO-SE A AMPLA DEFESA E O CONTRADITÓRIO. PRESCRICÃO. TRANSCURSO DE MAIS DE DOZE ANOS ENTRE O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA E A PRESENTE DATA. AUSÊNCIA DE OUTRAS CAUSAS INTERRUPTIVAS E, AINDA, SUSPENSIVAS DO PRAZO PRESCRICIONAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE NOS TERMOS DO ART. 107, IV, PRIMEIRA FIGURA, C/C ART.109, III, TODOS DO CPB C/C ART. 61 DO CPP. Recurso conhecido e provido. Declaração ex officio da extinção da punibilidade do agente consectária de prescrição, após acolhida preliminar. Prejudicada a análise das demais razões recursais expendidas.

1.Hipótese em que a Defesa se insurge contra condenação por crime de furto duplamente qualificado.

2. Alega, preliminarmente, dentre outras matérias, a ocorrência de nulidade no decreto de revelia, uma vez que não restou certificada, de forma alguma, a ausência do réu (citado fictamente) no ato de interrogatório, cujo adiamento se registrou mediante simples certidão onde não se consignaram as demais circunstâncias do ato, inclusive acerca do necessário pregão e do comparecimento ou não das partes. Evidencia-se, assim, a revelia precipitada e equivocadamente decretada.

3. Como consequência, observa-se grave violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório, uma vez que prosseguiu-se com a instrução, na ausência do réu, a quem foi negado o direito de ser interrogado; de constituir seu defensor; de indicar os meios de prova de que dispunha para apresentar sua defesa; e de acompanhar os atos processuais. Dessa forma, declara-se nulo o decreto de revelia e os atos processuais subsequentes, inclusive a sentença condenatória.
4. Resta, no entanto, prejudicado o retorno dos autos à origem para nova instrução, onde se garantiriam o pleno exercício da ampla defesa e do contraditório, porquanto, uma vez declarada nula, de pleno direito a sentença, configura-se a extinção da punibilidade do agente decorrente da prescrição, que deve ser reconhecida *ex officio*. Inteligência do artigo 61 do Código de Processo Penal, já que se trata de matéria de ordem pública.
5. Assim constando nos autos o recebimento da denúncia em 31.10.1994, como marco interruptivo do prazo prescricional, havendo sido o réu acusado da prática de furto qualificado, para o qual está prevista em lei a pena máxima de oito anos de reclusão, ausente nos autos qualquer outra causa suspensiva ou interruptiva do mesmo prazo, há que ser observado que decorreram mais de doze anos, período suficiente para o reconhecimento da extinção da punibilidade do agente com esteio no art. 107, IV, primeira figura, combinado com art. 109, III, ambos do Código Penal Brasileiro e art. 61 do Código de Processo Penal.
3. Recurso conhecido e provido. Declaração *ex officio* da extinção da punibilidade do agente consectária da prescrição, após acolhimento de nulidade suscitada em sede preliminar. Prejudicada a análise das demais razões recursais expendidas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelação nº 336-96.2000.8.06.0119/1 interposta pela Defesa contra sentença proferida na 2ª Vara da Comarca de Maranguape pela qual restou condenado Antônio Alexandre da Silva por crime previsto no art. 155, §4º, I e IV, do Código Penal Brasileiro.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, em conhecer do recurso

e, acolhendo a preliminar suscitada, declarar nulo o processo desde o decreto de revelia. Outrossim, declaram extinta a punibilidade do apelante em decorrência da prescrição, nos termos do art. 107, IV, primeira figura, c/c art. 109, III, do Código Penal Brasileiro, c/c art. 61 do Código de Processo Penal, em conformidade com o voto da eminente Relatora.

Fortaleza, 03 de dezembro de 2012.

VOTO

Conheço do recurso em face de se encontrarem presentes os requisitos para sua admissibilidade.

Trata-se de apelação criminal interposta pela Defesa contra sentença, publicada em 13 de janeiro de 2004, pela qual se condenou o réu Antônio Alexandre da Silva por crime previsto no art. 155, §4º, I e IV, do Código Penal Brasileiro, ao cumprimento de quatro anos e seis meses de reclusão em regime inicialmente semiaberto.

A tese defensiva constitui-se nas alegações preliminares de nulidade da citação e inexistência de revelia. Quanto ao mérito, requer que se afaste a qualificadora prevista no art. 155, §4º, I, do Código Penal Brasileiro e que seja fixada reprimenda no *quantum* mínimo previsto em lei, observado que o réu confessou a prática delituosa, vindo, por conseqüência, declaração de extinção da punibilidade do agente em razão de prescrição.

DAS PRELIMINARES.

Quanto ao pedido de declaração de nulidade do ato citatório, não vejo a possibilidade de acolhê-lo. Seria o caso de acolhê-lo uma vez estivesse encerrado o ato na diligência cuja certidão se encontra acostada à fl.63v. Por ela certificou o oficial de justiça a impossibilidade de citação do réu, porquanto não localizado o endereço, mencionou ele a necessidade de indicação de pontos de referência. Diante de tal certidão, quedou o Magistrado na determinação de citação editalícia, inobstante não tenha o oficial de justiça certificado a realização das necessárias diligências com o fito de cumprir o mandado judicial ou, ainda, encontrar-se o réu em local incerto e não sabido.

No entanto, às fls. 77/91, juntou-se carta precatória, onde consta a expedição do necessário mandado citatório, desta feita certificada a impossibilidade de citação porquanto inexistente o número 430 na rua indicada (a mesma constante no mandado de fl.63). Na ocasião, o oficial de justiça mencionou a realização de diligências junto a alguns moradores da rua, no entanto, ninguém conhecia o apelante. Portanto, vê-se que foram efetuadas diligências no sentido de localizar o réu no mesmo endereço indicado

no primeiro mandado, porém não restou ele pessoalmente citado.

Refuto, por oportuno, a argumentação da Defesa – no sentido de que poderia ser indagada quanto ao paradeiro do réu – porquanto, a ele nomeada Defensora Pública que se manteve inerte quanto a essa possibilidade. Portanto, não poderia insurgir-se, agora, para ofertar-lhe o paradeiro. Evidenciar-se-ia má-fé.

Dessa forma, entendo não ser o caso de se decretar a nulidade do ato citatório, inclusive porque, após realizadas diligências certificadas pelo oficial de justiça, determinou-se a sua citação editalícia, que quedou no decreto de revelia acostado à fl. 67, não obstante ausente a comprovação de que chamado o réu a Juízo, não compareceu. Afasta-se, assim, o pleito preliminar de declaração de nulidade do ato citatório.

Outrossim, observo que certa razão assiste à Defesa, quanto à inexistência de revelia. É que, apesar de se ter dúvida quanto ao ato citatório, que inclusive poderia ser suprido mediante o comparecimento do réu a Juízo, não se tem a prova inequívoca de que, uma vez citado, com data de interrogatório designada para o dia 26 de junho de 1997, tenha deixado de comparecer a Juízo a fim de ser interrogado. Isso porque não há nos autos qualquer registro de abertura da audiência em que seria realizado o seu interrogatório, mediante pregão das partes, sintetizada a não realização do ato na simples certidão que dormita à fl. 66, nos seguintes termos:

> "Certifico que não houve audiência em virtude do MM Juiz ter ido para a correição eleitoral da Palmácia".

Nada além dessa certidão, inclusive sobre a presença/ausência do réu no recinto, restou certificado.

Assim, havendo sérias dúvidas quanto ao comparecimento do réu em Juízo no dia designado para seu interrogatório, há que ser declarada a nulidade da revelia decretada, em seu desfavor, de forma precipitada e equivocada.

E mais: estando o processo em tramitação, outro prejuízo quedou no prosseguimento do feito à revelia do réu – prosseguiu-se com a instrução processual, vindo, por conseqüência, o julgamento sem que fosse intimado para qualquer ato processual, cerceando-lhe, por completo a defesa, violando-lhe o direito de ser interrogado, além do inerente à constituição de defensor e, ainda, da indicação das provas que pretendesse produzir em sua defesa e de estar presente a todos os atos processuais.

Nesse sentido, importante ressaltar o espírito do legislador ao promover, então, a modificação do art. 366 do Código de Processo Penal, através da Lei nº 9271/96, que tinha o fim de evitar as inúmeras condenações de réus que, citados de forma fictícia, eram condenados sem direito à ampla defesa e ao contraditório, como ocorreu no presente caso. Apesar de o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça haverem decidido da irretroatividade da lei para aplicar-se aos processos em

tramitação, vê-se que, ao fato em apreço contemporânea, já indicava a necessidade de se emprestar ao rito processual penal então vigente um caráter condizente com a nova ordem constitucional, onde se priorizam a ampla defesa e o contraditório.

Por outro lado, temos ciência de que, por muitas vezes, nossos Tribunais entendem por não reconhecer a nulidade da audiência em função de ausência de intimação do réu, ao entendimento de que, uma vez não configurado prejuízo, não há que se declarar a nulidade do ato, entendimento estabelecido conforme o princípio *pas de nulitté sans grief*. No entanto, em casos de evidente prejuízo, a nulidade demonstra-se insanável. Em casos similares já decidiram nossos Tribunais:

> APELAÇÃO CRIMINAL. AMEAÇA. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA MULHER. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INTERROGATÓRIO JUDICIAL. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO REGULAR. PRELIMINAR ACOLHIDA. A AUSÊNCIA DE INTERROGATÓRIO DO RÉU, QUE NÃO COMPARECE À AUDIÊNCIA POR FALTA DE INTIMAÇÃO REGULAR POR ERRO DA SERVENTIA, ACARRETA CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. EM SE TRATANDO DE OPORTUNIDADE DE OFERECER SUA VERSÃO PARA OS FATOS E INFIRMAR A IMPUTAÇÃO CONSTANTE DA DENÚNCIA, A FALTA DO INTERROGATÓRIO CONSTITUI INEGÁVEL PREJUÍZO PARA A DEFESA. PRELIMINAR ACOLHIDA. SENTENÇA CASSADA. (290638020098070003 DF 0029063-80.2009.807.0003, Relator: SOUZA E AVILA, Data de Julgamento: 12/01/2012, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: 18/01/2012, DJ-e Pág. 114).
>
> RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. HOMICÍDIO. PRONÚNCIA. PRELIMINAR DE NULIDADE. AUSÊNCIA DE INTIMAÇAO DO RÉU E DE SEU ADVOGADO PARA AUDIÊNCIA DE OITIVA DE TESTEMUNHAS. NULIDADE ABSOLUTA. OCORRÊNCIA. NULIDADE DO PROCESSO.1. A realização de audiência para inquirição de testemunhas indicadas pela acusação, cujos depoimentos serviram de fundamentação à decisão, sem intimação e participação do réu e de seu defensor legalmente constituído, caracteriza nulidade absoluta.2. Recurso conhecido, acolhendo-se a preliminar de cerceamento de defesa, por ausência de intimação do réu e de seu defensor para realização de ato judicial, para declarar a nulidade do processo a partir da inquirição das testemunhas de acusação (fls. 88). No mais, julgado prejudicado o recurso. (201000010012536 PI , Relator: Des. Erivan José da Silva Lopes, Data de Julgamento: 14/09/2010, 2a. Câmara Especializada Criminal);
>
> PENAL E PROCESSUAL PENAL. CORRUPÇÃO ATIVA. APELAÇÃO. AUSÊNCIA DO RÉU NA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. REVELIA. INOCORRÊNCIA. ERRO NA CONFECÇÃO DO MANDADO JUDICIAL. ENDEREÇO INCORRETO. OFICIAL DE JUSTIÇA QUE NÃO ENCONTROU O RÉU. CONDENAÇÃO EMBASADA APENAS NA VERSÃO DA VÍTIMA. OFENSA AO CONTRADITÓRIO.

> CERCEAMENTO DE DEFESA EVIDENCIADO. NULIDADE DE SENTENÇA VERIFICADA. ACOLHIMENTO DA PRELIMINAR SUSCITADA PELO APELANTE. PROVIMENTO. PROCESSUAL. NULIDADE PARCIAL DO PROCESSO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO RÉU PARA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. Ao réu não foi procedida qualquer diligência a fim de dar-lhe ciência de ato processual de suma importância audiência na qual produzida a prova acusatória contra esse. Tal audiência foi realizada, sendo certificada a ausência do denunciado, e nomeado-lhe defensor. A presença de Defensor Público e sua concordância com a realização do ato processual não afastam o prejuízo, nem equiparam a situação à ausência de réu regularmente intimado. No caso concreto, o juízo alijou o acusado do contato com a prova de acusação, em prejuízo evidente e inafastável à defesa, o que macula de nulidade absoluta o processo a partir daquele ponto. Declarada a nulidade parcial do processo. Autos retornados à origem para regular prosseguimento. PREFACIAL ACOLHIDA. DECLARADA NULIDADE PARCIAL DO PROCESSO. (Apelação Crime Nº 70023183619, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Naele Ochoa Piazzeta, Julgado em 17/07/2008). Grifos acrescentados.

> APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO QUALIFICADO TENTADO. CONCURSO DE PESSOAS. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA ACOLHIDA. Réu não foi encontrado para intimação da audiência de instrução e interrogatório, tendo sido entregue o mandado de intimação a sua mãe, que teria se comprometido a repassá-lo ao acusado em tempo hábil. Todavia, o réu não compareceu ao ato, tendo o juízo realizado a audiência, decretado a sua revelia, aberto os debates orais e proferido a sentença condenatór (55346 RN 2011.005534-6, Relator: Desª. Maria Zeneide Bezerra, Data de Julgamento: 25/08/2011, Câmara Criminal, undefined)

No presente caso, o prejuízo é evidente, uma vez que, sequer devidamente configurada a revelia, porque não comprovada a ausência do réu no ato designado para seu interrogatório. Portanto, descabido o processamento dos autos e o julgamento sem a sua presença e, ainda, de Defensor por ele constituído, observado, inclusive, que a condenação fundamentou-se nos elementos de convicção existentes no inquérito policial e na oitiva das testemunhas José Marcelo Chaves e Francisco Hitler Veríssimo Maia, ouvidas em Juízo nas condições ora enfatizadas.

Portanto, não há como não se reconhecer que houve cerceamento de defesa, decorrente de decreto de revelia exarado precipitadamente, porque não evidenciada a certeza de que o réu, após citado por edital, tenha deixado de atender ao chamado judicial.

Vislumbra-se, assim, no presente caso, nulidade insanável, porque frontalmente violados os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório a macular toda a instrução processual, princípios esses para os quais o legislador procurou verter os olhos com maior acuidade e dar-lhes maior abrigo ao publicar a Lei nº 9271/96,

muito embora não aplicável aos processos em tramitação à época, que se encontrassem na fase citatória, que é a do caso em apreço.

Nessa esteira, hão ser declarados nulos o decreto de revelia e os demais atos processuais que lhe seguem, porque praticados, repito, mediante violação dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, inclusive a sentença. E, uma vez declarada nula a sentença, nenhum efeito pode produzir. Disso decorre a inexistência do marco interruptivo do prazo prescricional que por ela antes assinalado, devendo o prazo, desta feita, ser contado a partir da causa anterior de sua interrupção – recebimento da denúncia, sem qualquer outra interrupção até a presente data.

Portanto, tomando-se por base a data do recebimento da denúncia – 31 de outubro de 1994 –, chega-se à inexorável conclusão de que ao Estado não cabe mais o direito de perseguir o *jus puniendi* estatal com relação ao caso narrado na denúncia, em decorrência do instituto da prescrição. Explico.

A denúncia foi recebida no dia 31 de outubro de 1994. Com a anulação do decreto de revelia (fl. 67) e dos atos processuais que se lhe seguem, o prazo prescricional restou interrompido naquele dia, portanto reiniciada a sua contagem até a presente data, já supera o previsto no art. 109, III, do Código Penal Brasileiro, que é de doze anos, porquanto decorridos mais de dezesseis anos.

A prescrição é orientada pelo que a doutrina chama de balizas, ou seja, os períodos em que pode ser observado o instituto, considerando seu marco inicial de contagem e as posteriores causas interruptivas, sendo abaixo colacionado no que se refere ao procedimento ordinário para casos criminosos ocorridos anteriormente à Lei nº 12.234/2010:

1ª Baliza – Data do fato até o recebimento da denúncia;

2ª Baliza – Data do recebimento da denúncia até a sentença condenatória recorrível;

3ª Baliza – Data da publicação da sentença condenatória até o trânsito em julgado.

Compulsando-se os presentes autos, facilmente se verifica que o presente caso não ultrapassou a esfera da primeira baliza, porquanto, apesar de proferida a sentença ora vergastada, resta anulada *ex officio*, não se evidenciando qualquer outra causa interruptiva do prazo prescricional elencada em lei, restando apenas o recebimento da denúncia como o marco inicial do prazo ora verificado.

Dessa forma, considerando o previsto no artigo 109, III, do Código Penal, verifica-se que a pretensão punitiva do Estado foi atingida desde o dia 31 de outubro de 2006, porquanto decorridos mais de doze anos entre o recebimento da denúncia e a presente data, estando extinta a punibilidade do apelante, a qual deve ser reconhecida *ex officio* por este Órgão, conforme o disposto no artigo 61 do Código de Processo Penal.

Ressalto, por oportuno, não vislumbrar nos autos qualquer motivo legal que

venha a modificar o tipo penal enfocado na denúncia, de modo a possibilitar o aumento da pena máxima cominada em abstrato para o crime de furto qualificado, observado o fato de que o Ministério Público mostrou-se assente à declaração de inexistência de revelia.

ISSO POSTO, acolhendo o parecer da Procuradoria Geral de Justiça, conheço e dou parcial provimento ao recurso para, acolhendo uma das preliminares suscitadas, declarar a nulidade do decreto de revelia e, assim, declarar nulo o processo desde o referido ato, a partir da fl. 67. Em consequência, declaro extinta a punibilidade do apelante, em face de prescrição, nos termos do art. 107, IV, e 109, III, ambos do Código Penal Brasileiro c/c art. 61 do Código de Processo Penal, dando por prejudicada a análise das demais argumentações oferecidas nesta via recursal.

Fortaleza, 03 de dezembro de 2012.

APELAÇÃO CRIME Nº 33957-04.2010.8.06.0000/0
ORIGEM: COMARCA VINCULADA DE SALITRE
APELANTE: FRANCINALDO JOSÉ RODRIGUES.
RELATORA: DESª FRANCISCA ADELINEIDE VIANA

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL – ART. 16, PARÁGRAFO ÚNICO, IV, DA LEI Nº 10.826/2003 E ART. 329 DO CPB. AUSÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA AUDIÊNCIA UNA. VIOLAÇÃO DO SISTEMA ACUSATÓRIO. DECLARAÇÃO, *EX OFFICIO*, DE NULIDADE INSANÁVEL DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL.

1. Declara-se, *ex officio*, a nulidade do processo em que, ausente o Órgão Ministerial em toda a fase de instrução, inclusive por ele não ofertadas as razões derradeiras, não se verifica, no caso concreto, a indispensável separação entre o papel incumbido ao órgão acusador e ao julgador, principal característica do sistema penal acusatório, observado que a fundamentação exposta na sentença permite concluir que os elementos do convencimento judicial decorreram, sobremaneira, de provas colhidas pelo julgador em frontal violação ao sistema acusatório e, em consequência, aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.
2. Demonstra-se, assim, evidente e insanável a nulidade, que deve ser reconhecida.
3. Recurso conhecido e declarada, *ex officio*, a nulidade da instrução processual.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação nº 33957-04.2010.8.06.0000/0, da Vara Única da Comarca Vinculada de Salitre, em que é apelante FRANCINALDO JOSÉ RODRIGUES.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, em conhecer da apelação para declarar a nulidade do processo a partir da fl.65, ressalvada a decisão constante à fl.66, concernente às questões suscitadas em sede de resposta à acusação, e, por consequência, dar por prejudicada a análise das demais matérias arguidas na via recursal.

Fortaleza, 03 de dezembro de 2012.

VOTO

O pleito recursal é próprio e tempestivo.

São estas as razões de insurgência:

- que não ocorreu o crime de resistência; quanto a esse crime, houve cerceamento de defesa, posto que o réu não tomou conhecimento dessa acusação e que não adotadas as providências previstas no art. 384 do Código de Processo Penal;

- que imposta pena exacerbada em razão do crime previsto no art. 16 do Estatuto do Desarmamento, não consideradas as circunstâncias judiciais segundo o art. 59 do Código Penal Brasileiro, tampouco a atenuante da confissão, descabida, ainda, a agravante relativa ao motivo fútil; e

- que os antecedentes do réu não justificam a imposição do regime fechado para cumprimento da pena.

Outrossim, por ocasião das exposição das referidas razões afirma acreditar que o Órgão Ministerial deva apresentar inconformismo pelo fato de não haver participado da audiência e nem apresentado alegações finais.

Compulsando os autos do processo, verifico que este Órgão encontra-se impossibilitado de analisar o cerne meritório da questão, porquanto existente nulidade insuperável no processo, já no seu início, a partir da audiência una realizada na ausência do Promotor de Justiça, não havendo nos autos qualquer indicação de que tenha sido intimado para o ato processual.

É bem verdade que os nossos Tribunais Superiores vêm privilegiando o princípio *pas de nullité sans grief*, do qual decorre o entendimento de que as nulidades somente devem ser declaradas uma vez demonstrado efetivo prejuízo. Inclusive, há decisões pelas quais não se anulou audiência, mesmo ausente o Órgão Ministerial, já na vigência da nova lei processual penal. A propósito, colaciono recentes julgados nesse sentido:

> RECURSO ESPECIAL. PROCESSO PENAL. ART. 212 DO CPP. CROSSEXAMINATION. SISTEMA ACUSATÓRIO. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTOEM SUPOSTA DESOBEDIÊNCIA À FORMA PRESCRITA EM LEI. INOCORRÊNCIA.IMPUGNAÇÃO A DESTEMPO. PRECLUSÃO TEMPORAL. *PAS DE NULLITÉ SANSGRIEF*. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ.212CPP211
>
> 1. O sistema acusatório evidencia funções distintas desempenhadas pelo órgão acusador e pelo órgão julgador.2. Em 2008, por meio do art. 212 do Código de Processo Penal, foi introduzido, no modelo processual penal pátrio, o sistema denominado *cross examination*, ao se estabelecer que as

perguntas das partes devem ser realizadas diretamente às testemunhas e ao acusado - sem a antiga imposição de 'reperguntas' do juiz -, cabendo ao magistrado indeferir questionamentos impertinentes e descabidos (Lei n.11.690/2008).212Código de Processo Penal11.6903. A suposta nulidade da audiência de instrução e julgamento – em razão da ausência do membro do Ministério Público (nulidade relativa) - deve ser arguida oportunamente, isto é, durante o ato processual. Caso contrário, verifica-se a ocorrência de preclusão temporal (art. 212 do CPP, alterado pela Lei n. 11.690/2008).212CPP11.6904. Além da tempestiva arguição de nulidade do ato, indispensável a demonstração do prejuízo enfrentado pela parte - pas de nullité sansgrief (art. 563 do CPP).563CPP5. Ausência de prequestionamento. Súmula 211/STJ.6. O recurso também não pode ser conhecido sob o fundamento da alínea c, porque não realizou a parte o necessário cotejo analítico (arts. 541 do CPC e 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ).541CPC7. Recurso especial improvido. (1305986 RS 2012/0047093-2, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 03/05/2012, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/05/2012)

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. FURTO QUALIFICADO. INQUIRIÇÃO DASTESTEMUNHAS DE ACUSAÇÃO PELO JUIZ. AUSÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICOESTADUAL AO ATO. ARGUIDO DESCUMPRIMENTO DO ART. 212 DO CÓDIGO DEPROCESSO PENAL E ALEGADA NULIDADE RELATIVA. INOCORRÊNCIA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. ARGUIÇÃO QUE SÓ INTERESSA À PARTE CONTRÁRIA. ORDEM DENEGADA.
1. A inquirição das testemunhas de Acusação pelo Juiz, quando ausente o Ministério Público Estadual, constitui nulidade relativa. Assim, sem a demonstração do prejuízo, nos termos exigidos pelo art. 563 do Código de Processo Penal, não se procede à anulação do ato.563 Código de Processo Penal2. Além disso, conforme o disposto no art. 565 do mesmo Estatuto, falta legitimidade para a Defesa alegar esse vício, mormente em se considerando que ela estava presente na audiência de instrução para inquirir as testemunhas arroladas pelo Ministério Público. Com efeito, não há que se arguir nulidade relativa referente a formalidade cuja observância interesse exclusivamente à parte contrária.3. Ordem denegada. (186397 SP 2010/0179165-3, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 16/06/2011, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/06/2011, undefined)

Ementa: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. INVERSÃO DA ORDEM DE INQUIRIÇÃO DAS TESTEMUNHAS. ARTIGO 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ARGUIÇÃO DE NULIDADE. PREJUÍZO. DEMONSTRAÇÃO. AUSÊNCIA. RECURSO IMPROVIDO.
I -Não é de se acolher a alegação de nulidade em razão da não observância da ordem de formulação de perguntas às testemunhas, estabelecida pelo art. 212 do CPP, com redação conferida pela Lei 11.690/2008. Isso porque a a defesa não se desincumbiu do ônus de demonstrar o prejuízo decorrente

> da inversão da ordem de inquirição das testemunhas. II -Esta Corte vem assentando que a demonstração de prejuízo, a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, eis que "(...) o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades *pas de nullité sans grief* compreende as nulidades absolutas" (HC 85.155/SP, Rel. Min. Ellen Gracie). Precedentes. III -A decisão ora questionada está em perfeita consonância com o que decidido pela Primeira Turma desta Corte, ao apreciar o HC 103.525/PE, Rel. Min. Cármen Lúcia, no sentido de que a inobservância do procedimento previsto no art. 212 do CPP pode gerar, quando muito, nulidade relativa, cujo reconhecimento não prescinde da demonstração do prejuízo para a parte que a suscita. IV -Recurso improvido.212CÓDIGO DE PROCESSO PENAL212CPP11.690563CPP HC 103.525/PE212CPP (110623 DF , Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 13/03/2012, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-061 DIVULG 23-03-2012 PUBLIC 26-03-2012, undefined)

No entanto, o presente caso denota a ausência do Ministério Público em toda a instrução, com a coleta de prova a cargo da autoridade judiciária e a condenação do réu pautada sobremaneira nessa prova, salvo no que diz respeito ao auto de apresentação e apreensão da arma. Inclusive, ausente também, as derradeiras razões de acusação. Em caso semelhante, decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

> RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. NOVA REDAÇÃO DO ARTIGO 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, TRAZIDA PELA LEI Nº 11.690/08. ALTERAÇÃO NA FORMA DE INQUIRIÇÃO DAS TESTEMUNHAS. PERGUNTAS FORMULADAS DIRETAMENTE PELAS PARTES. PONTOS NÃO ESCLARECIDOS. COMPLEMENTARIDADE DA INQUIRIÇÃO PELO JUIZ. INVERSÃO DA ORDEM. NULIDADE RELATIVA. NECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO NO MOMENTO OPORTUNO E DEMONSTRAÇÃO DE EFETIVO PREJUÍZO. PECULIARIDADE DO CASO CONCRETO. SENTENÇA CONDENATÓRIA LASTREADA EXCLUSIVAMENTE NA PROVA ORAL COLHIDA PELO JUIZ NA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO, DIANTE DO NÃO COMPARECIMENTO DO MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE SEPARAÇÃO ENTRE O PAPEL INCUMBIDO AO ÓRGÃO ACUSADOR E AO JULGADOR. VIOLAÇÃO DO SISTEMA PENAL ACUSATÓRIO. NULIDADE INSANÁVEL. RECURSO DESPROVIDO.
> 1 - Com a entrada em vigor da Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008, foi alterada a forma de inquirição das testemunhas, estabelecendo o artigo 212 do Código de Processo Penal que as perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, cabendo ao juiz apenas complementar a inquirição sobre os pontos não esclarecidos, bem como exercer o controle sobre a pertinência das indagações e das respostas.
> 2 - A complementaridade constante do texto legal examinado induz à conclusão de existência de ordem na inquirição, ou seja, sugere um roteiro, em que a parte que arrolou a testemunha formula as perguntas antes da

outra parte, perguntando o juiz por último.
3 - Contudo, a inversão da ordem de inquirição, na hipótese em que o juiz - apenas o juiz, não a outra parte -, formule pergunta à testemunha antes da parte que a arrolou, somente poderia ensejar nulidade relativa, a depender do protesto da parte prejudicada no momento oportuno, sob pena de preclusão, bem como da comprovação inequívoca do efetivo prejuízo com a indagação formulada fora da ordem sugerida na norma processual.
4 - Não se pode olvidar que, no moderno sistema processual penal, não se admite o reconhecimento de nulidade sem a demonstração do efetivo prejuízo à defesa, vigorando a máxima pas de nullité sans grief, a teor do que dispõe o artigo 563 do Código de Processo Penal.
5 - Não obstante tais fundamentos, diante da peculiaridade do caso concreto, mostra-se irretocável o acórdão recorrido, que anulou o processo desde a audiência de instrução, já que o Juiz, na verdade, colheu toda a prova utilizada para embasar a sentença condenatória, diante da ausência do membro do Ministério Público na audiência de instrução.
6 - Assim, na hipótese, não se mostra relevante sequer a questão da inversão da ordem de inquirição, pois mesmo que o magistrado tivesse formulado perguntas às testemunhas arroladas pelo órgão de acusação em momento posterior à defesa, mas de tais depoimentos tenha extraído os elementos de convicção exclusivos que sustentaram a decisão condenatória, irrecusável reconhecer que a inquirição, pelo juiz, não se deu em caráter complementar, mas sim principal, em verdadeira substituição ao órgão incumbido da acusação, situação que configura indisfarçável afronta ao sistema penal acusatório e evidencia o prejuízo efetivo do recorrido.
7 - Não se verificou, no caso concreto, a indispensável separação entre o papel incumbido ao órgão acusador e ao julgador, principal característica do sistema acusatório, pois a fundamentação exposta na sentença condenatória permite concluir que os elementos do convencimento judicial decorreram, exclusivamente, de provas colhidas pelo julgador na audiência de instrução, hipótese de nulidade insanável, não sujeita, portanto, à preclusão.
8 - Recurso especial desprovido. (REsp 1259482/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 04/10/2011, DJe 27/10/2011)

Para melhor entendimento, colaciono o voto proferido pelo Excelentíssimo Ministro do Superior Tribunal de Justiça:

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE: Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul, calcado no artigo 105, inciso III, alíneas "a" e "c", da Constituição Federal, contra acórdão do respectivo Tribunal de Justiça.
O exame dos autos revela que o recorrido interpôs apelação contra a sentença que o condenou, pela prática do crime previsto no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, à pena de 6 anos e 6 meses de reclusão, em regime fechado, e 600 dias-multa.
Nas razões do apelo, preliminarmente, o réu alegou a nulidade absoluta do processo, tendo em vista a inobservância da regra prevista no artigo 212 do

Código de Processo Penal. No mérito, buscou sua absolvição por ausência de provas aptas a embasar o decreto condenatório.
O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por maioria, acolheu a preliminar alegada para decretar a nulidade do processo desde a audiência de instrução, julgando prejudicado o mérito do recurso, nos termos da seguinte ementa:

"APELAÇÃO. tráfico de drogas. PRELIMINAR. NULIDADE. ARTIGO 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.
1. A nova sistemática adotada à inquirição das testemunhas pela legislação processual brasileira, através da Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008 alterou, substancialmente, a metodologia da colheita da prova testemunhal. Além da ordem da inquirição das testemunhas (primeiro as arroladas pela acusação e após as arroladas pela defesa), houve importante modificação no que tange à ordem de formulação do questionamento. A literalidade legal é clara, encontrando suporte e aderência constitucional. 2. Segundo essa nova sistemática, as partes formulam as perguntas antes do magistrado, diretamente à pessoa que estiver prestando o seu depoimento, pois a parte que arrolou o depoente, através da iniciativa das perguntas, demonstrará o que pretende provar. Após, a parte adversa exercitará o contraditório na metodologia da inquirição, formulando as perguntas de seu interesse. Porém, antes das perguntas das partes, a vítima ou a testemunha poderá narrar livremente o que sabe acerca dos fatos. Com isso se garantem o equilíbrio e o contraditório na formação da prova, através de uma previsão clara e objetiva, nos moldes do ***adversary system****, com regramento acerca das funções entre os sujeitos processuais. 3. Primeiramente a parte demonstra o que pretende provar com a inquirição de determinado sujeito; em seguida, garante-se o contraditório e, por último, o magistrado, realiza a complementação, na esteira da situação processual formada com as perguntas, com o objetivo de esclarecer situações que, a seu juízo, não restaram claras. Caminha-se na esteira de um sistema democrático, ético e limpo de processo penal (****fair play****). Evitam-se os intentos inquisitoriais, o assumir o lugar da parte, a parcialização do sujeito encarregado do julgamento. 4. A nova sistemática exige a presença do acusador e do defensor na audiência e, deste, efetividade, sob pena de ofensa às garantias constitucionais. Não se retira o comando da audiência e a valoração da prova ao magistrado, na medida em que este continua controlando as perguntas, pois a prova se destina a seu convencimento, podendo formular questões suplementares, ao final. Essa é a nova metodologia legal inserida no devido processo constitucional, em seu aspecto formal e substancial, a ser observado. 5. Caso não seja declarada a nulidade neste grau de jurisdição, correremos o risco de anular o processo, a sentença e este acórdão, num grau de 50%, no futuro, diante da divergência no STJ. É muito cômodo sobrecarregar o juiz e atribuir-lhe a morosidade do processo, exigir-lhe que inicie a perguntar, tome as iniciativas no processo, mesmo na inércia das partes, faça as perguntas, todas, inclusive as que as partes fariam, desonerando os demais sujeitos do dever de comparecer nas audiências e de preparar o processo antes dos atos judiciais. Do juiz sim, exigir tudo e das partes nada, nem sequer que se interessem pela inquirição das testemunhas. PRELIMINAR ACOLHIDA. MÉRITO PREJUDICADO."*

(fls.337/338)
Daí o especial, em que o Ministério Público alega, além de divergência jurisprudencial, violação dos artigos 212 e 563, ambos do Código de Processo Penal, sustentando, em síntese, que "a não observância da metodologia prevista no artigo 212 do Código de Processo Penal ocasiona nulidade relativa, cabendo à parte demonstrar o prejuízo" (fl. 368).
Ressalta que as alterações trazidas pela Lei nº 11.690/08, onde se incluiu a nova disposição do artigo 212 do Código de Processo Penal, não afastam a possibilidade de formulação de perguntas pelo magistrado às testemunhas, ainda que previamente às partes. Por fim, assevera que a declaração de nulidade somente é possível quando se demonstrar o efetivo prejuízo, ou ainda, "quando o ato processual não houver influído na apuração da verdade substancial, ou na decisão da causa" (fl. 378). Busca, assim, o afastamento da nulidade reconhecida pelo Tribunal de origem.
Contrarrazões recursais apresentadas pela Defensoria Pública às fls. 393/399.
A douta Subprocuradoria-Geral da República, no parecer de fls. 422/425, manifestou-se pelo provimento do recurso especial.
Os autos foram inicialmente distribuídos ao eminente Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, em 24/6/2011, sendo a mim atribuídos em 8/9/2011.
É o relatório.
O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (RELATOR): Com a entrada em vigor da Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008, foi alterada a forma de inquirição das testemunhas, estabelecendo o art. 212 do Código de Processo Penal que "as perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida".
Ao Juiz, a teor do contido no parágrafo único do referido dispositivo legal, caberia apenas complementar a inquirição direta das partes sobre os pontos não esclarecidos.
No caso concreto, o Tribunal de Justiça anulou o feito a partir da audiência de instrução, ao argumento de que o magistrado teria desrespeitado a ordem de inquirição das testemunhas, por ter sido o primeiro a formular as perguntas, quando sua atuação deveria ser apenas complementar, após as perguntas das partes. De fato, a nova redação do art. 212 do CPP deu margem ao surgimento de discussões sobre questões como a ordem da inquirição das testemunhas e o caráter complementar da inquirição pelo magistrado, bem como sobre as consequências processuais pelo eventual descumprimento da nova sistemática legal. Há posições extremadas sobre tais temas, que vão desde o inflexível e radical reconhecimento de nulidade absoluta, como opiniões no sentido de que a nova redação da referida norma processual em nada alterou a sistemática anterior. A propósito da última corrente de pensamento, veja-se a lição de Guilherme de Souza Nucci:
"Há entendimentos no sentido de que a nova redação do art. 212 do CPP alterou, inclusive, a ordem de inquirição, obrigando o juiz a dar a palavra, inicialmente, às partes, para que produzam suas perguntas diretamente às testemunhas (primeiro, o órgão acusatório às testemunhas por ele arroladas; depois, a defesa, às suas testemunhas). Ao final, se tiver interesse, o juiz poderá fazer perguntas para o seu esclarecimento pessoal.

Com isso não concordamos. A pretensão de transformar o processo penal brasileiro no sistema americano ou partir para o acusatório puro é frágil e inadequada. Não se terá um novo sistema processual penal pela modificação de um único artigo do Código de Processo Penal. Olvida-se, afinal, poder o magistrado produzir tantas provas quantas ele desejar, de ofício, sem que nenhuma das partes manifeste interesse. Olvida-se que, no cenário das testemunhas, o juiz do feito pode arrolar quem bem quiser, sem prestar contas às partes. Enfim, o julgador, mesmo após a reforma de 2008, continua o presidente da instrução, não sendo cabível que se diga ser o último a perguntar. As partes não passam a ter o domínio da instrução ou da audiência; apenas reperguntam, isto é, dirigem indagações às testemunhas, quando não houver pergunta formulada pelo magistrado." (Manual de Processo Penal e Execução Penal. São Paulo: RT, 2010, p. 474).

Tenho para mim que as duas posições extremadas não devem prevalecer, seja a que sustenta a nulidade absoluta, como também a que afirma que o sistema de oitiva de testemunhas não foi alterado. Imperioso reconhecer, diante da nova redação do art.212 do Código de Processo Penal, que as perguntas agora são formuladas diretamente pelas partes, não mais requeridas ao juiz, que, todavia, continua a exercer o controle sobre a pertinência das indagações, como também das respostas da testemunha (CPP, art. 213). É possível identificar que as controvérsias sobre o tema, referentes à ordem sequencial das indagações, bem como a limitação do campo de atuação do juiz na inquirição de testemunhas, têm como gênese o emprego do termo "complementar", previsto no parágrafo único do art. 212 do CPP. É que ao estabelecer que "sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição", a intervenção judicial na oitiva da testemunha somente seria possível, segundo alguns, depois de encerradas as perguntas das partes e, ainda, caso restasse algum ponto ainda não esclarecido. Nessa linha de raciocínio, o juiz perguntaria por último e em limitada extensão.

É verdade que a complementaridade constante do texto legal examinado induz à conclusão de existência de ordem na inquirição, ou seja, sugere um roteiro, em que a parte que arrolou a testemunha formula as perguntas antes da outra parte, perguntando o juiz por último. Contudo, não visualizo nulidade absoluta na hipótese em que o juiz – apenas o juiz, não a outra parte -, formule pergunta à testemunha antes da parte que a arrolou, pois as perguntas que o juiz, destinatário final da prova, formulou de forma antecipada, poderiam, e certamente seriam, apresentadas ao final da inquirição. Portanto, a inversão da ordem de inquirição, nessa hipótese, somente poderia ensejar nulidade relativa, a depender do protesto da parte prejudicada no momento oportuno, sob pena de preclusão, bem como da comprovação inequívoca do efetivo prejuízo com a indagação formulada fora da ordem sugerida na norma processual.

Não podemos olvidar que, no moderno sistema processual penal, não se admite o reconhecimento de nulidade sem a demonstração do efetivo prejuízo à defesa, vigorando a máxima **pas de nullité sans grief**, a teor do que dispõe o artigo 563 do Código de Processo Penal.

Esse é o entendimento das duas Turmas competentes para o julgamento de matéria penal nesta Corte:

*A - "**HABEAS CORPUS** . FURTO QUALIFICADO. CORRUPÇÃOE MENORES. NULIDADE. RITO ADOTADO EM AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. SISTEMA ACUSATÓRIO. EXEGESE DO ART. 212 DO CPP, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.690/2008. EIVA RELATIVA. ARGUIÇÃO INOPORTUNA. PRECLUSÃO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO EFETIVO PREJUÍZO. PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.*

1. A nova redação dada ao art. 212 do CPP, em vigor a partir de agosto de 2008, determina que as vítimas, testemunhas e o interrogado sejam perquiridos direta e primeiramente pela acusação e na sequência pela defesa, possibilitando ao magistrado complementar a inquirição quando entender necessário quaisquer esclarecimentos.

2. É cediço que no terreno das nulidades no âmbito no processo penal vige o sistema da instrumentalidade das formas, no qual se protege o ato praticado em desacordo com o modelo legal caso tenha atingido a sua finalidade, cuja invalidação é condicionada à demonstração do prejuízo causado à parte, ficando a cargo do magistrado o exercício do juízo de conveniência acerca da retirada da sua eficácia, de acordo com as peculiaridades verificadas no caso concreto.

3. Na hipótese em apreço, o ato impugnado atingiu a sua finalidade, ou seja, houve a produção das provas requeridas, sendo oportunizada às partes, ainda que em momento posterior, a formulação de questões às testemunhas ouvidas, respeitando-se o contraditório e a ampla defesa constitucionalmente garantidos, motivo pelo qual não houve qualquer prejuízo efetivo ao paciente.

4. Eventual inobservância à ordem estabelecida no artigo 212 do Código de Processo Penal cuida-se de vício relativo, devendo ser arguido no momento processual oportuno juntamente da demonstração da ocorrência do prejuízo sofrido pela parte, sob pena de preclusão, porquanto vige no cenário das nulidades o brocado pas de nullité sans grief positivado na letra do art. 563 do Código de Processo Penal, ou seja, em matéria penal, nenhuma nulidade será declarada se não demonstrado prejuízo (Precedentes STJ e STF).

***5. Constatando-se que a defesa do paciente permaneceu silente durante a realização do ato, vindo a arguir a irregularidade somente nas alegações finais, a pretensão do impetrante de invalidação da instrução criminal encontra-se fulminada pelo fenômeno da preclusão, já que eventuais nulidades verificadas em audiência deverão ser arguidas logo depois de ocorrerem, nos termos do artigo 571, inciso VIII, do Código de Processo Penal.** (...)*

*3. Ordem denegada." (HC nº 188.349/DF, Relator o Ministro **JORGE MUSSI**, DJe de 1/8/2011.)*

*B - "**HABEAS CORPUS** . INTERPRETAÇÃO DO ART. 212 DO CPP, ALTERADO PELA LEI Nº 11.690/08. INVERSÃO NA ORDEM DE FORMULAÇÃO DE PERGUNTAS. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA.*

1. A inversão da ordem de inquirição direta das testemunhas previsto no art. 212 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei nº 11.690/08, não altera o sistema acusatório.

2. Sem a oportuna alegação e a devida demonstração de efetivo prejuízo,

como na espécie, não há falar em nulidade, muito menos absoluta.
3. Precedentes da 6ª Turma e do STF.
4. Ordem denegada". (HC nº 133.654/DF, Relator o Ministro ***CELSO LIMONGI*** *(Desembargador convocado do TJSP), DJe de 20/9/2010.)*
É também o entendimento do Supremo Tribunal Federal:
*"****HABEAS CORPUS*** *. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. INVERSÃO NA ORDEM DE PERGUNTAS ÀS TESTEMUNHAS. PERGUNTAS FEITAS PRIMEIRAMENTE PELA MAGISTRADA, QUE, SOMENTE DEPOIS, PERMITIU QUE AS PARTES INQUIRISSEM AS TESTEMUNHAS. NULIDADE RELATIVA. NÃO ARGUIÇÃO NO MOMENTO OPORTUNO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. ORDEM DENEGADA.*
1. A magistrada que não observa o procedimento legal referente à oitiva das testemunhas durante a audiência de instrução e julgamento, fazendo suas perguntas em primeiro lugar para, somente depois, permitir que as partes inquiram as testemunhas, incorre em vício sujeito à sanção de nulidade relativa, que deve ser arguido oportunamente, ou seja, na fase das alegações finais, o que não ocorreu.
2. O princípio do pas de nullité sans grief exige, sempre que possível, a demonstração de prejuízo concreto pela parte que suscita o vício. Precedentes. Prejuízo não demonstrado pela defesa.
3. Ordem denegada." (HC nº 103.525/PE, Relatora a Ministra ***CÁRMEN LÚCIA****, DJe de 27/8/2010.)*
Entretanto, em que pese a argumentação acima explanada, verifico que o caso ora examinado apresenta peculiaridade que merece especial atenção.
É que, conforme ressaltado no lúcido e fundamentado acórdão impugnado (fl. 356), o representante do Ministério Público não estava presente à audiência de instrução, o que significa dizer que não houve qualquer intervenção do órgão de acusação na inquirição das testemunhas que arrolara para provar os fatos imputados ao acusado.
No caso concreto, o juiz iniciou os questionamentos em relação às testemunhas e depois passou a palavra à defesa.
Verifico nos autos que a sentença condenatória está lastreada em elementos de convicção obtidos exclusivamente na oitiva de testemunhas, arroladas pelo Ministério Público, na audiência de instrução, a qual não estava presente seu órgão de acusação, tendo o juiz formulado todas as perguntas que envolviam os fatos da imputação penal.
Com efeito, em tais situações não se mostra relevante sequer a questão da inversão da ordem de inquirição, pois mesmo que o magistrado tivesse formulado perguntas às testemunhas arroladas pelo órgão de acusação em momento posterior à defesa, mas de tais depoimentos tenha extraído os elementos de convicção exclusivos que sustentaram a decisão condenatória, irrecusável reconhecer que a inquirição, pelo juiz, não se deu em caráter complementar, mas sim principal, em verdadeira substituição ao órgão incumbido da acusação, situação que configura indisfarçável afronta ao sistema acusatório e evidencia o prejuízo efetivo do recorrido.
A nulidade decorre, no caso, da violação do caráter complementar da inquirição, não da ordem de inquirição. Portanto, somente o exame de cada caso concreto ensejará eventual constatação de nulidade, desde que provado efetivo prejuízo, ou seja, que os elementos de convencimento que

> levaram o destinatário da prova a emitir juízo de censura penal derivaram, direta e exclusivamente, da inversão da ordem de inquirição, ou da violação do critério da complementaridade da atuação do juiz na inquisição da testemunha. Nessa linha de raciocínio, nos processos em que, por exemplo, a instrução probatória foi fracionada, se a sentença condenatória apresentar elementos de convicção extraídos da prova oral produzida em outro momento processual, sem afronta ao novo sistema estabelecido no art. 212 do Código de Processo Penal, ou se o convencimento judicial estiver lastreado em outros meios de prova, não se cogitaria de qualquer nulidade.
> Não se verificou, no caso concreto, a indispensável separação entre o papel incumbido ao órgão acusador e ao julgador, principal característica do sistema penal acusatório, pois a fundamentação exposta na sentença permite concluir que os elementos do convencimento judicial decorreram, exclusivamente, de provas colhidas pelo julgador em frontal violação ao sistema acusatório. Sendo evidente e insanável a nulidade reconhecida, o irretocável acórdão recorrido não merece qualquer reparo.
> Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.
> É como voto.

Também no presente caso, houve completa violação ao sistema penal acusatório, caso em que o Magistrado procedeu à inquirição das testemunhas arroladas na denúncia, colhendo ele mesmo a prova, e, posteriormente, dada a ausência do Promotor de Justiça ao ato, restou somente intimada a Defesa, que apresentou razões derradeiras, em memoriais, sem que antes apresentadas as da lavra do Órgão Ministerial.

Nesse ponto, questão semelhantemente grave se apontou. É que não se pode presumir o pedido de condenação por ocasião de alegações finais apresentadas pela Promotoria Pública. À parte, não obstante o sistema de acusação, é dado alegar o que entender de direito, pode, inclusive, nesse momento, manifestar-se por um decreto de absolvição, convencida em suas razões pelo que se colheu por ocasião da instrução processual na sua presença. Ausente o pedido final da Promotoria Pública, inclusive não intimado para o ato, julgou-se a lide, constando na sentença a indicação dessa mesma prova como lastro no mérito condenatório. Portanto, como bem apontou o Excelentíssimo Senhor Ministro, não houve a necessária separação de papéis indispensáveis no sistema acusatório, e sim uma invasão de atribuições que, pode, inclusive, ter influído no convencimento do Magistrado, violados, sobremaneira, ainda o princípio do contraditório e, por consequência, da ampla defesa.

Ressalto, por oportuno, haver o Magistrado apontado na sentença dificuldades quanto à ausência de Promotor de Justiça na comarca (fl.99), inclusive em relação a processos que envolvem réus na condição de presos. No entanto, é de ser observado que a realização de atos, para os quais sua presença é legalmente exigida (art. 25, V, da Lei Orgânica do Ministério Público) não obstante ausente o Promotor de Justiça, não demonstra ser a melhor solução, caso em que medidas junto à Procuradoria-Geral de Justiça podem ser adotadas.

Assim, não há outra solução a se dar ao caso, senão o acolhimento das razões expendidas pela Procuradoria de Justiça, para declarar nulo o processo a partir do ato judicial de fls. 65 e ss, ressalvada a decisão proferida, à fl.66, acerca das questões levantadas em sede de resposta à acusação, tendo em vista que havia que ser exarada, como ocorreu, independentemente da presença do Órgão Ministerial, restando prejudicada a análise das demais razões expendidas na via recursal.

Observa-se, por oportuno, a necessidade de regular intimação das partes e testemunhas para a realização de nova audiência, vedada, por evidente, a utilização do teor da mídia antes confeccionada, a qualquer título, no prosseguimento do feito, uma vez que declarada nula a colheita da prova ali contida.

ISSO POSTO, acolho o parecer da Procuradoria de Justiça para, conhecendo do recurso, declarar a nulidade do processo a partir da fl.65, ressalvada a decisão constante à fl.66, concernente às questões suscitadas em sede de resposta à acusação, e, por consequência, dar por prejudicada a análise das matérias arguidas na via recursal.

É como voto.

Fortaleza, 03 de dezembro de 2012.

PROCESSO: Apelação Crime n. 44-07.2008.8.06.0160/1 – Santa Quitéria-CE
APELANTE: Adilton Protásio da Silva
APELADO: Ministério Público Estadual
RELATOR: DESEMBARGADOR JOÃO BYRON DE FIGUEIRÊDO FROTA

EMENTA: PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. APELAÇÃO DA DEFESA. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA PELA NÃO OITIVA DE TESTEMUNHA: AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. MÉRITO: DOSIMETRIA DA PENA E INCLUSÃO DE CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE. PROCEDÊNCIA PARCIAL DO RECURSO.

I – Condenado à pena de 15 anos e 8 meses de reclusão em regime fechado pela prática do crime de homicídio em sua forma qualificada, o acusado interpôs recurso apelatório pugnando pela reforma da sentença, alegando os seguintes pontos: i) nulidade da sentença por cerceamento de defesa pela não oitiva de testemunha; ii) erro na dosimetria da pena, já que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal sem fundamentação idônea, bem como a não consideração da atenuante de menoridade no cálculo da pena.

II – A aplicação da pena privativa de liberdade deve ser corrigida no que tange à aplicação da atenuante da menoridade, já que, na data do fato, o agente contava com menos de 21 anos.

III – Dá-se provimento parcial à apelação do acusado, reduzindo-se a pena para 15 anos de reclusão.

ACORDA a 2ª Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade de votos, em **dar provimento parcial à apelação**, nos termos do voto do eminente Desembargador Relator.

Inconformado com a condenação à pena de 15 anos e 8 meses de reclusão em regime inicialmente fechado que lhe foi imposta, o acusado, ora apelante, interpôs recurso de apelação (fls. 129/145) pedindo a anulação da decisão colegiada do Tribunal do Júri, pois, segundo ele, houve cerceamento de defesa, caracterizando-se nulidade, já que a oitiva da testemunha requerida não foi realizada; no mérito, requer a diminuição da pena imposta, haja vista que a dosimetria da pena-base foi mal realizada; além disso,

não houve consideração da atenuante da menoridade no cálculo final da reprimenda.

Chamado às contrarrazões, o representante do Ministério Público pugnou pelo não acolhimento das pretensões elencadas na peça recursal, mantendo-se a decisão de primeira instância (fls. 149/151).

A Procuradoria Geral de Justiça (fls. 165/168) opinou pelo parcial provimento do recurso de apelação, visto que a decisão dos jurados está em total conformidade à prova dos autos, porém, a dosimetria da pena merece correção, diminuindo-a em razão da aplicação da atenuante.

É o breve relato.

Em preliminar, o apelante alega ocorrência de irregularidade processual passível de aplicação de sanção de nulidade, já que não foi oitivada a testemunha requerida pela defesa.

Entretanto, tal irregularidade, que, ao fim e ao cabo, não existiu, deu-se somente na percepção da defesa.

Conforme decisão de fls. 109, o magistrado, antes da sessão de julgamento pelo Tribunal do Júri, que o apelante buscava adiar pelo fato de que o defensor assumira a causa há somente três dias, esclareceu que todas as testemunhas arroladas foram ouvidas, respeitados o contraditório e a ampla defesa. Assim, eventuais contradições apontadas no requerimento de adiamento poderiam ser devidamente esclarecidas e exploradas pela defesa em plenário.

Ademais, a arguição de irregularidade processual torna-se incoerente, pois a testemunha, cujo depoimento, aos olhos da defesa, seria contraditório, sequer foi explorado em sede de apelação para argumentar acerca de eventual julgamento em contrariedade à prova dos autos, na hipótese de não acolhimento desta preliminar.

Portanto, rejeita-se a presente preliminar.

Quanto à fixação da pena-base, equivoca-se o apelante ao aduzir que não há fundamentação suficiente. Verifica-se por uma simples leitura da sentença condenatória que a magistrada sentenciante, utilizando-se dos elementos dos autos, estabeleceu adequadamente a pena em sua primeira fase, não havendo, assim, motivo para modifica-la neste momento.

No tocante à dosimetria da pena, merece melhor sorte o apelante ao pleitear a contabilização da atenuante de menoridade no cálculo final da pena. Embora o apelante tenha levantado preliminar para discutir esta questão, verifica-se que ela deve ser dirimida neste ponto.

Observa-se que somente a atenuante de confissão espontânea foi levada em consideração para reduzir a pena-base de 16 para 15 anos e 8 meses de reclusão. Ora, está também presente nos autos, de forma clara, o fato de que o apelante, ao praticar a infração penal, fê-lo quando tinha 20 anos de idade.

Assim, nada mais justo do que, havendo duas atenuantes, reduzir-se a pena

proporcionalmente, estabelecendo-a em 15 anos de reclusão.

Assim é o entendimento do colendo Superior Tribunal de Justiça:

> HABEAS CORPUS. PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ATENUANTES. REDUÇÃO. PERCENTUAL MÍNIMO E MÁXIMO. INEXISTÊNCIA.
> 1. Havendo circunstâncias judiciais consideradas desfavoráveis com espeque em fundamentação idônea, não há ilegalidade na fixação da pena-base acima do mínimo legal.
> 2. Hipótese em que a pena-base, estipulada em 17 (dezessete) anos, teve por fundamento o grau de culpabilidade do Paciente (coordenador da empreitada criminosa), sua conduta social (ausência de ocupação lícita e envolvimento com pessoas ligadas ao tráfico de entorpecentes) e as circunstâncias do fato (delito perpetrado por meio de arma de fogo, em local público (posto de gasolina) e com aglomerado de pessoas (próximo a boate).
> 3. No homicídio, a existência de qualificadoras leva à existência de delito autônomo, razão pela qual são sopesadas logo na primeira etapa da dosimetria, podendo a pena-base ser fixada, conforme a fundamentação expendida, em qualquer parâmetro entre a pena mínima e a máxima abstratamente cominadas.
> 4. Não se vislumbra ilegalidade na redução da pena em 6 (seis) meses, diante da existência de duas atenuantes (menoridade e genérica), uma vez que guardam coerência com a fundamentação expendida pelas instâncias ordinárias.
> 5. O legislador não previu percentuais mínimo e máximo de redução ou aumento da pena, em virtude da aplicação de atenuantes e agravantes, cabendo ao juiz sentenciante sopesar o quantum a ser reduzido ou aumentado, segundo sua percuciente análise do caso concreto.
> 6. Ordem denegada. (HC 94.463/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2009, DJe 08/02/2010)

Diante do exposto, dou provimento parcial ao pleito apelatório, reduzindo-se a pena privativa de liberdade a 15 anos de reclusão em regime fechado, no que adiro ao parecer ministerial.

É como voto.

Fortaleza, 11 de março de 2013.

PROCESSO: Apelação Crime n. 5642-19.2000.8.06.0128/1 – Morada Nova-CE
APELANTE: João Nilton Saldanha Maia
APELADO: Ministério Público Estadual
RELATOR: DESEMBARGADOR JOÃO BYRON DE FIGUEIRÊDO FROTA

EMENTA: PENAL. ART 121, §2º, IV, CP. CONDENAÇÃO A DOZE ANOS DE RECLUSÃO. REGIME FECHADO. APELAÇÃO. LEITURA DE PEÇAS PROCESSUAIS EM PLENÁRIO. JULGAMENTO ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.689/2008. ALEGAÇÃO DE QUE UM DOS JURADOS ENCONTRAVA-SE DORMINDO DURANTE A SESSÃO DE JULGAMENTO. JULGAMENTO CONTRÁRIO À PROVA DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. QUALIFICADORA DA SURPRESA. PERDA DO CARGO PÚBLICO. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

I – Condenado à pena de 12 anos de reclusão em regime fechado pela prática de crime de homicídio qualificado pela qualificadora da surpresa (art.121, § 2º, IV, CP), o apelante requer nulidade da sessão do Tribunal do Júri, visto que foi julgado em contrariedade à prova dos autos.

II – A preliminar de nulidade dos julgamentos realizados pelo Tribunal do Júri em que ocorreram a leitura de peças processuais antes da entrada em vigor da Lei nº 11.689/2008, não podem ser anulados, conforme o princípio do *tempus regit actum*. Ademais, a leitura das peças processuais realizada pelo Ministério Público foi sem conotação de argumento de autoridade.

III- A preliminar de nulidade da sentença, sob o fundamento de que um dos jurados encontrava-se dormindo durante a fala da defesa, não merece ser acolhida, pois não há confirmação que o fato ocorreu, tendo o próprio jurado negado o que fora apontado.

IV- As provas dos autos são suficientemente claras para demonstrar a autoria, a materialidade do crime e a surpresa, como qualificadora, notadamente em face do laudo cadavérico e do que foi dito no depoimento das testemunhas.

V- Não há que se falar em violação ao artigo 92, inciso I,

alínea "b" do CP, quando devidamente fundamentada a perda do cargo público.
VI– Nega-se provimento ao recurso de apelação.
VII – Modificação *ex officio* do regime prisional, de integralmente fechado para inicialmente fechado.

Vistos, relatados e discutidos estes autos da **Apelação Criminal n. 5642-19.2000.8.06.0128/1**, da Comarca de Morada Nova neste Estado, no qual são partes as acima nominadas.

ACORDA a 2ª Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade de votos, em **negar provimento** ao recurso de apelação, nos termos do voto do eminente Desembargador Relator, em consonância ao parecer ministerial.

Cuida-se de ação penal movida pelo Ministério Público Estadual contra João Nilton Saldanha Maia, ora Apelante, em que pede seja este condenado nas iras do art. 121, §2º, inciso II e IV, do Código Penal.

Consta na inicial acusatória (fls. 2/4) que João Nilton Saldanha Maia, no dia 05/04/1998, no município de Morada Nova, usando um revólver, atirou na nuca da vítima Paulo Sandro Silva, sem que houvesse ocorrido qualquer discussão, causando-lhe a morte consoante demonstra o laudo cadavérico de fls. 07.

Submetido ao devido processo legal, garantido o contraditório e a ampla defesa, realizada a instrução criminal e o julgamento perante o Conselho de Sentença, o Tribunal do Júri condenou o apelante João Nilton Saldanha Maia à pena de doze (12) anos de reclusão por homicidio qualificado, em regime prisional fechado (fls.273/274).

Inconformado com o *decisum*, o Apelante em suas razões recursais (fls.300/306), requer a nulidade da sessão de julgamento do Tribunal do Júri, em função das seguintes irregularidades: um dos jurados encontrava-se dormindo durante a manifestação da defesa e devido a leitura de peças processuais em plenário.

No mérito, requer a não aplicação da qualificadora da surpresa, uma vez que a vítima e acusado já eram inimigos.

Chamado às contrarrazões (fls.308/313), o Representante do Ministério Público pugnou pela improcedência plena da apelação, pois a sentença encontra-se devidamente fundamentada nas provas trazidas aos autos. A qualificadora restou caracterizada, e, ao contrário do que requer o apelante, deverá ser confirmada.

Ouvido, o Procurador de Justiça (321/324) opinou pelo não provimento do apelo, vez que a decisão dos jurados guarda consonância com tudo que fora coletado no processo, portanto, não caberia caso de anulação do Júri, não havendo também como elidir a qualificadora da surpresa, uma vez que a vítima foi covardemente atingida pelas costas.

É o relatório. Passo a votar.

Conheço do recurso interposto, vez que tempestivo, sem qualquer fator impeditivo ou extintivo do direito de recorrer.

Inicialmente, quanto a preliminar de nulidade, sob o fundamento de que o jurado Francisco Imero Isaías Júnior estaria dormindo durante a sessão de julgamento, essa não merece ser acolhida, uma vez que não há confirmação de que o fato ocorreu, pois o próprio jurado negou o que fora apontado, afirmando que estava prestando atenção.

Em relação à preliminar de nulidade aventada pela defesa, segundo a qual o Representante do Ministério Público, quando do uso da réplica, ao sustentar a qualificadora da surpresa, teria-se realizado a leitura da decisão do recurso em sentido estrito de modo a influenciar na decisão dos jurados.

Dispõe o art. 478, inciso I, do Código de Processo penal, com a redação dada pela Lei nº 11.689/2008, que:

> "Art. 478. Durante os debates as partes não poderão, sob pena de nulidade, fazer referências:
> I – à decisão de pronúncia, às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação ou à determinação do uso de algemas como argumento de autoridade que beneficiem ou prejudiquem o acusado; "

Ressalte-se que, não podem ser anulados os julgamentos realizados pelo Tribunal do Júri anteriores a entrada em vigor da Lei nº 11.689/2008, que deu nova redação ao art. 478 do Código de Processo Penal tendo vedado às partes, sob pena de nulidade, fazer referências à decisão de pronúncia e às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação, sendo assim, o julgamento de João Nilton Saldanha Maia proferido em 23 de maio de 2006, não pode ser anulado conforme o princípio do tempus regit actum.

Neste sentido, orienta a jurisprudência pátria:

> **STJ:** HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO E LESÃO CORPORAL. LEITURA DE PEÇAS PROCESSUAIS EM PLENÁRIO. JULGAMENTO ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI N.º 11.689/2008. CABIMENTO. ALEGAÇÃO DE INFLUÊNCIA NO ÂNIMO DOSJURADOS. ANÁLISE PROBATÓRIA. VIOLAÇÃO À SOBERANIA DOS VEREDICTOS. ORDEM DENEGADA.
> 1. Consoante o princípio *tempus regit actum*, a lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior.
> 2. O fato de a nova redação do art. 478 do Código de Processo Penal ter vedado às partes, sob pena de nulidade, fazer referências à decisão de pronúncia e às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação, não nulifica os julgamentos realizados pelo Tribunal do Júri antes da

> entrada em vigor da Lei n.º □11.689/2008, onde tal situação tenha ocorrido.
> 3. Ademais, reconhecer, na via estreita do *writ*, que a leitura de trechos da pronúncia, dos pareceres ministeriais e do recursos em sentido estrito em plenário influiu no ânimo nos jurados e na própria condenação do ora Paciente, demandaria uma análise aprofundada do conjunto probatório dos autos, inviável na via eleita, e, o que seria ainda mais grave, implicaria em violação à soberania do Júri, constitucionalmente assegurada (CF, art. 5º, inciso 150683, alínea c).
> 4. Ordem denegada. (HC 151371/ SC, HC 2009/0207341-7, Min. Laurita Vaz, 5a. T., Dje 01/08/2011)

Passando para análise do mérito, em relação a qualificadora da surpresa (art.121, § 2º, IV do CP), não merece prosperar a tese da defesa de não aplicação da qualificadora, pois através dos depoimentos das testemunhas de acusação e em razão do laudo cadavérico (fls. 07) a vítima foi atingida pelas costas, demonstrando assim, que não tinha a intenção de se defender de uma suposta agressão, uma vez que se encontrava sentada de costas ao acusado, comprovando a surpresa como elemento do crime.

Trecho do depoimento judicial de Helena Aquino dos Santos (fls. 91):

> "Que a vítima não tentou agredir o acusado; que a vítima não fez nenhum gesto que pudesse inspirar temor no acusado de que seria atacado; que a vítima foi atingida na parte de trás da cabeça; que a vítima quando levou o tiro estava sentada; que a vítima estava em posição lateral ao acusado, olhando o conjunto musical tocar."

Neci Antônia Maia Girão, declarou (fls. 92):

> "Que de jeito nenhum houve discussão entre acusado e vítima; (...) que a vítima estava de costas para o acusado; (...) que a vítima quando foi atingida estava sentada."

No que concerne ao pleito de afastamento da aplicação da qualificadora da surpresa, pelo fato da existência de animosidade anterior entre vítima e acusado, esse fator, por si só, e diante da situação peculiar em que se deu o ocorrido não afasta a incidência da qualificadora prevista no inciso IV, §2º, art.121 CP.

Nesse sentido:

> "Nem sempre a anterior desavença entre réu e vítima constitui, por si só, fator a arredar a qualificadora da surpresa, máxime se o agente de modo inesperado e pelas costas atira contra a pessoa de sua desafeição que, além de desprevenida, não tinha sérias razões de esperar ou sequer suspeitar, nas circunstâncias, tão extremado procedimento."
> (TJSP - Apelação Criminal n. 260.543-3/6, Des. Gonçalves Nogueira , j. 23.03.1999 - *in* RT766/584)

Assim, restou comprovado nos autos que a ação do Acusado ocorreu de forma inesperada, tornando, no mínimo, difícil qualquer conduta defensiva por parte da Vítima.

Sobre o tema, o saudoso Julio Fabbrini Mirabete ensina:

> "A surpresa pode qualificar o delito quando, efetivamente, tenha ela dificultado ou impossibilitado o agente de se defender (RT 545/326), não bastando que a vítima não espere a agressão (RT 519/362, 512/375, 591/330). Assim, só se caracteriza quando o ato é completamente inesperado para a vítima por ter o agente dissimulado o propósito homicida (RSTJ 34/374-375; JCAT 65/349-350).
> Reconheceu-se a qualificadora em estudo nos seguintes casos: (...) no gesto repentino que não deu oportunidade à vítima para se defender (RT 438/376, 440/376); quando a vítima não podia prever a inesperada agressão (RT 531/310, JCAT 59/260-261) (...)" (***in*** **"**Manual de Direito Penal", vol. 2, 18ª ed., São Paulo, Atlas, 2001, pág. 74) .
> "Homicídio qualificado - Surpresa - Caracterização - Qualificadora que está vinculada a fatos que se mostram presentes ao tempo do desencadear da ação criminosa e não àquelas posteriores [leia-se: anteriores] - Recurso provido."

Verifica-se que o conjunto probatório acostado aos autos sustenta a tese da acusação, sendo suficiente para a comprovação da autoria e da materialidade delitiva, bem como da qualificadora da surpresa para o cometimento do crime, uma vez que a vítima encontrava-se sentada na barraca "Tia Helena" quando foi atingida com um tiro na nuca.

Considerando isto e o vasto material probatório colhido ao longo da instrução criminal, a decisão proferida pelo Conselho de Sentença não contraria a prova dos autos, preservando-se o principio constitucional da soberania dos veredictos, visto que para anular a decisão do Júri, necessitaria que a sentença houvesse afrontado tudo que existe em termos de elementos de convicção.

Desta feita, a decisão proferida pelo Conselho de Sentença e sufragada pelo magistrado que condenou o apelante homicídio qualificado em nada destoa da prova dos autos, preservando-se o princípio constitucional da soberania dos veredictos.

Em apoio ao entendimento exposto, faz-se necessário colacionar decisões judiciais, no mesmo sentido, *in verbis*:

> RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. TRIBUNAL DO JÚRI. CRIME CONTRA A VIDA. SOBERANIA DE VEREDICTOS. VERTENTES ALTERNATIVAS DA VERDADE DOS FATOS. CONHECIMENTO.
> 1. À instituição do júri, por força do que dispõe o artigo 5º, inciso XXXVIII,

alínea "c", da Constituição da República, é assegurada a soberania de veredictos.
2. O artigo 593, inciso IV, alínea "d", do Código de Processo Penal, autoriza que, em sendo a decisão manifestamente contrária à prova dos autos, ou seja, quando os jurados decidam arbitrariamente, dissociando-se de toda e qualquer evidência probatória, é de ser anulado o julgamento proferido pelo Tribunal Popular.
3. Oferecidas aos jurados vertentes alternativas da verdade dos fatos, fundadas pelo conjunto da prova, mostra-se inadmissível que o Tribunal de Justiça, em sede de apelação, desconstitua a opção do Tribunal do Júri - porque manifestamente contrária à prova dos autos - sufragando, para tanto, tese contrária.
4. Recurso conhecido para restabelecer a sentença.
(STJ. REsp n. 242592. 5ª. T. Rel. Min. Hamilton Carvalhido. DJ 05/03/2002.).

APELAÇÃO. JÚRI. LEGITIMA DEFESA. ABSOLVIÇÃO. DECISÃO APOIADA EM PARTE DA PROVA. A decisão dos jurados que enseja anulação para que submetido o réu a novo julgamento é aquela que não tem qualquer apoio na prova dos autos. Se o contexto probatório permitir tanto a opção de acolhimento da excludente da antijuricidade como a de condenação, o júri pode escolher qualquer dos veredictos sem que seja arbitrária. A decisão manifestamente contrária à prova não é a menos justa, mas a divorciada do contexto. NEGADO PROVIMENTO.
(TJRS. Apelação Crime n. 70020336723 3ª. Câmara Criminal. Rel. Des. Elba Aparecida Nicolli Bastos. Julg. 06.set.2007)

No mesmo sentido caminha este egrégio sodalício, ao consolidar 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, a sentença está apoiada no que foi dito pela narrativa testemunhal. Não é porque o Júri não acatou a tese defendida pela defesa que ele não decidiu de acordo com as provas. O júri não está vinculado à tese das partes, tendo liberdade para formar seu entendimento de acordo com a sua consciência, que, no caso em análise coincide com a tese defendida pela acusação.

Por fim, em relação aos efeitos da condenação, de que trata o art. 92, inciso I, alínea "b" do CP, quais sejam, a perda do cargo, função pública ou mandado eletivo, não são automáticos e dependem de declaração expressa e motivada do Magistrado *a quo,* o que se verificou na sentença que se encontra devidamente fundamentada.

Em atenção à modificação legislativa produzida pela Lei n. 11.464/2007, e, anteriormente a isso, a decisão exarada pelo colendo Supremo Tribunal Federal no HC 82.959, em fevereiro de 2006, altera-se *ex officio* o regime prisional, de integralmente fechado para inicialmente fechado.

Isso posto, nega-se provimento ao recurso de apelação, mantendo-se *in totum* a sentença guerreada, em consonância com o parecer do douto Procurador de Justiça.

É como voto.

Fortaleza, 18 de fevereiro de 2013.

PROCESSO N°: 9554-49.2002.8.06.0000/0
TIPO: APELAÇÃO CRIME.
ORIGEM: VARA ÚNICA DA COMARCA DE ICAPUÍ
APELANTES: ANTÔNIO LEANDRO NOGUEIRA DE LIMA E JOELMA MARIA PEREZ
APELADO: JUSTIÇA PÚBLICA.
RELATOR: DES. FRANCISCO PEDROSA TEIXEIRA

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL – RECURSO DE APELAÇÃO-CORRUPÇÃO DE MENORES E ATO OBSCENO - DECRETAÇÃO *EX OFICCIO* DA PRESCRIÇÃO NA MODALIDADE INTERCORRENTE - ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR - INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA ACERCA DA PRÁTICA DELITIVA - CRIME DE VESTÍGIO-CONDENAÇÃO BASEADA APENAS NA PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA - A PREFALADA TIPIFICAÇÃO PENAL, ENTÃO CONSTANTE NO ART.224, "A" DO CP, A MEU SENTIR, É RELATIVA, AINDA MAIS QUANDO AUSENTE EXAME DE CORPO DE DELITO ATESTANDO A VIOLÊNCIA, BEM COMO A NOTÓRIA EXPERIÊNCIA SEXUAL DE ADOLESCENTES QUE PRATICAM ATO LIBIDINOSO COM MULHER CASADA, TENDO SEU MARIDO APENAS PRESENCIADO O *MÉNAGE*-ATIPICIDADE DA CONDUTA E DÚVIDA QUANTO À OCORRÊNCIA DO CRIME - IMPOSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. Réus condenados às penas em concreto de 03(três) anos e 06(seis) meses de de reclusão pelo delito tipificado no art.218 do CP, cuja prescrição, a teor dos artigos 110, § 1º, c/c art. 109, IV do CPB, ocorre em 08(oito) anos, bem como às penas em concreto de 05(cinco) meses de detenção, pela conduta antijurídica de ato obsceno, cuja prescrição, na exegese dos artigos 110, §1°, c/c art.109, VI, em sua redação antiga, prescreve em 02(dois) anos.

2. A publicação da sentença condenatória se deu em 08/04/2002, constatando-se, até os tempos hodiernos, prazo superior a 08 (oito) e 02(dois) anos, respectivamente,

implicando no reconhecimento da prescrição na modalidade intercorrente em relação aos suso mencionados ilícitos, não se podendo olvidar, ainda, que a sentença penal condenatória transitou em julgado para a acusação.

3. A extinção da punibilidade deve ser reconhecida de ofício, por se tratar de matéria de ordem pública. Inteligência do art.61 do CPP.

4.Recursos prejudicados no mérito em relação aos retro mencionados delitos.

5. Em relação ao delito de atentado violento ao pudor, observei que o édito condenatório se fundamentou, exclusivamente, na absoluta presunção de violência em delitos desse jaez, no que tange a vítimas menores de 14(catorze) anos. Ouso divergir e o faço acostando-me ao entendimento da Corte Uniformizadora da Legislação Federal, dispondo que se o adolescente, maior de 12(doze) anos, segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente, tem discernimento para a prática de ato infracional, a ele se impondo medida socioeducativa, também o tem para consentir o ato sexual. Precedentes do STJ.

6. Não constitui crime de atentado violento ao pudor a relação sexual que não foi mantida mediante violência ou grave ameaça, ou seja, sem dissenso sincero e efetivo, não bastando a presunção absoluta de violência para tipificar a conduta, máxime quando a denunciada, com o consentimento e sob os olhos do marido, passou a se bronzear em trajes sumários, pedindo a algumas das pretensas vítimas, ressalte-se, adolescentes com mais 12(doze) anos completos, espalhassem sobre seu corpo óleo embelezador, ocorrendo aí os primeiros contatos libidinosos, variando desde carícias na genitália e nádegas da acusada, à cópula intra-vaginal, numa sessão de Voyerismo.

7. Inexistência de *innocentia consilli* dos sujeitos passivos, máxime quando já tiveram experiências sexuais anteriores. O juízo de piso, na prolatação do *veredicto* condenatório, calcou-se apenas na presunção absoluta de violência.

8. Parece-me extremo rigorismo, confundível com a responsabilidade penal objetiva, impossibilitar ao julgador a análise da ausência de *"inocentia consilli"* por parte das

pretensas vítimas, rapazes maiores de 12(doze) anos, inclusive, um com 18(dezoito) anos de idade, detalhe reconhecido na própria sentença monocrática(fl.247).
9. Ademais, quando o arcabouço probatório se mostrar frágil a sustentar uma condenação, principalmente pela inexistência de laudo elaborado pelos *experts* de exame de corpo de delito que demonstrem qualquer violência, ratificados pela notória experiência sexual das pretensas vítimas, carece de elementos suficientes eventual condenação.
10. Marido permite que cônjuge virago se preste à lascívia de rapazotes de 12(doze) a 18(dezoito) anos em balneário, ficando apenas a observar a conduta libidinosa. A meu sentir, *in casu,* trata-se da aplicação direta do princípio da lesividade, afastando-se da incidência da lei penal aquelas condutas que, embora desviadas ou reprovadas pelo aspecto moral, não repercutem diretamente sobre qualquer bem de terceiros. A absolvição é medida que se impõe, por atipicidade da conduta. Exegese do art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal.
11. Apelos providos para absolver os réus.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Crime n° 9554-49.2002.8.06.0000/0, da Vara Única da Comarca de Icapuí, em que figuram como apelante e apelado, respectivamente, Antônio Leandro Nogueira de Lima, Joelma Maria Perez e a Justiça Pública.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, em conhecer do recurso para declarar a prescrição *EX OFICCIO* dos delitos de corrupção de menores e ato obsceno na modalidade intercorrente, e no mérito, concernente à condenação pelo delito de atentado violento ao pudor, dar provimento ao apelo, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

Cuida-se de Apelatórios(fls.264/277) interpostos por Antônio Leandro Nogueira de Lima e Joelma Maria Perez, ambos com o escopo de reformar a sentença (fls.240/256) exarada pelo Juízo da Vara Única da Comarca de Icapuí, condenando-os nas reprimendas dos arts.214, c/c art.224, 'a', art.9° da Lei 8.072/90, art.218 e art.233, combinados com os arts.24,69 e 71, todos do Código Penal Brasileiro , à pena de (14)

catorze anos e 02(dois) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado.

No inconformismo (fls.264/277), a defesa, requer, em síntese, a absolvição, clamando, subsidiariamente, pela exclusão da violência absoluta, a conseqüente retificação da dosimetria, e por derradeiro, o reconhecimento da participação do apelante, com a aplicação da causa de diminuição de pena.

Em contra-razões(fls.279/287), o *parquet* originário pugnou pela manutenção da sentença vergastada, por estar o *decisum* em consonância com o probatório carreado aos autos, fazendo a ressalva, em seu entender, da configuração do *bis in idem,* em decorrência da exclusão da causa de aumento de pena prevista no art.9° da Lei 8.072/90.

Chamada à colação, a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou(fls.295/297), pelo conhecimento da apelação, por tempestiva e, no mérito, pelo seu total improvimento, porque, na sua opinião, a decisão monocrática possui boa feição técnica e feliz interpretação dos fatos e da lei.

É o breve relatório.

VOTO

Em juízo de admissibilidade o apelo deve ser conhecido, por tempestivo e previsto na espécie.

Cuidam os presentes autos de apelações criminais(fls.264/277) cujo desiderato é reformar a sentença(fls.240/256) do douto Juízo da Vara Única da Comarca de Icapuí que condenou Antônio Leandro Nogueira de Lima e Joelma Maria Perez à pena de 14(catorze) anos e 02(dois) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado.

Ab Initio, cumpre-me ressaltar que constata-se a incidência da prescrição intercorrente em relação a 02(dois) delitos imputados aos ora apelantes, qual sejam , **o**s crimes de ato obsceno (art.233 do CP) e corrupção de menores(art.218 do CP). Insta salientar por se tratar de matéria de ordem pública, que deve ser reconhecida de ofício. Inteligência do art.61 do CPP.

Nessa linha de raciocínio, o art. 110, §1º, do Código Penal, dispõe que:

> "A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido o seu recurso, regula-se pela pena aplicada".

Na mesma pegada, a dicção do art.119 da Lei repressiva pátria: "Art.119. No caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente."

Acosto-me, ainda, a Súmula 497 da Suprema Corte brasileira ao enunciar

que: " Quando se tratar de crime continuado, a prescrição regula-se pela pena imposta na sentença, não se computando o acréscimo decorrente da continuação."

No que concerne ao delito de corrupção de menores, cuja pena pena fixada foi de 03(três) anos e 06(seis) meses de reclusão, o que teor do art.109, IV, do CP, prescreve em 08(oito) anos, há de ser declarada a prescrição.

O édito condenatório, consoante fl.256, foi publicado em 08/04/2002, decorrendo até a atualidade prazo superior a 08(oito) anos.

Assim, transcorrido o prazo temporal excedente a 08(oito) anos, exigidos para ser declarada a prescrição em delitos que fixam 02(anos), mas que não ultrapassam 04(quatro) anos, de acordo com o art.109, IV do CPB, é de rigor a perda da pretensão punitiva estatal.

O Tribunal da Cidadania não discrepa do entendimento esposado:

> RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIMES DE EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO, DE QUADRILHA E DE TORTURA. DISSENSO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. ALEGADA OFENSA AO ART. 619 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. OMISSÃO NÃO CONFIGURADA. RECONHECIMENTO PESSOAL NA FASE INQUISITORIAL. ARGUIDA INOBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 226, INCISOS I, II e IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. SÚMULA N.º 07 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. TESE DE INAPLICABILIDADE DO ART. 8.º, CAPUT, DA LEI N.º 8.072/90. SÚMULA N.º 284 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *QUANTUM* REFERENTE À CONTINUIDADE DELITIVA NO CRIME DE EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO. 13 (TREZE) VÍTIMAS. AUMENTO EM 2/3 (DOIS TERÇOS). LEGALIDADE. CRIME DE QUADRILHA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA SUPERVENIENTE EXAMINADA COM BASE NA PENA APLICADA NA SENTENÇA CONDENATÓRIA. LAPSO TEMPORAL OCORRENTE. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE ESTATAL.
>
> 1. Constata-se que o Recorrente se limitou a sustentar que o acórdão hostilizado teria divergido do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC n.º 74.704-3/SP, sem, contudo, realizar o cotejo analítico nos moldes legais e regimentais, ou seja, com transcrição de trechos do acórdão recorrido e do julgado paradigma que demonstrem a identidade de situações e a diferente interpretação dada à lei federal.
>
> 2. A contrariedade ao art. 619 do Código de Processo Penal não subsiste, porquanto o acórdão hostilizado solucionou a quaestio juris de maneira clara e coerente, apresentando todas as razões que firmaram o seu convencimento.
>
> 3. Ao contrário do arguido, a autoridade policial observou de modo escorreito todas as formalidades estabelecidas pela norma processual para o reconhecimento dos Réus, consoante se constata da simples leitura dos respectivos autos. Impende esclarecer que, analisar o cumprimento de cada requisito elencado no art. 226 da legislação processual penal, para

> descaracterizar referido ato, ensejaria a incidência do verbete sumular n.º 07 desta Corte Superior de Justiça.
> 4. A condenação, de todo modo, não está fundada apenas nessa prova, mas em amplo contexto probatório colhido durante a instrução criminal, sendo inclusive realizado o reconhecimento dos Réus em Juízo e na presença de seus Defensores, sendo, descabida a pretensão de anular todo o processo criminal.
> 5. O Recorrente argúi ofensa aos arts. 59 e 68 do Código Penal, sob o argumento de que não se aplica ao caso o art. 8.º, caput, da Lei n.º 8.072/90, que prevê forma qualificada do crime de quadrilha ou bando voltado à prática de crimes hediondos. No entanto, os dispositivos supostamente violados não contêm comando normativo capaz de alterar a conclusão a que chegou o Tribunal de origem, o que atrai a incidência da Súmula n.º 284 do Pretório Excelso.
> 6. É pacífica a jurisprudência desta Corte ao dizer que o aumento de pena pela continuidade delitiva deve levar em conta o número de infrações, sendo que esta Quinta Turma tem considerado correta a exacerbação da pena em 2/3 (dois terços) no crime continuado, no caso de 13 (treze) delitos.
> 7. Foi cominada a pena de 03 (três) anos de reclusão para o crime de quadrilha. A sentença condenatória foi publicada em 16 de janeiro de 2003, sendo o último marco interruptivo da prescrição. Com essa pena, verifica-se a ocorrência da extinção da punibilidade estatal pela prescrição da pretensão punitiva superveniente, porquanto transcorreu o prazo prescricional de 08 (oito) anos, nos termos do disposto no art. 109, inciso IV, do Código Penal.
> 8. Recurso desprovido, sendo declarada a extinção da punibilidade quanto ao crime do art. 8.º da Lei n.º 8.072/90. Outrossim, julgo prejudicado o pedido de concessão de habeas corpus para determinar a soltura do ora Recorrente.(REsp 1169634/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 14/04/2011, DJe 06/05/2011).

Referente ao ilícito de ato obsceno(art.233 do CP), na mesma linha de raciocínio, é de rigor a declaração da prescrição na na modalidade intercorrente, eis que a reprimenda estabelecida em resposta ao prefalado delito foi de 05(cinco) meses de detenção, o que a teor do art.109, VI, em sua antiga redação vigente na data do fato, prescreve em 02(dois) anos, senão vejamos:

> "Art.109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto nos §1° e 2° do art.110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:
> […]
> VI-em 2(dois) anos, se o máximo da pena é inferior a 1(um) ano."

Há de se ressaltar que o suso mencionado comando legal, em que pese ter sido revogada na sua redação original pela Lei 12.234/2010, deverá ultra agir para que seus efeitos persistam, eis que o prefalado normativo estabeleceu 03(três) anos para a prescrição, o que faço em obediência à garantia constitucional de irretroatividade da

Lex *gravior* e com esteio na exegese do art.2°, parágrafo único, da Lei repressiva pátria.

Da publicação da sentença, o que anotado à fl.256, até os tempos de hoje, em muito ultrapassaram os 02(dois) anos exigidos para decretação da perda da pretensão punitiva estatal.

Saliente-se, por oportuno, a inocorrência de recurso do representante do Ministério Público, daí o trânsito em julgado para acusação.

Isto posto, nos termos do art. 61 do CPP, declaro extinta a punibilidade de Antônio Leandro Nogueira de Lima e Joelma Maria Perez, pelo advento da prescrição da pretensão punitiva intercorrente, fazendo-o fundamentado nos artigos 107, IV, c/c art. 109, IV e IV(em sua antiga redação), 110, §1º , todos do Código Penal Brasileiro, afastando-se todos os efeitos da condenação processual, julgando, em decorrência, prejudicado o recurso pelo advento da prescrição na modalidade intercorrente dos delitos de ato obsceno(art.233 do CP) e corrupção de menores(art.218 do CP), este em sua redação original.

Passo, doravante, à análise do mérito recursal, que clama pela absolvição, pugnando, alternativamente, pela exclusão da presunção de violência, bem como pelo reconhecimento da participação a consequente benesse da minorante no delito de atentado violento ao pudor.

Cuidam os autos, como se infere, de apelação, visando à reforma da sentença do Juízo *a quo* , que condenou os ora recorrentes à pena de 14(catorze) anos e 02(dois) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, pela subsunção de suas condutas ao delito tipificado no art. 214 c/c art.224 'a' , da Lei repressiva pátria.

A irresignação recursal merece guarida, pelas razões que passarei a aduzir.

Cediço que o Poder Constituinte Originário, ao elaborar a Carta Magna de 1988, estabeleceu como cláusula pétrea a impossibilidade de alguém ser privado da liberdade sem o devido processo legal. Exegese do art.5º, inciso LIV. Daí a titularidade exclusiva do Estado no exercício do *jus puniendi* sem olvidar o resguardo ao sacrossanto princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa.

A sanção de cerceamento de liberdade, maior bem jurídico do indivíduo, depois da vida, deve ser precedida de procedimento judicial, no âmbito do qual serão produzidas as provas necessárias a corroborar as imputações constantes na denúncia oferecida, assim como as teses defensivas visando afastar a responsabilidade criminal do acusado no evento cuja autoria lhe é atribuída.

Já proclamou a Excelsa Corte: "*Nenhuma acusação se presume provada"*. Rejeita-se, assim, imputação inverossímil ou desprovida de certeza, tanto que ao acusado na lei adjetiva penal se garante o benefício da dúvida, consubstanciado no antigo brocardo *in dubio pro reu*, conforme regramento do art.386 e inciso VII.

O bem jurídico tutelado pela norma penal, com espeque no art.214 c/c art.224 'a' do CPB, hoje revogado pela Lei n° 12.015/09, protege crianças e menores

de 14(catorze) anos de práticas sexuais, embora consentidas. Tal dispositivo legal, no entanto, foi introduzido em nosso ordenamento jurídico na década de 1940. Entendeu o legislador que, nessa tenra idade, a autonomia da vontade não seria plena, a ponto de afastar a tipicidade da conduta. Passados 71(setenta e um) anos, forçoso reconhecer que houve uma drástica mudança no comportamento dos adolescentes, refletindo no discernimento para condutas sexuais. Isso é notório. O avanço tecnológico, em que o acesso à informação ocorre em uma velocidade quase instantânea, deixa inconteste a diferença de atitudes da juventude de hoje para aqueloutra, contemporânea à edição do comando normativo.

Em considerando absoluta a presunção de violência do tipo penal prefalado, seria dar ***"carta branca"*** à autoridade policial e eventualmente à índole acusatória do Ministério Público. Aquela para indiciar; este para denunciar ao seu alvitre, subtraindo ao juízo o livre convencimento motivado, observando apenas o critério objetivo de idade das pretensas vítimas para condenar o incriminado. Ao juiz cumpriria apenas aplicar a legislação como um autômato, sem poder se debruçar sobre as peculiaridades que cada caso requer, consubstanciada no livre convencimento motivado.

Parece-me extremo rigorismo, confundível com a responsabilidade penal objetiva, impossibilitar ao julgador a análise da ausência de "***inocentia consilli"*** por parte da vítima.

Vamos aos autos.

Colho trechos do interrogatório da ré(fls.79/80):

> **"[...] QUE, por volta das doze horas do dia primeiro de setembro chegou no lugar que chamam de mangue, neste município, na companhia de seu esposo; QUE, ficou tomando sol com a parte de baixo do biquine desamarrada para bronzear as nádegas; QUE, Leandro lhe avisaria se chegasse alguém; QUE, por volta das 02:00 horas três rapazes se aproximaram lhe oferecendo peixe; QUE, antes de chegarem ao local a acusada vestiu seu biquin(sic); QUE, os menores perguntaram de onde eram e que também perguntaram onde moravam; QUE, aceitaram o peixe frito e depois os rapazes voltaram para onde estavam, onde haviam outras pessoas; QUE, meia hora depois os rapazes voltaram e ficaram tomando banho a uns cem metros de diatância(sic); QUE, então a acusada chamou um dos rapazes, de nome Marcelo para conversar mais afastado; QUE, passou a conversar com Marcelo e perguntou se ele tinha namorada, o seu nome,, se tinha alguma experi~ncia sexual(sic), ao que foi respondido que sim, perguntou também por sua idade e Marcelo perguntou a idade da interroganda e esta respondeu que tinha dezoito anos; QUE, como Marcelo não tinha camisinha, combinou para que o mesmo voltasse no dia seguinte, com preservativo, para fazer sangue no mangue; QUE, somente nesse dia teve contato físico com Marcelo; QUE, foi embora por volta das quatro horas da tarde quando a maré já estava muito alta; QUE, no dia seguinte por volta de 13:40 horas, os três rapazes voltaram, e havia**

> **mais uns cinco repazes(sic) vindo por dentro d'água; QUE, Marcelo lhe trouxe uns caranguejos e a acusada lhes ofereceu um "saco de jujuba" de bombom; QUE, os três rapazes saíram da água e tomaram o saco da mão de Marcelo e voltaram para a água novamente;QUE, Marcelo passou bronzeador nas suas costas e nas suas nádegas e que Netinho pediu para passar nas suas pernas, dizendo estar mal passada; QUE, depois alguém, um dos rapazes que estavam na água, saiu da água e apertou suas nádegas e voltou correndo para dentro d'água, QUE, os outros rapazes chamaram Marcelo para ir em embora e ele disse que não ia; QUE, então entrou na água com Marcelo e perguntou se ele tinha trazido a camisinha e ele respondeu que sim; QUE, em seguida foram para dentro do mangue e lá tiveram relações sexuais....."** (grifei).

Antônio Leandro Nogueira de Lima, marido da denunciada e também réu no processo, disse(fls.76/77):

> "[...] Que não conhece as provas contra ele apuradas. Que dos menores ouvidos no inquérito policial(sic) pelo qual os nomes foram lidos pelo MM. Juiz conhece apenas o menor Joacir Xavier de Sousa Neto e José Marcelo da Silva. Que os fatos a ele imputados não são verdadeiros. Que não sabe porque está sendo acusado ou quem deveria ser acusados de tais fatos. Que nunca foi preso ou processado outra vez. Que chegaram 12:00 horas na praia; que aproximadamente as 14:00 horas três rapazes se aproximaram. Que o acusado estava com sua esposa se bronzeando e que antes de se aproximarem os três rapazes esta no riacho no mangue a 300 metros. Que os rapazes já se aproximaram já oferecendo peixe para o acusado. Que os menores perguntaram se o mesmo era de Aracati sendo que responderam que era de Mossoró. Que um dos tres(sic) é que fez essa pergunta. Que em seguida dos rapazes voltaram para o mangue. Que o acusado aceitou o peixe que estava frito. Que por volta das 15:00 horas os rapazes voltaram para o local onde os mesmos estavam se bronzeando. Que a esposa do acusado quis conversar com um dos rapazes, de nome Marcelo, em particular. Que a esposa do acusado e Marcelo se afastaram cerca de 50 metros. Que o acusado ficou próximo aos outros dois rapazes. Que sendo sua espeosa(sic) ela perguntou para Marcelo seu nome a idade, se tinha namorada e se tinha tido alguma experiencia sexual. Que então a acusado(sic) Joelma Maria começou a se beijar com Marcelo no braço do mangue ou seja na água. Que trocaram carícias e que Marcelo tentou fazer sexo com ela. Que então Joelma perguntou ao Marcelo se ele tinha camisinha e ele disse que não. Que então Joelma combinou com Marcelo para que ele voltasse no outro dia com caminha para fazer sexo dentro do mangue. Que quando isso aconteceu já era umas três horas e que nesse horário a maré já esta inchendo(sic) e que Joelma e Marcelo ficaram dentro da água. Que sendo Joelma ela estava sem a parte debaixo do biquine. Que os e Marcelo ficaram dentro da água. Que sendo Joelma ela estava sem a parte debaixo do biquini(sic). Que os dois menores que se encontravam próximo ao acusado não podiam ouvir a conversa entre Joelma e Marcelo e que viram apenas essas dois se beijando. Que por volta de três e meia os três

> rapazes tomaram a direção da margem esquerda do referido mangue, sendo que os acusado foram embora pela beira-mar para Mossoró. Que por volta das doze horas do dia 02 de setembro os acusados se encontravam no mesmo local quando os três rapazes do dia anterior voltaram. Que os tres(sic) rapazes ofereceram carangueijo cozido para o casal, e que Joelma ofereceu para Marcelo que retirasse um bombom que eles trouxeram consido (sic). Que neste momento vários(sic) rapazes saiam de dentro dagua e tomaram o saco de bombom das mãos de Marcelo e passaram a tomar o referido saco um da mão do outro. Que o saco se rasgou e os bombons caíram no chão. Que os outros rapazes, não os três do dia anterior, se aproximaram aos poucos, que somente nesta ocasiao (sic) que o casal viram os rapazes. Que os outros rapazes chamaram os tres (sic) do dia anterior para ir embora e estes tres disseram que não iriam. Que em seguida os outros rapazes forma(sic) embora. Que Joelma e Marcelo foram para dentro d'água e ela perguntou se ele havia trazido a camisinha e ele disse que sim e então foram até o mangue. Que Joelma e Marcelo então fizeram sexo no mangue, e não dentro d'água a cerca de 200 metros do local onde o acusado estava com os outros dois rapazes. Que então Marcelo perguntou quando ela voltaria e que Joelma respondeu que talvez em 15 dias. Que em torno de 4 horas os tres (sic) rapazes e o casal foram embora. Que como não iriam mais para Joao (sic) Pessoa conforme programado voltaram ao mesmo local em Icapuí, ali chegou por volta das 13 horas do dia 09 com tres (sic) garrafas termicas (sic) com água....."

Continuou, ainda(fl.77):

> "[...]Que Joelma foi para dentro dagua(sic) e se abaixou para retirar a parte de baixo do biquini(sic) para se lavar e que os rapazes estavam a cerca de 60 metros. Que os rapazes começaram a mergulhar e passar perto de Joelma. Que um deles chegou a passar a mao(sic) na vagina de Joelma. Que imediatamente Joelma vestiu o biquini(sic). Que o outro rapaz também passou a mao(sic) na sua vagina mas que ela já havia vestido o biquini(sic). Que ela ficou reclamando que os rapazes disseram que ela só queria o Marcelo porque ele tinha o penis(sic) grande Que os menores disseram que iam trazer amigos, irmao(sic) e primos que tinha penis(sic) grande. Que um disse que ia trazer até um cavalo. Que por volta das 16 horas atendendo o chamado de uma pessoa tratava como "Vó" por um dos rapazes todos eles se retiraram. Que o casal foi embora somente voltando dia 15 quando foram presos. Que nestes dois finais de semana Joelma somente dois menores, no primeiro final de semana chegaram a ter algum contato físico com Joelma, Marcelo e Netinho....."

Ascultado em juízo, em termo de declarações, Joacir Xavier de Sousa Neto, uma das supostas vítimas, verberou(fl.156):

> "[...] QUE Marcelo tirou a parte de baixo do biquíne dela; QUE então Marcelo e Joelma começaram a transar dentro d'água; QUE explica que transar é colocar o pênis dentro da vagina da mulher, QUE podia ver

> claramente o casal transando, pois estava a uns 3m de distância; QUE Marcelo não demonstrou nenhuma resistência em transar com a Sra. E que estava com vontade de fazê-lo; QUE não foi preciso convencer Marcelo para praticar o ato.....”

O depoimento de José Marcelo da Silva clareia(fl.159): “[...] Que se arrependeu só pelo medo de pegar uma doença e não por ter feito alguma coisa errada;Confirmou(fl.159):”[...] QUE já havia tocado o corpo, partes íntimas de uma menina de sua idade.....”.

Alessandro Costa de Oliveira, outra vítima indicada pelo órgão acusador, manifestou que(fl.232):”[...] QUE somente viu os garotos passando o bronzeador no corpo da acusada, mas que não tocou no corpo dela, nem ela tocou no seu corpo...”

O que se extrai dos autos é uma conduta até então estranha para este julgador em quase 40(quarenta) anos no exercício da função judicante. Aliás, já dizia o sábio Terêncio, desde a Antiguidade, de que “Nada do que é humano, me é estranho”**.** Pois bem, um casal convencional(heterossexual), no dia 15 de setembro de 2002, resolve deleitar-se no balneário do canal do Mangue, praia da Placa, no município de Icapuí. A ora apelante ficou em trajes minúsculos e pediu a um dos menores que lhe passassem bronzeador pelo corpo, estando seu marido a observar aquela situação de forma consentida. Ato contínuo, iniciou-se uma orgia em que 09(nove) adolescentes se serviam do corpo da mulher como em um banquete, indo desde carícias à genitália e nádegas da denunciada, à penetração intravaginal, tendo o cônjuge varão se prestado ao *Voyerismo.*

Impende acrescentar que o próprio incriminado, cônjuge varão da acusada, era quem instigava os jovens a se aproximarem de sua esposa, ao livre cometimento do pecado capital da luxúria. Em um verdadeiro culto ao deus Baco, cerca de 09(nove) adolescentes, todos do sexo masculino, se prestavam a acariciar, ter contatos libidinosos e conjunção carnal com a ré, cena que o marido ficava a observar, em ato de *Voyerismo*.

Em que pese a *persecutio criminis* ter se iniciado tendo como vítimas 09(nove) menores, todos eles com 12(doze) anos completos e até um de 18(dezoito) anos, somente em relação a Sílvio Honório e Francisco Elton que serão responsabilizados os ora apelantes, como se vê no édito condenatório(fl.248):

> “[...] Não há, portanto, como se negar aos réus a concretização do tipo penal insculpido na norma do art.214, quanto às vítimas Sílvio Honório e Francisco Elton, submetidos a atos libidinosos diversos da conjunção carnal, mediante violência ficta, com fulcro no art.224, alínea “a”...”

Observe-se o termo de declaração da pretensa vítima, Francisco Elton Rosário da Silva, com 13(treze) anos de idade naquela época, perante o Presidente da Audiência(fl.230):”[...] QUE a mulher não tocou no seu corpo....”

Aduz(fl.231) ainda que:"[...] QUE no momento em que passou a mão nas nádegas da referida mulher, seu pênis ficou enrijecido....", ratificando, também, "[...] QUE quando se aproximou do casal, fê-lo com o objetivo de ver a mulher nua;

O adolescente em nenhum momento afirma que a mulher haja lhe tocado, elidindo a conduta da denunciada. Pelo contrário: ele que, voluntariamente, se aproximou do casal, com o escopo é claro, de estimular sua sexualidade. Não observei nenhum constrangimento por parte do casal, mediante violência ou grave ameaça, para que a suposta vítima acariciasse ou praticasse ato libidinoso diverso da conjunção carnal com a vítima, o que obsta um decreto condenatório em desfavor dos apelantes.

Por sua vez, o outro menor, Sílvio Honório Júnior não titubeia(fl.233/234):" QUE achou o que aconteceu normal", dizendo mais adiante que "[...] não sabe explicar porque não quis participar da sessão de sexo..."confirmando:" QUE se ninguém tivesse descoberto não teria se arrependido...".

Enquanto Elton Rosário espontaneamente acaricia a ré, juntamente com seus outros colegas, sem que aquela tenha usado da força ou qualquer intimidação para que praticasse a conduta libidinosa, Sílvio Honório ressalta que não participou do bacanal, ficando apenas a observar a sessão de "Gang Bang".

Patente, ainda, a *innocentia consilii* do sujeito passivo prefalado, ao verberar em juízo que não se arrependeu do que fez, encarando-o normalmente, probante apto a elidir a tipicidade das conduta criminosas, pois demonstra ciência dos fatos sexuais.

Deito os olhos no item 70 da da Exposição de Motivos do Código Penal:

> "[...] O fundamento da ficção legal de violência, no caso dos adolescentes, é a *innocentia consilli* do sujeito passivo, ou seja, a sua completa insciência em relação aos fatos sexuais de modo que não se pode dar valor algum ao seu consentimento. Ora, na época atual, seria abstrair hipocritamente a realidade o negar-se que uma pessoa de 14(quatorze) anos completos já tem uma noção teórica, bastante exata, dos segredos da vida sexual e dos riscos que corre se se presta à lascívia de outrem"

Em parecer de lavra da assistente social(fl.137) em visita ao domicílio do menor Francisco Elton foi constatado:"[...]Falou que seu filho não teve nenhum contato físico com a mulher, apenas recebeu bombons que ela ofereceu."

Já em relação a Sílvio Honório Júnior(fl.144):

> "[…] Conversamos também com o menor Sílvio Honório, e este não demonstrou nenhuma preocupação com relação ao fato, repassou as informações de maneira brincalhona e sempre rindo. Porém, perguntou se a mulher já havia feito o exame de sangue para saber se tinha AIDS e se ainda estava presa em Icapuí. Notamos na família, a preocupação apenas com a saúde de Sílvio, e que desejam realizar todos os exames que forem necessários, sendo este, um desejo também dele."

Acosto-me ainda à corrente doutrinária e jurisprudencial de que se o adolescente maior de 12(doze) anos, segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente, tem discernimento para a prática de ato infracional, suportando, inclusive, medida socioeducativa, também o tem para consentir no ato sexual. A jurisprudência sobre o tema:

> "RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA LIBERDADE SEXUAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. CONSENTIMENTO DAS OFENDIDAS. CONDUTA ANTERIOR À LEI Nº 12.015/09. RELATIVIZAÇÃO. POSSIBILIDADE DIANTE DAS PECULIARIDADES DA CAUSA.
> "1. O acórdão recorrido encontra-se em harmonia com a nova orientação da Sexta Turma desta Corte, no sentido de que a presunção de violência pela menoridade, anteriormente prevista no art. 224, "a", do Código Penal (hoje revogado pela Lei Nº 12.015/09), deve ser relativizada conforme a situação do caso concreto, quando se tratar de vítima menor de 14 (quatorze) e maior de 12 (doze) anos de idade.
> 2. No caso vertente, as provas constantes dos autos não deixam dúvidas de que as relações sexuais ocorreram com o consentimento das vítimas. Sendo assim, não é possível reconhecer a presunção do art.224 do Código Penal em relação àquelas que, na época dos fatos, contavam com 13 (treze) e 12 (doze) anos de idade.
> 3. Pela simples leitura das peças constantes nos autos, depreende-se que essas duas adolescentes possuíam maturidade e entendimento sobre a sua sexualidade e o ato que estavam praticando, não sendo corrompidas ou ludibriadas pelo acusado.
> 4. Entretanto, não há como atribuir capacidade de discernimento à vítima que, na época, possuía apenas 10 (dez) anos de idade, a ponto de considerá-la apta a consentir, validamente, com a prática sexual, por se tratar de menor de tão tenra idade.
> 5. Não obstante isso, não vejo como acolher a pretensão do Ministério Público, visto que o Juiz de primeiro grau, ao absolver o recorrido, baseou-se em dois fundamentos autônomos e independentes entre si, quais sejam: a) o caráter relativo da presunção de violência; b) a existência de contradições em aspectos relevantes das declarações das vítimas, suscitando dúvidas e incertezas quanto à autoria do crime.
> 6. Contudo, da leitura das razões recursais, verifica-se que não houve o ataque ao último fundamento. Dessa forma, atrai a incidência, por analogia, da Súmula 283 do Supremo Tribunal Federal, verbis: É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.
> 7. Ademais, a inversão do decidido, nesse ponto, demandaria, necessariamente, o reexame do conteúdo fático-probatório constante dos autos, providência esta incompatível com a estreita via do apelo excepcional, por força do enunciado nº 7 da Súmula do STJ.
> 8.Recurso especial a que se nega provimento."(REsp 1189374/MS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 16/12/2010, DJe 01/02/2011)(grifei).

Na mesma toada, inobservei, na prova testemunhal colhida, qualquer violência ou ameaça para que os adolescentes se servissem como um banquete do corpo da ninfomaníaca, não se olvidando do que dispõe o art.158 do CPP, in verbis:"Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado."

A imprescindibilidade desse laudo, em delitos desta estirpe, é corroborada pelo art.564, inc.III, alínea"b" da Lei Adjetiva Penal, senão vejamos:

> "[...] Art.564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos;
> ….
> III-por falta das fórmulas e dos termos seguintes:
> b) o exame de corpo de delito nos crimes que deixam vestígios, ressalvado o disposto no artigo 167;"

No caso em tablado, inexiste prova técnico-científica que ateste a materialidade delitiva.

Perfilho o entendimento que em delitos desse jaez, o exame de corpo de delito, demonstrando a violência, é *conditio sine qua non* para a constatação da materialidade delitiva, sem a qual impossível um decreto condenatório. E assim, explicitei meu pensamento em diversas ocasiões, acatada de forma unânime por esse colegiado de togados, como se segue:

> "EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL-APELAÇÃO CRIME-IRRESIGNAÇÃO DA DEFESA-ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR-INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA ACERCA DA CONDUTA TIPIFICADA-AUSÊNCIA DE VESTÍGIO QUE ATESTE A MATERIALIDADE DELITIVA-DÚVIDA QUANTO À OCORRÊNCIA DO CRIME-IMPOSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO-RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO
> 1.Inexistindo prova segura e hábil para condenação do acusado, haja vista contradições e omissões, impõe-se a absolvição, em homenagem ao princípio in dubio pro reu
> 2. Quando o arcabouço probatório se mostrar frágil para amparar uma condenação, sendo o laudo de exame de corpo de delito inconcluso quanto à materialidade delitiva, a absolvição é o caminho. Exegese do artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.
> 3. Apelo provido" (Apel. Crime n°11722-53.2004.8.06.0000/0, julgado em 20/07/2010, 1ª Câmara Criminal, TJ/CE).
>
> EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL-APELAÇÃO CRIME-IRRESIGNAÇÃO DA DEFESA-ESTUPRO-INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA ACERCA DA PRÁTICA DELITIVA-AUSÊNCIA DE VESTÍGIO QUE ATESTE A MATERIALIDADE DELITIVA-DÚVIDA QUANTO À OCORRÊNCIA DO CRIME-IMPOSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO-RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

> 1.Inexistindo prova segura e hábil para condenação do acusado, haja vista contradições e omissões, impõe-se a absolvição, em homenagem ao princípio *in dubio pro reu.*
> 2.Quando o arcabouço probatório se mostrar frágil para amparar uma condenação, sendo o laudo de exame de corpo de delito inconcluso quanto à materialidade delitiva, a absolvição é o caminho. Exegese do artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.
> 3.Apelo provido. (Apel. Crime n°26109-73.2004.8.06.0000/0, julgado em 20/07/2010, 1ª Câmara Criminal, TJ/CE).

No mesmo sentido: Apel. Crime n°31742-65.2004.8.06.0000/0, TJ/CE, julgado em 25/05/2010 e Apel. Crime n°182-03.2004.8.06.0131/1, TJ/CE, julgado em 13/04/2010)

As demais Cortes de Justiça, harmonicamente, entendem que, para a subsunção da conduta ao delito prefalado, mister é a violência ou grave ameaça, além do vigoroso dissenso da vítima, *ipsis litteris*:

> "-TJAP:" Não constitui crime de estupro a relação sexual que não foi mantida mediante violência ou grave ameaça, ou seja, sem dissenso sincero e positivo, não bastando a oposição passiva, uma recusa meramente verbal, mormente quando a vítima, mulher experiente, mãe solteira, foi flagrada pela irmã praticando ato sexual com o padastro, tendo fantasiado uma história, para justificar-se perante sua genitora"(RDJ16/321). TJAP: "Penal-Processual-Estupro-Oferecendo as provas dúvidas quanto ao constrangimento e, principalmente, quanto ao dissentimento da vítima com o ato sexual, absolve-se o acusado. Precedentes do TJDF"(RDJ 17/140). TJAP: "Não há crime de estupro, quando a vítima se submete à prática sexual sem demonstrar nenhum dissenso sincero e positivo para evitar o ato, máxime quando não restou provado o emprego de violência ou grave ameaça"(RDJ 17/183). TJAP: "1) Não há tipicidade dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor se a vítima não se opõe veementemente aos atos sexuais, com resistência, mas tão só, com recusas puramente verbais em oposição passiva, após a prática de atos libidinosos preparatórios para a conjunção carnal, em balneário ermo, para onde se dirigiu com o réu- 2) Violência ou grave ameaça não comprovadas- 3)Absolvição que se impõe. Apelo provido para absolver o réu"(RDJ 14/235). TJSP:"Estupro é posse sexual da mulher por meio de violência física ou moral, isto é, pela força ou grave ameaça. Supõe dissensão sincera e positiva da vítima, manifestada por inequívoca resistência, não bastando platônica ausência de adesão, recusa meramente verbal, oposição passiva ou inerte ao ato sexual"(RT 607/291) TJGO:"Aceitando a vítima sair em companhia do réu logo depois da prática do ato sexual e dele se despedindo de forma carinhosa, com beijo na face, tais circunstâncias evidenciam a inexistência do crime de estupro"(RT 712/437). TJMG:" No crime de estupro a violência real deve ser provada concludentemente, pena de descaracterizar-se a figura delituosa"(RT 598/398). TJMS:"Decreta-se a absolvição do condenado em crime de estupro porque a sua conduta não se revestiu dos elementos que constituem esse tipo de delito, pois as relações sexuais foram mantidas em

concubinato"(RT 685/342).

O insuperável doutrinador, Guilherme de Souza Nucci, leciona:

"[...]Entendemos não haver a possibilidade legal de se comprovar a materialidade delitiva de um crime que deixa vestígios, por meros indícios. A lei foi clara ao estipular a necessidade de se formar o corpo de delito-prova da existência do crime- através de exame(art.158)(In Manual de Processo e Execução Penal, 2010, 5ª Ed. Rt., p.508".

Insta salientar, no caso *sub oculli,* a incidência do princípio da lesividade, que segundo a lição doutrinária de Rogério Greco:

> "[...] busca-se, também, afastar da incidência de aplicação da lei penal aquelas condutas que, embora desviadas, não afetam qualquer bem jurídico de terceiros. Por condutas desviadas podemos entender aquelas que a sociedade trata com certo desprezo ou mesmo repulsa, mas que embora reprovadas sob o aspecto moral, não repercutem diretamente sobre qualquer bem de terceiros..."

Não é demais ressalvar que a reforma legislativa introduzida pela Lei 12.015/2009 não se aplica ao caso em tablado, pois o ilícito penal previsto no art.217-A(Estupro de Vulnerável), da Lei repressiva pátria, é mais gravoso, na medida em que hodiernamente, não há mais a violência presumida, bastando à integração da figura típica, objetivamente, a prática de conjunção carnal ou ato libidinoso diverso com menor de 14(catorze) anos.

Isto posto, em dissonância com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, declaro extinta a punibilidade de Antônio Leandro Nogueira de Lima e Joelma Maria Perez, o que faço com espeque nos art.107, IV c/c art. 109, IV, VI(em sua antiga redação) e 110§1° pelo advento da prescrição intercorrente no que tange aos delitos de corrupção de menores(art.218 do CP) e ato obsceno(art.233 do CP). Prosseguindo o julgamento, em relação ao ilícito de atentado violento ao pudor(art.214, c/c art.224 'a' do CP na sua antiga redação), considerando a atipicidade da conduta dos denunciados, arrimado no art.386, inciso III, da lei adjetiva penal, conheço do apelo e **DOU-LHE** provimento, absolvendo Antônio Leandro Nogueira de Lima e Joelma Maria Perez da imputação que ora lhes é feita.

É como voto.

Fortaleza, 6 de abril de 2012.

PROCESSO Nº: 0000606-08.2009.8.06.0119- Apelação
APELANTE: Carlos Antônio Braga de Sousa
APELADO: Ministério Público do Estado do Ceará
RELATOR: Des. Haroldo Correia de Oliveira Máximo

EMENTA: RECURSO DE APELAÇÃO. FURTO QUALIFICADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. PEDIDO DE EXCLUSÃO DA QUALIFICADORA DE DESTRUIÇÃO E ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1 - O princípio da insignificância exige para a sua aplicação a mínima ofensividade da conduta, nenhuma periculosidade social da ação, o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento do agente e a inexpressividade da lesão jurídica provada, tornando-se inviável sua aplicação ante a ausência de qualquer um desses requisitos.

2 - Desnecessária perícia do local dos fatos, quando a referida qualificadora pode ser aferida por outros meios de prova constantes dos autos, mormente o testemunho judicial da vítima e de testemunha.

3 - Recurso conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de ação penal em que se interpõe apelação, ACORDAM os Desembargadores integrantes da Turma Julgadora da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em conhecer do apelo, para negar provimento, tudo em conformidade com o voto do Relator.

Fortaleza, 04 de março de 2013.

RELATÓRIO

Carlos Antônio Braga de Sousa, qualificado nos autos, foi denunciado pelo representante do Ministério Público da Comarca de Maranguape como incurso nas sanções do art. 155, § 4°, incisos I e IV, do Código Penal Brasileiro.

O processo transcorreu de modo regular, atendidas as formalidades

processuais penais, culminando com a decisão de primeiro grau, proferida às fls. 294/301, que condenou o recorrente nas sanções do art. 155, § 4°, incisos I e IV, do Código Penal Brasileiro, à pena de 03 (três) anos e 02 (dois) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime semiaberto, bem como a pena de multa em 11 (onze) dias multa.

Inconformado com o *decisum* o sentenciado interpôs o presente recurso de apelação, na qual pugna pela aplicabilidade do princípio da insignificância, por entender que a conduta praticada é atípica, ou caso assim não entenda, pugna pela exclusão da qualificadora insculpida no inciso I, do § 4º do art. 155 do CPB, ante a ausência de exame pericial que comprove a existência da qualificadora.

Contrarrazões do Ministério Público, às fls. 325/328, seguindo-se de parecer da PGJ, no qual manifesta-se pelo improvimento do apelo.

É o breve relato.

À Revisora.

VOTO

Recurso que preenche as condições de admissibilidade, razão pela qual deve ser conhecido.

Trata-se de recurso de apelação crime, interposto contra sentença proferida pelo Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Maranguape/Ceará, que condenou o recorrente à pena de 03 (três) anos e 02 (dois) meses de reclusão, em regime inicialmente semiaberto, mais multa, como incurso nas sanções do art. 155, § 4º, incisos I e IV, do Código Penal Brasileiro.

Consta na exordial que no dia 27 de maio de 2009, por volta das 03:00hs, da madrugada, o apelante, juntamente com outro comparsa, arrombaram o estabelecimento comercial "Casa do frango", situado na Rua Walter Pimenta Lira, nº 462, Parque Santa Fé, Município de Maranguape, onde subtraíram diversos produtos, dentre estes, produtos de higiene pessoal, gêneros alimentícios, carteiras de cigarro, 04 (quatro) aparelhos celulares de marcas Sony Ericsson, Nokia, Siemens e Motorola, além da quantia de R$ 40,00 (quarenta) reais em espécie.

Requer, em suma, o recorrente, a aplicação do princípio da insignificância, por entender que a conduta praticada é atípica, ou, caso assim não entenda, pugna pela exclusão da qualificadora insculpida no inciso I, do § 4º do art. 155 do CPB, ante a ausência de exame pericial que comprove a existência da qualificadora.

O princípio da insignificância vem ganhando aceitação nos tribunais pátrios, surgindo como método auxiliar de interpretação que se propõe a excluir do tipo penal os fatos que não causem relevante lesão ao bem jurídico, tendo por finalidade ajustar a aplicação da lei penal aos casos que lhe são apresentados, evitando a proteção

de bens cuja inexpressividade, efetivamente, não mereça a atenção do legislador penal.

No caso sob análise, tal princípio não socorre o apelante tendo em vista que, para que se aplique o princípio da insignificância, é necessário o preenchimento de certos requisitos objetivos, como a mínima ofensividade da conduta do agente, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

No caso dos autos, tenho que só o valor da *res furtiva* inviabiliza já o reconhecimento do crime tido como de bagatela, tendo em vista que os objetos furtados somam em média, uma quantia em torno de R$ 1.000,00 (hum mil reais), montante que entendo não ser irrisório, ainda mais considerando que este valor corresponde a pouco mais do salário minimo dos dias atuais.

E, ainda, cumpre acrescentar, que não se pode falar em reduzidíssimo grau de reprovabilidade da conduta, uma vez que o delito foi perpetrado mediante o concurso de pessoas, qualificadora que impede o reconhecimento da atipicidade da conduta, por tornar de maior relevo a culpabilidade e a periculosidade dos agentes do crime.

Nesse sentido, destaco jurisprudência de recente julgamento proferido pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal:

> "A 2ª Turma, por maioria, denegou habeas corpus em que pleiteada a aplicação do princípio da insignificância em favor de condenado pela prática do delito de furto qualificado mediante concurso de pessoas (CP, art. 155, § 4º, IV). A defesa alegava a irrelevância da lesão patrimonial sofrida pela vítima, que seria da ordem de R$ 80,00. Entendeu-se que, conquanto o bem fosse de pequeno valor, o paciente teria cometido o crime em concurso de agentes, portanto sua culpabilidade e a periculosidade do fato seriam maiores. Destacou-se que o paciente seria acusado de diversos delitos contra o patrimônio e contra a pessoa, além de já ter condenação por tráfico de entorpecentes. Vencido o Min. Gilmar Mendes, que concedia a ordem. Sublinhava que, a despeito de haver participação de outra pessoa no furto, o montante seria pouco expressivo, bem como não teria havido violência ou qualquer outro meio para que se efetuasse a subtração." HC 112103/MG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 21.08.2012 (HC-112103).

Assim, não há que se falar em absolvição, por atipicidade da conduta, uma vez que inaplicável na espécie o princípio da insignificância.

Quanto ao segundo ponto do inconformismo da defesa, qual seja pedido de exclusão da qualificadora prevista no inciso I, do § 4º, do art. 155 do CPB, sob o argumento de que não existe perícia no local dos fatos, entendo que, também, não merece prosperar.

Isso porque, segundo a jurisprudência dos nossos Tribunais, desnecessária perícia do local dos fatos, quando a referida qualificadora pode ser aferida por outro meios de prova constantes dos autos, no caso em tela, pelos depoimentos judiciais

das testemunhas, bem como pelo própria confissão em juízo do ora recorrente, senão vejamos:

> "(...) por volta das 02:30 horas, estava em sua residência quando chega ao local o indivíduo de alcunha Sérgio Chacau, e lhe convida para fazer um arrombamento a um mercadinho (…) enquanto Sérgio Chacau subia no imóvel, arrancou a parte de um a grade de proteção e uma das portas do imóvel (...)". trecho do depoimento prestado pelo réu Carlos Antônio Braga de Sousa às fls. 296.

Nesse entendimento, caminha tranquila a jurisprudência dos nossos Tribunais:

> PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO QUALIFICADO. CONCURSO DE PESSOAS. ARROMBAMENTO. DESCLASSIFICAÇÃO. DELITO DE RECEPTAÇÃO SIMPLES. IMPOSSIBILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADA. EXCLUSÃO DE QUALIFICADORAS. IMPOSSIBILIDADE. PROVAS JUDICIAIS CONCLUSIVAS. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. **1. Se o conjunto probatório se mostrou seguro, robusto e coeso quanto à comprovação da autoria e da materialidade, bem quanto à incidência da qualificadora do concurso de pessoas e arrombamento, a condenação por furto qualificado é medida que se impõe, sendo incabível a desclassificação para o delito de receptação simples; 2. Desnecessária perícia do local dos fatos, quando a referida qualificadora pode ser aferida por outros meios de prova constante dos autos, mormente o testemunho judicial da vítima e de testemunha;** 3. Recurso conhecido e desprovido.(20101210047606APR, Relator LEILA ARLANCH, 2ª Turma Criminal, julgado em 16/06/2011, DJ 22/06/2011 p. 165).

EM FACE DO EXPOSTO, voto pelo conhecimento do recurso da Defesa negando-lhe provimento.

Fortaleza, 04 de março de 2013.

PROCESSO Nº: 58591-30.2011.8.06.0000/0
APELAÇÃO CRIMINAL – COMARCA DE FORTALEZA – 2ª VARA DO JÚRI
APELANTE: VANDEY DE OLIVEIRA MATOS
APELADA: JUSTIÇA PÚBLICA
RELATOR: DESEMBARGADOR PAULO CAMELO TIMBÓ

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRIBUNAL DO JÚRI. ANULAÇÃO DO JULGAMENTO. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. VERSÃO ACOLHIDA PELOS JURADOS DEVIDAMENTE COMPROVADA NOS AUTOS. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1.Em decorrência do princípio da soberania dos vereditos, a anulação do julgamento do Conselho de Sentença, sob a alegativa de manifesta contrariedade à prova dos autos, somente é possível quando estiver completamente divorciada dos elementos de convicção constantes dos autos, ou seja, quando proferida em contrariedade a tudo que consta dos fólios, o que não ocorre na espécie.

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.Na hipótese, a tese acatada pelos jurados encontra forte amparo nas provas colacionadas aos autos, não havendo que se falar em decisão contrária à prova dos autos.

4.Recurso conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Criminal, ACORDAM os desembargadores da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Ceará, à unanimidade e em consonância com o parecer ministerial, em NEGAR PROVIMENTO ao recurso interposto, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, CE, 05 de junho de 2012.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Criminal, interposta por VANDEY DE OLIVEIRA MATOS, com arrimo no art. 593, III, “d”, do Código de Processo Penal, contra a sentença que o condenou nas tenazes do art. 121, §2º, inciso IV, c/c o art. 14, inciso II, todos do Código Penal, alegando contrariedade da decisão à prova dos autos.

O feito tramitou regularmente, tendo o réu sido submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, o qual entendeu por sua condenação por tentativa de homicídio qualificado, condenando-o à pena de 06 (seis) anos de reclusão, a ser cumprida em regime semiaberto.

Irresignada a defesa do réu apelou, alegando em suas razões (fls. 228/231) que a decisão contrariou a prova dos autos, vez que o disparo do revólver que atingiu a vítima foi totalmente acidental, tendo ocorrido no momento em que o réu resolveu limpar a arma que trazia consigo, não restando evidenciado nos autos a qualificadora do recurso que dificultou ou impossibilitou a defesa da vítima, requerendo, por fim, a anulação do julgamento.

Recebido e contrariado o recurso, o Ministério Público pugnou pelo improvimento do apelo (fls. 232/237).

Nesta Superior Instância, a Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo improvimento da apelação (fls. 244/247).

É o relatório.

VOTO

Conheço do recurso, posto que presentes os requisitos de sua admissibilidade.

Como relatado, trata-se de Apelação Criminal, interposta por VANDEY DE OLIVEIRA MATOS, com arrimo no art. 593, III, "d", do Código de Processo Penal, contra a sentença que o condenou nas tenazes do art. 121, §2º, inciso IV, c/c o art. 14, inciso II, todos do Código Penal, à pena de 06 (seis) anos de reclusão, a ser cumprida em regime semiaberto.

Pretende a defesa a anulação do julgamento, sustentando que a decisão do Conselho de Sentença contrariou a prova dos autos, vez que o disparo do revólver que atingiu a vítima foi totalmente acidental, tendo ocorrido no momento em que o réu resolveu limpar a arma que trazia consigo, não restando evidenciado nos autos a qualificadora do recurso que dificultou ou impossibilitou a defesa da vítima.

A presente apelação ampara-se no art. 593, III, "d", do Código de Processo Penal, que trata da anulação do julgamento do Tribunal do Júri, por manifesta contrariedade à prova dos autos. Nesse sentido, cabe-nos tão somente determinar se o julgamento encontra algum amparo na prova coligida aos autos, ou se realmente está completamente divorciado dos elementos probatórios carreados, ressaltando que somente neste último caso é possível sua anulação, em virtude do princípio da soberania dos vereditos, consagrado na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea "c", *in verbis*: "*é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: (...) c) a soberania dos veredictos*".

Portanto, somente é passível de anulação a decisão dos jurados quando

arbitrária, completamente em desacordo com as provas dos autos, não se incluindo aqui a decisão que, analisando os elementos probatórios, optar por uma das teses apresentadas.

Nesse sentido é a jurisprudência desta Corte:

> **Ementa:** APELAÇÃO CRIMINAL. TRIBUNAL DO JÚRI. ANULAÇÃO DO JULGAMENTO POR CONTRARIEDADE À PROVA DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. DECISÃO MANTIDA. I - Em obediência ao princípio constitucional da soberania dos vereditos, previsto no art. 5º, inciso XXXVIII, alínea ”c” da Constituição Federal, somente se anula o julgamento do Tribunal do Júri quando sua decisão for manifestamente contrária à prova dos autos, ou seja, quando não tiver apoio em qualquer elemento de convicção constante dos fólios, sendo proferida ao arrepio de tudo quanto mostra o caderno processual, o que, seguramente, inocorre na espécie. II - Apelo improvido. (Apelação nº 6756200780601371, **Relator Des.** FRANCISCO HAROLDO R. DE ALBUQUERQUE, 1ª Câmara Criminal, julgado em 04/05/2010).

> **Ementa:** RECURSO APELATÓRIO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. TRIBUNAL DO JÚRI. RÉU CONDENADO A 15 (QUINZE) ANOS E 06 (SEIS) MESES DE RECLUSÃO. TESE DE LEGÍTIMA DEFESA PRÓPRIA NÃO ACOLHIDA. DECISÃO QUE ENCONTRA APOIO NA PROVA DOS AUTOS. NENHUMA RAZÃO PARA SE ANULAR O JULGAMENTO. SOBERANIA DO CONSELHO DOS SETE PARA OPTAR PELA VERSÃO QUE LHE PARECER MAIS VEROSSÍMIL. 1.As decisões dos jurados, em face do princípio constitucional de sua soberania, somente serão anuladas quando inteiramente contrárias à prova dos autos (Súmula nº 6 do TJ-CE). 2.Recurso conhecido e improvido. (Apelação nº 435649200380601122, **Relator Des.** HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MAXIMO, 1ª Câmara Criminal, julgado em 05/05/2010).

Com efeito, do cotejo dos elementos de prova coligidos, entende-se devidamente comprovada a tese acolhida pelos jurados, de que o réu cometeu tentativa de homicídio qualificado.

Pois bem.

Ao ser interrogado, o réu mencionou que (fl. 121):

> “...no dia do fato, por volta das 20:00h, chegou na casa de sua mãe, vindo do trabalho, acompanhado do ‘Lúcio’; Que no mesmo instante chegou ali a vítima; Que todos permaneceram na calçada conversando; Que em dado momento o interrogando sacou um revólver 38 que se encontrava guardado no cós da calça; Que intencionava limpar a arma, o que efetivamente fez; Que em certo momento, enquanto limpava o tambor do revólver, efetuou um disparo acidental; Que o projétil atingiu a cabeça da vítima; Que em seguida já transtornado, abandonou o local pois supunha que a vítima morrera (...)”.

Entretanto, os depoimentos testemunhais não respaldam a tese apresentada pelo réu, de que o tiro foi acidental, tendo estas afirmado que:

Testemunha - Raimundo Lopes de Andrade (fls. 135/137):

> "(...) presenciou o fato denunciado (…) em dado momento chegou o acusado do trabalho; que em seguida a vítima levantou-se e foi sentar com o acusado, na calçada da casa da genitora do acusado Vandey; que em dado momento o depoente já ouviu o barulho de disparo de arma de fogo; que o depoente olhou e viu a vítima caída no chão, enquanto que o acusado tratou de sair do local com a arma na mão (…)que o acusado não tentou socorrer a vítima, saiu logo do local (...)".

Testemunha – Manoel de Jesus Clemente (fls. 169/171):

> "...assistiu ao fato denunciado (…) José Roberto estava sentado na calçada conversando com Conceição; que o depoente estava a uma distância de um metro e meio; que José Roberto estava alcoolizado; que o negócio do acusado era droga; que acusado e vítima estavam conversando; que era costume os dois conversarem 'besteira' do tipo: 'vou soltar uma bomba'; que a vítima chegou disse para Vandeir: 'Vandeir, dá um tiro aqui no meu pé'; que Vandeir disse: 'tu quer um tiro'; que a vítima disse:'No pé não dá na cabeça'; que a vítima sacou do revólver e por cima da irmã do acusado disparou a arma em direção a vítima; que o balázio acertou o olho da vítima; que após o disparo o acusado saiu andando com a arma ainda em punho; que a vítima ficou no chão;(...) que o depoente não viu discussão alguma entre os dois;(...) que o acusado apenas desviou-se um pouco de Conceição e mirou na vítima (...)".

Na polícia, Maria da Conceição Andrade Lima, relatou que (fls. 23/24):

> "(...) afirma a depoente que Vandey procurou conversar com a mesma, tendo a depoente se afastado, momento em que Vandey perguntou se a depoente estava com medo do mesmo, tendo esta lhe respondido que não, e em seguida virou o rosto para o outro lado, momento em que ouviu um tiro e ao virar-se presenciou José Roberto caído ao solo com um tiro no olho direito, bem como ouviu quando 'Luci' disse: 'Vandey porque você fez isto, você está louco', dendo depois, este levantado e se retirado do local, tendo em seguida Vandey também saído do local sem ao menos prestar socorro a vítima; Que assevera a depoente que em nenhum momento presenciou Vandey limpado um revólver(...)".

Por sua vez, a vítima, José Roberto, embora não tenha sido ouvida em juízo, declarou na polícia que (fls. 89/90):

> "...foi até Vandey procurar saber se o dinheiro da quinzena havia saído, pois, ambos trabalhavam juntos na construção civil; Que, assevera o

> depoente que não recorda o que Vandey lhe respondeu, lembrando somente que Vandey sacou um revólver e de imediato apontou para o declarante, tendo disparado aquela arma, não sabendo quantos tiros Vandey disparou; Que no momento em que levou o tiro o declarante ficou desacordado, não se lembrando de mais nada; (…) Que tem certeza que Vandey não estava limpando o revólver no momento em que ambos conversavam; Que soube que logo após Vandey disparar o revólver contra a sua pessoa, este, saiu calmamente andando como nada tivesse acontecido (...)".

Assim, como se vê, ao contrário dos argumentos da defesa, existe amparo probatório suficiente para a tese acatada pelos jurados, não havendo que se falar em decisão manifestamente contrária à prova dos autos, posto que, como exposto anteriormente, somente enseja a anulação do julgamento por contrariedade à prova dos autos aquela decisão arbitrária, dissociada de quaisquer elementos de convicção existentes, o que não é o caso.

Ademais, como bem ressaltou o representante do Ministério Público em suas contrarrazões, o que corroboro, ao considerar que (fls. 232/237):

> "...os fatos aqui narrados demonstram indubitavelmente que o acusado, mesmo que no início não intentasse matar a vítima, consentiu o resultado morte, que na realidade não adveio por evidentes circunstâncias alheias à sua vontade, e preferiu arriscar-se a produzi-lo ao revés de deter-se na ação criminosa, comportamento que retrata no mínimo, o dolo eventual. Ficara evidente nos autos o animus necandi do réu, pois atirara na vítima quando esta estava conversando despreocupadamente com amigos, quando recebera o disparo no rosto, sendo que o Tribunal dos Sete não equivocou-se na decisão, não merecendo nenhum reparo. (…)
> Verifica-se da prova que emerge dos autos que o acusado atirou no rosto da vítima revelando sua intenção homicida, não se importando com o resultado altamente danoso que poderia produzir. No espírito indigitado, o valor que aquela ação representava foi superior às consequências nefastas que poderia resultar. (...)".

Contudo, as provas dos autos comportam a tese acolhida, qual seja, a de tentativa de homicídio qualificado, ressaltando que os depoimentos colacionados comprovam a autoria delitiva, bem como a qualificadora, reconhecida pelos jurados.

Destaque-se, ainda, que cabe a escolha entre as teses possíveis, exclusivamente ao Conselho de Sentença, constitucionalmente designado para julgar os crimes dolosos contra a vida.

Destarte, não se pode afirmar que a tese acolhida pelos jurados encontra-se completamente divorciada dos elementos de convicção. Na verdade, a tese encontra-se devidamente amparada na prova dos autos, como acima demonstrado. Se essa versão é a mais verossímil, a mais acertada, sequer cabe a esta Corte analisar, em virtude da

soberania dos vereditos, cabendo, apenas, perscrutar se existe algum elemento de prova capaz de amparar a tese acolhida pelo Conselho de Sentença.

Portanto, entendo não ser possível a anulação do julgamento do Tribunal do Júri, posto que não houve arbitrariedade em sua decisão, devendo ser a mesma mantida intacta.

Assim leciona Guilherme de Souza Nucci[1]:

> O ideal é anular o julgamento, em juízo rescisório, determinando a realização de outro, quando efetivamente o Conselho de Sentença equivocou-se, adotando tese integralmente incompatível com as provas dos autos. Não cabe anulação, quando os jurados optam por uma das correntes de interpretação da prova passíveis de surgir.

No mesmo sentido, o entendimento da 2ª Câmara Criminal desta Corte de Justiça:

> **Ementa:** TRIBUNAL DO JURI - SOBERANIA DOS VEREDICTOS - ACOLHIMENTO DE UMAS DAS VERSÕES CONSTANTES NO CONJUNTO PROBATÓRIO - AUSÊNCIA DE JULGAMENTO CONTRÁRIO À PROVA DOS AUTOS - DECISÃO MANTIDA. I- É pacífico na doutrina e na jurisprudência, que, existindo duas teses com respaldo na prova produzida, o acolhimento de uma delas por parte do Conselho de Sentença não faz, a decisão, ser considerada como "manifestamente contrária à prova dos autos", para anular o veredito; II - Apelo improvido. (Apelação nº 93651200080601411, Relator Des. Francisco Gurgel Holanda, 2ª Câmara Criminal, julgado em 29.01.2010.

Ademais, tal entendimento foi sumulado neste Tribunal, através da Súmula nº 6/TJCE, que diz: "*As decisões dos jurados, em face do princípio constitucional de sua soberania, somente serão anuladas quando inteiramente contrárias à prova dos autos*".

É dizer que, somente aquela decisão completamente arbitrária, e contrária à tudo o que consta dos autos, é passível de anulação. A simples opção dos jurados por uma das teses, ainda que não pareça a escolha mais acertada, não permite que a competência para julgar os crimes dolosos contra a vida seja usurpada pelas autoridades judiciais, as quais não receberam tal competência constitucionalmente. Portanto, a soberania dos vereditos deve prevalecer, sendo mitigada exclusivamente em casos excepcionais, como nas decisões arbitrárias e sem nenhum amparo probatório, o que não ocorre no caso em tela.

---

1 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

Assim, 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 hipótese de anulação do julgamento, devendo ser mantida a condenação do apelante.

EM FACE DO EXPOSTO,

Conheço do apelo, para **negar-lhe provimento,** em consonância com o parecer ministerial e, mantendo a decisão proferida pelo Tribunal do Júri, nos termos em que foi proferida.

É como voto.

Fortaleza, 05 de junho de 2012

HABEAS CORPUS

Processo: 0130809-22.2012.8.06.0000 - Habeas Corpus
Impetrante: Israel Hendrigo de Freitas e Dias
Paciente: Cícero David de Sousa Ferreira
Impetrado: Juiz de Direito da Vara Única da Comarca Vinculada de Ararendá
Relatora:FRANCISCA ADELINEIDE VIANA

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO. CONVERSÃO EM PREVENTIVA. 1. ALEGAÇÕES DE NULIDADES. VÍCIO NO AUTO DE EXAME DE CORPO DE DELITO E DEFICIÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA POR OCASIÃO DOS ATOS INSTRUTÓRIOS. NÃO CONHECIMENTO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA PRÉVIA SUBMISSÃO DESSAS MATÉRIAS AO JUÍZO DE ORIGEM. 2. EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. ALEGAÇÃO SUPERADA. INSTRUÇÃO JÁ ENCERRADA. SÚMULA Nº 52, DO STJ. 3. CARÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES PELAS QUAIS SE DECRETOU E SE MANTEVE A PRISÃO PREVENTIVA E AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DESTA ÚLTIMA. DESCABIMENTO. ATOS JUDICIAIS LASTREADOS NOS REQUISITOS DOS ARTS. 312 E 313, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL. 4. CONDIÇÕES SUBJETIVAS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. Ordem parcialmente conhecida e denegada na sua extensão.

1. Quanto às alegações de nulidades decorrentes de vício no auto de exame de corpo de delito e de deficiência de defesa técnica por ocasião dos atos instrutórios, não se mostra possível o seu conhecimento, sob pena de indevida supressão de instância, uma vez que não foi comprovada a anterior submissão dessas matérias ao Juízo de origem. Precedentes do STJ.

2. Revela-se superada a alegação de excesso de prazo na formação da culpa, na medida em que a instrução criminal encontra-se encerrada desde o dia 19 de outubro de 2012. Incidência da Súmula nº 52, do Superior Tribunal de Justiça.

3. As decisões pelas quais se converteu e se manteve a prisão preventiva estão devidamente fundamentadas no caso concreto, tendo respeitado os requisitos dos arts. 312 e 313, do Código de Processo Penal. Nelas, a autoridade impetrada apontou como fundamentos da prisão preventiva a necessidade de se salvaguardar a ordem pública e a aplicação da lei penal, tendo em vista o alto grau de repulsa e de reprovabilidade do crime supostamente praticado pelo paciente (estupro de uma criança de apenas quatro anos de idade). Em suas palavras, o acusado, valendo-se de "ardil para atrair criança de tenra idade (chamando-a para olhar uma "motinha") trancou-a no quarto, onde a sodomizou com violência tamanha que a levou à defecação. Não se olvide que Cícero ainda esganou a criança para evitar que gritasse". Além disso, o Juiz singular ressaltou o fato de ser o réu um "caixeiro viajante" que sequer reside na comarca de Ararendá, existindo ameaça concreta de sua fuga, caso solto, fatos que justificam, com segurança, a necessidade da prisão preventiva.
4. O alegado fato de que o paciente conta com condições subjetivas favoráveis, ainda que porventura comprovado, não autoriza a revogação da custódia preventiva, quando há nos autos elementos concretos e suficientes a demonstrar a necessidade de preservação da prisão antecipada, tal como ocorre *in casu*.
5. Ordem parcialmente conhecida e denegada na sua extensão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos relativos à ordem de *Habeas Corpus* nº 0130809-22.2012.8.06.0000, formulados pelo impetrante Israel Hendrigo de Freitas e Dias, em favor do paciente Cícero David de Sousa Ferreira, contra ato do Excelentíssimo Senhor Juiz de Direito da Vara Única da Comarca Vinculada de Ararendá.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer parcialmente da presente ordem de *habeas corpus*, para negar-lhe provimento na extensão conhecida, nos termos do voto da eminente Relatora.

Fortaleza, 03 de dezembro de 2012.

RELATÓRIO

Trata-se de ação de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrada por Israel Hendrigo de Freitas e Dias, em favor de Cícero David de Sousa Ferreira, contra ato do Excelentíssimo Senhor Juiz de Direito da Vara Única da Comarca Vinculada de Ararendá.

Narra a peça inicial (fls. 01/22) que o paciente foi preso em flagrante delito no dia 21 de outubro de 2011, como incurso nas tenazes do art. 217-A do Código Penal. Mesmo tendo a denúncia sido ofertada em 07 de novembro de 2011, por ausência de defensor público, somente lhe teria sido nomeado defensor dativo em 13 de fevereiro de 2012, devido à recusa de outros dois, por motivo de foro íntimo e por conflito de interesse.

Ressalta o impetrante que a defesa técnica do paciente se mostrou deficiente, porquanto, em 16 de fevereiro de 2012, mesmo sem ter sido apresentada a defesa prévia, a Secretaria da Vara designou data para a audiência de instrução para 28 de fevereiro de 2012, a qual foi realizada. Durante a audiência, o defensor dativo apresentou (oralmente) a resposta à acusação em favor do paciente, mas se reservando o direito de adentrar o mérito da causa quando das alegações finais. Nessa oportunidade, arrolou apenas uma testemunha de defesa.

De outro lado, aduz que o auto de exame de corpo de delito carreado às fls. 17 seria nulo, haja vista que não teria respeitado o disposto no art. 159, § 1º, do Código de Processo Penal, ou seja, fora elaborado apenas por um perito. Além disso, tal laudo teria se mostrado inconsistente, não restando provado, de fato, o ato libidinoso praticado, em tese, pelo réu.

Sustenta, ademais, que o paciente se encontra submetido a constrangimento ilegal por excesso de prazo na formação da culpa, já que perfaziam, à data da impetração, 278 dias de cárcere sem que houvesse sido encerrada a instrução criminal.

Aduz que as decisões pelas quais se converteu a prisão em flagrante em preventiva e se manteve esta última encontram-se carentes de fundamentação, alegando, também, a ausência dos requisitos necessários à decretação da custódia preventiva.

Perfilha o impetrante, por fim, que o paciente tem condições subjetivas favoráveis para responder ao processo em liberdade, postulando a concessão da ordem liminarmente, e, no mérito, sua confirmação, com a anulação da instrução processual desde o seu início e com a expedição de alvará de soltura em favor do paciente.

Documentos diversos anexos às fls. 23/92.

Pleito de liminar indeferido em decisão de fls. 97/99.

Informações da autoridade impetrada às fls. 106/108.

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça às fls. 110/116, com manifestação pelo conhecimento do *writ*, porém se posicionando pelo seu julgamento como

prejudicado, pela perda do objeto.

É o relatório.

Fortaleza, 03 de dezembro de 2012.

VOTO

Na presente ação constitucional de *habeas corpus*, conforme relatado, busca-se a anulação da instrução processual desde o seu início e a soltura do paciente, sob as alegações de ocorrência de vícios decorrentes do laudo de exame de corpo de delito e da deficiência da defesa técnica; de falta de fundamentação das decisões pelas quais se converteu a prisão flagrancial em preventiva e se manteve esta última, de ausência dos requisitos da prisão cautelar e de presença de condições subjetivas favoráveis para responder ao processo em liberdade.

Quanto às alegações de ocorrência de vício no auto de exame de corpo de delito e de deficiência da defesa técnica, ambas a ensejarem a declaração de nulidade, vejo não ser possível delas conhecer, pois não restou comprovada a prévia submissão dessas matérias ao Juízo *a quo*, não cabendo a esta Corte apreciá-la, sob pena de indevida supressão de instância.

Nesse sentido, é sólido o entendimento jurisprudencial de que, ausente a interposição do pedido objeto da ordem de *habeas corpus* perante a autoridade impetrada, é proibido ao Órgão Colegiado o seu conhecimento, sob pena de indevida supressão de instância, conforme o precedente a seguir:

> HABEAS CORPUS . FORMAÇÃO DE QUADRILHA ESPECIALIZADA NA PRÁTICA DE FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO E ESTELIONATO. 1. NULIDADE PROCESSUAL ANTE A FALTA DE INTIMAÇÃO DO PATRONO DO PACIENTE PARA A SESSÃO DE JULGAMENTO. SUPRESSAO DE INSTÂNCIA. 2. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTADA. RÉU FORAGIDO. PACIENTE CHEFE DA QUADRILHA. 3. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. 4. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSAO, DENEGADA.
>
> **1. Não havendo manifestação do Tribunal local sobre a nulidade do julgamento, não está autorizada esta Corte Superior a se manifestar originariamente sobre a questão, sob pena de indevida supressão de instância.**
>
> 2. A liberdade, não se pode olvidar, é a regra em nosso ordenamento constitucional, somente sendo possível sua mitigação em hipóteses estritamente necessárias. Contudo, a prisão de natureza cautelar não conflita com a presunção de inocência, quando devidamente fundamentada pelo juiz a sua necessidade, como é o caso dos autos.
>
> 3. Na hipótese, as instâncias ordinárias apresentaram fundamentação

concreta para a manutenção da prisão cautelar do paciente, considerando o modus operandi e a fuga do distrito da culpa, logo após a prática do crime, evidenciando, dessa forma, a premência da medida extrema a fim de assegurar a ordem pública, conveniência da instrução criminal e aplicação da lei penal, autorizando, portanto, a custódia provisória, nos moldes do preconizado no art. 312 do Código de Processo Penal.
4. A existência de condições pessoais favoráveis não impede a manutenção da segregação cautelar, quando presentes os requisitos legais.
5. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegado. (STJ, HC 231198 – PE (2012/0010686-6), Relator(a): Min. Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 12/06/2012).

PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO. ASSOCIAÇÃO PARA O- TRÁFICO DE DROGAS E PORTE ILEGAL DE ARMA. PRISÃO EM FLAGRANTE. EXCESSO DE PRAZO PARA A FORMAÇÃO DA CULPA. INCOGNOSCIBILIDADE. RISCO DE SUPRESSÃO DO GRAU DE JURISDIÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PLEITO PERANTE O JUÍZO A QUO. ORDEM NÃO CONHECIDA.
1. Impetração ajuizada em favor de paciente presa em flagrante por crimes de tráfico, associação para o tráfico de drogas e porte ilegal de arma de fogo, onde se sustenta que a prisão se mostra ilegal em face de excesso de prazo para a formação da culpa.
2. Inexistindo nos autos comprovação de que o Juízo a quo ainda não se manifestou sobre o excesso prazal ora alegado, impossibilitado ficou este órgão julgador de conhecer e avaliar a tese, sob pena da indevida supressão do grau de jurisdição.
3. "Se o Tribunal de Origem não emitiu juízo a respeito das questões aventadas, é inviável proceder exame quanto às matérias nesta Corte de Justiça, sob pena de incidir-se na vedada supressão de instância" (STJ).
4. Ordem não conhecida. (TJCE - HC 0000167-92.2011.8.06.0000, 1ª Câmara Criminal, Rel. Francisco Pedrosa Teixeira, publicado em 01.03.2011).

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. EXCESSO DE PRAZO NA INSTRUÇÃO CRIMINAL. PRISÃO DOMICILIAR. TEMAS NÃO DEBATIDOS NO ACÓRDÃO RECORRIDO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PRISÃO PREVENTIVA. LEI N.º 12.403/11. MEDIDAS DESPENALIZADORAS. INAPLICABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. AMEAÇAS À VÍTIMA E SUA GENITORA. FUGA DO DISTRITO DA CULPA. PENA MÁXIMA *IN ABSTRATO*. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA.
I. Sobressai a incompetência deste Superior Tribunal de Justiça para a análise da impetração, quando a matéria de fundo, alegada no *mandamus*, não foi objeto de debate e decisão pelo Tribunal a quo, sob pena de indevida supressão de instância. Precedentes.
II. *In casu*, acertadamente agiu a Corte estadual, ao manter a segregação provisória do acusado, fundamentada na garantia da ordem pública, na

> conveniência da instrução criminal e na aplicação da lei penal, ante a fuga do paciente e a ameaça, feita por este, à testemunha e à própria vítima, conforme ressalvou o magistrado singular.
> III. Circunstâncias concretas, ensejadoras da imposição da medida extrema ao paciente, que obstam a aplicação das medidas despenalizadoras trazidas ao nosso ordenamento jurídico pela Lei n.º 12.403/11, ainda mais levando-se em consideração a pena máxima *in abstrato*, prevista para o delito imputado ao acusado, ao qual o Estatuto Repressivo prevê sanção corporal que varia entre 08 a 15 anos.
> IV. A evasão do distrito da culpa revela a intenção do acusado em furtar-se à aplicação da lei penal, motivo, por si só, suficiente para obstar a cassação da custódia.
> V. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada. (STJ - HC 229438 PR 2011/0310678-1, Ministro GILSON DIPP, T5 - QUINTA TURMA, julgado em 15/03/2012, DJe 22/03/2012).

Além desse caráter processual da vedação de supressão de instância, é preciso notar que é desaconselhável ao Órgão Colegiado analisar pedido ainda não submetido ao crivo do Juízo *a quo,* porquanto a autoridade deste possui melhores condições para averiguar a procedência das alegações formuladas, estando em contato direto com o processo originário. Dessa sorte, pode suceder que as peças que instruem a impetração não demonstrem a real conjuntura do caso, conduzindo o Judiciário a incorrer em erro e a prejudicar a ação em curso, e, por conseguinte, a própria sociedade.

Por oportuno, ressalte-se que o Juiz de primeira instância está livre para apreciar da ocorrência ou não de tais nulidades, se implicam ou não prejuízo, ao fazer o cotejo das provas, observado o que estabelece o art. 563, do Código de Processo Penal, consoante o qual "*nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa*", e a Súmula nº 523, do Supremo Tribunal Federal, de acordo com a qual "*no processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu*", razões pelas quais se faz preciso respeitar o duplo grau de jurisdição, evitando-se a referida supressão de instância, que só se admite em casos de evidente ilegalidade, o que não vislumbro nos presentes autos neste momento.

No que concerne às alegações de carência de fundamentação das decisões por que se converteu a prisão em flagrante em preventiva (79/80) e se indeferiu o pedido de relaxamento/liberdade provisória (fl. 81), e de falta dos requisitos da custódia cautelar, tampouco merecem guarida, uma vez que verifico que tais atos judiciais encontram-se devidamente lastreados no caso concreto, tendo respeitado o disposto nos arts. 312 e 313 do CPP.

Quanto ao *fumus commissi delicti*, como a provável ocorrência de um delito e pressuposto de qualquer medida cautelar coercitiva no processo penal, restam demonstrados os indícios de autoria e a prova da materialidade, conforme se constata

através das cópias do inquérito policial (fls. 23/25), do auto de prisão em flagrante delito (fl. 26), dos depoimentos testemunhais (fls. 27; 30/31; 33; 43/45) e do auto de exame de corpo de delito (fl. 37). Colaciono, para tanto, alguns excertos retirados dos depoimentos:

> "Que, no dia de hoje pela manhã por volta das 09:45h sentiu falta da criança de quatro de idade DANDARA; Que, passou a procurar por DANDARA e ao passar pela porta do quarto onde estava hospedado CÍCERO, ouviu o choro desesperado de DANDARA; **Que, de imediato arrombou a porta do quarto e se deparou com a criança deitada na cama do quarto de CÍCERO, estando a mesma despida; Que, CÍCERO estava deitado sob a criança, usando apenas camisa**; Que, ante a entrada da declarante no quarto, CÍCERO saiu de cima de DANDARA e a declarante colocou a criança nos braços e chamou DONA MARIA, dona do hotel e avó de DANDARA; QUE, nesse momento observaram que DANDARA havia defecado no lençol da cama; Que, pessoas do local chamaram Policiais Militares que efetuaram a prisão de CÍCERO, que fora trancado em um quarto do hotel; Que, CÍCERO, ao ver a declarante se apressou em vestir seu short; Que, observou ainda no pescoço de DANDARA marcas de esganadura, como se CÍCERO tivesse sufocado a criança para que ela não continuasse a chorar como estava fazendo; Que, CÍCERO, no dia de hoje saiu cedo do hotel para trabalhar e quando retornou foi embriagado" (grifo nosso, fl. 43)
>
> "**QUE a declarante se dirigiu ao quarto de onde vinham os gritos e ao chegar ao local, encontrou o indiciado, sentado na cama, enquanto DANDARA chorava e ALINE gritava, dizendo que tinha encontrado o indiciado despido, em cima da vítima; QUE DANDARA estava suja de fezes e a cama também; QUE a declarante viu a calcinha de DANDARA em cima da cama, ao lado da cueca do indiciado; QUE o indiciado, o qual é hóspede do hotel, estava visivelmente embriagado e dizia que queria explicar a situação**; QUE a pessoa conhecida por GERONCIO estava na casa vizinha, ouviu os gritos e correu para socorrê-las, ocasião em que GERONCIO deteve o indiciado até a chegada da Polícia; QUE a declarante conversou com a vítima, a qual disse que passava no corredor quando o indiciado a chamou para o quarto, para olhar uma "MOTINHA"; QUE DANDARA contou que o indiciado perguntou se ALINE era irmã da vítima e em , seguida, a pegou pelo braço e a arrastou para o quarto; QUE DANDARA relatou que o indiciado tirou a calcinha dela, a jogou em cima da cama e ficou em cima da vítima; QUE DANDARA narrou que o indiciado puxou os cabelos da vítima, enforcou seu pescoço e tapou sua boca, para que ela não gritasse; (...) QUE a declarante acompanhou a vítima, no momento em que esta foi submetida a exame de corpo de delito, ocasião em que o médico informou que realmente havia acontecido a penetração anal" (grifo nosso, fl. 44/45)

Convém ressaltar, nesse sentido, a desnecessidade de prova manifesta e inequívoca quanto à autoria no momento da decretação da prisão cautelar, bastando

existirem indícios suficientes. Aliás, tratando desse tema a partir da Lei nº 12.413/2011, Aury Lopes Jr. argumenta que "O *fumus commissi delicti* não constitui o maior problema [na conversão da prisão em flagrante em preventiva], na medida em que o próprio flagrante já é a visibilidade do delito, ou seja, já constitui a verossimilhança de autoria e materialidade necessárias neste momento" (LOPES JR. Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas**: Lei 12.403/2011. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 54)..

No tocante ao *periculum libertatis*, enquanto perigo decorrente do estado de liberdade do imputado, a autoridade dita coatora apontou como fundamentos da prisão preventiva a necessidade de garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal, diante do alto grau de repulsa e de reprovabilidade do crime em tese praticado pelo paciente (estupro de uma criança de apenas quatro anos de idade), valendo-se de "ardil para atrair criança de tenra idade (chamando-a para olhar uma "motinha") trancou-a no quarto, onde a sodomizou com violência tamanha que a levou à defecação. Não se olvide que Cícero ainda esganou a criança para evitar que gritasse" (fl. 79).

Além da barbaridade do *modus operandi* do crime, o Juiz de primeira instância ressaltou o fato de ser o paciente um "caixeiro viajante" que sequer reside na comarca de Ararendá, havendo ameaça concreta de sua fuga caso solto (fl. 81), fatos esses que justificam, com segurança, a necessidade da prisão preventiva.

É preciso, ainda, salientar que condições subjetivas favoráveis, ainda que porventura demonstradas, não autorizam a revogação da custódia cautelar, quando há nos autos elementos concretos suficientes a demonstrar a necessidade de continuação da segregação antecipada, como ocorre *in casu*. Nesse passo, colaciono precedentes:

> HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PRISÃO PREVENTIVA. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. *MODUS OPERANDI*. PERICULOSIDADE DO AGENTE. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUGA DO DISTRITO DA CULPA. CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL E APLICAÇÃO DA LEI PENAL. TEMOR DE REPRESÁLIAS CONTRA TESTEMUNHAS. OBSTÁCULO À ELUCIDAÇÃO DO FATO. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. SEGREGAÇÃO JUSTIFICADA E NECESSÁRIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO. ORDEM DENEGADA.
>
> 1. Não há que se falar em constrangimento ilegal quando evidenciada a imprescindibilidade da segregação preventiva para a garantia da ordem pública, em razão da gravidade concreta do delito em tese praticado e da periculosidade do agente, bem demonstradas pelo modus operandi empregado.
>
> **2. A fuga do paciente do distrito da culpa, comprovada nos autos, é fundamentação suficiente a embasar a manutenção da custódia preventiva, ordenada para garantir a aplicação da lei penal e para assegurar a conveniência da instrução criminal.**

3. Imprescindível se mostra a manutenção da prisão também quando há temor de ameaça contra as testemunhas, o que dificultaria o esclarecimento dos fatos perante o juízo competente.
4. Condições pessoais favoráveis não têm o condão de, por si sós, garantirem a revogação da segregação antecipada, se há nos autos elementos suficientes a demonstrar a necessidade da custódia antecipada, como ocorre *in casu*.
[...]. (HC 226.036/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 26/06/2012, DJe 01/08/2012).

HABEAS CORPUS. DIREITO PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. REITERAÇÃO CRIMINOSA. DECISÃO FUNDAMENTADA. EXAME APROFUNDADO DE FATOS E PROVA. INVIABILIDADE DA VIA ELEITA. ORDEM DENEGADA.
1. A prisão preventiva fundou-se na garantia da ordem pública, dado o risco da reiteração criminosa por parte do paciente.
2. Como já decidiu esta Corte, "a garantia da ordem pública, por sua vez, visa, entre outras coisas, evitar a reiteração delitiva, assim resguardando a sociedade de maiores danos" (HC 84.658/PE, rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, DJ 03.06.2005)**. Nessa linha, deve-se considerar também o "perigo que o agente representa para a sociedade como fundamento apto à manutenção da segregação"** (HC 90.398/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJe 17.05.2007)**.**
3. O entendimento assentado pelo juiz se coaduna com a orientação pacífica do Supremo Tribunal Federal de que a fuga do réu do distrito da culpa justifica o decreto ou a manutenção da prisão preventiva. Precedentes.
4. A apreciação da nulidade da perícia realizada na vítima implicaria aprofundado exame de fatos e provas, o que é inviável na via estreita do habeas corpus.
5. Primariedade, bons antecedentes, residência fixa e profissão lícita são circunstâncias que, por si sós, não afastam a possibilidade da preventiva. Precedentes.
6. *Writ* denegado. (STF – HC 106816/PE, Relator: Min. ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 31/05/2011, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-117 DIVULG 17-06-2011 PUBLIC 20-06-2011).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA. INDEFERIMENTO. MANUTENÇÃO PELO TRIBUNAL IMPETRADO. NATUREZA DA DROGA APREENDIDA E CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. POTENCIALIDADE LESIVA DA INFRAÇÃO. GRAVIDADE CONCRETA. NECESSIDADE DE ACAUTELAMENTO DA ORDEM PÚBLICA. VEDAÇÃO LEGAL À CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E CONSTITUCIONAL. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. ORDEM DENEGADA.
[...]
3. Condições pessoais, mesmo que realmente favoráveis, não têm, em princípio, o condão de, por si sós, garantirem a concessão da liberdade

> **provisória, se há nos autos elementos suficientes a demonstrar a necessidade da continuação da custódia antecipada, como ocorre *in casu*.**
> 4. Ordem denegada. (STJ - HC 171.058/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 16/11/2010, DJe 01/02/2011).
>
> HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TENTATIVA DE HOMICÍDIO. PRISÃO PREVENTIVA. ILEGALIDADE NA MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR DO PACIENTE. INOCORRÊNCIA. PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES. DECISÃO FUNDAMENTADA. ALEGAÇÃO DE CIRCUNSTÂNCIAS PESSOAIS FAVORÁVEIS AO PACIENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. DENEGAÇÃO DA ORDEM.
> [...]
> **3. Eventuais condições favoráveis do agente, como primariedade, bons antecedentes, ocupação lícita e residência fixa não constituem obstáculo à manutenção da custódia prévia, não conferindo ao paciente o direito subjetivo à liberdade provisória, porquanto não vislumbrado constrangimento ilegal no caso concreto.**
> 4.Ordem conhecida e denegada (TJCE – HC 43164-27.2010.8.06.0000/0 – 2ª Câmara Criminal – Rel. PAULO CAMELO TIMBÓ – em 28/10/2010).

ISSO POSTO, conheço parcialmente da presente ordem, para negar-lhe provimento na extensão conhecida, o que faço em dissonância com o parecer ministerial.

É como voto.

Fortaleza, 03 de dezembro de 2012.

PROCESSO N.°: 0132306-71.2012.8.06.0000
HABEAS CORPUS
IMPETRANTE: PEDRO TEIXEIRA CAVALCANTE NETO
IMPETRADO: JUÍZO DE DIREITO DA VARA ÚNICA DA COMARCA DE PEDRA PEREIRO/CE
PACIENTE: PEDRO ALMINO DE QUEIROZ E SOUZA
RELATOR: DESEMBARGADOR PAULO CAMELO TIMBÓ

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA. REÚ CONTANDO COM MAIS DE 70 ANOS NO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. NECESSIDADE DE REDUÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL PELA METADE. ORDEM CONHECIDA E CONCEDIDA.

1. *In casu*, o Ministério Público ofereceu denuncia em desfavor do paciente relativo a supostos ilícitos ocorridos no ano de 1999, todos tipificados no art. 89, da Lei nº 8.666/93, c/c o art. 69, do Código Penal, ocorridos por 04 (quatro) vezes, tendo o magistrado singular recebido à peça delatória no dia 26.04.2011.

2. Vislumbrando-se que na hipótese de concurso de crimes, de acordo com o art. 119 do Código Penal, a prescrição incidirá isoladamente em cada crime e que a pena máxima em abstrato para cada delito corresponde a 05 (cinco) anos de detenção, a prescrição da pretensão punitiva só poderia ser declarada com o decurso de 12 (doze) anos, conforme dispõe a regra do art. 109, inciso III, do Código Penal.

3. Todavia, considerando que ao tempo do recebimento da denúncia, em 26.04.2011, o paciente, nascido em 06.07.1936, já possuía mais de 70 (setenta) anos de idade, por força do que dispõe o art. 115, do Código Penal, o mesmo tem direito à redução, pela metade, do prazo prescricional. Precedentes.

4. Sendo certo que a prescrição é matéria de ordem pública, que deve ser declarada de ofício e em qualquer fase do processo e que os crimes imputados ao paciente remontam aos idos de 1999, devido à redução do prazo prescricional pela metade, 06 (seis) anos da consumação do ilícito, e a peça denunciatória só ter sido recebida depois de 11 (onze)

anos após o fatídico, deve ser reconhecida a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva do Estado quanto aos crimes aludidos.
5. Ordem conhecida e concedida, reconhecendo-se a extinção da **punibilidade** quanto aos crimes imputados ao acusado, em face da **prescrição** da pretensão punitiva do Estado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de *Habeas Corpus*, ACORDAM os desembargadores da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Ceará, à unanimidade e em dissonância com o parecer ministerial, em CONCEDER a ordem impetrada.

Fortaleza, 05 de fevereiro de 2013.

RELATÓRIO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor do paciente PEDRO ALMINO DE QUEIROZ E SOUZA contra ato do Juízo de Direito da Vara Única da Comarca de Pereiro/CE.

Em síntese aduz o impetrante que o paciente foi denunciado, em concurso formal por 04 (quatro) vezes, pelo cometimento de crime tipificado no art. 89, da Lei nº 8.666/93.

Afirma que os fatos remontam ao ano de 1999, quando o paciente foi Secretário de Saúde do Município de Pereiro, sendo as acusações referentes a procedimentos licitatórios referentes a aquisição de alimentos, medicamentos, combustíveis e fretes.

Descata a ilegalidade do ato de recebimento da denuncia por parte do magistrado singular, haja vista que se trata de crime indubitavelmente prescrito.

Ao final, requer, liminarmente, a concessão da ordem para que seja trancada a ação penal e, no mérito, a confirmação da decisão.

Liminar indeferida em 10.12.2012 (fl. 40).

Informações da autoridade coatora em 07.01.2013 (fls. 43/44).

A douta Procuradoria Geral de Justiça, instada a se manifestar, opinou em 23.01.2013, pelo não conhecimento da (fls. 46/52).

É o breve relatório.

VOTO

Como relatado, cuida-se de *habeas corpus* impetrado em favor do paciente PEDRO ALMINO DE QUEIROZ E SOUZA contra ato do Juízo de Direito da Vara Única da Comarca de Pereiro/CE.

Em síntese aduz o impetrante que o paciente foi denunciado, em concurso formal por 04 (quatro) veses, pelo cometimento de crime tipificado no art. 89, da Lei nº 8.666/93, mas os fatos remontam ao ano de 1999, sendo ilegal o ato de recebimento da denuncia por parte do magistrado singular, haja vista que se trata de crime indubitavelmente prescrito.

In casu, o Ministério Público ofereceu denuncia em desfavor do paciente relativo a supostos ilícitos ocorridos no ano de 1999, todos tipificados no art. 89, da Lei nº 8.666/93, c/c o art. 69, do Código Penal, ocorridos por 04 (quatro) vezes, tendo o magistrado singular recebido à peça delatória no dia 26.04.2011.

Inicialmente, destaco que, nos termos do art. 61, do Código Penal, a prescrição é considerada matéria de ordem pública, devendo ser declarada de ofício e em qualquer fase do processo.

Adiante, segue referido dispositivo:

> Código Penal - Art. 61. Em qualquer fase do processo, o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-lo de ofício.

Nesse sentido, já decidiu esta Corte de Justiça:

> EMENTA: APELAÇÃO-CRIME. ESTELIONATO. IMPOSTA AO RÉU PENA DE TRÊS ANOS DE RECLUSÃO. SENTENÇA PROLATADA EM 20 DE MARÇO DE 2000. LAPSO DE TEMPO SUFICIENTE AO RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. DECLARAÇÃO DE OFÍCIO. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 107, IV; 109, IV; 110, §1º, TODOS DO CÓDIGO PENAL. RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE.
> 1. O caso entelado objetiva a reforma da sentença prolatada pelo juízo de planície que condenou o apelante nas tenazes do art. 171, caput, CP; 2. Ocorre que, na hipótese dos autos ora analisados, constata-se que transcorreu período superior a 12 (doze) anos desde a sentença condenatória de fls. 210/214, proferida na data de 28 de março de 2000, até o presente momento. 3. **Tendo em vista que a prescrição é considerada matéria de ordem pública, deve ser declarada de ofício e em qualquer fase do processo.** 4. Art. 110, §1º, CP: "A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada". 5. Precedentes: STJ e STF. 6. Processo extinto sem apreciação dos fundamentos do recurso. (Apelação crime 44421727200080600000 - Relator(a): LUIZ EVALDO GONÇALVES

> LEITE - Comarca: Fortaleza - Órgão julgador: 1ª Câmara Criminal - Data de registro: 04/07/2012)

Analisando o pleito observo que o mesmo trata de concurso de crimes e de acordo com o art. 119 do Código Penal, a prescrição incidirá isoladamente em cada crime. Sendo a pena máxima em abstrato para cada delito corresponde a 05 (cinco) anos de detenção, a prescrição da pretensão punitiva só poderia ser declarada com o decurso de 12 (doze) anos, conforme dispõe a regra do art. 109, inciso III, do Código Penal.

Todavia, considerando que ao tempo do recebimento da denúncia, em 26.04.2011, o paciente, nascido em 06.07.1936, já possuía mais de 70 (setenta) anos de idade, por força do que dispõe o art. 115, do Código Penal, o mesmo tem direito à redução, pela metade, do prazo prescricional.

Sobre o tema, colaciono os seguintes julgados:

> EMENTA: PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. PRESCRIÇÃO. REDUÇÃO PELA METADE DO PRAZO PRESCRICIONAL. PACIENTE MAIOR DE SETENTA ANOS. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. ART. 168-A, DO CP. INÉPCIA DA DENÚNCIA. ACUSAÇÃO GENÉRICA. NÃO CONFIGURAÇÃO.
> 1. **Considerando que o paciente, por ocasião do recebimento da denúncia (18/04/2005), já possuía mais de 70 (setenta) anos de idade, por força do que dispõe o art.** 115 **do** Código Penal**, tem direito à redução pela metade do prazo prescricional, razão pela qual reconheço a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva do Estado quanto aos períodos anteriores a 18/04/1999.** 2. Quanto ao mais, a denúncia oferecida em desfavor dos pacientes preenche todos os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, uma vez que contém a exposição do fato in tese criminoso, com suas circunstâncias essenciais, a qualificação dos acusados, a classificação dos crimes e o rol de testemunhas. 3. A denúncia individualizou, de forma minuciosa, a conduta do paciente. 4. Ordem de habeas corpus parcialmente concedido. (Habeas Corpus nº 44942 GO 2009.01.00.044942-5 - Tribunal Regional Federal da 1ª Região - Relator(a): DESEMBARGADOR FEDERAL I'TALO FIORAVANTI SABO MENDES - Julgamento: 07/12/2009 - Órgão Julgador: QUARTA TURMA - Publicação: 18/01/2010 e-DJF1 p.34)

> EMENTA: HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO E FACILITAÇÃO DE VENDA DE ÓRGÃOS HUMANOS. PACIENTE COM MAIS DE 70 (SETENTA) ANOS DE IDADE. PRESCRIÇÃO PELA PENA IN ABSTRATO.
> 1- Na hipótese de concurso de crimes, de acordo com o art. 119 do Código Penal, a prescrição incidirá isoladamente em cada crime. 2- **Sendo o paciente comprovadamente maior de setenta anos, o prazo prescricional é reduzido pela metade, e pode ser declarada a prescrição antes mesmo da prolação da sentença, sob pena de se submeter o acusado a um**

constrangimento inútil e prolongado, caso se verifique a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, tomando-se a pena máxima em abstrato de cada delito reduzida pela metade. 3- **Verificando-se que entre a data dos fatos e a data do recebimento da denúncia, transcorreu o lapso prescricional superior ao determinado pela pena in abstrato, impõe-se o reconhecimento da extinção da punibilidade do agente, pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado. Ordem concedida.** (Habeas Corpus 1.0000.12.095973-9/000 - 0959739-22.2012.8.13.0000 (1) - Tribunal de Justiça de Minas Gerais - Relator(a): Des.(a) Antônio Armando dos Anjos - Data de Julgamento: 18/09/2012 - Data da publicação da súmula: 25/09/2012)

EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. PEÇA QUE ATENDE AOS REQUISITOS DO ART. 41, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. Não pode ser considerada inepta a denúncia que enseja ao acusado o exercício do amplo direito de defesa, sendo despicienda a individualização da conduta de cada um dos co-autores, desde que forneça dados suficientes à admissibilidade da acusação, permitindo a adequação típica. PRESCRIÇÃO PELA PENA EM MÁXIMA EM ABSTRATO. PACIENTE MAIOR DE SETENTA ANOS. CONTAGEM DO PRAZO. DECISÃO FINAL DO PROCESSO TRIBUTÁRIO ADMINISTRATIVO. TRANCAMENTO AÇÃO PENAL. NECESSIDADE. O marco inicial para contagem do prazo prescricional nos crimes previstos no art. 1º, II, IV e V, da Lei Federal 8.137/90, contam-se da data da intimação da decisão administrativa definitiva produzida no processo tributário, que autoriza a inscrição do crédito na dívida pública. **Na ausência desta comprovação nos autos, e constatado que se exauriu tempo suficiente entre a data da inscrição do crédito na Dívida Ativa e a data do recebimento da denúncia, atendo-se à pena máxima em abstrato para o delito imputado na denúncia, em face da redução do prazo prescricional à metade por ser o paciente maior do que 70 anos de idade (art. 115, do Código Penal), consuma-se a prescrição da pretensão punitiva do Estado, o que recomendaria a própria rejeição da denúncia por absoluta falta de justa causa, impondo-se o trancamento da ação penal. Concedido o Habeas Corpus, estendendo-se efeitos ao co-denunciado Guilherme Sérgio Cersosimo.** (Habeas Corpus 1.0000.09.500009-7/000 - 5000097-63.2009.8.13.0000 (1) - Tribunal de Justiça de Minas Gerais - Relator(a): Des.(a) Judimar Biber - Data de Julgamento: 21/07/2009 - Data da publicação da súmula: 25/09/2009)

EMENTA: HABEAS CORPUS. OCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. É de ser concedida a ordem para reconhecer a prescrição da pretensão executória ocorrida pelo transcurso de mais de um ano entre a data do recebimento da denúncia e da publicação da sentença penal condenatória. Tempo reduzido em metade por ser a paciente maior de 70 anos quando da publicação da sentença. Parecer do Ministério Público nesta Corte pela concessão da ordem. ORDEM CONCEDIDA.
(Habeas Corpus Nº 70048024442, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de

Justiça do Rio Grande do Sul, Relator: Nereu José Giacomolli, Julgado em 19/04/2012)

Assim, tendo em vista que os crimes imputados ao paciente remontam aos idos de 1999 e que a redução do prazo prescricional pela metade assegura a extinção da punibilidade quando decorridos 06 (seis) anos da consumação do ilícito, mas a peça denunciatória só foi recebida depois de 11 (onze) anos após o fatídico, deve ser reconhecida a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva do Estado quanto aos crimes aludidos.

Diante do exposto, em dissonância com o parecer ministerial, CONCEDO a ordem, reconhecendo a extinção da **punibilidade** quanto aos crimes imputados ao acusado, em face da **prescrição** da pretensão punitiva do Estado.

É como voto.

Fortaleza, 05 de fevereiro de 2013.

Nº 708-96.2009.8.06.0000/0
HABEAS CORPUS (de Fortaleza)
IMPETRANTE: LUCRÉCIA HOLANDA CRUZ
PACIENTE: GUSTAVO HENRIQUE SODRÉ LEMOS
IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA 12ª VARA CRIMINAL DE FORTALEZA
RELATOR: DES. FRANCISCO HAROLDO RODRIGUES DE ALBUQUERQUE
DESIGNADO P/ ACÓRDÃO: DES. LUIZ GERARDO DE PONTES BRÍGIDO

-Habeas corpus.
-Pela voz do STF, *"confirmada a condenação em segundo grau de jurisdição, e considerando que os recursos eventualmente cabíveis, especial e extraordinário, não têm efeito suspensivo, legítima é a expedição do mandado de prisão"* (2ª T, RHC 85924, Rel. Min. Ellen Gracie).
-Não atrita com a presunção constitucional de inocência, e isto é intuitivamente lógico, a execução provisória do acórdão, sobremodo na pendência de juízo de admissibilidade para a subida dos apelos excepcionais. Nem *"acarreta prejuízo algum ao Estado, tampouco contraria interesse do réu, ..., que poderá ver processado eventual pedido de progressão prisional formulado a seu favor"* (Flávio Marcão, Curso de Execução Penal, 5ª ed., p. 107).
-Ordem denegada.
-Maioria.

Vistos, relatados e discutidos os autos acima epigrafados.

1 – Sentenciado a 6 anos de reclusão pela prática delitiva capitulada no art 214 c/c o art. 224, "a", do CP, malsucedido no recurso apelatório, diz-se que o paciente, supracitado, é sujeito de coação ilegal. Preso por ordem do judicante impetrado, ante tempus, todavia, pois que não se fez definitiva a condenação, pendentes, ressalta-se, recursos no STF e no STJ voltados ao reconhecimento da extinção da punibilidade, pelo que pretende o sobrestamento da execução provisória da condenação.

Liminar indeferida.

Com informação e parecer da PGJ pela denegação da ordem.

Relatório, in tribus verbis.

2 – Mesmo admitidos na instância de origem, os recursos especial e extraordinário, à falta de efeito suspensivo, não arredam a possibilidade da execução provisória da condenação mantida pelo acórdão. Por derivação lógica, e com mais

razão, viável o início do cumprimento da pena quando tais recursos ainda não foram submetidos ao primeiro juízo de prelibação. É que, nesta hipótese, a rigor, não existe, ainda, recurso especial e extraordinário em trânsito, senão mera expectativa, positiva ou negativa, de se fazerem existentes, caso admitidos e remetidos aos tribunais superiores competentes. E mais: **"Por ser a execução provisória, não há falar em violação de norma constitucional por quebra do princípio da presunção de inocência. A execução provisória do julgado não acarreta prejuízo algum ao Estado, tampouco contraria interesses do réu, que poderá ainda no decorrer da tramitação"** dos recursos especial e extraordinário pendentes de agravos, "**ver processado eventual pedido de progressão de regime prisional formulado a seu favor"** (MARCÃO, Flávio. Curso de Execução Penal. 5ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 107 – o trecho sem negrito foi inserido pelo Relator).

A diretiva do STF implode, ruidosamente, a pretensão libertária: **"EXECUÇÃO PROVISÓRIA. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. 1. Confirmada a condenação, em segundo grau de jurisdição, e considerando que os recursos, eventualmente cabíveis, especial e extraordinário, não têm efeito suspensivo, legítima é a expedição do mandado de prisão. 2. RHC improvido"** (RHC nº 85024-RJ, 2ª T, Relatora Min. Ellen Gracie, j. 23-11-2005, unânime, DJU 10-12-04, p. 53; mesmo sentido: STF, HC 83152, HC 83067, HC 83982, HC 84347).

Nada mais a acrescentar.

3 – Nessas condições, **ACORDA** a **1ª CÂMARA CRIMINAL** do **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ,** à unanimidade, em conhecer da impetração, mas para denegá-la, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 17 de março de 2009.

PROCESSO Nº: 0000070-24.2013.8.06.0000- Habeas Corpus
IMPETRANTE: Ana Gardene Alves Uchoa Barbosa(OAB /CE 22641)
PACIENTE: Jose Jonathan Alves de Melo
IMPETRADO: Juiz de Direito da 3ª Vara de Execução Penal da Comarca de Fortaleza
RELATOR: Des. Haroldo Correia de Oliveira Máximo

EMENTA: HABEAS CORPUS – PENAL E PROCESSUAL PENAL – PACIENTE EM CUMPRIMENTO DE PENA NO REGIME SEMIABERTO – PLEITO DO BENEFÍCIO DO TRABALHO EXTERNO – ORDEM CONCEDIDA.

1. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento admitindo a concessão do trabalho externo independentemente do lapso temporal, após análise criteriosa. Restando desnecessário o cumprimento de 1/6 da pena em regime semiaberto, o paciente faz jus ao benefício de autorização para o trabalho externo.

2. A regra do art. 36 da LEP, que impõe limitações para a concessão do trabalho externo, somente é aplicável aos presos que se encontrem em regime fechado, sendo, pois, plenamente admissível aos presos do regime semiaberto o trabalho externo na iniciativa privada.

3. Ordem conhecida e CONCEDIDA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Habeas Corpus, **ACORDAM** os Desembargadores integrantes da Turma julgadora da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em conhecer da impetração e concedê-la, tudo em conformidade com o voto do relator.

Fortaleza, 04 de fevereiro de 2013.

RELATÓRIO

Cuida-se de **habeas corpus**, com pedido liminar, impetrado em favor do paciente **JOSÉ JONATHAN ALVES DE MELO**, que encontra-se cumprindo pena no regime semiaberto, apontando como autoridade coatora o juízo de direito da 3ª Vara de Execução Penal da Comarca de Fortaleza/CE.

A impetrante aduz que o paciente teve o benefício de autorização para o trabalho externo indeferido, sem a devida fundamentação, caracterizando inequívoco constrangimento ilegal.

Liminar indeferida (fls. 29).

Informações prestadas pela autoridade impetrada (fls. 34/38) nas quais evidencia o trâmite processual da ação criminal proposta contra o paciente.

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça (fls. 40/43) opinando pela concessão da ordem impetrada.

É o relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhece-se da impetração.

Trata-se de habeas corpus impetrado em favor do paciente nominado, em que se busca, por meio do presente mandamus, o benefício do trabalho externo, haja vista que a autoridade impetrada indeferiu o pleito, sem a devida fundamentação, em dissonância com o parecer ministerial.

Com razão a impetrante. Senão, vejamos: Observa-se que o paciente iniciou o cumprimento de sua pena em regime fechado e progrediu para o semiaberto, após cumprir 2/5 da pena arbitrada.

Assiste razão à impetrante uma vez que a regra prevista no art. 37, §2º do Código Penal admite o trabalho externo ao reeducando que cumpre pena em regime semiaberto.

Ademais, as limitações ao trabalho externo, previstas no art. 36, da Lei de Execuções Penais, somente se aplicam para a hipótese do preso no regime fechado e não no regime semiaberto, no qual se encontra o paciente.

O entendimento consolidado dos Tribunais Superiores é no sentido de que se admite a concessão de trabalho externo, aos condenados em regime semiaberto, independentemente do cumprimento de 1/6 da pena ou de qualquer outro lapso temporal, após análise criteriosa das condições do preso.

Analisando as particularidades do caso trazido à apreciação, com a devida vênia, entende-se que a ordem merece ser acolhida. O paciente possui os requisitos necessários para o deferimento do benefício do trabalho externo, pois encontra-se no regime semiaberto, bem como cumpriu mais de 1/6 da pena.

Ademais, considerando o preenchimento dos requisitos necessários, bem como o exemplar comportamento do preso e a comprovada oferta de emprego a este oferecida, Indiscutível, portanto, o valor do trabalho como instrumento eficaz para se atingir o objetivo de reinserção social do apenado.

Neste diapasão, merece registro o seguinte aresto:

EMENTA: HABEAS CORPUS - TRABALHO EXTERNO EM ESTABELECIMENTO PRIVADO - CONDENADO EM REGIME SEMI-ABERTO - POSSIBILIDADE -CONCESSÃO DA ORDEM
I - O trabalho do preso é o meio que melhor propicia sua reeducação e recuperação, sendo chamado "passaporte" para a reinserção social.
II - A regra do art. 36 da LEP, que impõe limitações para a concessão do trabalho externo, somente é aplicável aos presos que se encontrem em regime fechado, sendo, pois, plenamente admissível aos presos do regime semiaberto o trabalho externo na iniciativa privada.
III - Concessão da ordem. (HABEAS CORPUS Nº 1.0000.12.100161-4/000 - COMARCA DE BETIM - PACIENTE(S): ADILSON RIBEIRO MONTEIRO - AUTORID COATORA: JD 3 V CR EXEC CR COMARCA BETIM, JULGADO EM 06/11/2012 E PUBLICADO EM 12/11/2012)

ISSO POSTO, restando caracterizado o constrangimento ilegal, emite-se voto no sentido de se CONCEDER A ORDEM, acolhendo o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça.

É o voto.

Fortaleza, 04 de fevereiro de 2013.

PROCESSO Nº: 0132474-73.2012.8.06.0000- HABEAS CORPUS
IMPETRANTE: HERICKSON JOSÉ COÊLHO MONTE (OAB 25262/CE)
PACIENTE: GLEYSON TORRES SILVA
IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA 15ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE FORTALEZA
RELATOR: DESEMBARGADOR HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIMES DE ROUBO, FORMAÇÃO DE QUADRILHA, FURTO, PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO E EMPREGO DE ARTEFATO EXPLOSIVO. EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. INOCORRÊNCIA. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO PELA DENEGAÇÃO DO *WRIT*. ORDEM DENEGADA COM RECOMENDAÇÃO.

01 – A alegação de excesso de prazo não pode basear-se em simples critério aritmético, devendo a demora ser analisada em cotejo com as particularidades e complexidades de cada caso concreto, pautando-se sempre pelo critério da razoabilidade..

02 – Na espécie, não restou caracterizado o alegado constrangimento ilegal, pois a demora no encerramento da instrução encontra-se dentro dos limites da razoabilidade, acrescido ao fato de que o processo é dotado de certa complexidade em razão da pluralidade de infrações, dentre elas furto de numerário em terminal de auto-atendimento bancário, mediante o uso de explosivos.

03 - Ordem denegada, recomendando-se ao Juiz do feito maior celeridade no seu processamento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de *Habeas Corpus*, acordam os Desembargadores da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, em DENEGAR a ordem impetrada, tudo em conformidade com o voto do relator.

Fortaleza, CE, 04 de fevereiro de 2013.

RELATÓRIO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado por Herickson José Coelho Monte em favor do paciente GLEYSON TORRES SILVA, preso em flagrante delito em 04.09.2012 e posteriormente denunciado pela prática dos crimes previstos nos artigos 14 e 16, parágrafo único, inciso III , da Lei nº 10.826/03 e artigos 157, *caput*, 155, § 4º, inciso I, c/c o art. 71 e art. 288, todos do Código Penal Brasileiro, figurando como autoridade coatora a Juíza de Direito da 15ª Vara Criminal da Comarca de Fortaleza.

Argui-se com a impetração, em síntese, que o paciente estaria sendo alvo de constrangimento ilegal decorrente do excesso de prazo na formação da culpa, pois encontra-se ele recluso há mais de 100 (cem) dias sem que sequer tenha sido citado, o que, no seu entendimento macula o processo de nulidade absoluta, por inobservância à legislação processual penal.

Assevera, mais, o impetrante, que o paciente encontra-se em situação idêntica a do corréu Henrique Iuri, a quem a liberdade foi restituída, razão porque deve ser tratado de maneira semelhante, garantindo-lhe o direito de responder, em liberdade, os termos da ação penal movida pelo Ministério Público em seu desfavor.

O pleito liminar foi indeferido, consoante decisão constante da fl. 31.

Informações da autoridade impetrada às fls. 35/37.

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça (fls. 39/44), manifestando-se pela denegação da ordem, com recomendação à autoridade impetrada para que envide esforços para que se dê início à instrução criminal.

É, no que há de relevante, o relatório.

Em mesa para julgamento.

VOTO

O pedido, em resumo, defende a tese de constrangimento ilegal decorrente do excesso de prazo na ultimação da instrução, em razão do paciente encontrar-se preso há mais de cem dias

Conforme relatado, trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado por Herickson José Coelho Monte em favor do paciente GLEYSON TORRES SILVA, figurando como autoridade coatora a Juíza de Direito da 15ª Vara Criminal da Comarca de Fortaleza.

Argui-se com a impetração, em síntese, que o paciente estaria sendo alvo de constrangimento ilegal decorrente do excesso de prazo na formação da culpa, pois encontra-se ele recluso há mais de 100 (cem) dias sem que sequer tenha sido citado, o que, no seu entendimento, macula o processo de nulidade absoluta, por inobservância à

legislação processual penal.

Consta dos autos que o paciente foi preso em flagrante delito em 04.09.2012 e posteriormente denunciado pela prática dos crimes previstos nos artigos 14 e 16, parágrafo único, inciso III , da Lei nº 10.826/03 e artigos 157, *caput*, 155, § 4º, inciso I, c/c o art. 71 e art. 288, todos do Código Penal, preso em flagrante

É cediço, e isso se retira do texto da Carta da República – art. 5º, inciso LXXVII, que é assegurado a todos o direito à razoável duração do processo, como direito fundamental.

Entretanto, a extrapolação dos prazos, de forma a caracterizar constrangimento ilegal, não decorre de simples contagem aritmética, devendo a delonga ser analisada à luz do princípio da razoabilidade, aliado a outras circunstâncias que autorizam o elastecimento temporal, como complexidade da causa, pluralidade de réus, necessidade de expedição de cartas precatórias, etc.

No caso dos autos, percebe-se que o feito conta com mais de um réu, e apura conduta que conta com múltiplas infrações, e o tempo decorrido da prisão do paciente até o dia de hoje, no meu sentir, encontra-se dentro dos limites da razoabilidade.

Destaque-se, ainda, que trata-se, na espécie, de crimes de extrema gravidade – artigos 14 e 16, parágrafo único, inciso III , da Lei nº 10.826/03 e artigos 157, *caput*, 155, § 4º, inciso I, c/c o art. 71 e art. 288, todos do Código Penal Brasileiro, dando, assim, a dimensão do desvalor da conduta atribuída ao paciente, a reclamar maior proteção da ordem pública, e, apesar de não impedir a liberdade, dificulta a sua concessão e torna mais rigorosa a análise da procedência do pedido veiculado em sede de *habeas corpus*.

Ante tais fundamentos, em consonância com o parecer da douta PGJ, DENEGO a ordem, com recomendação de celeridade no processamento do feito.

É como voto.

Fortaleza, CE, 04 de fevereiro de 2013.

RECURSO CRIME EM SENTIDO ESTRITO

PROC. Nº: 0006801-07.2011.8.06.0000 – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO
JUÍZO DE ORIGEM: VARA ÚNICA DO JÚRI DA COMARCA DE CAUCAIA/CE.
RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL
RECORRIDO: ANTONIO DE PAIVA ALMEIDA
RELATOR: DES. FRANCISCO PEDROSA TEIXEIRA
ÓRGÃO JULGADOR: 1ª. CÂMARA CRIMINAL – TJCE.

EMENTA: PENAL – PROCESSUAL PENAL – PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO (Art. 14 – Estatuto do Desarmamento) – CONDENAÇÃO – PENA: 02 ANOS DE RECLUSÃO - PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA ESTATAL – IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL- INOCORRÊNCIA – INTIMAÇÃO *FICTA* DO ÉDITO CONDENATÓRIO COM PRAZO INFERIOR AO PREVISTO NO ART. 392, § 1º, CPP - NULIDADE DECLARADA – TÍTULO PENAL EXECUTIVO DESFEITO - EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DECRETADA ANTE O RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO NA MODALIDADE INTERCORRENTE OU SUPERVENIENTE (ARTS. 107, IV, ART. 109 V E 110, § 1º, TODOS DO CPB) - INCONFORMISMO MINISTERIAL PREJUDICADO.

I – O recorrido viu-se condenado à pena de dois (02) anos de reclusão pela prática do crime previsto no art. 14 do Estatuto do Desarmamento, substituída por duas restritivas de direito. Na sequência, o juiz singular declarou a extinção da punibilidade do agente, reconhecendo a prescrição da pretensão executória. Daí a insurgência ministerial.

II – Nas contrarrazões a defesa suscitou preliminar de nulidade da intimação, via editalícia, da sentença penal condenatória, porquanto, inobservado o prazo previsto no art. 392, § 1º da Lei Processual Penal.

III – Exsurge dos autos que, determinada a intimação *ficta,* o prazo fixado no edital foi de quinze (15) dias, quando, na realidade deveria ser de noventa (90) dias, conforme o mandamento da supramencionada norma processual.

IV - Tal fato maculou o procedimento de nulidade absoluta.

Evidente a afronta ao princípio constitucional da ampla defesa, vez que, era direito do réu a garantia integral do prazo processual pessoal a ele concedido pela legislação.
IV - Nula a intimação editalícia do apenado, inocorreu o trânsito em julgado da decisão condenatória. Portanto, não há que se falar em prescrição da pretensão executória reconhecida pelo julgador singular e combatida pelo Ministério Público de primeira entrância.
V – *In casu, como bem sustentado pela defesa e ratificado pela PGJ,* resta configurada a prescrição intercorrente da pretensão punitiva estatal pela pena aplicada, posto que, entre a data da publicação da sentença e a data de hoje, já transcorreu lapso superior a quatro anos. Inteligência dos arts. 107, IV, 109, V e 110 § 1º, todos do CPB).
VI – RECURSO MINISTERIAL PREJUDICADO – EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE - PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE.

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, ACORDAM os Desembargadores integrantes da PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL desta Egrégia Corte, à unanimidade, DECLARAR a nulidade da intimação editalícia do recorrido da sentença penal condenatória, decretando, por consequência, a extinção da punibilidade do acusado, ante o reconhecimento da prescrição superveniente da pretensão punitiva estatal, restando prejudicado o reclamo ministerial, tudo nos termos do voto do eminente relator.

I - RELATÓRIO:

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público em face da decisão (fl. 73) proferida pela autoridade judiciária da Vara Única do Júri e Execuções Criminais da Comarca de Caucaia/Ce., que decretou a extinção da punibilidade do recorrido, reconhecendo a prescrição da pretensão executória.

Nas razões (fls. 76/78), sustenta o recorrente que o magistrado de primeiro grau *"laborou em equívoco quando iniciou a contagem do prazo prescricional da publicação da sentença condenatória, quando deveria ser do trânsito em julgado* ***para ambas as partes,*** *conforme reiterada jurisprudência do STJ."* (destaque no original). Requereu a reforma da decisão extintiva da punibilidade do acusado, possibilitando o início da execução da pena.

Contrarrazoando (fls. 80/88), a Defensora Pública arguiu preliminar de **nulidade da intimação da sentença condenatória, vez que o edital intimatório,** inobservou as regras previstas do artigo 392, § 1º do CPP. Reconhecida a mácula apontada, restaria evidenciada a prescrição da pretensão punitiva, na modalidade superveniente ou intercorrente.

Decisum mantido (fl. 94), subiram os autos.

Nesta instância, o Procurador de Justiça, Dr. José Valdo Silva, em parecer exarado às fls. 100/104, opinou pelo acolhimento dos *"argumentos lançados em defesa do recorrido"*.

Feito que independe de revisão.

É o relatório.

II – VOTO:

Conheço do recurso, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade.

Prima facie, analiso a preliminar de nulidade da intimação da sentença condenatória por não perfectibilização do ato editalício.

A meu sentir, razão lhe assiste.

Exsurge dos autos que o recorrido viu-se condenado como incurso nas sanções do art. 14 da Lei 10.826/03 (Estatuto do Desarmamento), à pena privativa de liberdade de dois (02) anos de reclusão, em regime aberto, e, ao pagamento de vinte (20) dias-multa, à razão unitária mínima. Substituída a corporal por duas restritivas de direito, quais sejam: prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana.

Deixando de ser localizado, para fins de intimação pessoal da sentença condenatória, o magistrado singular determinou a intimação do réu, por edital.

Todavia, o prazo de quinze (15) dias estabelecido no edital de intimação inserto à fl. 65, está em desacordo com o disposto no § 1º do art. 392 do Estatuto Processual Penal, que determina o lapso temporal de noventa (90) dias quando imposta pena privativa de liberdade igual ou superior a um (01) ano, como ocorre no caso em análise.

Tal fato maculou o procedimento de nulidade absoluta. Evidente a afronta ao princípio constitucional da ampla defesa, vez que, era direito do réu a garantia integral do prazo processual pessoal a ele concedido pela legislação.

Procedida a intimação em descumprimento a regra legal imposta no art. 392, § 1º, CPP, a nulidade do ato é medida imperativa.

A propósito, colaciono os seguintes julgados:

> […] I - Conforme preceitua o art. 392, § 1º, do CPP, "o prazo do edital será de 90 (noventa) dias, se tiver sido imposta pena privativa de liberdade por

> tempo igual ou superior a 1 (um) ano, e de 60 (sessenta) dias, nos outros casos".
> II – Assim, imposta a cada um dos peticionários a sanção carcerária de 03 (três) anos de reclusão, o prazo do edital deveria ser de 90 (noventa) dia, e não de 20 (vinte) dias, como restou consignado, o que eivou o procedimento de nulidade absoluta, a ser reconhecido em "habeas corpus" de ofício, em face da inequívoca violação ao princípio constitucional da ampla defesa" (TJMG – 2º GRUPO DE CÂMARAS CRIMINAIS – REV CRIMINAL n. 1.0000.09.500408-1, Rel. Des. Eduardo Brum, j. 21.09.2010).
>
> EMENTA: APELAÇÃO CRIME. ESTELIONATO. CONTINUIDADE DELITIVA. INTIMAÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA POR EDITAL. PRAZO. NULIDADE.
> Prazo de 60 dias fixado no edital de intimação da sentença condenatória, em descompasso com a exigência legal – art. 392 § 1º do CPP – que determina o prazo de 90 dias para a intimação editalícia, se tiver sido imposta preva privativa de liberdade por tempo igual ou superior a uma ano. Pena aplicada em 1 ano de reclusão. Nulidade intransponível. Desconstituição do ato, com ordem de sua renovação.
> ANULADA DE OFÍCIO, A INTIMAÇÃO EDITALÍCIA DO APELANTE. APELO PREJUDICADO (TJRS – 8a. CÂMARA CRIMINAL – APEL. n. 70036902542 – Rel. Desª. FABIANNE BRETON BAISCH, j. 12.01.2011).

Declarada nula a intimação editalícia do réu, inocorreu o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Destarte, como bem ponderou o ilustre Procurador de Justiça, no parecer já mencionado *"não há que se falar mais, portanto, em prescrição de título penal executivo, tal como combatido pelo Ministério Público e preservado pelo Judiciário de origem"*.

Igualmente, com razão a defesa e o digno Procurador de Justiça, quanto ao reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, na modalidade intercorrente.

Com efeito, na hipótese em apreço, condenado o recorrente à pena de dois (02) anos de reclusão, o prazo prescricional é de 04 (quatro) anos, a teor do art. 109, V, do CPB.

Considerando que entre a publicação do édito condenatório, ocorrida 19.06.2007 (fl. 61), até a presente data, já transcorreu lapso temporal superior a quatro (04) anos, é de ser declarada extinta a pretensão punitiva estatal, pela prescrição superveniente, em face da pena aplicada na sentença, nos termos dos arts. 107, inc IV, 109, inc. V e 110, § 1º, todos do Código Penal.

III – DISPOSITIVO:

Diante do exposto, declaro a nulidade da intimação *ficta* do recorrido , vez que efetivada inobservando os ditames do art. 392, §, 1º, CPP, impedindo o trânsito em

julgado da sentença penal condenatória, e, por conseguinte, decreto extinta a punibilidade do acusado, pela prescrição, na modalidade intercorrente ou superveniente,o que faço fulcrado nos arts. 107, inc IV, 109, inc. V e 110, § 1º, todos do Estatuto Punitivo Penal, restando prejudicado o exame do reclamo ministerial.

É como voto.

Fortaleza/Ce., 22/05/2012.

PROC. Nº: 0006966-54.2011.8.06.0000 - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO
JUÍZO DE ORIGEM: VARA ÚNICA DA COMARCA DE REDENÇÃO/CE.
RECORRENTE: FRANCISCO HELIO RODRIGUES DA SILVA
RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL
ÓRGÃO JULGADOR: 1A. CÂMARA CRIMINAL
RELATOR: DES. FRANCISCO PEDROSA TEIXEIRA

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL – TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO - PRONÚNCIA – INCONFORMIDADE DEFENSIVA – PRELIMINAR DE NULIDADE – AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO NA ADMISSÃO DA CIRCUNSTÂNCIA QUALIFICADORA – OCORRÊNCIA – VIOLAÇÃO AO ART. 93, IX DA CARTA MAGNA – NULIDADE RECONHECIDA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

I - É nula a decisão de pronúncia quando o julgador deixa de apresentar os motivos pelos quais manteve a qualificadora descrita na denúncia. Precedentes do STF, STJ e deste Sodalício.

II – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO – PRONÚNCIA ANULADA.

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, ACORDAM os Desembargadores integrantes da 1a. Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, prover parcialmente o recurso, para anular a pronúncia, determinando o retorno dos autos ao juízo *a quo* para prolação de nova decisão, nos termos do voto do eminente relator.

I – RELATÓRIO:

FRANCISCO HÉLIO RODRIGUES DA SILVA, inconformado com a decisão que o pronunciou pela prática, em tese, do crime de tentativa de homicídio qualificado (art. 121, § 2º, inc. IV c/c art. 14, ambos do CPB), interpôs recurso *stricto sensu* (fls. 101/107), arguindo, preliminarmente, nulidade da pronúncia por ausência de fundamentação quanto à incidência da qualificadora e, no mérito, pede a desclassificação para o crime de lesão corporal, a pretexto de que não agiu com intenção de matar.

O Ministério Público ofereceu contrarrazões postulando o improvimento da irresignação (fls. 110/116). Subiram os autos.

Nessa instância, a Procuradoria Geral de Justiça apontou a ausência do juízo de retratação (fl. 123), o que acarretou o retorno dos autos à origem para os fins do art. 589 do CPP (fl. 127).

O magistrado singular manteve o *decisum* hostilizado (fls. 131/131v).

Parecer da PGJ opinando pelo conhecimento e desprovimento do reclamo (fls. 137/141).

Revisão dispensada (art. 34, § 3º, RITJCE).

É o *relatus.*

Em mesa para julgamento.

II - VOTO:

Conheço do inconformismo, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade.

Razão assiste à ilustrada defesa.

Na espécie, a decisão combatida, é desprovida de qualquer fundamentação acerca da admissibilidade da qualificadora descrita na denúncia.

No que interessa, a sentença assim está posta:

> "[…] No caso dos autos, a materialidade está devidamente comprovada pelo laudo de exame de corpo de delito de fls. 50, e a confissão da autoria do crime foi feita pelo acusado em seu interrogatório, como também confirmada pelas testemunhas.
> ISTO POSTO, pronuncio o acusado, nos autos qualificado, sujeitando-o a julgamento pelo Tribunal Popular do Júri desta Comarca, como incurso nas sanções do art. 121, parágrafo 2º, IV do Código Penal Brasileiro. Determino que o denunciado seja preso para aguardar julgamento, se já não estiver.[...]"

O vício permaneceu por ocasião do julgamento dos embargos declaratórios manejados pelo *Parquet* (fls. 72v), bem como, no juízo de sustentação (fl. 131/131v).

Não há, como se vê, qualquer abordagem, ainda que breve, em torno da admissibilidade concreta das qualificadoras.

A meu sentir, o sentenciante descumpriu o mandamento insculpido no inciso IX do art. 93 da Constituição Federal, o qual determina que todas as decisões dos órgãos do Poder Judiciário sejam fundamentadas, sob pena de nulidade.

Ademais, doutrina e jurisprudência afirmam que a pronúncia, ainda que de modo sucinto, deve conter os fundamentos pelos quais são acolhidos as qualificadoras imputadas na denúncia, sob pena de nulidade, por violação ao dispositivo constitucional

supramencionado.

A propósito, já decidiu o STF:

> PRONÚNCIA. ART. 121, § 2º, II E IV. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. 1 – É certo que a pronúncia, decisão que declara a viabilidade da acusação, deve, sob pena de nulidade, ser redigida em linguagem sóbria e comedida, evitando a análise valorativa da prova que possa influenciar o Conselho de Sentença. No entanto, também padece de nulidade aquela em que se inclui qualificadora sem a necessária fundamentação (HC 84547 – Rel. Min. ELLEN GRACIE, 2a. TURMA – j. 01/03/2005)
>
> […] A inclusão da circunstância qualificadora na sentença de pronúncia, exige, ainda que sucintamente motivado, um juízo positivo do magistrado pronunciante, que deve, em consequência, proclamar, sempre com fundamento em prova idônea, a existência da qualificadora (HC n. 74351 – Rel. Min. CELSO DE MELO – 1a. TURMA – j. 29.10.1996).

Essa também é a orientação do STJ:

> "O simples juízo de admissibilidade das qualificadoras não supre a necessidade de fundamentação concreta, ainda que sucinta e objetiva, por parte do julgador monocrático" (HC n. 62.846/PI – Rel. Min. GILSON DIPP, j. 10.10.2006).
>
> […] A pronúncia deve ser sóbria na apreciação das provas, mas deve haver uma fundamentação mínima para o reconhecimento das qualificadoras, sob pena de se desprezar o princípio constitucional que recomenda a motivação das decisões judiciais.
> Ordem concedida para anular a pronúncia e determinar que outra seja prolatada com a mínima fundamentação exigida para o reconhecimento das qualificadoras. (HC 123.073/SP, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), SEXTA TURMA, julgado em 06/02/2009, DJe 02/03/2009)
>
> "Ao proferir a decisão de pronúncia, nos termos do disposto no art. 413 do CPP, o juiz deve manifestar-se, objetiva e sucintamente, não só sobre o tipo básico, apontando as razões da admissibilidade do crime e da autoria, mas, também, se for o caso, sobre as qualificadoras que entender admissíveis (HC n. 133667/RJ – 5a. TURMA – Rel. Min. FELIX FISCHER, j. 02.02.2010)

Nessa mesma linha, os seguintes julgados dos Tribunais Estaduais, inclusive desta egrégia 1a. Câmara Criminal:

> **EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - HOMÍCIDIO QUALIFICADO**

(ART. 121, § 2º, INCS. II, III e IV, CPB) - DECISÃO DE PRONÚNCIA - AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO QUANTO ÀS QUALIFICADORAS DESCRITAS NA VESTIBULAR ACUSATÓRIA - NULIDADE.
1 - A decisão de pronúncia, ainda que de modo sucinto, deve conter os fundamentos pelos quais são acolhidos as qualificadoras imputadas na denúncia, sob pena de nulidade, violando o dever constitucional da fundamentação(art. 93, IX, da Carta Magna/1988), o que inocorreu, na hipótese dos autos. 2 - É nula a sentença de pronúncia que deixa de apresentar motivação para a admissão das qualificadoras descritas na vestibular acusatória. Precedentes do STF e STJ. 3 - Retorno dos autos ao juízo de primeiro grau para prolação de nova decisão, com observância do preceito constitucional supramencionado. 4 - Recurso defensivo prejudicado.(TJCE – 1a. CÂMARA CRIMINAL – RSE N. 1312960200580600000 – Rel Des. FRANCISCO PEDROSA TEIXEIRA, j. 24.08.2011).

"É nula a decisão de pronúncia quando ausente fundamentação, mínima que seja, acerca da admissibilidade de qualificadoras descritas na denúncia" (TJMG – RSE n. 1.0348.09.007164-1 – 4a. Câmara Criminal – Rel. Des. Herbert Carneiro, j. 09.02.23011).

"O julgador de primeiro grau não se manifestou, em nenhum momento, a respeito da qualificadora do motivo torpe. Tal omissão acarreta a nulidade da sentença. A decisão de pronúncia, ainda que de modo sucinto, deve abordar e decidir acerca de todas as teses da acusação e defesa, sob pena de nulidade (TJRS – RSE n. 70038099172 – 1a. Câmara Criminal – Rel. Des. Marco Antonio Ribeiro de Oliveira, j. 20.04.2011)

"A pronúncia é um juízo fundado de suspeitas, não competindo ao juiz singular a análise aprofundada das provas. Inobstante, o acolhimento das circunstâncias qualificadoras deve ser devidamente motivado pelo magistrado, indicando os fatos a ensejar o seu reconhecimento. … Embora suficientemente fundamentada quanto à existência do crime e indícios de ser o réu o seu autor, omitiu-se quanto à admissibilidade das qualificadoras, devendo ser anulada. (TJDFT - 2a. Turma Criminal – RSE n. 2000 01 1 012357-0 – Rel. Des. Vaz de Mello, j.26.10.2000)

Guilherme de Souza Nucci (***In,*** Tribunal do Júri. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008), sobre o tema, leciona:

> "[...] Do mesmo modo que precisa o juiz fundamentar seu convencimento em relação à materialidade e à autoria, necessita expor os motivos que o levam a manter eventuais qualificadoras constantes da denúncia."
> Em suma, as qualificadoras, quando aceitas, precisam ser especificadas no contexto fático, de modo a permitir à defesa uma completa visão do que a aguarda no plenário do Tribunal do Júri, quando o órgão acusatório sustentar sua tese".

In casu, não declinou o julgador monocrático os motivos pelos quais entendeu caracterizada a qualificante contida na delatória, impondo-se, portanto, a anulação da pronúncia.

Registro, ainda, não ser possível a análise da questão nesta instância, no intuito de sanar a lacuna, pois representaria suprimento de um grau de jurisdição, constitucionalmente proibido.

III – DISPOSITIVO:

Por tais fundamentos, acolho a preliminar suscitada pela defesa, para, anular a pronúncia, por ausência de fundamentação sobre a admissibilidade da qualificadora, determinando que outra seja proferida, sanado o vício apontado.

É como voto.

Fortaleza/Ce., 30/10/2012

PROCESSO: RECURSO CRIME EM SENTIDO ESTRITO Nº 0079290-08.2012.8.06.0000
RECORRENTE: ALOÍSIO LEITE
RECORRIDA: A JUSTIÇA PÚBLICA
RELATORA: DESA. FRANCISCA ADELINEIDE VIANA

EMENTA: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. PENAL E PROCESSO PENAL. HOMICÍDIO SIMPLES. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. PRELIMINAR. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA NÃO CARACTERIZADA. MÉRITO. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA EM FACE DA LEGÍTIMA DEFESA. IMPOSSIBILIDADE. DÚVIDA ACERCA DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO SOCIETATE*. DESPRONÚNCIA EM RAZÃO DA FALTA DE PROVAS. PROCEDÊNCIA. DECISÃO FUNDAMENTADA ÚNICA E EXCLUSIVAMENTE EM ELEMENTOS COLHIDOS DURANTE A FASE POLICIAL. TOTAL AUSÊNCIA DE PROVAS PRODUZIDAS EM CONTRADITÓRIO JUDICIAL. INCIDÊNCIA DO ART. 155, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, CUJA REGRA TAMBÉM SE APLICA À DECISÃO DE PRONÚNCIA.
Recurso conhecido e parcialmente provido, para despronunciar o réu. Preliminar de prescrição rejeitada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso em sentido estrito nº 0079290-08.2012.8.06.0000, em que é recorrente Aloísio Leite e recorrida a Justiça Pública.

Acordam os Desembargadores integrantes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, em conhecer do recurso, para rejeitar a preliminar suscitada, e, no mérito, dar-lhe parcial provimento, a fim de despronunciar o acusado, nos termos do voto da eminente Relatora.

Fortaleza, 21 de janeiro de 2013.

RELATÓRIO

Trata-se de autos de recurso em sentido estrito, interposto por Aloisio Leite, contra sentença pela qual restou pronunciado nos termos do art. 121, *caput*, do Código Penal, sob a acusação de ter ceifado a vida da vítima, mediante pedradas na cabeça

Consta que na denúncia a seguinte exposição:

> "Aos vinte e cinco dias do mês de abril do ano de 1979, em torno de 16,30h, no interior do prédio de nº. 103 da Rua 15 de Novembro, no bairro Montese, o delatado, munido de um revólver produziu em sua vítima e lesão descrita pelo Auto de Exame Cadavérico de fls. da lavra dos expertos do Instituto Médico-Legal.
>
> Segundo a prova testemunhal, além do delatado, encontrava-se, também, no interior do bar do mesmo uma outra pessoa, quando a vítima ali chegou, a fim de fazer uma cobrança. Desta cobrança, nasceu o desfecho fatal, com a vítima sendo baleada, mortalmente e caindo na parte exterior do prédio.
> Perpetrado o 'eventus sceleris', o delatado fugiu, inclusive, fechou o bar e até hoje não se apresentou para responder por sua ação anti-social. A Perícia do Instituto de Polícia Técnica compareceu ao local da infração e necessitou arrombar a porta do bar, uma vez que o delatado, ao excidar Luciano, fechou o estabelecimento comercial e fugiu. No interior do dito bar havia sinais de luta, consoante descreveram os peritos policiais.
> Dúvidas não há de que foi o delatado o autor da infração, razão pela qual se oferece a presente Denúncia – ARTIGO 121, 'caput' do Código Penal Brasileiro [...]" (fls. 27/28).
> Dito isso e atendendo ao princípio da efetividade e com o fito de conferir maior celeridade ao feito, adoto o relatório constante da sentença de pronúncia às fls. 268/270, passando a complementá-lo a partir de então, sem prejuízo de uma análise criteriosa quanto à adequação do procedimento às disposições legais previstas no Código de Processo Penal pátrio.
> Por meio da referida decisão, foi julgado procedente o pleito formulado na denúncia e ratificado em sede de alegações finais do *Parquet*, pronunciando-se o recorrente como incurso nas sanções do art. 121, *caput*, do Código Penal.
> Recurso em sentido estrito interposto pela Defesa à fl. 374. lastreado no art. 581, IV, da Lei Processual Penal. Em ato subsequente às fls. 375/385, foram oferecidas as razões recursais, nas quais se requereu o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal e a absolvição do recorrente, com base nas alegações da ocorrência de legítima defesa e da "ausência de prova da acusação nos autos".

Contrarrazões do Ministério Público às fls. 588/592, em que se pugna pela confirmação da mencionada sentença, a fim de submeter o recorrente ao julgamento pelo Tribunal Popular do Júri.

Em decisão à fl. 593, decisão que manteve a sentença de pronúncia, pelos

seus próprios fundamentos.

Parecer ministerial da lavra da Procuradoria de Justiça às fls. 599/603, com manifestação pelo conhecimento e pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Fortaleza, 21 de janeiro de 2013.

VOTO

Conforme exposto no relatório, trata-se de autos de recurso em sentido estrito, interposto por Aloisio Leite, contra decisão do Excelentíssimo Senhor Juiz de Direito da 3ª Vara do Júri da Comarca de Fortaleza, pela qual foi pronunciado nas sanções do art. 121, *caput*, do Código Penal Brasileiro, determinando o seu julgamento pelo Tribunal do Júri, consoante dispõe o art. 413, do Código de Processo Penal.

Conheço do recurso em sentido estrito, uma vez que presentes os requisitos de sua admissibilidade.

No que tange à preliminar arguida, relativa ao reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal quanto ao crime em questão, vejo que não assiste razão jurídica à Defesa. Explico.

A prescrição é orientada pelo que a doutrina chama de balizas, ou seja, os períodos em que pode ser observado o instituto, considerando seu marco inicial de contagem e as posteriores causas interruptivas, sendo abaixo colacionado no que diz respeito ao procedimento do júri, para fato criminoso ocorrido antes da vigência da Lei nº. 12.234/2010, nos termos da redação do então art. 117, do Código Penal:

1ª Baliza – Data do fato até o recebimento da denúncia;

2ª Baliza – Data do recebimento da denúncia até a sentença de pronúncia;

3ª Baliza – Data da publicação da sentença de pronúncia até a decisão confirmatória da pronúncia;

4ª Baliza – Data da publicação da decisão confirmatória da pronúncia até a sentença condenatória recorrível;

5ª Baliza – Data da publicação da sentença condenatória até o trânsito em julgado.

Compulsando o caderno processual, facilmente observo que a prescrição não se encontra amparada em nenhum dessas balizas, tendo em vista que o fato ocorreu em 25 de abril de 1979; a denúncia foi recebida no dia 10 de setembro de 1981 (fl. 73); e a sentença de pronúncia foi publicada em 15 de abril de 1997 (fl. 272), encontrando-se, até a presente data, pendente de julgamento o recurso em sentido estrito contra a última, a que ora se procede.

Na hipótese, considerando o art. 109, I, do Código Penal, cuja redação

vigente à época do fato estipulava o prazo prescricional de 20 (vinte) anos para crimes cuja pena máxima seja superior a 12 (doze) anos – como é o caso daquele tipificado no art. 121, *caput*, que possui pena de reclusão, de 06 (seis) a 20 (vinte) anos –, constata-se que a pretensão punitiva do Estado só seria atingida no, ainda distante, dia 15 de abril de 2017.

Portanto, com fundamento nos arts. 109, I, e 117, ambos do Código Penal, rejeito a preliminar suscitada.

Feitas essas considerações, passo à análise do mérito.

Reportando-me à decisão recorrida, verifico que assiste parcial razão ao recorrente, a ensejar não a absolvição sumária em virtude da legítima defesa como pretendido, porquanto não comprovada sua ocorrência de forma patente até a presente fase processual – devendo, pois, prevalecer o princípio *in dubio pro societate* nesse aspecto –, mas sim a despronúncia em face da alegada gfalta de provas da acusação nos autosh.

Isso porque, examinando detidamente os presentes fólios, vejo que não foi ouvida qualquer testemunha ao longo da instrução processual, fato confirmado, aliás, pelo próprio Juiz singular em sede de sentença de pronúncia (fls. 268/270), nos seguintes termos

> "O processo é um amontoado de papel, bem ao sabor dos burocratas e serventuários que desconhecem o significado verdadeiro do léxico processo. Sim, porque processo significa caminhar para frente, e nestação, não se deu um passo sequer, a não ser juntar folhas e mais folhas do nada.
> O que ocorreu com os atos citatórios, voltaram a se repetir com a instrução; nada, absolutamente nada [...]
>
> **Proveito, vantagem, verdade se proclame, somente no primeiro estágio (inquérito) se extraiu alguma coisa de concreto, porque a etapa judicial é uma tragédia, uma lástima: não se ouviu ninguém, mas ninguém mesmo.**
> O último desafio, contudo, caberá ao Dr. Benedito Cacau, a frente do Grupo de Apoio ao Judiciário, a fim de que, diligenciando com afinco, busque localizar e prender (se vivo ainda for) Aloísio Leite para que ele preste conta de sua desarrazoada conduta consistente em matar a que, por direito, lhe estava cobrando uma dívida.
>
> Indícios de autoria e materialidade.
> *Ex posittis*, dou a acusação por admissível e, *per viam consequentise*, pronuncio o réu a fim de submetê-lo ao crivo dos jurados, por infração ao 121 "caput" do C. Penal h (grifo nosso).

Como se pode facilmente perceber da leitura da citada decisão de pronúncia, além de não haverem sido apontados os indícios de autoria, em ofensa ao que exigia o então vigente art. 408, do Código de Processo Penal – g*Se o juiz se convencer da*

existência do crime e de indícios de que o réu seja o seu autor, pronunciá-lo-á, dando os motivos do seu convencimento h, o Juiz pronunciou o acusado com fundamento unicamente em elementos do inquérito policial, em violação ao devido processo legal e às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Ora, conquanto a sentença de pronúncia não encerre qualquer proposição condenatória, nela se tratando apenas de considerar admissível ou não a acusação para, se for o caso, remeter o réu ao julgamento pelo Tribunal do Júri, e muito embora no procedimento do júri a prova testemunhal possa ser repetida durante o julgamento em plenário (art. 422, do Código de Processo Penal), razões por que a jurisprudência dos Tribunais Superiores consolidou o entendimento de que *a decisão de pronúncia pode ser lastreada em elementos colhidos na fase policial* (por todos, cf. STJ, HC 127.893/RS), não entendo ser possível manter a pronúncia do recorrente na espécie, visto que o Magistrado motivou o seu entendimento tão somente com base em depoimentos colhidos no inquérito policial, admitindo, expressamente, que não há um único sequer depoimento produzido em juízo a embasar um futuro édito condenatório.

Nesse sentido, com o advento da Lei nº 11.690/2008, que deu nova redação ao art. 155, do CPP, tratando das provas no processo penal em geral, estabelece que a prova policial não confirmada, de maneira alguma, em contraditório judicial, não podem fundamentar a decisão final.

A propósito, colaciono precedentes:

> RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. PRONÚNCIA DE TRÊS RÉUS E IMPRONÚNCIA DE OUTRO. SEIS TENTATIVAS DE HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. Havendo indícios suficientes da participação de três réus na prática delitiva, é de ser julgada procedente a denúncia para pronunciar esses acusados, submetendo-os a julgamento pelo Tribunal do Júri. **JÚRI. PROVA EXCLUSIVAMENTE POLICIAL. IMPOSSIBILIDADE. No caso, nenhuma das testemunhas ouvidas nos autos durante a fase judicial apontou o réu como autor dos fatos. Tudo que há contra ele são depoimentos prestados perante a autoridade policial, que depois foram retificados em juízo. Em processos da competência do Tribunal do Júri sempre se disse que aos jurados é lícito julgar o processo de capa a capa. Entretanto, houve alteração de tal situação com o advento da Lei nº 11.690/08, que deu nova redação ao art. 155 do Código de Processo Penal. Tal dispositivo legal foi inserido no Título VII do Livro I do Código de Processo Penal, tratando, portanto, das provas do processo em geral. Dessa forma, a nova regra processual acerca das provas em processo penal é de que a prova policial não ratificada, de alguma forma, em juízo não pode fundamentar a decisão final.** Recursos improvidos. (TJ/RS, RSE Nº 70025840828, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Manuel José Martinez Lucas, Julgado em 10/12/2008)
>
> RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. HOMICÍDIO QUALIFICADO

CONSUMADO (4 VEZES) E HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO (4 VEZES). **PRONÚNCIA DOS ACUSADOS PELO JUÍZO DE 1º GRAU. DECISÃO QUE SE BASEIA ÚNICA E EXCLUSIVAMENTE EM MEROS ELEMENTOS VALORATIVOS COLHIDOS DURANTE A FASE INQUISITORIAL. AUSÊNCIA DE PROVA JUDICIALIZADA A CORRBORAR A NARRATIVA DA PEÇA ACUSATÓRIA. INCIDÊNCIA DO ART. 155 DO CPP, CUJA REGRA TAMBÉM SE APLICA À DECISÃO DE PRONÚNCIA. DESPRONÚNCIA QUE SE IMPÕE.** (TJ/RS, RSE 70045829959 RS, Relator: Manuel José Martinez Lucas, Data de Julgamento: 28/03/2012, Primeira Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 20/04/2012)

HABEAS CORPUS. LATROCÍNIO E ROUBOS QUALIFICADOS. CONDENAÇÃO BASEADA EXCLUSIVAMENTE EM PROVAS PRODUZIDAS NA FASE INQUISITORIAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM CONCEDIDA.

1. É pacífico o entendimento jurisprudencial desta Corte de que é vedada a condenação baseada exclusivamente em provas produzidas na fase inquisitorial, sem a garantia do contraditório, se os elementos de convicção colhidos em juízo não confirmam sua veracidade.
2. Ordem concedida. (STJ, HC 85484 MS 2007/0144617-0, Relator: Ministro PAULO GALLOTTI, Data de Julgamento: 28/04/2009, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/10/2009).

PROCESSUAL PENAL. IMPRONÚNCIA. PROVA INSATISFATÓRIA DA MATERIALIDADE. AUTORIA. RECURSO ACUSATÓRIO IMPROCEDENTE. PROVA EXCLUSIVAMENTE INQUISITORIAL. SENTENÇA CONFIRMADA.
1. RÉUS ACUSADOS DE INFRINGIREM TRÊS VEZES OS ARTIGOS 121, ˜ 2º, INCISO II, DO CÓDIGO PENAL, SENDO DUAS CONSUMADAS E UMA TENTADA (COMBINAÇÃO COM ARTIGOS 14, INCISO II, 29 E 69), EIS QUE TERIAM DISPARADO CONTRA TRÊS INIMIGOS, MATANDO DOIS DELES ENQUANTO O TERCEIRO FUGIA SEM SER ATINGIDO.
2. A PRONÚNCIA É MERO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DA ACUSAÇÃO DIANTE DA PROVA INEQUÍVOCA DA MATERIALIDADE DO DELITO E DE INDÍCIOS DE AUTORIA. A MATERIALIDADE É COMPROVADA QUANDO HÁ LAUDOS DE EXAME DE CADÁVER, MAS A AUTORIA EXIGE INDÍCIOS MAIS CONSISTENTES, NÃO SE CONTENTANDO COM AQUELES COLHIDOS EXCLUSIVAMENTE NA FASE INQUISITORIAL, MAS NÃO CONFIRMADOS EM JUÍZO.
3. APELAÇÃO DESPROVIDA. (TJ/DF, APR 32281320118070006 DF 0003228-13.2011.807.0006, Relator: GEORGE LOPES LEITE, Data de Julgamento: 21/03/2012, 1ª Turma Criminal, Data de Publicação: 16/04/2012, DJ-e Pág. 311).

Em face do exposto, conheço do presente recurso em sentido estrito,

para rejeitar a preliminar suscitada, e, no mérito, dar-lhe provimento em parte, para despronunciar o acusado Aloísio Leite, o que faço em dissonância com o parecer ministerial.

É como voto.

Fortaleza, 21 de janeiro de 2013.

PROCESSO Nº: 0079757-84.2012.8.06.0000
RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - DIGITAL
JUÍZO: VARA ÚNICA DO JÚRI DA COMARCA DE CAUCAIA
RECORRENTE: EDNILSON BARBOSA DE ALBUQUERQUE
RECORRIDO: JUSTIÇA PÚBLICA
RELATOR: DESEMBARGADOR PAULO CAMELO TIMBÓ

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO CRIME EM SENTIDO ESTRITO. CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO. IMPOSSIBILIDADE. INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. REQUISITOS DO ART. 413, CPP. EXAME MERITÓRIO. ATRIBUIÇÃO CONSTITUCIONAL DO TRIBUNAL DO JÚRI. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. Se o réu foi devidamente citado, interrogado, arrolou testemunhas, foi intimado para informar o endereço das testemunhas ou substituí-las, sendo-lhe garantida a defesa técnica em todos os atos, não há que se falar em cerceamento de defesa.

2. A sentença de pronúncia é de cunho declaratório, e encerra mero juízo de admissibilidade, não comportando exame aprofundado de provas ou juízo meritório, bastando para tanto prova da materialidade do delito e indícios de sua autoria, como restou demonstrado no caso em tela. O juízo meritório caberá exclusivamente ao Tribunal do Júri, por atribuição que decorre do texto constitucional.

3. Havendo controvérsia acerca das circunstâncias em que o crime foi cometido, a fim de se esclarecer se é o caso de desclassificação do delito, compete ao Tribunal do Júri, juízo natural dos crimes dolosos contra a vida, o encargo de julgar o réu pronunciado, acatando ou não a tese da acusação.

4. Recurso conhecido, e improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Recurso em Sentido Estrito, ACORDAM os desembargadores da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça

do Ceará, à unanimidade e em consonância com o parecer ministerial, em conhecer do recurso, mas para NEGAR-LHE provimento.

Fortaleza, CE, 05 de fevereiro de 2013

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito, interposto por Ednilson Barbosa de Albuquerque, em face da sentença que o pronunciou nas tenazes do art. 121, § 2º, IV, do Código Penal (fls. 202/203).

O fato ocorreu em 19.11.1988, a denúncia foi recebida em 04.12.1989, a decisão de pronúncia data de 31.10.1997. Há despacho determinando o sobrestamento do feito datado de 03.02.1998.

Irresignado, o réu interpôs o recurso de fls. 245/251, alegando nulidade processual, por suposto cerceamento de defesa, e que a decisão de pronúncia mereceria reforma, vez que o réu não agiu impelido por *animus necandi,* motivo pelo qual o delito deveria ser desclassificado para lesão corporal seguida de morte. Requer, assim, sua impronúncia.

O Ministério Público apresentou contrarrazões ao recurso às fls. 257/261, requerendo a manutenção da sentença de pronúncia, e o improvimento do recruso.

À fl. 269, o juiz singular manteve a sentença de pronúncia, remetendo os autos a esta Instância.

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça às fls. 300/304, com manifestação pelo improvimento do recurso.

É o breve relatório.

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso.

Como relatado, trata-se de Recurso em Sentido Estrito, interposto por Ednilson Barbosa de Albuquerque, em face da sentença que o pronunciou nas tenazes do art. 121, § 2º, IV, do Código Penal (fls. 202/203).

O fato ocorreu em 19.11.1988, a denúncia foi recebida em 04.12.1989, a decisão de pronúncia data de 31.10.1997. Há despacho determinando o sobrestamento do feito datado de 03.02.1998.

Irresignado, o réu interpôs o recurso de fls. 245/251, alegando nulidade processual, por suposto cerceamento de defesa, e que a decisão de pronúncia mereceria reforma, vez que o réu não agiu impelido por *animus necandi,* motivo pelo qual o delito deveria ser desclassificado para lesão corporal seguida de morte. Requer, assim, sua

impronúncia.

De logo afirmo que não há qualquer nulidade no processo, não tendo ocorrido cerceamento de defesa em nenhum momento.

O réu foi devidamente citado, como se vê às fls. 95/96. Ademais, foi-lhe garantido durante todo o trâmite processual a defesa técnica. Por fim, a alegação de cerceamento de defesa porque as testemunhas de defesa não foram ouvidas e a ausência do réu na audiência de instrução, também não merecem prosperar, vez que o réu foi intimado em todas as oportunidades, entretanto mudou-se sem informar novo endereço ao juízo, e a defesa foi devidamente intimada a respeito das testemunhas, que não foram encontradas nos endereços fornecidos. Assim, todas as oportunidades foram concedidas pelo juízo, não havendo cerceamento de defesa.

Afasto, pois, a alegação de nulidade.

Nas razões recursais a defesa requer, ainda, a impronúncia do réu, e a desclassificação do delito para lesão corporal seguida de morte.

Ora, não há como prosperar o pleito defensivo, vez que existe prova da materialidade e indícios de autoria suficientes, a indicar a possível ocorrência do delito de homicídio. Nesses casos, quando há dúvida se o fato constitui o delito de homicídio, ou o delito de lesão corporal, a dúvida deve ser resolvida em favor da sociedade, através do Tribunal do Júri, posto que a pronúncia enceta mero juízo de admissibilidade da denúncia.

Narra a denúncia que no dia 19 de novembro de 1988, o acusado ceifou a vida de Joaz Rodrigues dos Santos, com golpes de facão.

O auto de exame de corpo de delito, às fls. 77/78, comprova a materialidade do delito.

A autoria não é negada pelo réu, que apenas sustenta que não houve intenção de ceifar a vida da vítima, como se vê através do interrogatório de fls. 97/98.

A testemunha Francisco de Assis Nascimento de Oliveira disse, às fls. 41/42: *[...] um freguês disse para o depoente que um homem corria atrás de outro com uma faca na mão; [...] o qual disse para o depoente que a vítima havia saído correndo após ser lesionado [...].*

A testemunha Antônio Aucélio Conrado da Silva, às fls. 120/122, relatou: *[...] que o acusado havia falado anteriormente para o depoente que a vítima tinha feito confusão no estabelecimento comercial do acusado [...].*

A testemunha José Ribamar Martins disse, às fls. 122/124: *[...] que o depoente veio a saber que o acusado se agarrou com a vítima saindo esta furada [...].*

Não há como impronunciar o réu, tendo em vista que os indícios trazidos pelo acervo probatório geram dúvidas acerca das circunstâncias em que o delito foi cometido.

É que a sentença de pronúncia, como é cediço, reveste-se de mero juízo

de admissibilidade, incidindo aqui o princípio *in dubio pro societate*, diferentemente do que ocorre em uma sentença condenatória, cujo princípio norteador há de ser o *in dubio pro reo*.

Ora, o próprio Código de Processo Penal deixa clara esta característica de juízo de admissibilidade, pois estabelece que para a pronúncia, basta ao juiz vislumbrar a materialidade do crime e indícios suficientes de autoria ou participação. E mais, deve limitar-se ao exame desses dois requisitos, não podendo aprofundar-se no exame de provas, senão vejamos:

> Art. 413. O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação.
>
> § 1.º A fundamentação da pronúncia limitar-se-á à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, devendo o juiz declarar o dispositivo legal em que julgar incurso o acusado e especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena.

A jurisprudência desta Corte é uníssona quanto à natureza da sentença de pronúncia:

> **RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - PRONÚNCIA - JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DA ACUSAÇÃO - DEFESO AO JUIZ TECER GRANDES COMENTÁRIOS SOBRE AS PROVAS - DEMONSTRADA A EXISTÊNCIA DO CRIME, E HAVENDO INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA, DEVE O RÉU SER PRONUNCIADO PARA, CONSEQUENTEMENTE, SER JULGADO PELO TRIBUNAL DO JÚRI - A ELE, POR DISPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL, COMPETE DECIDIR TUDO O QUE DIGA RESPEITO AOS CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA, DIRIMINDO, INCLUSIVE, DÚVIDAS EVENTUALMENTE SUSCITADAS SOBRE A AUTORIA E CIRCUNSTÂNCIAS QUE CERCARAM O CASO** 1. A sentença foi devidamente motivada, asseverando os pressupostos hábeis ao prosseguimento do feito e posterior julgamento do réu pelo órgão competente.
> 2. Somente o Tribunal do Júri, do alto de sua soberania constitucional, poderá examinar, com mais detença a questão fatual aqui suscitada.
> 3. Recurso conhecido, porém desprovido. (RSE nº 9572-26.2009.8.06.0000/0, Relator Des. Haroldo Correia de Oliveira Máximo, 1ª Câmara Criminal, TJCE, julgado em 28/07/2009). Grifei.
>
> PROCESSUAL PENAL - TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DO JÚRI - RECURSO CRIME EM SENTIDO ESTRITO - SENTENÇA DE PRONÚNCIA - DESPRONÚNCIA - ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA OU EXCLUSÃO DE QUALIFICADORAS - IMPOSSIBILIDADE - SÚMULA Nº 3 DESTA CORTE DE JUSTIÇA. 1. **O despacho regrado é de conteúdo**

> **declaratório e nele se cuida da viabilidade da acusação, tendo como pré-requisitos apenas elementos que convençam o Juiz da existência do crime e de indícios que o réu seja o autor, encerrando mero juízo de admissibilidade, competindo ao Tribunal do Júri, juízo natural dos crimes dolosos contra a vida, o encargo de julgar o réu pronunciado, acatando ou não o que ficou estabelecido naquela decisão**. 2. Quanto a exclusão da qualificadora, o entendimento desse Tribunal é no sentido que indica a Súmula nº 3: "As circunstâncias qualificadoras constantes da peça acusatória somente serão excluídas da pronúncia quando manifestamente improcedentes, em face do princípio in dubio pro societate". 3. Recurso improvido. Decisão unânime. (RSE nº 916-08.2005.8.06.0134/1, Relator Des. Raimundo Eymard Ribeiro de Amoreira, 1ª Câmara Criminal, TJCE, julgado em 21/012009). Grifei.
>
> RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - 1) AUSÊNCIA DO PREPARO RECURSAL - PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO SUSCITADA NAS CONTRA-RAZÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO - NÃO SE DEVE CONSIDERAR DESERTO O RECURSO DE DEFESA QUE NÃO FOI DEVIDAMENTE PREPARADO - PRECEDENTES- 2) **SENTENÇA DE PRONÚNCIA - DECISÃO QUE NÃO ADMITE PROFUNDOS COMENTÁRIOS SOBRE AS PROVAS - MERO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DA ACUSAÇÃO -** FASE INADEQUADA PARA SE DECIDIR COM SEGURANÇA SE O CRIME FOI COMETIDO POR MOTIVO TORPE E SE O RÉU UTILIZOU DE RECURSO QUE IMPOSSIBILITOU A DEFESA DO OFENDIDO - QUALIFICADORAS QUE NÃO PODEM SER AFASTADAS QUANDO NÃO MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTES - **PROVA DA MATERIALIDADE DO CRIME E INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA QUE AUTORIZAM SEJA O RÉU SUBMETIDO A JULGAMENTO PELO** A jurisprudência pátria é pacífica e remansosa no sentido de que não há que se exigir preparo de recurso em Ação Penal Pública. 2. **A sentença foi devidamente motivada, asseverando os pressupostos hábeis ao prosseguimento do feito e posterior julgamento do réu pelo órgão competente. 3. Somente o Tribunal do Júri, do alto de sua soberania constitucional, poderá examinar, com mais detença a questão factual aqui suscitada.** 4. Recurso conhecido, porém desprovido. (RSE nº 837-97.2007.8.06.0121/1, Relator Des. Haroldo Correia de Oliveira Máximo, 1ª Câmara Criminal, TJCE, julgado em 18/08/2009). Grifei

Outra não é a lição da doutrina, pois nas palavras de Nucci[1] "... *a natureza jurídica da sentença de pronúncia é de decisão interlocutória mista, que julga apenas a admissibilidade da acusação, sem qualquer avaliação de mérito*".

Em suma, a sentença de pronúncia é de cunho declaratório, e encerra mero

1 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 743.

juízo de admissibilidade, não comportando exame aprofundado de provas ou juízo meritório. Este caberá exclusivamente ao Tribunal do Júri, por atribuição que decorre do texto constitucional.

Destarte, não assiste razão ao recorrente, pois a sentença de pronúncia prolatada nos autos atende a todos os requisitos estabelecidos no art. 413, CPP e art. 93, IX, CF/88.

É que o magistrado fundamentou sua decisão cumprindo os termos do art. 413, CPP, ou seja, delineou as provas que a convenceram da materialidade do delito, e os indícios suficientes de autoria.

Ademais, em havendo dúvida quanto às circunstâncias do delito, como se o agente agiu, ou não, impelido por *animus necandi*, por menor que seja, esta deve ser resolvida em favor da sociedade, pois essa fase processual é regida pelo princípio *in dubio pro societate*, como já dissemos anteriormente.

Quanto ao requerimento de desclassificação do crime, razão também não assiste ao recorrente, pois incabível nessa fase processual, senão vejamos:

> RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. PRETENDIDA DESCLASSIFICACÃO DO CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO PARA LESÃO CORPORAL. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DO ANIMUS NECANDI. INVIABILIDADE DE APRECIAÇÃO NESTA FASE PROCESSUAL. MERO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DA ACUSAÇÃO. PROVA DA MATERIALIDADE DO CRIME E INDÍCIOS SUFICIENTES DA AUTORIA.
> 1. A sentença foi devidamente motivada, ao asseverar os pressupostos hábeis ao prosseguimento do feito e posterior julgamento dos réus pelo órgão competente.
> 2. Na fase que se enfrenta, a jurisprudência recomenda que não se deve aprofundar o exame das teses em debate, com o objetivo de evitar um indesejável pré-julgamento que não represente o verdadeiro entendimento dos jurados.
> 3. Recurso conhecido, porém desprovido. (RSE nº 93848-55.2007.8.06.0001/1, Relator Des. Haroldo Correia de Oliveira Máximo, 1ª Câmara Criminal, TJCE, julgado em 02/03/2010).

Considerando, pois, que a sentença de pronúncia é de conteúdo meramente declaratório, encerrando mero juízo de admissibilidade, nela se cuidando unicamente da viabilidade da acusação, a qual tem como pré-requisito apenas elementos que convençam o juiz da existência do crime e de indícios suficientes de autoria ou participação, resta ao Tribunal do Júri – a quem compete o juízo natural dos crimes dolosos contra a vida – o encargo de julgar o réu pronunciado, acatando ou não o que ficou estabelecido na denúncia ministerial.

Diante do exposto, conheço do recurso interposto, mas para NEGAR-LHE provimento, em consonância com o parecer ministerial, mantendo integralmente a decisão recorrida.

É como voto.

Fortaleza, 05 de fevereiro de 2013.

ÍNDICE ALFABÉTICO

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL

Ação cautelar – perda superveniente do objeto - ação secundária que não subsiste sem a principal – extinção do processo sem julgamento do mérito.....137.

Ação civil pública – nomeação de defensor público – princípio da inamovibilidade – observância – violação à separação dos poderes – sentença que determinou a designação do defensor público com frequência de um dia por semana – impossibilidade.....83/84.

Ação de alimentos proposta contra avó paterna – extinção do processo sem julgamento de mérito – descabimento – existência de interesse processual – teoria da asserção – necessidade de instrução processual – desfazimento da sentença.....116.

Ação declaratória de reconhecimento de tempo de serviço para fins de aposentadoria – cabimento – farta comprovação da prestação do serviço no período – direito a averbação reconhecido.....189/190.

Adoção – genitora acometida por depressão pós-parto – risco à vida da filha – entrega da menor ao conselho tutelar com sinais de maus-tratos – pedido de adoção de família substituta – concessão de guarda provisória – arrependimento posterior dos genitores – impossibilidade – estudo social – ausência de afetividade dos pais biológicos – princípio do melhor interesse da criança.....181.

Apelações cíveis e embargos do devedor e em incidente de falsidade – ilegitimidade recursal conhecida de ofício – matéria de ordem pública.....210.

Ato do juiz que decretou prisão cautelar – responsabilidade civil do Estado – indenização por danos morais e materiais – aplicação do Art. 1º, do Decreto nº 20.910/32 – prescrição quinquenal – ocorrência.....205.

Banco – inscrição indevida nos cadastros de proteção ao crédito – responsabilidade objetiva – danos morais configurados.....154/155.

Cartão de crédito – clonagem – responsabilidade da empresa credenciadora – restituição dos valores pagos – inexistência de danos morais.....247.

Cédula de crédito comercial - embargos à execução – agravo retido não conhecido – Art. 523, §1º, do CPC – capitalização mensal de juros – possibilidade – comissão de permanência afastada – entendimento pacífico do STJ.....89.

Cobrança contra município – fornecimento de combustível – ausência de licitação e contrato administrativo – Lei nº 8.666/93 – comprovação da efetiva prestação do serviço – notas fiscais de empenho e recibos que atestam o devido pagamento – cobrança indevida.....113.

Concessionária de serviço público – condicionamento de restabelecimento do fornecimento de energia elétrica ao pagamento dos débitos de terceiro – ausência de ato ilícito – exercício regular de direito – dano moral inocorrência.....141/142.

Concurso público – inclusão de candidato em curso de formação, em solenidade de colação de grau e promoção a soldado bombeiro militar – impossibilidade – nota obtida pelo candidato na primeira fase do concurso, inferior ao mínimo estabelecido no edital.....161/162.

Contrato de seguro – ação de cobrança – validade do laudo pericial médico realizado em segundo grau de jurisdição, para o qual houve a participação efetiva das partes – ciência inequívoca do estado de saúde do segurado – reconhecimento da validade do contrato – condenação da seguradora a pagar o valor do seguro corrigido e com juros de mora a partir do conhecimento do laudo pericial técnico.....223/224.

Divulgação de notícia acerca de crime inocorrido – ausência de averiguação da verossimilhança dos fatos – constrangimento configurado – dano moral caracterizado.....23/24.

DPVAT – invalidez permanente – indenização paga em valor inferior ao determinado por Lei – possibilidade de postulação da

diferença.....121/122.

Execução de título extrajudicial – prosseguimento da execução para total satisfação do débito, com nova penhora – imóvel rural – impenhorabilidade do bem não configurada.....67/68.

Honorários advocatícios – ação de cobrança – contrato verbal – termos não comprovados – arbitramento judicial – possibilidade.....38.

Instituição bancária – documentação eletrônica comprovatória da transação efetivada – inscrição em órgão de proteção ao crédito – inocorrência de ato ilícito – ausência de responsabilidade civil – dano moral não configurado.....46.

Instituição de ensino superior – transferência de aluno – situação fática consolidada por decisão judicial – reconhecimento do desacerto da medida concedida liminarmente – aplicação ao caso da teoria do fato consumado – condenação em honorários advocatícios – inviabilidade.....107.

IPTU e TLP – inconstitucionalidade – não submissão da matéria ao órgão especial – inteligência do parágrafo único do Art. 482, do CPC – progressividade extrafiscal – inadmissibilidade antes da Emenda Constitucional nº 29/2000.....148.

Militar – promoção – litisconsórcio necessário – desnecessidade – prescrição de fundo de direito – inaplicabilidade – não se constitui em preterição a promoção operada pela administração em cumprimento de decisão judicial – alegação de preterição – não comprovação dos requisitos legais.....171/172.

Nota promissória – falta da data de emissão – descaracterização como título executivo – prova escrita – ação monitória – demonstração da *causa debendi* – desnecessidade – ônus do emitente.....240.

Plano de saúde – recusa de atendimento – rescisão unilateral do contrato – doença preexistente – ausência de comprovação – internação hospitalar – exigência de cheques-caução – morte da beneficiária – inexistência de nexo causal.....195/196.

Previdência privada – suplementação de aposentadoria – aplicação de redutor etário fixado no Dec. nº 81.240/78 – ausência de previsão na Lei nº 6.435/77 – impossibilidade

- teleologia do Art. 84, IV, da C.F.....94/95.

Previdenciário – justificação judicial – cômputo de tempo de serviço para fins de aposentadoria – período referente a estágio – impossibilidade.....54.

Reparação por danos morais – fundamento – cobrança de aluguéis e despejo por falta de pagamento – reconvenção – pedido de condenação da autora-reconvinte a pagar aluguéis em atraso – conexão.....32.

Rescisão contratual c/c perdas e danos – descumprimento da avença por inadimplemento já na primeira parcela – indenização afastada – dano hipotético inacolhido.....63.

Servidor – restituição de parcelas recebidas indevidamente – erro da administração – gestão anterior – impossibilidade – boa-fé do servidor – teoria da aparência.....75/76.

Servidor público – cobrança de salário atrasado – frequência regular comprovada.....15.

Servidor público – mudança de regime celetista para estatutário – contagem especial do tempo de serviço de atividade insalubre – ausência de previsão legal – mora do legislador reconhecida pelo STF – aplicação por analogia do Art. 57, § 1º, da Lei nº 8.213/91.....215.

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Ação anulatória de deliberação legislativa – rejeição de prestação de contas de prefeito – adulteração da ata da sessão ordinária – infringência às normas regimentais – necessidade de dilação probatória – ausência dos pressupostos autorizadores da concessão do provimento antecipatório.....306/307.

Ambiental – auto de infração – multa – ausência de explicações quanto ao valor apurado – desnecessidade – exigência pertinente apenas quando do julgamento da defesa administrativa – imposição unicamente de enumerar os dispositivos legais em que se baseia a autuação.....292/293.

Arrematação de imóvel em leilão – ação de imissão de posse

contra anterior ocupante em face de "contrato de gaveta" - ação real – necessidade de citação da esposa deste – litisconsorte passivo necessário.....301/302.

Contrato de financiamento bancário – ação revisional – discussão judicial da dívida – concessão de tutela jurisdicional antecipada para o fim de determinar a exclusão do nome do autor dos cadastros de proteção ao crédito – necessidade de prestação de caução idônea.....283.

Crédito tributário – IPTU – inscrição na dívida ativa – emissão de nova CDA, após constatada a irregularidade do sujeito passivo – exceção de pré-executividade – decadência e prescrição.....275/277.

Denunciação à lide de tabeliã de ofício de notas em cujo cartório foi lavrada escritura pública de compra e venda – processo principal no qual se busca apurar fraude na referida transação – possibilidade de intervenção de terceiros – os oficiais e notários tem responsabilidade pelos danos que eles e seus prepostos causem a terceiros – inteligência da Lei nº 8.935/94 e do Art. 70, inciso III, do CPC.....257/258.

Direito à saúde – fornecimento de medicação – antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional – verossimilhança da alegação e fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação – possibilidade.....287.

Medida liminar em sede de ação cautelar – propósito de determinar a expedição de certidão positiva de tributos estaduais com efeitos de negativa, independentemente de prestação de garantia – ofensa ao Art. 804, do CPC – necessidade de contracautela idônea – aplicação, subsidiariamente, do Art. 151, II, do CTN em combinação com o Art. 11, I, da Lei de Execução Fiscal.....270.

Obrigação de fazer – decisão concessiva de pedido de tutela antecipada contra a administração pública – possibilidade desde que existentes os requisitos indispensáveis – Art. 273, do CPC – situação não elencada nas limitações da Lei n° 9.494/97.....265.

Preliminar de extemporaneidade da apelação – rejeição – férias coletivas – Art. 557, caput e § 1ºA, do CPC – provimento monocrático de apelação no caso de sentença contrária à jurisprudência do TJCe – possibilidade – princípio do juiz natural.....314/315.

MANDADO DE SEGURANÇA

Fornecimento de alimentos especiais e insumos – obrigação solidária do Poder Público – pessoas hipossuficientes portadoras de doenças graves – direito à vida e à saúde.....321.

Mandado de segurança contra ato judicial – ato coator, decisão interlocutória – previsão de recurso próprio na lei processual – direito de recorrer não exercido – preclusão – denegação da ordem sem apreciação do mérito.....335.

Militar – cumulação de percepção de pensão especial de ex-combatente com benefício previdenciário – possibilidade – precedentes do STF e do STJ.....342.

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE

Artigos 21 e 28 da Medida Provisória nº 542/1994, convertida na Lei Federal nº 9.069/95 – lei posterior que altera cláusula contratual – violação ao Art. 5º, XXXVI, da C.F/88 – norma que fixa os critérios para a conversão da moeda tem aplicação imediata, não submissão aos limites do direito adquirido e do ato jurídico perfeito – exceção à regra geral.....356.

Direito ambiental ou Direito ecológico – conflito negativo de competência – apreciação pelo órgão plenário do TJCe – cláusula de reserva de plenário constante do Art. 97, da Carta de Princípios – competência privativa da União para legislar sobre direito processual – regra constante do Art. 70, do CPP – advento de modificação na lei de divisão e organização judiciária do estado do Ceará para definir a atribuição jurisdicional da 18ª Vara Criminal de Fortaleza, para processar e julgar, com exclusividade, as ações decorrentes do Direito ambiental ou Direito ecológico.....351/352.

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

APELAÇÃO CRIME

Corrupção de menores e ato obsceno – decretação *ex officio* da prescrição intercorrente – atentado violento ao pudor – insuficiência probatória – crime de vestígio – condenação

baseada apenas na presunção absoluta de violência – ausência de exame de corpo de delito atestando a violência.....418/420.

Furto qualificado – nulidade do decreto de revelia – não evidenciado o não comparecimento do réu ao interrogatório – anulação dos atos processuais seguintes – nova instrução como garantia da ampla defesa e do contraditório – prescrição da punibilidade.....388/389.

Furto qualificado – princípio da insignificância – inaplicabilidade – pedido de exclusão da qualificadora de destruição e rompimento de obstáculo – impossibilidade.....434.

Homicídio qualificado – julgamento contrário à prova dos autos – decisão do júri que dialoga abertamente com a prova – inocorrência – não acolhimento da tese de negativa de autoria.....375.

Homicídio qualificado – leitura de peças processuais em plenário – julgamento anterior à vigência da Lei nº 11.689/2008 – alegação de que um dos jurados dormiu durante a sessão de julgamento – qualificadora da surpresa – perda do cargo público.....411/412.

Homicídio qualificado – preliminar de cerceamento de defesa pela não oitiva de testemunha – ausência de prejuízo – dosimetria da pena e inclusão de circunstância atenuante – menoridade – procedência.....408.

Homicídio qualificado – tribunal do júri – anulação do julgamento por decisão manifestamente contrária à prova dos autos – inocorrência – versão acolhida devidamente comprovada nos autos.....438.

Homicídio simples – julgamento contrário à prova dos autos – inexistência – não acolhimento da tese da legítima defesa putativa – inovação em sede de recurso de apelação – tese alegada em plenário foi de legítima defesa própria.....378.

Porte ilegal de arma de fogo de uso restrito e resistência – ausência do Ministério Público na audiência una – violação do sistema acusatório – declaração *ex officio* de nulidade insanável da instrução processual.....396.

Roubo – sentença condenatória -negativa de autoria – descabimento – participação de menor – contribuição ativa para a ocorrência do crime – decote da qualificadora concernente ao concurso de agentes – inadmissibilidade – palavra da vítima segura e corroborada pela prova testemunhal – súmula nº 11, do TJCe.....367/368.

Tribunal do júri – homicídio duplamente qualificado – motivo torpe e recurso que dificultou a defesa da vítima – sentença condenatória com robusto respaldo nas provas colhidas durante a instrução criminal.....381.

HABEAS CORPUS

Atentado violento ao pudor com violência presumida – sentença de condenação confirmada em segundo grau de jurisdição – execução provisória do acórdão – não afronta ao princípio constitucional de presunção de inocência – expedição legítima do mandado de prisão.....463.

Estupro de vulnerável – prisão em flagrante delito, conversão em preventiva – alegações de nulidades, vício no auto de exame de corpo de delito e deficiência de defesa técnica – não conhecimento – ausência de submissão dessas matérias ao juízo de origem – excesso de prazo na formação da culpa – alegação superada – instrução encerrada – Súmula n° 52, do STJ.....447/448.

Extinção da punibilidade – prescrição da pretensão punitiva – questão de ordem pública – réu contando com mais de 70 anos no recebimento da denúncia – necessidade de redução do prazo prescricional pela metade.....457/458.

Paciente em cumprimento de pena no regime semiaberto – pleito do benefício do trabalho externo – independência do lapso temporal para concessão – análise criteriosa – entendimento do STJ.....465.

Roubo , formação de quadrilha, furto, porte ilegal de arma de fogo de uso permitido e emprego de artefato explosivo – excesso de prazo – inocorrência – princípio da razoabilidade.....468.

RECURSO CRIME EM SENTIDO ESTRITO

Homicídio qualificado – pronúncia – desclassificação do delito – impossibilidade – indícios suficientes de autoria – juízo de admissibilidade – requisitos do Art. 413, CPP – exame meritório – atribuição constitucional do tribunal do júri.....490.

Homicídio simples – pronúncia – preliminar de prescrição da pretensão punitiva – não caracterização – absolvição sumária em face da legítima defesa – impossibilidade – dúvida acerca das circunstâncias do crime – princípio do *in dubio pro societate* - despronúncia em razão da falta de provas – procedência.....483.

Porte ilegal de arma de fogo – condenação – prescrição da pretensão executória estatal – irresignação ministerial – inocorrência – intimação ficta do édito condenatório com prazo inferior ao previsto no Art. 392, § 1º, do CPP – nulidade declarada - título penal executivo desfeito – extinção da punibilidade decretada.....473/474.

Tentativa de homicídio qualificado – pronúncia – inconformidade defensiva – preliminar de nulidade – ausência de fundamentação na admissão da circunstância qualificadora – ocorrência – violação ao Art. 93, IX, da Carta Magna – nulidade reconhecida.....478.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DO CEARÁ

Esta obra foi composta em
Times New Roman e impresso em papel 24 kg.
Impressão e acabamento no Parque Gráfico do
Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em
Fortaleza/CE, abril de 2013.