TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DO CEARÁ

Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Ceará

Volume 52 - 2014
Outubro / Dezembro

TJCE EDITORA

ISSN 2175-0874

R. Jurisp. Trib. Justiça Est. Ceará, Fortaleza, v.52, p. 1 - 605, 2014

Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará
Volume 52.2014
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 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
Desa. Vera Lúcia Correia Lima
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:
Mailu de Oliveira Franco Alvarenga

Normalização
Divisão de Biblioteca do Departamento de Gestão de Documentos do TJCE
Bibliotecária - Ismênia Souto de Araújo Andrade - CRB-3/834

Revisão
Comissão de Jurisprudência e Biblioteca

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

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

ISSN 2175-0874

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

CDU 340.342 (05)

Tribunal de Justiça do Estado do Ceará
Centro Administrativo Governador Virgílio Távora
Av. General Afonso Albuquerque de Lima S/N - Cambeba - Fortaleza - CE
CEP: 60.822-325 Fone: (85) 3207.7104
www.tjce.jus.br
e-mail: jurispru@tjce.jus.br

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ

Presidente
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
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. 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. Paulo Francisco Banhos Ponte
Desa. Francisca Adelineide Viana
Des. Durval Aires Filho
Des. Francisco Gladyson Pontes
Des. Francisco Darival Beserra Primo
Des. Francisco Bezerra Cavalcante
Des. Inácio de Alencar Cortez Neto
Des. Washington Luis Bezerra de Araújo
Des. Carlos Alberto Mendes Forte
Des. Teodoro Silva Santos
Des. Carlos Rodrigues Feitosa
Desa. Maria Iraneide Moura Silva
Des. Luiz Evaldo Gonçalves Leite
Des. Francisco Gomes de Moura

Desa. Maria Vilauba Fausto Lopes
Desa. Maria Gladys Lima Vieira
Desa. Lisete de Sousa Gadelha
Des.Raimundo Nonato Silva Santos
Des. Paulo Airton Albuquerque Filho
Desa. Maria Edna Martins
Des. Mário Parente Teófilo Neto
Desa. Tereze Neumann Duarte Chaves
Des. José Tarcílio Souza da Silva
Desa. Maria de Fatima de Melo Loureiro
Desa. Helena Lúcia Soares

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

Des. Luiz Gerardo de Pontes Brígido - Presidente
Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha
Des. Rômulo Moreira de Deus
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. Clécio Aguiar de Magalhães
Des. Emanuel Leite Albuquerque
Des. Jucid Peixoto do Amaral
Des. Francisco Gladyson Pontes
Des. Francisco Darival Beserra Primo
Des. Inácio de Alencar Cortez Neto
Des. Washington Luis Bezerra de Araújo
Desa. Maria Iraneide Moura Silva
Des. Luiz Evaldo Gonçalves Leite

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

Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha - Presidente
Des. Rômulo Moreira de Deus
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. Clécio Aguiar de Magalhães
Des. Francisco Barbosa Filho
Des. Emanuel Leite Albuquerque
Desa. Sérgia Maria Mendonça Miranda
Des. Jucid Peixoto do Amaral
Des. Paulo Francisco Banhos Ponte
Des. Durval Aires Filho
Des. Francisco Gladyson Pontes
Des. Francisco Darival Beserra Primo
Des. Francisco Bezerra Cavalcante
Des. Inácio de Alencar Cortez Neto
Des. Washington Luis Bezerra de Araújo
Des. Carlos Alberto Mendes Forte
Des. Teodoro Silva Santos
Des. Carlos Rodrigues Feitosa
Desa. Maria Iraneide Moura Silva
Desa. Maria Vilauba Fausto Lopes
Desa. Maria Gladys Lima Vieira
Desa. Lisete de Sousa Gadelha
Des.Raimundo Nonato Silva Santos
Des. Paulo Airton Albuquerque Filho
Desa. Tereze Neumann Duarte Chaves
Des. José Tarcílio Souza da Silva
Desa. Maria de Fatima de Melo Loureiro
Desa. Helena Lúcia Soares

1ª CÂMARA CÍVEL
(Reuniões às segundas-feiras com início às 13h30min)

Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha - Presidente
Des. Emanuel Leite Albuquerque
Des. Paulo Francisco Banhos Ponte
Desa. Lisete de Sousa Gadelha

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

Des. Francisco de Assis Filgueira Mendes- Presidente
Desa. Maria Nailde Pinheiro Nogueira
Desa. Maria Iraneide Moura Silva
Desa. Tereze Neumann Duarte Chaves

3ª CÂMARA CÍVEL
(Reuniões às segundas-feiras com início às 13h30min)

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 13h30min)

Desa. Maria Iracema Martins do Vale- Presidente
Desa. Vera Lúcia Correia Lima
Des. Inácio de Alencar Cortez Neto
Desa. Maria de Fatima de Melo Loureiro

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

Des. Clécio Aguiar de Magalhães - Presidente
Des. Francisco Barbosa Filho
Des. Carlos Alberto Mendes Forte
Des. Teodoro Silva Santos

6ª CÂMARA CÍVEL
(Reuniões às quartas-feiras com início às 08h30min)

Desa. Sérgia Maria Mendonça Miranda - Presidente
Des. Jucid Peixoto do Amaral
Desa. Maria Vilauba Fausto Lopes
Des. Paulo Airton Albuquerque Filho

7ª CÂMARA CÍVEL
(Reuniões às terças-feiras com início às 08h30min)

Des. Durval Aires Filho - Presidente
Des. Francisco Bezerra Cavalcante
Desa. Maria Gladys Lima Vieira
Desa. Helena Lúcia Soares

8ª CÂMARA CÍVEL
(Reuniões às terças-feiras com início às 08h30min)

Des. Francisco Darival Beserra Primo - Presidente
Des. Carlos Rodrigues Feitosa
Des.Raimundo Nonato Silva Santos
Des. José Tarcílio Souza da Silva

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

Des. Haroldo Correia de Oliveira Máximo - Presidente
Des. Francisco Pedrosa Teixeira
Des. Paulo Camelo Timbó
Desa. Francisca Adelineide Viana
Des. Luiz Evaldo Gonçalves Leite
Des. Francisco Gomes de Moura
Desa. Maria Edna Martins
Des. Mário Parente Teófilo Neto

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

Des. Francisco Pedrosa Teixeira - Presidente
Des. Paulo Camelo Timbó
Desa. Maria Edna Martins
Des. Mário Parente Teófilo Neto

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

Des. Haroldo Correia de Oliveira Máximo- Presidente
Desa. Francisca Adelineide Viana
Des. Luiz Evaldo Gonçalves Leite
Des. Francisco Gomes de Moura

Sumário

Doutrina

Responsabilidade Civil Decorrente dos Atos Notariais 13/38
Desa. Sérgia Maria Mendonça Miranda
6ª. Câmara Cível

Jurisprudência Cível

Apelação Cível 43/295
Agravo de Instrumento 299/338
Ação Rescisória 341/347
Agravo Regimental 351/411

Jurisprudência Criminal

Apelação Crime 417/501
Habeas Corpus 505/553
Recurso Crime em Sentido Estrito 557/596

Índice Alfabético 597/605

Doutrina

RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DOS ATOS NOTARIAIS

Desa. Sérgia Maria Mendonça Miranda
6ª. Câmara Cível

I – INTRODUÇÃO

Julgar é uma atividade não somente prazerosa aos que se sentem vocacionados, mas deveras instigante, especialmente porque nos deparamos com as mais diferentes e inusitadas situações a clamar por uma solução do aparelho judicial.

Nas mais comezinhas ocasiões das nossas vidas nos deparamos com a necessidade de anotações e elaboração de documentos a respeito das mais diversas situações: nascimentos, casamentos, morte, aquisição de propriedade, compra e venda de bens, sem falar nos mais diversos contratos que fazem parte da rotina de vida de todos, desde o mais humilde cidadão do povo ao industrial com a mais sofisticada atividade, e, até mesmo o Estado que necessita resguardar direitos e opô-los contra terceiros.

Assim é que a utilização da atividade cartorária tornou-se imprescindível em quaisquer relações. As anotações de nascimento deixaram para trás o cunho meramente de escrita e tomaram a compleição de Direito Fundamental a ser garantido a todo brasileiro, servindo o documento como porta de entrada do individuo para a cidadania.

Cartório ou serventia extrajudicial é um nome genérico que designa uma repartição pública ou privada que tem a custódia de documentos e que lhes dá fé pública. A palavra cartório foi cunhada em Portugal para designar o local de trabalho do notário ou tabelião. No Brasil, a palavra passou a designar uma gama maior de competências, incluindo o registro civil de pessoas físicas e jurídicas, o registro de imóveis, o registro de títulos e documentos, o tabelionato de notas, os ofícios de protesto de títulos e também os cartórios judiciais onde tramitam os processos de fóruns de qualquer natureza[1].

Nos dias de hoje há cartórios em que os servidores são agentes públicos do Estado, remunerados pelos cofres públicos exercendo atividade estatal, cujo funcionamento, em regra é judicial servindo para a elaboração dos atos e atividades tipicamente processuais. Há os chamados cartórios extrajudiciais, com previsão constitucional, os quais oferecem serviços supervisionados pelo Poder Público,

1 em 28.10.14.

recebidos por delegação, apesar de não serem remunerados pelos seus cofres, cabendo-lhes a custódia dos documentos portadores de fé pública e demais atribuições previstas em lei.

A presente reflexão se dedica a questão da responsabilidade civil decorrente dos atos ilícitos praticados pelos notários e registradores no exercício das atividades delegadas do Poder Judiciário, especialmente depois das regras constitucionais esculpidas no art. 236 da Carta Magna.

II – CONTEXTO HISTÓRICO DA ATIVIDADE CARTORIAL

Desde a Mesopotâmia há indícios de preocupação com as anotações e a publicidade registral, mesmo antes do Código de Hamurabi já se falava dos contratos de transmissão imobiliária lavrados por escribas (notários) em tabuletas de argila. No Egito antigo haviam os funcionários encarregados do registro de contratos e da cobrança dos impostos, nessa época pagavam-se os emolumentos equivalentes ao valor da coisa. Na Grécia encontramos os notários e arquivistas encarregados de anotar e transmitir os contratos imobiliários realizando exames prévios com a finalidade de aferir a regularidade contratual podendo rejeitá-los em caso de alguma desconformidade.

Com a queda do Império Romano e a ascensão da Igreja Católica, esta herdou a tarefa de anotar os nascimentos e as mortes, ainda que se destinassem a um seleto público representado pelos nobres, eclesiásticos e demais pessoas consideradas importantes. A prática foi oficializada no Concilio de Trento (1563), já instituída na França.

O controle do patrimônio imobiliário também passou a ser uma necessidade tanto para os proprietários quanto para os seus descendentes haja vista que a falta de anotação dos bens e as dificuldades quanto ao direito sucessório de filhos oriundos de vários leitos trazia sérias dificuldades às famílias, especialmente para os que descendiam da nobreza. Nessa dimensão, alguns escritos chegam a dar mais importância ao ofício do notário que ao do juiz[2] sintetizando que os juízes decidem as lides e os notários evitam as lides.

O Brasil, colonizado pelos portugueses, adotou o sistema administrativo da Coroa. D. Manuel I para possibilitar a doação de bens da nova terra criou a primeira capitania hereditária da Ilha de São João, atual Fernando de Noronha. Em 1534/1536 D.

2 Edicta regum ostrogothorum. Cassiodoro.

João III criou mais 14 capitanias hereditárias, além dessas 15 já instaladas, mais 3 foram criadas ainda no século XVI, perfazendo assim 18 capitanias hereditárias, ou nos nossos dias, 18 glebas, para serem doadas, como foram, a vassalos e comerciantes portugueses objetivando a ocupação e o povoamento.

No Império os cartórios eram adquiridos por cessão da Coroa e os cargos eram criados através das Ordenações do Reino de Portugal. Em 1846 inicia-se o registro de hipotecas através do Decreto 482, os oficiais de registro eram chamados de tabeliães especiais através de designação soberana do presidente da província.

O registro de imóveis foi instituído pela Lei 1.237 de 24 de setembro de 1864, nos seguintes termos:

> "D. Pedro II por graça de Deus e unanime aclamação dos povos, Imperador Constitucional e Deffensor Perpétuo do Brasil. Fazemos saber a todos os nossos súbditos que a Assembleia Geral decretou, e nós queremos a lei seguinte: Reforma a Legislação Hypothecaria e estabelece as bases do credito real."

Apesar da utilização do modelo lusitano em terra brasileira, foi na Constituição do Brasil de 1934 que se incorporaram pela primeira vez os registros públicos ao texto maior, fixando-se a competência da União para legislar sobre a matéria, como também se fixou a competência dos Tribunais na elaboração dos seus regimentos internos, e o modo pelo qual deveria organizar seus serviços, especialmente os Cartórios (art. 67, a).

A Constituição de 1946 manteve a competência dos Tribunais na organização dos Cartórios (art. 14, § 2º) e a competência da União para legislar sobre registros públicos. Equiparou-se o regime do casamento religioso ao civil, observando-se os preceitos legais e gerando efeitos civis a união quando requerida pelo casal devidamente habilitado à autoridade do Registro Civil.

A Carta de 1988 inscreve definitivamente na ordem constitucional o tema referente aos notários e registradores, inovando-o com a fixação do seu exercício em caráter privado, mas, por delegação do poder público (art. 236).

A concessão do serviço mediante delegação do Poder Público reside na natureza peculiar da atividade entendida não somente como mero ato material de escrita e guarda de documentos, mas como atividade pública essencial ao Estado, em que pese não existir entre o Estado e os notários e registradores qualquer relação contratual.

Leciona a doutrina de Gomes Canotilho e outros[3] que esta delegação está contaminada pela pessoalidade natural do delegado, que somente poderá ser pessoa física, cuja atribuição tenha sido conquistada mediante concurso público de provas e títulos. O controle dessa atividade é exercido pelos Tribunais, e sua remuneração é estabelecida através de uma tabela de emolumentos, editada por lei.

Cartório é, pois, um nome genérico que designa uma repartição pública ou privada que tem a custódia de documentos e que lhes dá fé pública. Como se viu, a expressão cartório foi cunhada em Portugal para designar o local de trabalho do notário ou tabelião. No Brasil, passou a designar uma gama maior de competências, incluindo o registro civil de pessoas físicas e jurídicas, o registro de imóveis, o registro de títulos e documentos, o tabelionato de notas, os ofícios de protesto de títulos e também os cartórios judiciais onde tramitam os processos de fóruns de qualquer natureza.

III – DELEGAÇÃO DO PODER PÚBLICO

Considerando a necessidade que tem o Estado de efetuar parcerias com a iniciativa privada na construção e operação das infraestruturas pública, a Constituição Federal instituiu formas de prestação de serviços públicos por particulares delegando-os atribuições típicas da Administração, mediante certas condições e em determinadas situações.

Assim é que o art. 175 da Carta comete ao Poder Público diretamente ou sob regime de concessão ou permissão a prestação de serviços públicos a ser regulamentado por lei. O texto normativo regulamentador encontra-se estratificado na Lei 8.987/95.

A concessão é a delegação contratual e remunerada da execução de serviço público a particular para que por sua conta e risco o explore de acordo com as disposições contratuais e regulamentares por determinado prazo, findo o qual os bens afetados à prestação do serviço, devidamente amortizados, voltam ou passam a integrar o patrimônio público[4].

Por essa modalidade de participação o poder público se desonera da prestação de serviços públicos de sua titularidade os quais não tem condições de executar, transferindo-os ao agente privado que se remunerará através de tarifas a serem recolhidas pelos usuários do serviço.

3 J.J. Gomes Canotilho, Gilmar Ferreira Mendes, Ingo Wolfgang Sarlet e Lenio Luiz Streck. Comentários à Constituição do Brasil. Editora Saraiva, Almedina e Instituto Brasileiro de Direito Público, São Paulo, 2013, pg.2161.

4 RESP. 495.933/RS – STJ Relator: Ministro Luiz Fux.

A permissão consiste em ato unilateral, precário e revogável a qualquer tempo, praticado no desempenho de sua competência discricionária. Já a concessão é ato bilateral, gerando direitos e obrigações para ambas as partes. A precariedade da permissão, que permanece existindo, não elimina o dever de a Administração observar o princípio da proporcionalidade, nem implica na ausência de limites para as decisões administrativas.[5]

No que tange a atividade cartorária, observa-se a existência de uma permissão especial não prevista na Lei 8.937/95, em face das peculiaridades do serviço e da previsão constitucional estampada no art. 236 da Constituição Federal onde se observa no § 3º que *o ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses.*

A regulamentação do art. 236 da Constituição Federal veio através da Lei 8.935/94, conhecida como Lei dos Cartórios, alterada depois pela Lei 9.812/99 e Lei 10.506/02, mas o texto constitucional sinaliza para uma distinção entre a atividade notarial e registral designando no art. 3º que notário, ou tabelião, e oficial de registro, ou registrador, são profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro.

O núcleo da atividade dos notários ou tabeliães reside em formalizar juridicamente a vontade das partes, intervindo nos negócios jurídicos e atos não patrimoniais, conservando os documentos e expedindo cópias do seu conteúdo. Aos registradores ou oficiais de registro de imóveis, compete o registro de atos e negócios que desde a devida inscrição constituem direitos, tornando público referidos negócios.

J.J. Canotilho em obra já citada arremata dizendo que o registrador caracteriza-se pela sua atuação no sentido de dar efeito constitutivo, comprobatório e publicitário aos atos e negócios jurídicos em que intervém e conserva.

A par dessa intrínseca responsabilidade de anotar os atos e negócios jurídicos através de atividade estatal considerada de interesse público, há de se analisar a responsabilidade da licitude das anotações lavradas pelos cartorários, quer tabeliães ou registradores, pois as consequências advindas de erro podem ser das mais danosas ao cliente.

5 JUSTEN FILHO. Marçal. CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, Editora Revista dos Tribunais, 10ª. Edição, 2014 – São Paulo, pg. 837.

É obrigação do cartorário, conforme ensina Renato Nalini[6] – que os serviços prestados pelos cartórios devem primar pela qualidade, pois o notário é um funcionário público a título *sui generis* remunerado diretamente pela parte, mediante custas e emolumentos – proceder com a devida correção dos atos por ele praticados, motivo pelo qual a Lei dos Registros Públicos lhe permite intervenções corretivas e até negar-se a prática de atos ilegais.

IV – NATUREZA JURÍDICA DAS ATIVIDADES CARTORÁRIAS

Já no Direito Romano, os tabeliães exerciam função pública em caráter privado. Como já visto alhures, as origens das atividades cartorárias brasileiras encontra-se em Portugal e em Roma, mais precisamente no direito canônico onde os serventuários públicos eram investidos de fé pública.

A Constituição Imperial de 1824 fundou-se na teoria subjetiva de responsabilidade do Estado, estabelecendo que os empregados públicos fossem responsáveis pelos abusos e omissões praticadas nas suas funções. A primeira Constituição Republicana de 1891 (art. 82) substituiu o termo empregados por funcionários públicos, mantendo a mesma linha de responsabilidade subjetiva do Estado.

A Constituição de 1946 estabeleceu a teoria do risco administrativo (art. 194), seguida pela Carta de 1969. O Supremo Tribunal Federal, sob a égide da Constituição de 1969, considerou que os notários e oficiais de registro estavam incluídos na expressão "funcionários" do art. 107 ao julgar o Recurso Extraordinário 175739-6/SP, Segunda Turma, Relator Min. Marco Aurélio.

A Constituição Federal de 1988, definiu a natureza jurídica das atividades cartorárias qualificando os notários e registradores como agentes públicos, *ex vi* do art. 37, § 6º:

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

A doutrina de Celso Antônio Bandeira de Melo[7] nos ensina que todos aqueles que servem ao Poder Público, na qualidade de sujeitos expressivos de sua ação, podem

6 "A responsabilidade civil do notário". RJTJSP 130/19.

7 Bandeira de Melo. Celso Antonio. Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta. São Paulo. RT, 1990, pg. 56.

ser denominados de agentes públicos. Essa locução é a mais ampla e compreensiva que se pode adotar para referir englobadamente as diversas categorias dos que sob títulos jurídicos diferentes, atuam em nome do Estado. Em suma, quem quer que desempenhe funções estatais é, enquanto as exercita, um agente público.

José Afonso da Silva[8], tratando sobre o assunto diz que o elemento subjetivo do órgão público, o titular, denomina-se genericamente de agente público, que, dada a diferença de natureza das competências e atribuições a ele cometidas, se distingue em: agentes políticos, titulares de cargos que compõem a estrutura fundamental do governo, e agentes administrativos, titulares de cargo, emprego ou função pública, compreendendo todos aqueles que mantem com o Poder Público relação de trabalho, não eventual, sob vínculo de dependência, caracterizando-se, assim, pela profissionalidade e relação de subordinação hierárquica.

Outros administrativistas e constitucionalistas também professam que agentes públicos não são somente os servidores públicos eleitos ou concursados, mas todos os agentes políticos e os particulares que desempenham funções do Estado, dentre eles as funções delegadas do serviço público.

Os notários e registradores ostentam natureza jurídica de agentes públicos delegados que são do serviço público, admitidos mediante concurso de provas e títulos para cargos criados por lei e sob a fiscalização do Poder Público, pagos mediante custas ou emolumentos, cujo cargo só pode ser perdido mediante processo administrativo ou sentença transitada em julgado.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade 3152, cuja relatoria coube ao Ministro Carlos Ayres Brito, espancou todas e quaisquer dúvidas a respeito do tema ao informar:

> Regime jurídico dos serviços notariais e de registro: a) trata-se de atividades jurídicas próprias do Estado, e não simplesmente de atividades materiais, cuja prestação é traspassada para os particulares mediante delegação. Traspassada, não por conduto dos mecanismos da concessão ou da permissão, normados pelo caput do art. 175 da Constituição como instrumentos contratuais de privatização do exercício dessa atividade material (não jurídica) em que se constituem os serviços públicos; b) a delegação que lhes timbra a funcionalidade não se traduz, por nenhuma forma, em cláusulas contratuais; c) a sua delegação somente pode recair sobre pessoa natural, e não sobre uma empresa ou pessoa mercantil, visto que de empresa ou pessoa mercantil é que versa a Magna Carta Federal

8 Silva, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 9ª edição. São Paulo, Malheiros, 1993, pg. 578.

> em tema de concessão ou permissão de serviço público; d) para se tornar delegatária do Poder Público, tal pessoa natural há de ganhar habilitação em concurso público de provas e títulos, não por adjudicação em processo licitatório, regrado pela Constituição como antecedente necessário do contrato de concessão ou de permissão para o desempenho de serviço público; e) são atividades estatais cujo exercício privado jaz sob a exclusiva fiscalização do Poder Judiciário, e não sob órgão ou entidade do Poder Executivo, sabido que por órgão ou entidade do Poder Executivo é que se dá a imediata fiscalização das empresas concessionárias ou permissionárias de serviços públicos. Por órgãos do Poder Judiciário é que se marca a presença do Estado para conferir certeza e liquidez jurídica às relações inter-partes, com esta conhecida diferença: o modo usual de atuação do Poder Judiciário se dá sob o signo da contenciosidade, enquanto o invariável modo de atuação das serventias extra-forenses não adentra essa delicada esfera da litigiosidade entre sujeitos de direito; f) as atividades notariais e de registro não se inscrevem no âmbito das remuneráveis por tarifa ou preço público, mas no círculo das que se pautam por uma tabela de emolumentos, jungidos estes a normas gerais que se editam por lei necessariamente federal.

V – RESPONSABILIDADE CIVIL

Conhecida a natureza jurídica da atividade notarial e registral, podemos tratar das questões referentes à responsabilidade civil por ato ilícito praticado no âmbito das repartições cartorárias.

Renato Nalini[9] nos avisa que são vários os motivos pelos quais o cartorário pode causar dano ao cliente, dentre eles, podemos citar: defeitos formais do instrumento que determinam a frustração do fim perseguido com a intervenção notarial; vícios de fundo que determinem nulidades absolutas ou relativas; errada eleição do meio jurídico para a consecução do fim proposto; deficiente assessoramento quanto às consequências do ato notarial; incorreta conduta do notário como depositário ou mandatário do seu cliente.

Arremata o festejado autor que as causas de reparação civil não se exaurem na ilicitude. Um ato lícito de força maior, que acaso diminua o patrimônio de pessoa isenta de culpa, enseja obrigação de indenizar.

Ensina Walter Ceneviva[10] que a aplicação das normas constitucionais ao se referir a legislação complementar, mais especificamente ao Código de Defesa do Consumidor, não se aplica aos registradores. Defende a tese de que a norma insculpida no

9 "A responsabilidade civil do notário". RJTJSP 130/19.

10 CENEVIVA. Walter, Lei dos Registros Públicos Comentada. Editora Saraiva 2010, 10ª Edição. SP, pg. 113.

art. 6º, X, da legislação consumerista (são direitos básicos do consumidor: "a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral") se contrapõe o dever imposto aos órgãos públicos, de fornecimento de "serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais contínuos" (art. 22 CDC).

Por outra banda o Código Civil assim assevera:

> 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.

Os debates levados a efeitos nas cortes brasileiras dizem respeito, primordialmente aos seguintes aspectos: a) quanto à legitimidade passiva das ações indenizatórias; b) quanto à modalidade da responsabilidade a ser aferida. Isso porque não se pode perder de vista que a responsabilidade civil tem como pressupostos, segundo a teoria clássica, o dano, a culpa do autor e a relação de causalidade entre o fato dito culposo e o efetivo dano sofrido pelo agente.

Com efeito, a culpa é o fundamento da responsabilidade subjetiva e a sua prova é pressuposto do dever de indenizar desde que haja vinculo entre o fato e o resultado danoso, em relação aos prejuízos materiais ou morais causados a vítima. Sem dúvida, vê-se que o Código Civil Brasileiro adotou a teria da responsabilidade subjetiva exigindo a prova do dolo ou da culpa do causador do prejuízo.

O desenvolvimento econômico com o avanço das atividades industriais e principalmente com a evolução do Estado, trouxeram a desnecessidade da prova do dolo ou culpa, até como forma de proteção do individuo, em especial da grandiosidade do Estado. Assim, a responsabilidade objetiva, calcada na teoria do risco administrativo, tem como premissa que o exercício de uma atividade perigosa, caso gere danos a terceiros, faz emergir o dever de indenizar, independentemente da culpa do agente. Afasta-se, pois, o pressuposto do dolo ou da culpa e dá lugar a noção do risco da atividade.

É por isso que a Carta de 1988 em seu art. 37, § 6º, estabeleceu a responsabilidade objetiva do Estado quando as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão por danos de seus agentes, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. Portanto, basta que a vítima demonstre o fato danoso e injusto ocasionado por ação ou omissão do Poder Público para gerar o direito de reposição do prejuízo na esfera material ou moral.

Referentemente aos danos causados por notários e registradores no exercício das atividades delegadas da Administração Pública, ressalte-se, de inicio o mandamento constante do art. 236 da Carta Magna:

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

Como já se viu alhures, a natureza jurídica dos serviços de notas e registros é pública em que pese o seu exercício em caráter privado. Quando se busca um notário para anotar o nascimento do novo herdeiro ou o falecimento de um ente e até mesmo a ratificação pública de uma assinatura ou assento; um registrador para oficializar a transmissão de uma propriedade ou registrar a aquisição de um imóvel, é a fé pública que o serviço ostenta, ofertada somente na regular atividade, que movimenta o individuo. Sem a tutela do Estado referidos assentos seriam assimilados a quaisquer escritos sem força de publicidade e sem oposição a terceiros.

Temos, pois, que em sede de responsabilidade civil dos notários e registradores, o Estado não pode ser excluído da relação processual a teor do que disciplina o art. 37, § 6º, da Carta. É por isso que o festejado Celso Antônio Bandeira de Melo[11] assim pontifica:

> ... é compreensível que o Estado deva responder (conquanto subsidiariamente em muitos casos) pelos danos que agentes públicos causem a terceiros, ao atuarem revestidos de tal qualidade. De fato, quando é o exercício de prerrogativa estatal (portanto: a condição de agente público, agente do Estado) que serve de ocasião e meio para que alguém, mesmo particular, produza uma lesão a um bem jurídico de terceiro, não é possível considerar o Estado estranho à relação jurídica daí derivada e isento do dever de repará-la subsidiariamente, nas ocasiões em que descaiba sua responsabilidade direta, na forma do art. 37 § 6º.

11 MELO, Celso Antonio Bandeira de. Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta. SP: Editora RT, 1990, pg. 7-8.

Em que pese a atividade cartorária deitar berço no Brasil Império, foi somente com o art. 236 da Constituição de 1988 que a atividade recebeu tratamento definitivo: serviço público delegado exercido em caráter privado, mediante concurso público, afastando definitivamente o cunho hereditário até então em voga. A sucessão acontecia, em regra, dentro da família, ou do titular para um substituto por ele escolhido sendo quase obscura a relação entre os dirigentes e os servidores daquela atividade. Parece evidente que o modelo ai adotado trazia consequências em relação a responsabilidade civil por atos ilícitos praticados pelos agentes.

Assim é que o art. 22 da chamada Lei dos Cartórios (regulamentando o art. 236 da Constituição Federal) define que *os notários e oficias de registro responderão pelos danos que eles e seus prepostos causarem a terceiros, na prática de atos próprios da serventia, assegurado aos primeiros direito de regresso no caso de dolo ou culpa.* A norma afasta de vez a responsabilidade civil do cartório do polo passivo das demandas indenizatórias, conforme jurisprudência dominante dos Tribunais Superiores e do Supremo Tribunal Federal.

A comunhão da norma constitucional com as infraconstitucionais, inclusive o art. 28 da Lei dos Registros Públicos (1973) que antecede a Constituição Federal leva ao mesmo eixo ao anotar que *os oficiais são civilmente responsáveis por todos os prejuízos que, pessoalmente, ou pelos prepostos ou substitutos que indicarem causarem, por culpa ou dolo, aos interessados no registro*.

A indenização em caso de ato ilícito praticado por notários e registradores deve ser buscada diretamente ao Estado que responde objetivamente pelos danos causados por seus agentes. Cabe ao Estado o direito de regresso contra o agente que agiu com dolo ou culpa. Assim, deve o prejudicado escolher se quer demandar contra o Estado ou contra o seu agente (notário ou registrador), contra aquele, a responsabilidade é objetiva, independente de prova, bastando a comprovação do prejuízo e da existência do fato. Se contra este, a responsabilidade é subjetiva, devendo o autor provar também o dolo ou a culpa do delegado.

Em seu monumental Tratado de Responsabilidade Civil[12] Rui Stoco, como lhe é peculiar, trata com maestria sobre o tema abordando inclusive a Lei 9.492/97 que define competências e regulamenta os serviços de protestos de títulos que dispõe em seu art. 38 *os Tabeliães de Protesto de Títulos são civilmente responsáveis por todos os prejuízos que causarem por culpa ou dolo, pessoalmente, pelos substitutos que designarem ou escreventes que autorizarem, assegurado o direito de regresso.*

12 STOCO.Rui. Tratado de Responsabilidade Civil. 9ª. Edição. Revista dos Tribunais, SP, 2014, pg.789.

O doutrinador assinala que se consagrou o princípio da responsabilidade aquiliana dos notários e registradores, fundada na culpa, sem afastar a responsabilidade objetiva do Estado nos termos do art. 37, § 6º, da Carta Magna. Ainda, segundo os ensinamentos do respeitado Mestre, pode-se falar em uma cadeia de direito de regresso, de modo que condenado o Estado, exsurge a obrigação de exigir do titular da serventia aquilo que pagou e deste obter do seu empregado o que ressarciu ao Estado.

VI – JURISPRUDENCIA DO STF E STJ

Considerando a força de que são dotados os precedentes judiciais no sistema jurídico brasileiro hodierno, nada mais oportuno que colher o entendimento sustentado nos Tribunais de Superposição acerca do tema sobre o qual ora nos debruçamos, relevando anotar que a análise dos julgados proferidos por aquelas altas Cortes deixa claro que à matéria não é destinado um entendimento uniforme, pelo contrário, vê-se que enquanto no Pretório Excelso é assente o entendimento de que o Estado responde objetivamente pelos danos causados a terceiros pelos serventuários titulares de cartórios e registros extrajudiciais, no exercício das funções respectivas, na Corte Superior o entendimento dominante é no sentido de que "*os notários e registradores devem responder direta e objetivamente pelos danos que, na prática de atos próprios da serventia, eles e seus prepostos causarem a terceiros*[13]*"*.

Nessa esteira, os julgados a seguir anotados demonstram como é remansoso o entendimento consolidado no Supremo Tribunal Federal:

> EMENTA Agravo regimental no recurso extraordinário. Atividade notarial e de registro. Danos materiais. Responsabilidade objetiva do Estado. Possibilidade. Precedentes.
> 1. **A Suprema Corte já assentou o entendimento de que o Estado responde objetivamente pelos danos causados a terceiros em decorrência da atividade notarial, cabendo direito de regresso contra o causador do dano em caso de dolo ou culpa, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal.**
> 2. Agravo regimental não provido.
> (RE 788009 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 19/08/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-199 DIVULG 10-10-2014 PUBLIC 13-10-2014) Grifo nosso
>
> EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. **RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO**

13 RESP. 1.134.677/PR – STJ Relatora: Ministra Nancy Adrighi.

ESTADO. TITULARES DE OFÍCIOS DE JUSTIÇA E DE NOTAS NA QUALIDADE DE AGENTES PÚBLICOS. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.
(AI 846317 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 19/11/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-234 DIVULG 27-11-2013 PUBLIC 28-11-2013) Grifo nosso.

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANOS CAUSADOS A TERCEIROS EM DECORRÊNCIA DE ATIVIDADE NOTARIAL. PRECEDENTES.
1. Nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, "o Estado responde, objetivamente, pelos atos dos notários que causem dano a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável, nos casos de dolo ou culpa (C.F., art. 37, § 6º)" (RE 209.354-AgR, da relatoria do ministro Carlos Velloso).
2. Agravo regimental desprovido.
(RE 518894 AgR, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 02/08/2011, DJe-183 DIVULG 22-09-2011 PUBLIC 23-09-2011 EMENT VOL-02593-01 PP-00091)

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL DO ESTADO. TABELIÃO. AGENTE PÚBLICO. ART. 37, § 6º, DA CF/88.
1. A função eminentemente pública dos serviços notariais configura a natureza estatal das atividades exercidas pelos serventuários titulares de cartórios e registros extrajudiciais. RE 209.354/PR.
2. Responsabilidade extracontratual do Estado caracterizada.
3. Reexame de fatos e provas para eventual desconstituição do acórdão recorrido. Incidência da Súmula STF 279.
4. Inexistência de argumento capaz de infirmar o entendimento adotado pela decisão agravada.
5. Agravo regimental improvido.
(RE 551156 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 10/03/2009, DJe-064 DIVULG 02-04-2009 PUBLIC 03-04-2009 EMENT VOL-02355-05 PP-01015 LEXSTF v. 31, n. 364, 2009, p. 205-209) Grifo nosso

EMENTA: - CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO. TABELIÃO. TITULARES DE OFÍCIO DE JUSTIÇA: RESPONSABILIDADE CIVIL. RESPONSABILIDADE DO ESTADO. C.F. , art. 37, § 6º.
I. - **Natureza estatal das atividades exercidas pelos serventuários titulares de cartórios e registros extrajudiciais, exercidas em caráter privado, por delegação do Poder Público. Responsabilidade objetiva do Estado pelos danos praticados a terceiros por esses servidores no exercício de tais funções, assegurado o direito de regresso contra o notário, nos casos de dolo ou culpa (C.F., art. 37, § 6º)**.
II. - Negativa de trânsito ao RE. Agravo não provido.

> (RE 209354 AgR, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 02/03/1999, DJ 16-04-1999 PP-00019 EMENT VOL-01946-07 PP-01275) Grifo nosso.

Tamanha é a solidez do referido posicionamento que a questão tem sido decidida monocraticamente pelos Ministros da Corte Suprema, como demonstram as decisões transcritas abaixo:

> DECISÃO: Trata-se de agravo contra decisão que negou seguimento a recurso extraordinário interposto de acórdão que possui a seguinte ementa: "DIREITO ADMINISTRATIVO, CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – REMESSA EX-OFFICIO E APELAÇÕES – REGISTRO DE IMÓVEL – DUPLICIDADE – ATO DO TABELIÃO – CUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL – AUSÊNCIA DO DEVER DE CAUTELA DO ESTADO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – DANOS MATERIAIS INCONTROVERSOS – DANOS MORAIS – PESSOA JURÍDICA – HONRA OBJETIVA – DANOS MORAL E MATERIAL CONFIGURADOS – DEVER DE INDENIZAR – FIXAÇÃO DO MONTANTE. (...)" (pág. 49 do documento eletrônico 7). No RE, fundado no art. 102, III, a, da Constituição, alegou-se violação ao art. 37, § 6º, da mesma Carta. A pretensão recursal não merece acolhida. **A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que o Estado possui responsabilidade objetiva pelos atos de notários que causem danos a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável, nos casos de dolo ou culpa.** Nesse sentido, transcrevo ementas de julgados deste Tribunal: "CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO. TABELIÃO. TITULARES DE OFÍCIO DE JUSTIÇA: RESPONSABILIDADE CIVIL. RESPONSABILIDADE DO ESTADO. C.F. , art. 37, § 6º. I. - Natureza estatal das atividades exercidas pelos serventuários titulares de cartórios e registros extrajudiciais, exercidas em caráter privado, por delegação do Poder Público. Responsabilidade objetiva do Estado pelos danos praticados a terceiros por esses servidores no exercício de tais funções, assegurado o direito de regresso contra o notário, nos casos de dolo ou culpa (C.F., art. 37, § 6º). II. - Negativa de trânsito ao RE. Agravo não provido" (RE 209.354-AgR/PR, Rel. Min. Carlos Velloso). "AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANOS CAUSADOS A TERCEIROS EM DECORRÊNCIA DE ATIVIDADE NOTARIAL. PRECEDENTES. 1. Nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, "o Estado responde, objetivamente, pelos atos dos notários que causem dano a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável, nos casos de dolo ou culpa (C.F., art. 37, § 6º)" (RE 209.354-AgR, da relatoria do ministro Carlos Velloso). 2. Agravo regimental desprovido" (RE 518.894-AgR/SP, Rel. Min. Ayres Britto). "AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. TITULARES DE OFÍCIOS DE JUSTIÇA E DE NOTAS NA QUALIDADE DE AGENTES PÚBLICOS. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO" (AI

846.317-AgR/RJ, Rel. Min. Cármen Lúcia). Com esse mesmo raciocínio, cito os seguintes precedentes, entre outros: RE 551.156-AgR/SC, Rel. Min. Ellen Gracie; ARE 659.824/DF, Rel. Min. Dias Toffoli; AI 742.718/RJ, Rel. Min. Joaquim Barbosa; AI 853.552/SC, de minha relatoria; ARE 661.632/RS, Rel. Min. Cármen Lúcia. Isso posto, nego seguimento ao recurso (CPC, art. 557, caput). Publique-se. Brasília, 30 de maio de 2014. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI - Relator -
(ARE 809207, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 30/05/2014, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-108 DIVULG 04/06/2014 PUBLIC 05/06/2014) Grifo nosso.

DECISÃO: Trata-se de agravo cujo objeto é decisão que negou seguimento a recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado (fls. 124): "RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. Dano resultante de atividade notarial – Falso reconhecimento de firma – Indenização devida – O Estado responde pelos danos causados pelos tabeliães e registradores, ante a natureza pública das funções a eles delegadas – Responsabilidade objetiva caracterizada – Valor da indenização por danos morais alterado para patamar mais modesto – Sentença reformada para tal finalidade – Recurso parcialmente provido". O recurso extraordinário busca fundamento no art. 102, III, a, da Constituição Federal. A parte recorrente alega violação ao art. 37, § 6º, bem como ao art. 236 da Constituição Federal. Sustenta que "não se pode mais insistir na qualidade de agentes do Poder Público para os notários e, por isso mesmo, não se haverá de entrever responsabilidade civil do Estado por ato de quem exerce em caráter privado o serviço notarial" (fls. 132) A decisão agravada negou seguimento ao recurso porque "os argumentos expendidos não são suficientes para infirmar a conclusão do v. aresto combatido que contém fundamentação adequada para lhe dar respaldo. Tampouco restou evidenciado qualquer maltrato a normas constitucionais, não sendo atendida qualquer das hipóteses das alíneas 'a', 'b', 'c' e 'd' do permissivo constitucional". Ademais, "de qualquer modo, a análise demandaria o exame de matéria infraconstitucional" (fls. 160). **O recurso extraordinário não pode ser provido, tendo em vista que a decisão recorrida se alinha à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto à existência de responsabilidade objetiva do Estado pelos danos causados a terceiros decorrentes de serviços notariais, inclusive, na hipótese de reconhecimento de firma falsa.** Nesse sentido, veja-se o seguinte julgado: "RESPONSABILIDADE OBJETIVA - ESTADO - RECONHECIMENTO DE FIRMA - CARTÓRIO OFICIALIZADO. Responde o Estado pelos danos causados em razão de reconhecimento de firma considerada assinatura falsa. Em se tratando de atividade cartorária exercida à luz do artigo 236 da Constituição Federal, a responsabilidade objetiva é do notário, no que assume posição semelhante à das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos - § 6º do artigo 37 também da Carta da República." (RE 201.595-AgR, Rel. Min. Marco Aurélio) Vejam-se, ainda, as seguintes decisões: AI 742.718, Rel. Min. Joaquim Barbosa; AI 853.552, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; e ARE 661.632, Rel.ª Min.ª Cármen Lúcia. Ademais, nota-se que o Tribunal de origem, com base no acervo fático-probatório dos autos, assentou a

existência dos elementos configuradores da responsabilidade do recorrente. Veja-se o seguinte trecho do voto condutor do acórdão recorrido (fls. 128): "(...) Analisando-se os autos, verifica-se há elementos que comprovam que o ato notarial é ideologicamente falso: ou seja, o cartão de assinatura em nome do apelado contém assinatura diversa da sua, bem como a fotografia do RG que acompanha o referido cartão (fl. 18) é totalmente diferente da fotografia do RG do apelado (fl. 38). Além do mais, ficou comprovado que Ana Aparecida Ferreira Tristão, substituta do mencionado Cartório de Registro Civil, foi responsável pela abertura de sua ficha, bem como dos cartões de assinatura de outras duas sócias da empresa, tendo sido demitida por má administração; e o escrevente Osvaldo Martins Januário, responsável pelo ato do reconhecimento de firma por semelhança no instrumento de alteração contratual da empresa Galpão de Alimento Ltda., foi exonerado (fls. 23/24), o que demonstra a má administração do 9º Registro Civil da Capital". Para divergir de tal entendimento seria necessário reanalisar as provas contantes dos autos, providência incabível em sede de recurso extraordinário, nos termos da Súmula 279/STF: "Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário". Diante do exposto, com base no art. 544, § 4º, II, b, do CPC e no art. 21, § 1º, do RI/STF, conheço do agravo e nego seguimento ao recurso extraordinário. Publique-se. Brasília, 27 de março de 2014. Ministro Luís Roberto Barroso Relator
(ARE 760201, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 27/03/2014, publicado em DJe-068 DIVULG 04/04/2014 PUBLIC 07/04/2014) Grifo nosso.

DECISÃO: Trata-se de agravo de instrumento de decisão que não admitiu recurso extraordinário (art. 102, III, a e c, da Constituição) interposto de acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, cuja ementa tem o seguinte teor (fls. 24): "Apelação Cível. Ação anulatória cumulada com reintegração de posse e perdas e danos. Compra e venda de imóveis. Procuração falsa lavrada pelo serviço de notas. Denunciação da lide em face do Estado do Rio de Janeiro. Sentença a quo que julgou procedente o pedido. Recurso do Estado. Manutenção do *decisum*. Os procedimentos notariais e registrais, embora sejam executados em regime de caráter privado, constituem serviços públicos delegados. Uma vez constatada a lavratura de mandato falso pela serventia extrajudicial oficializada, responde o Estado, objetivamente. Aplicação da teoria do risco administrativo. APELO DESPROVIDO. Por questão de ordem pública, e diante da mácula apontada pelo Parquet, anula-se ex officio a parte dispositiva da sentença que condenou Espólio que não integrou o pólo passivo da relação jurídica processual." (Grifos originais) Nas razões do recurso extraordinário, a parte ora agravante alega ofensa aos arts. 37, § 6º e 236, da Carta Magna. Decido. **Não merece reparo o acórdão recorrido, porquanto se encontra em perfeita consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que assim decidiu ao julgar o RE 209.354 (rel. min. Carlos Velloso, DJ 16.04.1999): "EMENTA: - CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO. TABELIÃO. TITULARES DE OFÍCIO DE JUSTIÇA: RESPONSABILIDADE CIVIL. RESPONSABILIDADE DO ESTADO. C.F. , art. 37, § 6º. I. - Natureza estatal das atividades exercidas pelos serventuários titulares de cartórios e registros**

> **extrajudiciais, exercidas em caráter privado, por delegação do Poder Público. Responsabilidade objetiva do Estado pelos danos praticados a terceiros por esses servidores no exercício de tais funções, assegurado o direito de regresso contra o notário, nos casos de dolo ou culpa (C.F., art. 37, § 6º). II. - Negativa de trânsito ao RE. Agravo não provido." No mesmo sentido: AI 522.832 (rel. min. Gilmar Mendes, DJ 18.05.2006) e RE 229.974 (rel. min. Nery da Silveira, DJ 12.11.2001).** Em relação à interposição do apelo extraordinário com base no art. 102, III, alínea c , observo que o acórdão recorrido em momento algum julgou válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição Do exposto, nego seguimento ao presente agravo. Publique-se Brasília, 19 de dezembro de 2011. Ministro JOAQUIM BARBOSA Relator
> (AI 742718, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, julgado em 19/12/2011, publicado em DJe-023 DIVULG 01/02/2012 PUBLIC 02/02/2012) Grifo nosso.

De outra banda, o Superior Tribunal de Justiça, parece-nos, possui um entendimento ainda vacilante acerca do tema, embora não se possa descurar que aquela Corte Superior, em sua maioria, vem decidindo que nos casos de danos decorrentes da atividade notarial e de registro a responsabilidade objetiva é do notário ou do registrador, afastando, ademais, dos cartórios ou serventias a legitimidade para figurar no polo passivo das demandas que discutam os aludidos danos, posição que ficou clara no julgamento do REsp nº 491.976/RJ, quando pontuou a Relatora, Ministra Maria Isabel Galotti, que: "*a jurisprudência do STJ não contemporiza com o propósito de transferência da responsabilidade do notário ou registrador, firmando a legitimidade passiva do tabelião para a ação indenizatória pela má prestação dos serviços notariais, ressalvando o direito de regresso em face do causador da lesão.* [14]"

Nesse mesmo sentido se revelam os jugados em destaque:

> AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. ATOS PRATICADOS NO ÂMBITO DA SERVENTIA. RESPONSABILIDADE DO DELEGATÁRIO À ÉPOCA DOS FATOS.
> 1.- **A atual jurisprudência desta Corte orienta que "o tabelionato não detém personalidade jurídica, respondendo pelos danos decorrentes dos serviços notariais o titular do cartório na época dos fatos. Responsabilidade que não se transfere ao tabelião posterior"** (AgRg no REsp 624.975/SC, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, DJe 11/11/2010).
> 2.- O Agravo não trouxe nenhum argumento novo capaz de modificar a conclusão do julgado, a qual se mantém por seus próprios fundamentos.

14 RESP. 491.976/RJ – STJ Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti.

3.- Agravo Regimental improvido.
(AgRg no AREsp 460.534/ES, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/03/2014, DJe 28/04/2014)

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. RECONHECIMENTO DE FIRMA MEDIANTE ASSINATURA FALSIFICADA. RESPONSABILIDADE CIVIL. OFÍCIO DE NOTAS. ILEGITIMIDADE PASSIVA. AUSÊNCIA DE PERSONALIDADE JURÍDICA E JUDICIÁRIA
1. **Consoante as regras do art. 22 da Lei 8.935/94 e do art. 38 da Lei n.º 9.492/97, a responsabilidade civil por dano decorrente da má prestação de serviço cartorário é pessoal do titular da serventia à época do fato, em razão da delegação do serviço que lhe é conferida pelo Poder Público em seu nome.**
2. **Os cartórios ou serventias não possuem legitimidade para figurar no pólo passivo de demanda indenizatória, pois são desprovidos de personalidade jurídica e judiciária, representando, apenas, o espaço físico onde é exercida a função pública delegada consistente na atividade notarial ou registral.**
3. Iegitimidade passiva do atual titular do serviço notarial ou registral pelo pagamento de débitos atrasados do antigo titular.
4. Doutrina e jurisprudência acerca do tema, especialmente precedentes específicos desta Corte.
5. Recurso especial provido.
(REsp 1177372/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, Rel. p/ Acórdão Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/06/2011, DJe 01/02/2012) Grifo nosso

DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO REGISTRADOR PÚBLICO. LAVRATURA DE ASSENTO DE NASCIMENTO COM INFORMAÇÕES INVERÍDICAS. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. FILHA PRIVADA DO CONVÍVIO MATERNO. DANOS MORAIS. VALOR DA COMPENSAÇÃO. MAJORAÇÃO.
1. A doutrina e a jurisprudência dominantes configuram-se no sentido de que os notários e registradores devem responder direta e objetivamente pelos danos que, na prática de atos próprios da serventia, eles e seus prepostos causarem a terceiros. Precedentes.
2. Da falta de cuidado do registrador na prática de ato próprio da serventia resultou, inequivocamente, a coexistência de dois assentos de nascimento relativos à mesma pessoa, ambos contendo informações falsas. Essa falha na prestação do serviço, ao não se valer o registrador das cautelas e práticas inerentes à sua atividade, destoa dos fins a que se destinam os registros públicos, que são os de "garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos", assim como previsto no art. 1º da Lei n.º 8.935, de 1994.
3. O dano moral configurou-se ao ser privada a vítima, ao longo de sua infância, adolescência e início da vida adulta, do direito personalíssimo e indisponível ao reconhecimento do seu estado de filiação, conforme disposto no art. 27 do ECA, desrespeitando-se a necessidade psicológica que toda a pessoa tem de conhecer a sua verdade biológica. Consequentemente, foi

> despojada do pleno acesso à convivência familiar, o que lhe tolheu, em termos, o direito assegurado no art. 19 do ECA, vindo a lhe causar profunda lacuna psíquica a respeito de sua identidade materno-filial.
> 4. É da essência do dano moral ser este compensado financeiramente a partir de uma estimativa que guarde alguma relação necessariamente imprecisa com o sofrimento causado, justamente por inexistir fórmula matemática que seja capaz de traduzir as repercussões íntimas do evento em um equivalente financeiro. Precedente.
> 5. Para a fixação do valor da compensação por danos morais, são levadas em consideração as peculiaridades do processo, a necessidade de que a compensação sirva como espécie de recompensa à vítima de sequelas psicológicas que carregará ao longo de toda a sua vida, bem assim o efeito pedagógico ao causador do dano, guardadas as proporções econômicas das partes e considerando-se, ainda, outros casos assemelhados existentes na jurisprudência. Precedentes.
> 6. Recurso especial provido.
> (REsp 1134677/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/04/2011, DJe 31/05/2011) Grifo nosso

Os Ministros da Corte de Uniformização infraconstitucional também já decidiram a questão de forma monocrática:

> (...)
> A decisão hostilizada não merece reparos, pois o acórdão recorrido julgou no mesmo sentido da jurisprudência desta Corte Superior, consoante se observa dos seguintes precedentes:
> AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. TABELIONATO. AUSÊNCIA DE PERSONALIDADE JURÍDICA. RESPONSABILIDADE DO TITULAR DO CARTÓRIO À ÉPOCA DOS FATOS.
> 1. O tabelionato não detém personalidade jurídica, respondendo pelos danos decorrentes dos serviços notariais o titular do cartório na época dos fatos. Responsabilidade que não se transfere ao tabelião posterior. Precedentes.
> 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 624.975/SC, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 21/10/2010, DJe 11/11/2010)
> (...)
> (AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 447.295 - MS (2013/0405302-2), RELATOR: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO, DATA DA PUBLICAÇÃO: 25/06/2014) Grifo nosso.

> (...)
> Não há que se falar em legitimidade passiva do Tabelionato em ação de reparação de danos ou obrigação de fazer, uma vez que incapaz de responder civilmente por danos que eventualmente seu preposto causar a terceiros, devendo a ação ser promovida em face do Estado ou do delegado notarial da época dos fatos, pois, atuando este por Delegação, pode praticar todos os atos definidos na Lei n° 8.935/94, sob fiscalização do Poder Judiciário, respondendo pelos prejuízos causados em decorrência dos atos que praticar."

> A decisão recorrida está em consonância com a jurisprudência do STJ, pacífica ao afirmar que a responsabilidade civil dos atos praticados no âmbito do cartório é do notário titular à época dos fatos, em virtude da ausência de personalidade jurídica do tabelionato. Incidente, portanto, a Súmula n. 83 deste Tribunal Superior.
> (...)
> (AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 380.140 - SP (2013/0254369-4), RELATOR: MINISTRO ANTONIO CARLOS FERREIRA – DATA DA PUBLICAÇÃO: 06/05/2014)

Há, ainda, julgados da Corte Superior que reconhecem a responsabilidade apenas subsidiária do Estado pelos danos decorrentes da atividade notarial e de registro:

> CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. SERVIÇO NOTARIAL. FALHA. RESPONSABILIDADE CIVIL. JULGAMENTO CITRA PETITA. ART. 460 CPC. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. NEXO CAUSAL. REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO NOTÓRIO. OCORRÊNCIA.
> 1. Na origem, o Estado de Pernambuco foi condenado (responsabilidade objetiva) a indenizar danos experimentados por adquirente de imóvel vitimado por operação fraudulenta que contou com a colaboração do Cartório de Imóveis de São Lourenço da Mata, o qual emitiu declaração inverídica quanto à propriedade do lote adquirido pelo demandante.
> 2. O Tribunal de origem em nenhum momento se debruçou sobre a tese de julgamento citra petita (art. 460 do CPC), em relação à qual incide a Súmula 211/STJ. Ademais, o Estado não acenou com pedido de anulação do julgado a quo por violação ao art. 535 do CPC.
> 3. O nexo de causalidade vincula-se a pressupostos fáticos cujo revolvimento está proibido nessa via recursal, ex vi do enunciado da Súmula 7/STJ 4. No tocante ao dissídio jurisprudencial, é manifesta a divergência do pensamento seguido pela Corte regional em relação aos precedentes do Superior Tribunal de Justiça, pois mesmo registrando tratar-se de tabelionato não oficializado, optou por responsabilizar, única e exclusivamente, o Estado de Pernambuco.
> 5**. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem assentado que o exercício de atividade notarial delegada (art. 236, § 1º, da CF/88) deve se dar por conta e risco do delegatário, de modo que é do notário a responsabilidade objetiva por danos resultantes dessa atividade delegada (art. 22 da Lei 8.935/1994), cabendo ao Estado apenas a responsabilidade subsidiária. Precedentes do STJ e do STF.**
> 6. Agravo Regimental provido.
> (AgRg no AREsp 474.524/PE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/05/2014, DJe 18/06/2014) Grifo nosso.
>
> ADMINISTRATIVO. DANOS MATERIAIS CAUSADOS POR TITULAR DE SERVENTIA EXTRAJUDICIAL. ATIVIDADE DELEGADA.

RESPONSABILIDADE DO NOTÁRIO. PRECEDENTES.
1. A jurisprudência mais recente desta Corte foi firmada no sentido da responsabilidade dos notários e oficiais de registro por danos causados a terceiros, não permitindo a interpretação de que há responsabilidade pura do ente estatal.
2. Em hipóteses como a dos autos, em que houve delegação de atividade estatal, verifica-se que o desenvolvimento dessa atividade se dá por conta e risco do delegatário, tal como ocorre com as concessões e as permissões de serviços públicos, nos termos do que dispõem os incisos II, III e IV da Lei n. 8.987/95.
3. "O art. 22 da Lei 8.935/1994 é claro ao estabelecer a responsabilidade dos notários e oficiais de registro por danos causados a terceiros, não permitindo a interpretação de que deve responder solidariamente o ente estatal." (REsp 1087862/AM, Rel.
Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/02/2010, DJe 19/05/2010.) Agravo regimental improvido.
(AgRg no AgRg no AREsp 273.876/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/05/2013, DJe 24/05/2013) Grifo nosso.

ADMINISTRATIVO. DANOS MATERIAIS CAUSADOS POR TITULAR DE SERVENTIA EXTRAJUDICIAL. ATIVIDADE DELEGADA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ESTADO.
1. Hipótese em que o Tribunal de origem julgou procedente o pedido deduzido em Ação Ordinária movida contra o Estado do Amazonas, condenando-o a pagar indenização por danos imputados ao titular de serventia.
2. No caso de delegação da atividade estatal (art. 236, § 1º, da Constituição), seu desenvolvimento deve se dar por conta e risco do delegatário, nos moldes do regime das concessões e permissões de serviço público.
3. **O art. 22 da Lei 8.935/1994 é claro ao estabelecer a responsabilidade dos notários e oficiais de registro por danos causados a terceiros, não permitindo a interpretação de que deve responder solidariamente o ente estatal.**
4. Tanto por se tratar de serviço delegado, como pela norma legal em comento, não há como imputar eventual responsabilidade pelos serviços notariais e registrais diretamente ao Estado. Ainda que objetiva a responsabilidade da Administração, esta somente responde de forma subsidiária ao delegatário, sendo evidente a carência de ação por ilegitimidade passiva ad causam.
5. Em caso de atividade notarial e de registro exercida por delegação, tal como na hipótese, a responsabilidade objetiva por danos é do notário, diferentemente do que ocorre quando se tratar de cartório ainda oficializado. Precedente do STF.
6. Recurso Especial provido.
(REsp 1087862/AM, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/02/2010, DJe 19/05/2010) Grifo nosso.

Entendimento este, no entanto, já reformado no Supremo Tribunal Federal, como revela a transcrição da Decisão Monocrática proferida no Recurso Extraordinário 788009/DF pelo Ministro Dias Toffoli:

> Decisão: Vistos. A Décima Terceira Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento à apelação e ao reexame necessário, confirmando a sentença de 1º Grau que julgou procedente o pedido para condenar o Estado de São Paulo em "ação de indenização por danos materiais sofridos em decorrência de compra e venda de imóvel, feita por meio de procurações falsas lavradas n 11º Tabelião de Notas da Capital". Esse julgado ficou assim ementado: "Indenização por danos materiais – Procurações públicas falsas – Responsabilidade civil do Estado por ato notarial – Excludente de responsabilidade por ato de terceiro – Descabimento – Função delegada – Responsabilidade objetiva do Estado (CF, art. 37, § 6º) – Recurso e reexame necessário desprovidos. Responsabilidade civil do Estado – Honorários de advogado – Inconformismo – Descabimento – Critério para fixação – Recurso e reexame necessário desprovidos". Contra esse julgado, o Estado de São Paulo interpôs recurso extraordinário, no qual sustenta violação dos artigos 37, § 6º, e 236, § 1º, da Constituição Federal. Contra a decisão que não admitiu o extraordinário, o Estado interpôs o competente agravo. Simultaneamente ao apelo extremo, foi interposto também recurso especial dirigido ao Superior Tribunal de Justiça, tendo este sido inadmitido na origem. **A Segunda Turma do STJ concluiu pelo provimento do recurso para afastar a responsabilidade objetiva do Estado de São Paulo, julgando improcedente o pleito indenizatório. O acórdão desse julgamento ficou assim ementado: "ADMINISTRATIVO. DANOS MATERIAIS CAUSADOS POR TITULAR DE SERVENTIA EXTRAJUDICIAL. ATIVIDADE DELEGADA. RESPONSABILIDADE DO NOTÁRIO. PRECEDENTES. 1. A jurisprudência mais recente desta Corte foi firmada no sentido da responsabilidade dos notários e oficiais de registro por danos causados a terceiros, não permitindo a interpretação de que há responsabilidade pura do ente estatal. 2. Em hipóteses como a dos autos, em que houve delegação de atividade estatal, verifica-se que o desenvolvimento dessa atividade se dá por conta e risco do delegatário, tal como ocorre com as concessões e as permissões de serviços públicos, nos termos do que dispõem os incisos II, III e IV da Lei n. 8.987/95. 3. 'O art. 22 da Lei 8.935/1994 é claro ao estabelecer a responsabilidade dos notários e oficiais de registro por danos causados a terceiros, não permitindo a interpretação de que deve responder solidariamente o ente estatal.' (REsp 1087862/AM, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/02/2010, DJe 19/05/2010.)** Agravo regimental improvido". Irresignados, os autores interpuseram recurso extraordinário no qual alegam afronta ao artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, sustentando que "há responsabilidade civil objetiva do Estado em relação aos danos cometidos por ato notarial". Esse recurso foi admitido na Corte de origem. Decido. **Merece prosperar o recurso extraordinário interposto contra**

o aresto da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, haja vista que esse julgado não está em sintonia com a jurisprudência firmada por esta Corte, no sentido de reconhecer a responsabilidade objetiva do Estado por danos causados a terceiros por serventuários titulares de cartórios e registros extrajudiciais. Sobre o tema, anote-se: "AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. TITULARES DE OFÍCIOS DE JUSTIÇA E DE NOTAS NA QUALIDADE DE AGENTES PÚBLICOS. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO" (AI nº 846.317/RJ-AgR, Segunda Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 28/11/13). "AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANOS CAUSADOS A TERCEIROS EM DECORRÊNCIA DE ATIVIDADE NOTARIAL. PRECEDENTES. 1. Nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, "o Estado responde, objetivamente, pelos atos dos notários que causem dano a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável, nos casos de dolo ou culpa (C.F., art. 37, § 6º)" (RE 209.354-AgR, da relatoria do ministro Carlos Velloso). 2. Agravo regimental desprovido" (RE nº 518.894/SP-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe de 23/9/11). "CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL DO ESTADO. TABELIÃO. AGENTE PÚBLICO. ART. 37, § 6º, DA CF/88. 1. A função eminentemente pública dos serviços notariais configura a natureza estatal das atividades exercidas pelos serventuários titulares de cartórios e registros extrajudiciais. RE 209.354/PR. 2. Responsabilidade extracontratual do Estado caracterizada. 3. Reexame de fatos e provas para eventual desconstituição do acórdão recorrido. Incidência da Súmula STF n. 279. 4. Inexistência de argumento capaz de infirmar o entendimento adotado pela decisão agravada. 5. Agravo regimental improvido" (RE n° 551.156/SC-AgR, Segunda Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJe de 3/4/09)". "CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO. TABELIÃO. TITULARES DE OFÍCIO DE JUSTIÇA: RESPONSABILIDADE CIVIL. RESPONSABILIDADE DO ESTADO. C.F. , art. 37, § 6º. I. - Natureza estatal das atividades exercidas pelos serventuários titulares de cartórios e registros extrajudiciais, exercidas em caráter privado, por delegação do Poder Público. Responsabilidade objetiva do Estado pelos danos praticados a terceiros por esses servidores no exercício de tais funções, assegurado o direito de regresso contra o notário, nos casos de dolo ou culpa (C.F., art. 37, § 6º). II. - Negativa de trânsito ao RE. Agravo não provido" (RE nº 209.354/PR-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Carlos Velloso, DJ de 16/4/99). No mesmo sentido, as seguintes decisões monocráticas: AI nº 742.718/RJ, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJe de 2/2/12; AI nº 853.552/SC, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 19/12/11; e ARE nº 661.632/RS, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 8/11/11. Ante o exposto, nos termos do artigo 557, caput e § 1º-A, do Código de Processo Civil, conheço do recurso extraordinário interposto por Espólio de Rudolf Erwein Graf Von Schoenborn e outro e lhe dou provimento para restabelecer o acórdão da 13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de

> Justiça do Estado de São Paulo, bem como conheço do agravo para negar seguimento ao recurso extraordinário do Estado de São Paulo. Publique-se. Brasília, 3 de junho de 2014. Ministro Dias Toffoli Relator Documento assinado digitalmente
> (RE 788009, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 03/06/2014, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-148 DIVULG 31/07/2014 PUBLIC 01/08/2014) Grifo nosso.

Em recentíssima decisão, datada de 11 de novembro de 2014 o Supremo Tribunal Federal[15], através da relatoria do Ministro Luiz Fux (RE 842846 SC) reconheceu a repercussão geral, em questão constitucional, por unanimidade de votos, para fins de análise da extensão da responsabilidade civil do Estado em razão de dano causado pela atuação de tabeliães e oficiais de registro.

O caso a ser analisado se refere a erro em certidão de óbito quanto ao nome de pessoa falecida do sexo feminino o qual causou dano ao cônjuge sobrevivente impedindo-o de receber a pensão previdenciária a que faz jus em decorrência da morte da esposa. No juízo de primeiro grau a ação foi julgada procedente condenando o Estado de Santa Catarina ao pagamento dos danos materiais.

O Estado recorreu e o Tribunal de Justiça de Santa Catarina confirmou a sentença e atribuiu ao estado-membro a responsabilidade objetiva direta, e não subsidiária, por atos praticados por tabeliães.

Em plenário, o Ministro Luiz Fux disse que "é salutar que se pacifique, no âmbito desta Corte, a controvérsia sobre a responsabilidade civil do Estado pelos danos causados pelos seus delegatários". Ressaltou também ser necessário definir, com base nos art. 37, § 6º, e 236 da Constituição Federal, qual o tipo de responsabilidade civil que rege a atuação dos tabeliães e notários, se objetiva ou subjetiva, além de saber se o estado-membro aos quais estes agentes se acham vinculados deve responder em caráter primário ou subsidiário em relação aos seus delegatários.

CONCLUSÃO

Como anunciado no inicio desse trabalho o assunto é palpitante e instigante, tanto é que a Corte Suprema reconheceu o caráter de repercussão geral da matéria tendo em vista que o tema constitucional apresentado é questão relevante do ponto de vista econômico, político, social e jurídico ultrapassando os interesses objetivos da causa a ser analisada.

15 consultado em 11.11.2014.

Muito bem andou a respeitável Corte Maior, até porque é considerável a quantidade de ações indenizatórias apresentadas ao Poder Judiciário decorrente de atos notariais eivados de erros os quais causam prejuízos dos mais diferentes matizes.

Não se pode deixar de reconhecer os danos sofridos em decorrência de erros que se arrastam durante anos nos assentamentos de nascimento, ou, em consequência de escrituras maculadas pelo vício da vontade, reconhecimento de assinaturas falsas em documentos, dentre outros que fazem parte da rotina do cidadão brasileiro.

Quando as primeiras linhas desse trabalho começaram a ser escritas a decisão do Ministro Luiz Fux não fora apresentada em plenário, fato que muito contribuiu para a ratificação do reconhecimento da importância do tema, sob vários aspectos: jurídico, econômico, social, enfim a resolução das várias questões aqui trazidas, espera-se, será definitivamente apresentada pelo Supremo Tribunal Federal.

Desa. Sérgia Miranda
6ª. Câmara Cível

REFERENCIAS

1. http://pt.wikipedia.org/wiki/Cart%C3%B3rio em 28.10.14.

2. Edicta regum ostrogothorum. Cassiodoro.

3. J.J. Gomes Canotilho, Gilmar Ferreira Mendes, Ingo Wolfgang Sarlet e Lenio Luiz Streck. Comentários à Constituição do Brasil. Editora Saraiva, Almedina e Instituto Brasileiro de Direito Público, São Paulo, 2013.

4. RESP. 495.933/RS – STJ Relator: Ministro Luiz Fux.

5. JUSTEN FILHO. Marçal. CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, Editora Revista dos Tribunais, 10ª. Edição, 2014 – São Paulo.

6. "A responsabilidade civil do notário". RJTJSP 130/19.

7. Bandeira de Melo. Celso Antonio. Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta. São Paulo. RT, 1990.

8. Silva, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 9ª edição. São Paulo, Malheiros, 1993, pg. 578.

9. "A responsabilidade civil do notário". RJTJSP 130/19.

10. CENEVIVA. Walter, Lei dos Registros Públicos Comentada. Editora Saraiva 2010, 10ª Edição. SP.

11. MELO, Celso Antonio Bandeira de. Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta. SP: Editora RT, 1990.

12. STOCO.Rui. Tratado de Responsabilidade Civil. 9ª. Edição. Revista dos Tribunais, SP, 2014.

13. RESP. 1.134.677/PR – STJ Relatora: Ministra Nancy Adrighi.

14. RESP. 491.976/RJ – STJ Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti.

15. www.stj.br/portal/geral consultado em 11.11.2014.

Jurisprudência Cível

Apelação Cível

APELAÇÃO CÍVEL N. 0016441-70.2007.8.06.0001 DE FORTALEZA
APELANTE: LUCIANA SILVEIRA FEINGOLD
RELATOR: DES. RÔMULO MOREIRA DE DEUS

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INTERDIÇÃO. PEDIDO JULGADO PROCEDENTE. SENTENÇA QUE PRODUZ EFEITOS *EX NUNC*. NECESSIDADE DE AÇÃO PRÓPRIA PARA ANULAR OS ATOS PRATICADOS ANTES DO DECRETO DE INTERDIÇÃO. RECURSO IMPROVIDO.

1. A sentença de interdição é declaratória e gera efeitos unicamente a partir da sua prolação (*ex nunc*), importando ressaltar que os atos praticados antes dela podem ser anulados, desde que, em ação própria, seja comprovada a efetiva existência da incapacidade quando da realização do negócio pela interdita.

2. Apelação conhecida, mas improvida.

ACÓRDÃO

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

Fortaleza, 8 de abril de 2013.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação manejada por Luciana Silveira Feingold, adversando a sentença proferida pelo Juízo da 6ª Vara de Família de Fortaleza nos autos de ação de interdição proposta pela Apelante em desfavor de Maria da Conceição da Silveira Feingold.

Na peça exordial (f. 03-09), a Autora argumenta que é filha da interditanda e que esta, ao perder a sua principal gerente, assumiu diretamente os seus negócios como empresária do ramo de artigos de decoração, contraindo muitas dívidas, o que lhe causou desequilíbrio e depressão.

Demais disso, sustenta a Demandante que a interditanda, mesmo sem capital, realizou várias investimentos com dinheiro emprestado dos seus parentes, endividando-se com toda a família, entrando em falência e perdendo tudo.

Afirmando que, em razão de problemas mentais, a interditanda não reúne condições para exercer pessoalmente os atos da vida civil, requereu a Autora a decretação da interdição da sua mãe, nomeando-se curadora a Requerente.

Sentenciando o feito (f. 54), a Juíza *a quo* julgou procedente o pedido, decretando a interdição postulada e nomeando curadora a Promovente.

Embargos de declaração, por meio dos quais a Demandante alegou que havia omissão na sentença, pois, no seu modo de entender, o *decisum* não tratou, quando deveria ter tratado, acerca do início da incapacidade civil da interdita, foram rejeitados pela Magistrada de 1º Grau (f. 56-59 e f. 60).

A Apelante, em suas razões recursais (f. 62-66), aduz, em síntese, que:

a) é imprescindível que haja a fixação do marco inicial da incapacidade civil da interdita;

b) embora não conste do laudo pericial qualquer informação relativa ao início da doença, a Dra. Lêda de Alencar Araripe e Andrade, médica psiquiatra, noticiou que a moléstia da interdita remonta ao ano de 2003;

c) a testemunha ouvida em Juízo asseverou que os problemas de saúde da interdita surgiram em 2000.

Pugna, enfim, a Recorrente pelo provimento do recurso, para que, reformando-se a sentença fustigada, seja estabelecido o ano de 2000 como sendo o momento inicial da incapacidade civil da interdita ou, caso assim não entenda a Câmara Julgadora, que seja utilizado como data de início o ano de 2003.

Instada a se manifestar, a Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo improvimento do recurso (f. 80-87).

É o relatório, no essencial.

VOTO

O recurso não comporta provimento.

No que tange à sentença de interdição, dispõem os arts. 1.773 do Código Civil e 1.184 do Código de Processo Civil que, *ipsis litteris*:

> Art. 1.773. A sentença que declara a interdição produz efeitos desde logo, embora sujeita a recurso.

> Art. 1.184. A sentença de interdição produz efeito desde logo, embora sujeita a apelação. Será inscrita no Registro de Pessoas Naturais e publicada pela imprensa local e pelo órgão oficial por três vezes, com intervalo de 10 (dez) dias, constando do edital os nomes do interdito e do curador, a causa da interdição e os limites da curatela.

A Recorrente alega que os distúrbios mentais da interdita surgiram bem antes da sentença que decretou a interdição, motivo pelo qual deve ser fixado o momento inicial da doença como sendo o ano de 2000, consoante afirmou a testemunha ouvida em Juízo (f. 50), ou o ano de 2003, utilizando-se como referência o que atestou a médica psiquiatra (f. 18).

O argumento da Apelante não merece acolhida, pois a sentença de interdição é declaratória e gera efeitos unicamente a partir da sua prolação (*ex nunc*), importando ressaltar que os atos praticados antes dela podem ser anulados, desde que, em ação própria, seja comprovada a efetiva existência da incapacidade quando da realização do negócio pela interdita.

Nesse diapasão, o entendimento doutrinário:

> "A decisão que decreta a interdição produz efeitos desde logo, embora sujeita a recurso (Cód. Civil de 2002, art. 1.773, e Cód. Proc. Civil, art. 1.184). Portanto, nulos serão todos os atos praticados pelo insano após a sua prolação, ainda que não intimadas as partes. Os atos anteriores à sentença declaratória são apenas anuláveis e só serão invalidados se se demonstrar em juízo, mediante ação própria, que foram praticados em estado de loucura". (Washington de Barros Monteiro *in* Curso de Direito Civil: Direito de Família. 37. ed. revista e atualizada por Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 2. p. 407)

> "O código processual deu evidente cunho declaratório à sentença de interdição que, ontologicamente, tem conteúdo constitutivo. Não pode a incapacidade firmada na sentença retroagir a período anterior. Os atos praticados pelo interdito são nulos *ex nunc*. Para os atos praticados anteriormente à sentença, deve ser proposta ação de nulidade dos negócios jurídicos praticados pelo agente incapacitado. Nessa situação, em prol dos contratantes de boa-fé, somente é de se anular o ato quando a anomalia mental ressalta evidente, saltando aos olhos do homem médio, sob pena de ser trazida insegurança às relações jurídicas. […] Desse modo, mostra-se inócua e ineficaz a menção de termo inicial da incapacidade na sentença de interdição, pois, por imposição legal, os efeitos da incapacidade ocorrem após essa decisão. Assim, nem mesmo para o momento da propositura da ação pode ser admitida retroação da incapacidade".
> (Sílvio de Salvo Venosa *in* Direito Civil: Direito de Família. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. v. 6. p. 458-459)

No mesmo sentido, os seguintes julgados:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERDIÇÃO - Sentença que produz efeitos *ex nunc* - Inteligência do artigo 1.773, do Código Civil - Possibilidade de anulação de atos anteriores à interdição por ação própria - Anulabilidade de atos anteriores que reclama análise da capacidade do agravante, caso a caso […]
> (TJSP, Agravo de Instrumento 0043193-51.2012.8.26.0000, Rel. Dr. Milton Paulo de Carvalho Filho (Juiz Substituto em 2º Grau), 4ª Câmara de Direito Privado, julgamento em 28.06.2012)
>
> […] EFEITOS DA INTERDIÇÃO […] É pacífico o entendimento doutrinário e jurisprudencial de que a eficácia da sentença de interdição é *ex nunc*, produzindo efeitos apenas a partir de sua prolação. […]
> (TJMG, Agravo de Instrumento 0793887-77.2011.8.13.0000, Rel. Des. Wander Marotta, 7ª Câmara Cível, julgamento em 03.04.2012, publicação em 13.04.2012)
>
> […] INCAPACIDADE - ÔNUS DA PROVA - SENTENÇA DE INTERDIÇÃO - EFEITOS […] A sentença de interdição é predominantemente declaratória e possui, em regra, efeito *ex nunc*. Contudo, é possível, a retroatividade de seus efeitos, em relação à anulação dos atos praticados antes da sua prolação, desde que ajuizada ação de invalidação e provada da existência da incapacidade quando da realização do ato. […]
> (TJMG, Apelação Cível 0993447-50.2006.8.13.0525, Rel. Desa. Evangelina Castilho Duarte, 14ª Câmara Cível, julgamento em 02.02.2012, publicação em 10.02.2012)

Assim sendo, agiu com acerto a Magistrada de 1º Grau, não havendo que ser feito qualquer reparo no *decisum* impugnado.

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

Fortaleza, 8 de abril de 2013.

APELAÇÃO CÍVEL N. 0018750-59.2010.8.06.0001 DE FORTALEZA
APELANTES: VOLKSWAGEN DO BRASIL INDÚSTRIA DE VEÍCULOS AUTOMOTORES LTDA. E SAGANOR NORDESTE COMÉRCIO DE AUTOMÓVEIS E SERVIÇOS LTDA.
APELADA: LUCIANA DE HOLANDA MACIEL
RELATOR: DES. RÔMULO MOREIRA DE DEUS

EMENTA: APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. EVIDENTE LEGITIMIDADE PASSIVA DA CONCESSIONÁRIA APELANTE. AUSÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. COMPRA DE AUTOMÓVEL ZERO KM. VEÍCULO DEFEITUOSO. FALHAS NÃO SANADAS NO PRAZO MÁXIMO DE TRINTA DIAS. DIREITO DO CONSUMIDOR DE EXIGIR A RESTITUIÇÃO DO VALOR GASTO (ART. 18, § 1º, II, DO CDC). REDUÇÃO DO MONTANTE REPARATÓRIO POR DANOS MATERIAIS. DANOS MORAIS CONFIGURADOS, REDUZINDO-SE O RESPECTIVO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO. RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS.

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 às Apelações, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 28 de abril de 2014.

RELATÓRIO

Cogita-se de Apelações manejadas por Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotores Ltda. e Saganor Nordeste Comércio de Automóveis e Serviços Ltda., adversando a sentença proferida pelo Juízo da 19ª Vara Cível de Fortaleza que, nos autos de ação de reparação de danos materiais e morais, com pleito de antecipação

de tutela, contra elas proposta por Luciana de Holanda Maciel, julgou procedente o pedido.

Na peça introdutória (f. 01-28), a Autora alega que, em dezembro de 2008, adquiriu, em negócio realizado com a Saganor Nordeste Comércio de Automóveis e Serviços Ltda., veículo zero km VW Fox 1.0, Bege-Prata, ano 2008, modelo 2009, pelo valor de R$ 35.500,00 (trinta e cinco mil e quinhentos reais), havendo comprado para o automóvel, no momento da aquisição, itens destinados ao seu aprimoramento (tapetes, protetor do motor, frisos nas portas, som original e kit de alto-falantes), ao custo adicional de R$ 596,26 (quinhentos e noventa e seis reais e vinte e seis centavos).

Afirma a Demandante, além disso, que o carro lhe foi entregue com variados defeitos, a saber: problema nos retrovisores, manchas na pintura, pontos de ferrugem por toda a lataria, endurecimento do pedal de freio (causando falha grave no sistema de frenagem, com a necessidade do uso do freio de mão), estancamento do motor, barulho na carroceria, imperfeição na direção hidráulica e forro do teto soltando.

A Promovente argumenta, ainda, que os problemas do automóvel nunca foram resolvidos, não obstante tenha o veículo estado na Concessionária demandada por diversas vezes, sendo que, em virtude principalmente da ausência de freio, o carro está parado, sem poder ser utilizado, haja vista o grande risco de acidentes, tendo a Requerente que se deslocar de táxi ou de ônibus.

Sustentando que ainda gastou com o carro a quantia de R$ 1.400,00 (mil e quatrocentos reais), correspondente a serviços nele realizados (colocação de película anti-impacto, diamantação da pintura e impermeabilização dos bancos), postulou a Autora o recebimento de montante correspondente à soma do valor do automóvel (R$ 35.500,00) com as duas referidas despesas (R$ 596,26 e R$ 1.400,00), o que corresponde a R$ 37.496,26 (trinta e sete mil quatrocentos e noventa e seis reais e vinte e seis centavos), além de indenização por danos morais no valor de R$ 374.962,60 (trezentos e setenta e quatro mil novecentos e sessenta e dois reais e sessenta centavos).

O Juiz *a quo* indeferiu o pedido de tutela antecipada (f. 68).

Contestando o feito, a Saganor Nordeste Comércio de Automóveis e Serviços Ltda. suscitou, preliminarmente, a sua ilegitimidade passiva *ad causam*, requerendo, no mérito, fosse julgado totalmente improcedente o pleito inicial, havendo a Volkswagem do Brasil Indústria de Veículos Automotores Ltda. também postulado, em sua contestação, a completa improcedência do pedido exordial (f. 76-101 e f. 128-149).

Sentenciando o feito de forma antecipada, o Magistrado de 1º Grau, ao tempo em que rejeitou a preliminar de ilegitimidade passiva, levantada pela

Concessionária promovida, julgou procedente o pleito prefacial, determinando que as Requeridas, solidariamente, pagassem à Autora, a título de indenização por danos materiais, o valor de R$ 37.734,26 (trinta e sete mil setecentos e trinta e quatro reais e vinte e seis centavos), com correção monetária a partir do desembolso respectivo de cada despesa e juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês a partir da citação, montante que, por força de antecipação de tutela deferida na sentença, deveria ser depositado em Juízo no prazo de 5 (cinco) dias, sob pena de multa diária, condenando as Requeridas, ainda, também em regime de solidariedade, ao pagamento de indenização por danos morais em quantia equivalente a R$ 7.546,85 (sete mil quinhentos e quarenta e seis reais e oitenta e cinco centavos), com correção monetária a partir da sentença e juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês a partir da citação, além das custas processuais e dos honorários advocatícios, os quais foram arbitrados em 12% (doze por cento) sobre o valor da condenação (f. 214-224).

Em suas razões recursais (f. 228-250), a Fabricante ré afirma, em sinopse, que:

a) houve cerceamento de sua defesa, visto que, por força do julgamento antecipado da demanda, as provas necessárias ao deslinde da questão não foram produzidas;

b) a tutela antecipada deve ser revogada, vez que não foi claramente demonstrada a existência de defeitos de fabricação;

c) o carro da Apelada foi devidamente analisado e reparado, dentro do prazo previsto no CDC, encontrando-se em perfeitas condições, não havendo que se falar, portanto, em indenização por danos materiais ou morais;

d) ainda que se entenda pela procedência do pleito de reparação por danos materiais, deve ser utilizado não o valor pago pelo automóvel, mas sim o valor da tabela Fipe, vez que o veículo foi e vem sendo utilizado pela Recorrida, devendo o carro objeto do litígio, ademais, ser restituído livre de quaisquer ônus (débitos de IPVA, de licenciamento ou de multas);

e) mesmo que se entenda pela sua condenação, deve ser reduzido o *quantum* indenizatório de R$ 7.546,85 (sete mil quinhentos e quarenta e seis reais e oitenta e cinco centavos), fixado pelo Juiz *a quo*, a título de indenização por danos morais, além do que os juros moratórios devem ser contados somente a partir do trânsito em julgado da sentença.

Pugna a Fabricante recorrente, enfim, pelo provimento do recurso, para que, acaso não seja anulada, que seja reformada a sentença vergastada.

Em seu recurso apelatório (f. 296-325), a Concessionária demandada aduz, em preliminar da causa, a sua ilegitimidade passiva *ad causam*, ao argumento de que não praticou nenhum ato ilícito, pois o vício de fabricação é de responsabilidade não da empresa que vende, mas sim da que fabrica, o que impõe a extinção do feito, sem resolução de mérito, ou a sua exclusão do polo passivo da ação.

No mérito, a Concessionária apelante assevera, em síntese, que:

a) houve cerceamento de sua defesa, porquanto, em virtude do julgamento antecipado do processo, a indispensável instrução probatória deixou de ser realizada;

b) deve ser revogada a antecipação de tutela concedida, na medida em que não deu causa aos danos supostamente experimentados pela Apelada;

c) além de não ter praticado nenhum ato ilícito, os alegados danos materiais e morais não foram comprovados pela Recorrida, o que enseja a improcedência do pedido inaugural;

d) ainda que se entenda pela sua condenação ao pagamento de indenização por danos morais, deve ser reduzido o *quantum* indenizatório de R$ 7.546,85 (sete mil quinhentos e quarenta e seis reais e oitenta e cinco centavos), o qual deve ser atualizado a partir da data da condenação e não a contar da citação.

Requer a Concessionária apelante, enfim, o provimento do recurso, para que, acaso não seja o feito extinto, sem resolução de mérito, ou não seja ela excluída do polo passivo da lide, que seja anulada ou reformada a sentença impugnada.

Contrarrazões da Apelada às f. 337-353 e às f. 361-394.

É o relatório, no essencial.

VOTO

Passo a examinar a preliminar da lide de ilegitimidade passiva, levantada pela Concessionária recorrente.

Sustenta a Concessionária apelante que é patente a sua ilegitimidade passiva *ad causam*, tendo em vista que deve responder pelo defeito de fabricação não a vendedora, mas sim a fabricante, devendo haver a extinção do processo, sem resolução de mérito, ou a sua exclusão do polo passivo da lide.

O argumento não deve ser acolhido.

Consoante já decidiu o STJ, "a melhor exegese dos arts. 14 e 18 do CDC indica que todos aqueles que participam da introdução do produto ou serviço no mercado devem responder solidariamente por eventual defeito ou vício, isto é, imputa-se a toda a cadeia de fornecimento a responsabilidade pela garantia de qualidade e adequação", de modo que "no sistema do CDC fica a critério do consumidor a escolha dos fornecedores

solidários que irão integrar o polo passivo da ação", o qual poderá "exercitar sua pretensão contra todos ou apenas contra alguns desses fornecedores, conforme sua comodidade e/ou conveniência" (STJ, REsp 1077911/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, DJe 14.10.2011).

Dessa forma, todos os fornecedores (inclusive o comerciante) responderão solidariamente pelos vícios do produto, a teor do disposto no art. 18, *caput*, do CDC[1].

Acerca do assunto, colaciono os seguintes julgados:

> DIREITO CIVIL. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. AQUISIÇÃO DE VEÍCULO ZERO-QUILÔMETRO PARA UTILIZAÇÃO PROFISSIONAL COMO TÁXI. DEFEITO DO PRODUTO. INÉRCIA NA SOLUÇÃO DO DEFEITO. […]
> 2. A constatação de defeito em veículo zero-quilômetro revela hipótese de vício do produto e impõe a responsabilização solidária da concessionária (fornecedor) e do fabricante, conforme preceitua o art. 18, *caput*, do CDC. […]
> (STJ, REsp 611872/RJ, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, 4ª Turma, DJe 23.10.2012)

> RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. VEÍCULO NOVO. AQUISIÇÃO. DEFEITOS NÃO SOLUCIONADOS DURANTE O PERÍODO DE GARANTIA. […] RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO FABRICANTE E DO FORNECEDOR. INCIDÊNCIA DO ART. 18 DO CDC. […]
> 1. Diversos precedentes desta Corte, diante de questões relativas a defeitos apresentados em veículos automotores novos, firmaram a incidência do art. 18 do Código de Defesa do Consumidor para reconhecer a responsabilidade solidária entre o fabricante e o fornecedor. […]
> (STJ, REsp 547794/PR, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, 4ª Turma, DJe 22.02.2011)

Assim sendo, não pode a Concessionária recorrente querer se eximir do dever de responder por eventuais danos materiais e morais causados ao consumidor, em decorrência de defeitos em veículo zero km por ela comercializado.

Desse modo, rejeitando a prejudicial da demanda de ilegitimidade passiva, passo ao exame do mérito.

---

1 Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

Meritoriamente, os recursos comportam apenas parcial provimento.

As Apelantes sustentam que o julgamento antecipado do processo causou-lhes prejuízos, sendo manifesto o cerceamento de defesa.

Razão não lhes assiste.

Na espécie, o Juiz da causa, reputando presentes os pressupostos legais, julgou antecipadamente a lide, por considerar que a instrução processual nada acrescentaria ao feito e por entender que a prova documental era suficiente para formar o seu convencimento.

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

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

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

Acrescento, ainda, que, por ser o juiz o destinatário da prova, a ele cabe decidir quais elementos de prova são necessários à formação do seu livre convencimento motivado.

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

Dessa forma, não há que se falar em cercamento de defesa no caso em apreço, tendo sido acertado o julgamento antecipado do processo, pois a documentação constante dos autos (f. 43-65, f. 113-116, f. 178-183 e f. 207-212) é suficiente para que se possa decidir a questão, afigurando-se desnecessária a produção de provas.

A Recorrida, em negócio realizado com a Concessionária recorrente, comprou automóvel VW/Fox zero km, o qual, no momento do recebimento, apresentava avaria em um dos retrovisores e, pouco tempo depois, já era numerosa a lista de defeitos

(endurecimento do pedal do freio, porta-malas sem responder ao controle, estancamento do veículo e falha no revestimento da coluna), o que fez com que o carro fosse levado para a oficina da Concessionária apelante (ordens de serviço 107573 e 107574, às f. 50 e 51, respectivamente).

Mesmo após o automóvel sair do conserto da Concessionária recorrente, alguns defeitos permaneceram (pedal do freio duro, estancamento do veículo e falha nos retrovisores) e, ademais, havia manchas na pintura, pontos de ferrugem por toda a lataria e barulho na carroceria, o que fez com que o carro fosse novamente levado para a oficina da Concessionária apelante (ordens de serviço 108102 e 108201, às f. 53 e 52, respectivamente).

Em 31.03.2009, a Apelada esteve novamente na Concessionária recorrente e outras duas ordens de serviço foram abertas (114748 e 114753, às f. 54 e 55, respectivamente), por meio das quais foram noticiados antigos e também novos problemas (falha no forro da porta traseira do lado esquerdo, barulho no painel central próximo ao som, acabamento do forro do teto defeituoso, volante duro e estancamento do veículo).

A Recorrida, em 07.04.2009, mais uma vez foi à Concessionária apelante e informou os seguintes vícios: ruído no revestimento da coluna, barulho no painel central, impossibilidade de abrir por dentro a porta traseira do lado esquerdo, deformação do revestimento da parte superior da coluna do lado direito e dificuldade de ligar o carro com o motor frio (ordem de serviço 115622, à f. 56).

Desse modo, malgrado tenha o carro estado por diversas vezes na Concessionária recorrente, algumas imperfeições permaneceram, a saber: ausência de freio (sendo necessário o uso do freio de mão), falha no funcionamento da direção hidráulica, desgaste da pintura, ruídos diversos e desprendimento do forro do teto.

A solução da controvérsia, haja vista a manifesta relação de consumo, reside no Código de Defesa do Consumidor, especificamente em seu art. 18, § 1º, I, II e III[2].

Consoante dispõe o referido comando legal, pode o consumidor, se não for sanado o problema no prazo máximo de trinta dias, exigir, alternativamente e à sua

2 Art. 18. […]
§ 1° Não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:
I - a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso;
II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;
III - o abatimento proporcional do preço.

escolha, a substituição do produto, a restituição do valor pago ou a redução proporcional do preço.

Dessa forma, não deve ser acolhido o argumento da Fabricante recorrente de que deve ser utilizado o valor da tabela Fipe, pois, nos termos do aludido dispositivo, o consumidor poderá exigir a devolução do exato montante gasto com o produto, monetariamente atualizado.

As ordens de serviço constantes dos autos datam de 28.01.2009 (f. 50 e f. 51), de 03.02.2009 (f. 52 e f. 53), de 31.03.2009 (f. 54 e f. 55) e de 07.04.2009 (f. 56), cabendo salientar que há repetição dos problemas nelas noticiados, notadamente no que diz respeito ao problema no freio do automóvel, comunicado reiteradas vezes à Concessionária apelante.

Assim sendo, decorreu prazo superior a trinta dias sem a solução de todos os defeitos apresentados pelo carro da Recorrida, visto que, entre a primeira e a última ordem de serviço (28.01.2009 e 07.04.2009, respectivamente), o lapso temporal é maior que sessenta dias.

Dessa forma, aplicam-se à hipótese dos autos as disposições do art. 18, § 1º, I, II e III, do CDC.

Acerca do assunto, colaciono os seguintes julgados:

> RECURSO ESPECIAL - DEMANDA VISANDO A RESTITUIÇÃO DE QUANTIA PAGA PELO CONSUMIDOR NA AQUISIÇÃO DE VEÍCULO NOVO - APRESENTAÇÃO DE VÍCIOS DE QUALIDADE - SUCESSIVOS RETORNOS À REDE DE CONCESSIONÁRIAS PARA REPARO DA MESMA IMPERFEIÇÃO - TRANSCURSO DO PRAZO DE 30 (TRINTA) DIAS (ART. 18, §1º, DO CDC) […]
>
> 1. Caso em que o consumidor adquiriu veículo "zero quilômetro", o qual apresentou sucessivos vícios, ensejando a privação do uso do bem, ante os reiterados comparecimentos à rede de concessionárias. Efetivação da solução a destempo, consideradas as idênticas imperfeições manifestadas no que tange ao "desempenho" do veículo, segundo as balizas fáticas firmadas pelas instâncias ordinárias. Hipótese de cabimento da devolução da quantia paga.
>
> 2. Em havendo sucessiva manifestação de idênticos vícios em automotor novo, o aludido lapso conferido para o fornecedor os equacionar é computado de forma global, isto é, não se renova cada vez que o veículo é entregue à fabricante ou comerciante em razão do mesmo problema.
>
> 3. A solução para o imperfeito funcionamento do produto deve ser implementada dentro do prazo de trinta dias, norma que, uma vez inobservada, faz nascer para o consumidor o direito potestativo de optar, segundo sua conveniência, entre a substituição do produto, a restituição imediata da quantia paga ou o abatimento proporcional do preço (art. 18, §1º, I, II e III, do CDC).

4. Não é legítimo esperar que um produto novo apresente defeitos imediatamente após a sua aquisição e que o consumidor tenha que, indefinidamente, suportar os ônus da ineficácia dos meios empregados para a correção dos problemas apresentados.
5. O prazo de 30 dias constante do art. 18, § 1º, do CDC, consoante o princípio da proteção integral (art. 6º, VI), deve ser contabilizado de forma a impedir o prolongamento do injusto transtorno causado ao consumidor, na medida em que é terminantemente vedada a transferência, pelo fornecedor de produtos e serviços, dos riscos da sua atividade econômica.
6. Recurso especial provido.
(STJ, REsp 1297690/PR, Rel. Min. Marco Buzzi, 4ª Turma, DJe 06.08.2013)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR. PRODUTO DEFEITUOSO. COMPRA E VENDA DE VEÍCULO. RESCISÃO DO CONTRATO. DEVOLUÇÃO DO PREÇO. […]
- Faculta-se ao consumidor pleitear a devolução do preço em caso de defeito em produto durável que não tenha provocado, manifestado no prazo de garantia legal e não sanado em 30 dias. […]
(TJMG, Apelação Cível 0911745-89.2004.8.13.0707, Rel. Des. José Flávio de Almeida, 12ª Câmara Cível, julgamento em 03.02.2010, publicação em 01.03.2010)

INDENIZAÇÃO. VEÍCULO ZERO QUILÔMETRO. VÍCIO DO PRODUTO. ARTIGO 18 DO CDC. […] RESTITUIÇÃO DOS VALORES PAGOS. DEVOLUÇÃO DO BEM. […]
De acordo com o artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor, tanto o fabricante como o fornecedor são responsáveis pelo vício do produto, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha, a substituição, a restituição da quantia paga ou o abatimento do preço, caso o vício não seja sanado no prazo máximo de 30 (trinta) dias. Para se eximir da responsabilidade, não basta que parte ré tenha tentado reparar os defeitos do veículo no prazo fixado em lei, cumprindo a ela sanar efetivamente os vícios. […]
(TJMG, Apelação Cível 8226911-44.2005.8.13.0024, Rel. Des. Renato Martins Jacob, 14ª Câmara Cível, julgamento em 28.08.2008, publicação em 10.10.2008)

CONSUMIDOR - APELAÇÃO CÍVEL - VEÍCULO - VÍCIO NÃO SANADO EM 30 DIAS - RESTITUIÇÃO DEVIDA […] INTELIGÊNCIA DO ART. 18, §1º, II, DO CDC.
Nos termos da legislação consumerista, não sanado o vício do automóvel no prazo de 30 dias, faz jus o consumidor à restituição do valor pago mediante a devolução do objeto em questão. […]
(TJMG, Apelação Cível 2378484-03.2006.8.13.0024, Rel. Des. Barros Levenhagen, 13ª Câmara Cível, julgamento em 15.05.2008, publicação em 07.06.2008)

Entretanto, o valor da indenização por danos materiais deve ser reduzido de R$ 37.734,26 (trinta e sete mil setecentos e trinta e quatro reais e vinte e seis centavos) para R$ 37.496,26 (trinta e sete mil quatrocentos e noventa e seis reais e vinte e seis centavos), visto que a quantia a ser restituída deve corresponder ao montante pleiteado pela Apelada em sua peça exordial, resultante do somatório das seguintes despesas, a saber:

a) f. 45 - valor do carro: R$ 35.500,00 (trinta e cinco mil e quinhentos reais);

b) f. 48 - tapetes, protetor do motor, frisos nas portas, som original e kit de alto-falantes: R$ 596,26 (quinhentos e noventa e seis reais e vinte e seis centavos);

c) f. 64 - colocação de película anti-impacto, diamantação da pintura e impermeabilização dos bancos: R$ 1.400,00 (mil e quatrocentos reais).

Desse modo, considerando que o defeito não foi solucionado no prazo máximo de trinta dias, é direito da Recorrida, nos termos do art. 18, § 1º, II, do CDC, optar por desfazer o negócio e receber de volta o valor gasto com o automóvel, juntamente com a soma gasta com os serviços e acessórios acima citados, totalizando o montante de R$ 37.496,26 (trinta e sete mil quatrocentos e noventa e seis reais e vinte e seis centavos), importando ressaltar que a restituição da mencionada quantia deve ser acompanhada da devolução do produto defeituoso (decorrência lógica da resolução contratual), livre de quaisquer ônus (débitos de IPVA, de licenciamento ou de multas).

Acrescento, ainda, que não há nenhuma irregularidade na antecipação de tutela concedida na sentença pelo Magistrado de 1º Grau (para que o valor a ser restituído fosse depositado em Juízo pelas Recorrentes no prazo de 5 dias), vez que, além de os defeitos do carro não terem sido solucionados no prazo máximo de 30 (trinta) estabelecido pelo CDC (estando evidente, por conseguinte, o direito da Recorrida de receber de volta o numerário por ela gasto), o montante não foi repassado para a Apelada, tendo sido, em verdade, depositado em conta judicial, de modo que a eventual reversão da sentença impugnada não traria nenhum prejuízo às Apelantes.

De mais a mais, tenho que as adversidades suportadas pela Recorrida foram muitas, na medida em que, apesar de ter comprado carro zero km (esperando, portanto, não ter problemas), teve que levá-lo por diversas vezes à oficina, ficando sem poder usufruir do veículo (o qual, até o presente momento, apresenta variadas falhas e grave defeito no freio), o que seguramente lhe causou transtornos e inquietações, motivo pelo qual deve ela ser indenizada pelos danos morais experimentados.

Assim, postas as premissas necessárias, passo a analisar o valor da indenização.

A avaliação pecuniária do dano moral ainda é objeto de acaloradas discussões doutrinárias, uma vez inexistir dispositivos legais que estabeleçam critérios objetivos, em razão da sua própria natureza, que, por definição, independe de qualquer vinculação com prejuízo material.

Dessa forma, cabe ao julgador, ao seu prudente arbítrio, guardadas as peculiaridades de cada caso, fixar valor suficiente à reparação do dano, mas que, ao mesmo tempo, não se constitua em instrumento de enriquecimento indevido do ofendido. A indenização deve guardar proporcionalidade entre o sofrimento suportado e as condições econômicas do ofensor e da vítima.

Nessa diretriz, orienta-se a doutrina, com eco na jurisprudência:

> "A vítima de uma lesão a algum daqueles direitos sem cunho patrimonial efetivo, mas ofendida em um bem jurídico que em certos casos pode ser mesmo mais valioso do que os integrantes de seu patrimônio, deve receber uma soma que lhe compense a dor ou sofrimento, a ser arbitrada pelo juiz, atendendo as circunstâncias de cada caso, e tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido. Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento ilícito, nem tão pequena que se torne inexpressiva".
> (Caio Mário da Silva Pereira *in* Responsabilidade Civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. n. 49. p. 67)

> "O valor do dano moral tem sido enfrentado no STJ com o escopo de atender a sua dupla função: reparar o dano buscando minimizar a dor da vítima e punir o ofensor, para que não volte a reincidir".
> (STJ, REsp 734.303/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, DJ 15.08.2005)

Nesse contexto, o Juiz *a quo* fixou valor mais elevado do que aquele que se mostra apropriado, devendo o montante ser reduzido para R$ 5.000,00 (cinco mil reais), *quantum* que se mostra razoável e condizente com a realidade dos autos.

Para ilustrar, saliento que esta 3ª Câmara Cível, em caso análogo ao presente, sob a minha relatoria e por unanimidade, manteve a indenização por danos morais fixada no 1º Grau em R$ 5.000,00 (cinco mil reais), conforme se verifica por meio do seguinte aresto:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS E MATERIAIS. COMPRA DE AUTOMÓVEL ZERO KM. VEÍCULO DEFEITUOSO. FALHA NÃO SANADA PELA APELANTE NO PRAZO DE TRINTA DIAS. DIREITO DO CONSUMIDOR DE RESCINDIR O CONTRATO E EXIGIR A DEVOLUÇÃO DO VALOR PAGO PELO CARRO (ART. 18, § 1º, II, DO CDC). DANOS MORAIS CONFIGURADOS.

> MANUTENÇÃO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO. REFORMA, DE OFÍCIO, DA PARTE DA SENTENÇA QUE TRATOU SOBRE O INÍCIO DA CORREÇÃO MONETÁRIA DO VALOR DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E SOBRE OS JUROS MORATÓRIOS. RECURSO IMPROVIDO.
> **1**. Considerando que o defeito não foi solucionado pela Apelante no prazo de trinta dias, é direito do Apelado optar por desfazer o negócio e receber de volta o valor pago pelo automóvel (art. 18, § 1º, II, do CDC), importando ressaltar que a restituição da quantia paga deve ser acompanhada da devolução do produto defeituoso, decorrência lógica da resolução contratual.
> **2**. As adversidades suportadas pelo Recorrido foram muitas, vez que, apesar de ter comprado carro zero km (esperando, portanto, não ter problemas), teve que levá-lo por diversas vezes à oficina da Recorrente, ficando, em razão disso, sem o veículo, o que seguramente lhe causou transtornos e inquietações, motivo pelo qual deve ele ser indenizado pelos danos morais experimentados.
> **3**. O montante da indenização por danos morais, fixado em R$ 5.000,00 (cinco mil reais), deve ser mantido, vez que se mostra razoável e condizente com a realidade dos autos.
> **4**. Reforma, de ofício, da parte da sentença que tratou sobre o início da correção monetária do valor da indenização por danos morais e sobre os juros moratórios. A correção monetária deve observar a Súmula 362 do STJ, *in verbis*: "A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento". Os juros moratórios, por seu turno, são devidos a partir da citação, à taxa de 1% ao mês, em consonância com o art. 406 do Código Civil e com o art. 161, § 1º, do CTN.
> **5**. Apelação conhecida, mas improvida.
> (TJCE, Apelação Cível 0094988-56.2009.8.06.0001, Rel. Des. Rômulo Moreira de Deus, 3ª Câmara Cível, julgamento em 06.05.2013)

A correção monetária do montante reparatório por danos morais deve observar a Súmula 362 do STJ, segundo a qual "a correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento", devendo a correção monetária ocorrer, portanto, a partir da prolação do presente acórdão.

No que tange à correção monetária do valor da indenização por danos materiais, agiu com acerto o Magistrado de 1º Grau, porquanto, "nos termos do enunciado 43 da Súmula do STJ[3], a correção monetária, em caso de danos materiais, corre desde a data do evento danoso" (STJ, EDcl no REsp 538279/SP, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, 4ª Turma, DJe 29.08.2012), devendo a correção monetária incidir, por conseguinte, a contar do desembolso de cada despesa.

3 Súmula 43 do STJ: "Incide correção monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo".

No que tange aos juros moratórios, saliento que, em se tratando de responsabilidade contratual, caso dos autos, o STJ já decidiu que "os juros moratórios possuem como termo inicial a data da citação" (STJ, EDcl no REsp 538279/SP, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, 4ª Turma, DJe 29.08.2012).

Dessa forma, como bem decidiu o Juiz *a quo*, os juros moratórios relacionados aos dois montantes indenizatórios devem ser fixados, a contar da citação, em 1% (um por cento) ao mês (art. 406 do Código Civil e art. 161, § 1º, do CTN).

Sobre o tema, trago à baila os seguintes julgados:

> […] RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL. DANO MORAL. JUROS DE MORA CONTADOS DA CITAÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. FIXAÇÃO DEFINITIVA. DATA DO ARBITRAMENTO. […]
> 2. O entendimento do Superior Tribunal de Justiça é de que os juros moratórios são contados da data da respectiva citação nas hipóteses de responsabilidade contratual, como no caso dos autos.
> 3. Nas indenizações por dano moral, o termo inicial para a incidência da correção monetária é a data da prolação da decisão em que foi arbitrado definitivamente o valor da indenização. […]
> (STJ, EDcl no REsp 1062990/PR, Rel. Min. Raul Araújo, 4ª Turma, DJe 20.09.2013)
>
> […] AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANOS MATERIAIS E MORAIS. […] JUROS MORATÓRIOS. TERMO INICIAL. IMPROVIMENTO. […]
> 2.- Os juros moratórios, em sede de responsabilidade contratual, fluem a partir da citação. Precedentes.
> 3.- Agravo Regimental improvido.
> (STJ, AgRg no REsp 1341138/SP, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª Turma, DJe 07.06.2013)
>
> […] AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS DECORRENTES DA INDEVIDA RECUSA DE COBERTURA PELA OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE CONHECEU DO RECLAMO DO CONSUMIDOR PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL, ARBITRANDO O VALOR DA VERBA INDENIZATÓRIA, ACRESCIDA DE JUROS MORATÓRIOS A PARTIR DA CITAÇÃO.
> 1. Termo inicial dos juros de mora. A Segunda Seção desta Corte consolidou o entendimento de que o cômputo dos juros moratórios, resultantes de inadimplemento de obrigação contratual, inicia-se na data da citação do réu, por força da norma cogente inserta no artigo 405 do Código Civil de 2002. Ademais, à luz da premissa lógico-jurídica firmada pelo citado órgão julgador, quando do julgamento do Recurso Especial 1.132.866/SP (Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Rel. p/ Acórdão Ministro Sidnei Beneti, julgado em 23.11.2011, DJe 03.09.2012), a iliquidez da obrigação (como é o caso da indenização por dano moral) não tem o condão de deslocar o

> termo inicial dos juros moratórios para a data do arbitramento definitivo do *quantum debeatur*.
> 2. Agravo regimental desprovido com imposição de multa.
> (STJ, AgRg no AREsp 72494/PR, Rel. Min. Marco Buzzi, 4ª Turma, DJe 28.05.2013)
>
> […] RESPONSABILIDADE CIVIL. […] AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE EXTRAÇÃO E CARREGAMENTO DE TORAS E RESÍDUOS DE *PINNUS*. […] JUROS MORATÓRIOS. CITAÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. SÚMULA N. 43/STJ. […]
> 2. Os juros moratórios, em sede de responsabilidade contratual, fluem a partir da citação. Precedentes.
> 3. O termo inicial da correção monetária aplicável nos casos de indenização por danos materiais conta-se da data do efetivo prejuízo, nos termos da Súmula n. 43/STJ.
> 4. Agravo regimental desprovido.
> (STJ, AgRg no REsp 1176131/RS, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, 4ª Turma, DJe 04.03.2013)

Diante do exposto, conheço das Apelações interpostas, dando-lhes parcial provimento, para reduzir o montante reparatório por danos materiais de R$ 37.734,26 (trinta e sete mil setecentos e trinta e quatro reais e vinte e seis centavos) para R$ 37.496,26 (trinta e sete mil quatrocentos e noventa e seis reais e vinte e seis centavos), para reduzir o *quantum* indenizatório por danos morais de R$ 7.546,85 (sete mil quinhentos e quarenta e seis reais e oitenta e cinco centavos) para R$ 5.000,00 (cinco mil reais) e para determinar que o automóvel seja devolvido às Recorrentes livre de quaisquer ônus (débitos de IPVA, de licenciamento ou de multas), mantendo, no mais, a sentença combatida.

Fortaleza, 28 de abril de 2014.

APELAÇÃO CÍVEL N. 0037524-45.2007.8.06.0001 DE FORTALEZA
APELANTES: COMÉRCIO DE ALIMENTOS PICANHA DA TERRA LTDA. E ÂNGELA REGINA LIMA DE OLIVEIRA
APELADAS: COMÉRCIO DE ALIMENTOS PICANHA DA TERRA LTDA., SUYANE COSTA MONTEIRO SOUZA E ÂNGELA REGINA LIMA DE OLIVEIRA
RELATOR: DES. RÔMULO MOREIRA DE DEUS

EMENTA: APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. EXCLUSÃO DO PROPRIETÁRIO DO IMÓVEL DO POLO PASSIVO DA DEMANDA. INEXISTÊNCIA DE RECURSO IMPUGNANDO A DECISÃO *A QUO*. PRECLUSÃO TEMPORAL. GALHOS DE ÁRVORES INVADINDO O TERRENO DA AUTORA. DANOS MATERIAIS QUE NÃO COMPORTAM INDENIZAÇÃO. ART. 1.283 DO CÓDIGO CIVIL. BARULHO EXCESSIVO PROVOCADO POR CHURRASCARIA. OFENSAS VERBAIS SOFRIDAS PELA PROMOVENTE. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. MANUTENÇÃO DO *QUANTUM*. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ENTRE O RESTAURANTE E A SUA SÓCIA GERENTE. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CORRETAMENTE ARBITRADOS. ESTABELECIMENTO, DE OFÍCIO, DO MOMENTO INICIAL DA CORREÇÃO MONETÁRIA. FIXAÇÃO, DE OFÍCIO, DOS JUROS MORATÓRIOS. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA.

1. Não tendo a Autora recorrido da decisão que excluiu o proprietário do imóvel do polo passivo da demanda, operou-se, para ela, a preclusão temporal, estando a matéria acobertada pelo manto da coisa julgada material.

2. O art. 1.283 do Código Civil estabelece que "as raízes e os ramos de árvore, que ultrapassarem a estrema do prédio, poderão ser cortados, até o plano vertical divisório, pelo proprietário do terreno invadido", de modo que a Demandante poderia ter efetuado livremente a poda dos galhos que estavam

invadindo o seu terreno, não havendo que se falar, portanto, em indenização pelos danos materiais, os quais poderiam ter sido evitados pela própria Promovente.
3. Além de a Autora ter sofrido agressões verbais por parte da sócia gerente do Restaurante, restou comprovado o barulho excessivo produzido pela Churrascaria, afigurando-se evidentes os transtornos causados à Demandante, estando caracterizado, portanto, o dano moral.
4. O montante de R$ 8.000,00 (oito mil reais), fixado pela Juíza de 1º Grau, a título de indenização por danos morais, deve ser mantido, vez que se mostra razoável e condizente com a realidade dos autos.
5. A sócia gerente do Restaurante, que teve participação direta nos danos ocasionados à Autora, deve responder solidariamente com aquele pelo *quantum* indenizatório.
6. Os honorários advocatícios foram arbitrados com base nos critérios previstos no art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC, não havendo que ser feito qualquer reparo. Por ter havido sucumbência recíproca, foi corretamente aplicado à espécie o art. 21 do CPC.
7. Fixação, de ofício, do momento inicial da correção monetária do valor da indenização por danos morais, observando-se, para esse fim, a Súmula 362 do STJ, *in verbis*: "A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento".
8. Os juros moratórios, arbitrados de ofício, são devidos a partir do evento danoso, nos termos da Súmula 54 do STJ, à taxa de 1% ao mês, em consonância com o art. 406 do Código Civil e com o art. 161, § 1º, do CTN.
9. Apelação da Demandante conhecida e parcialmente provida.
10. Apelação da Demandada 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 dar parcial provimento à Apelação da Demandante, negar provimento à Apelação da Demandada, estabelecer, de ofício, o momento inicial da correção monetária do valor da indenização por danos morais e arbitrar, de ofício, os juros moratórios, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 3 de junho de 2013

RELATÓRIO

Trata-se de Apelações manejadas por Comércio de Alimentos Picanha da Terra Ltda. e Ângela Regina Lima de Oliveira, adversando a sentença proferida pelo Juízo da 9ª Vara Cível de Fortaleza que, nos autos de ação de indenização por danos morais e materiais proposta por Ângela Regina Lima de Oliveira em desfavor de Rubens Pereira Bahia Júnior, Comércio de Alimentos Picanha da Terra Ltda. e Suyane Costa Monteiro Souza, julgou parcialmente procedente o pedido.

Na peça exordial (f. 02-14), a Autora alega que sempre teve uma vida tranquila até o momento em que se instalou, ao lado da sua casa, restaurante com música ao vivo, do tipo pagode e forró, e telão para o acompanhamento de jogos de futebol, expondo, ademais, que o referido estabelecimento funciona diariamente, alguns dias até "alta madrugada" (f. 05), fato que incomoda sobremodo a vizinhança.

Demais disso, sustenta a Demandante que, além dos transtornos causados pela poluição sonora, o terreno da churrascaria possui duas grandes mangueiras e alguns galhos delas atingem o espaço da sua casa, deixando cair frutas e folhas no seu telhado, o que danifica as telhas e entope as calhas.

Afirma, ainda, que foi insultada por Suyane Costa Monteiro Souza, sócia da Churrascaria, de "doida e maluca" (f. 07) e que tentou, por diversas vezes, resolver a situação, não havendo, contudo, logrado êxito.

Requereu a Promovente, por meio da ação de que se cuida, a título de indenização por danos materiais, a quantia de R$ 1.815,50 (mil oitocentos e quinze reais e cinquenta centavos) e, a título de indenização por danos morais, o montante de R$ 75.000,00 (setenta e cinco mil reais), a ser dividido em partes iguais (R$ 25.000,00 para cada) entre o proprietário do imóvel (Rubens Pereira Bahia Júnior), a sócia gerente do restaurante (Suyane Costa Monteiro Souza) e o próprio estabelecimento comercial (Comércio de Alimentos Picanha da Terra Ltda.).

Em sua contestação (f. 138-140), Rubens Pereira Bahia Júnior argumentou que não tinha legitimidade para figurar no polo passivo da lide, eis que, por estar alugado

o seu imóvel, é do locatário a responsabilidade sobre o barulho e sobre o tamanho das árvores, havendo a Juíza *a quo* dado guarida à sua argumentação, excluindo-o do polo passivo da demanda (f. 190-191).

Sentenciando a ação (f. 315-318), a Magistrada de 1º Grau julgou parcialmente procedente o pedido, condenando a Empresa requerida a pagar à Promovente, a título de indenização por danos morais, a quantia de R$ 8.000,00 (oito mil reais), ressaltando que a Promovida Suyane Costa Monteiro Souza somente responderia pelo aludido valor reparatório em "caso de dissolução da sociedade" (f. 318), condenando a Churrascaria, ainda, ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, os quais foram arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Acolhendo embargos de declaração opostos por Suyane Costa Monteiro Souza (f. 320-321), a Juíza *a quo* modificou a parte final da sentença, asseverando que, por ter havido sucumbência recíproca, a verba honorária, no percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, seria rateada entre as partes. Além disso, a Magistrada de 1º Grau condenou a Requerente a pagar ao patrono do Demandado excluído da relação processual honorários advocatícios de R$ 1.000,00 (mil reais), suspendendo, contudo, a sua exigibilidade, nos termos do art. 12 da Lei 1.060/50, em virtude de ser a Autora beneficiária da justiça gratuita (f. 327-328).

Em seu recurso apelatório (f. 332-339), Comércio de Alimentos Picanha da Terra Ltda. aduz, em sinopse, que:

a) não foi provada a existência de barulho excessivo;

b) executou projeto acústico, eliminando-se qualquer possível ruído em demasia;

c) os alegados danos morais não foram demonstrados, além do que é excessivo o montante indenizatório de R$ 8.000,00 (oito mil reais).

Pugna a Recorrente, enfim, pelo provimento do recurso, julgando-se totalmente improcedente o pleito autoral ou reduzindo-se o *quantum* reparatório.

Em seu apelo (f. 341-352), Ângela Regina Lima de Oliveira argumenta, em síntese, que:

a) não poderiam ter sido excluídos da relação processual Suyane Costa Monteiro Souza e Rubens Pereira Bahia Júnior, pois a primeira, além de tê-la ofendido diversas vezes, é a proprietária da empresa, devendo, portanto, arcar com a condenação, e o segundo, por ser o dono do imóvel onde funciona o restaurante, é responsável pela correta conservação das árvores lá existentes;

b) deve haver condenação pelos danos materiais por ela sofridos, visto que o seu telhado foi danificado pelas frutas e pelas folhas que caem das árvores do terreno da churrascaria, não podendo os prejuízos causados pelas árvores do imóvel vizinho serem por ela suportados;

c) é irrisório o valor fixado a título de indenização por danos morais, motivo pelo qual devem ser observados os valores requeridos na peça inaugural;

d) os honorários advocatícios não foram corretamente estipulados, devendo ser levada em consideração, ainda, que é beneficiária da justiça gratuita, de modo que não pode ser condenada ao pagamento dos ônus sucumbenciais.

Requer a Apelante, enfim, o provimento do recurso, com a consequente reforma da sentença atacada.

Contrarrazões de Comércio de Alimentos Picanha da Terra Ltda. e de Suyane Costa Monteiro Souza às f. 356-361.

Apesar de intimada (f. 354-355), Ângela Regina Lima de Oliveira não apresentou contrarrazões.

É o relatório, no essencial.

VOTO

O recurso da Autora deve ser parcialmente provido, ao passo que o da Demandada não comporta provimento. Demais disso, devem ser supridas, de ofício, as omissões da sentença, no que tange ao estabelecimento do momento inicial da correção monetária do valor da indenização por danos morais e à fixação dos juros moratórios.

Entende a Promovente que o proprietário do imóvel onde funciona o Churrascaria não poderia ter sido excluído do polo passivo da lide, porquanto é ele responsável pela adequada conservação das árvores existentes no seu terreno.

Deixo de examinar o pedido, visto que, não tendo a Autora recorrido da decisão de f. 190-191 (que excluiu o proprietário do imóvel do polo passivo da demanda), conforme certidão de f. 193, operou-se, para ela, a preclusão temporal, estando a matéria acobertada pelo manto da coisa julgada material.

Acerca do assunto, colaciono o seguinte julgado:

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

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

No que tange aos alegados danos materiais, o art. 1.283 do Código Civil estabelece que "as raízes e os ramos de árvore, que ultrapassarem a estrema do prédio, poderão ser cortados, até o plano vertical divisório, pelo proprietário do terreno invadido".

Maria Helena Diniz, examinando o referido dispositivo, ensina que:

> "Se as raízes e ramos de árvore ultrapassarem a estrema do prédio, poderão ser cortados, ante o incômodo causado à propriedade vizinha, mesmo que não acarrete dano, até o plano vertical divisório, pelo proprietário do terreno invadido, sem necessidade de avisar, previamente, o dono da árvore de que vai apará-la".
> (Código Civil Anotado. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 896)

Dessa forma, agiu com acerto a Magistrada de 1º Grau, visto que a Demandante poderia ter efetuado livremente a poda dos galhos que estavam invadindo o seu terreno, não havendo que se falar, portanto, em indenização pelos danos materiais, os quais poderiam ter sido evitados pela própria Autora.

Por outro lado, verifico que o barulho excessivo produzido na Churrascaria ficou bem demonstrado nos autos.

Com efeito, a Promovente esteve mais de uma vez no 4º Distrito Policial, em Fortaleza, noticiando o problema, conforme se verifica por meio dos boletins de ocorrência 104 – 5897/2007, de 14.12.2007 (f. 127); e 104 – 3167/2005, de 20.06.2005 (f. 77).

Além disso, a testemunha Francisco Tadeu Banhos Coelho, que morou ao lado do Restaurante, afirmou que "considera a autora uma heroína em continuar suportando o barulho daquela churrascaria, coisa que o depoente não aguentou, tendo mudado de lá há dois anos" (f. 250).

A testemunha Aldieda Sampaio Aires, por seu turno, afirmou que "a autora sempre reclamou do barulho do restaurante, principalmente nos dias de jogos e de pagode" e que "durante a semana também havia movimento de clientes e muito barulho" (f. 261).

Ademais, fiscalização levada a efeito para aferir o ruído gerado pela Churrascaria, realizada pela Secretaria Municipal de Meio Ambiente e Controle Urbano (SEMAM), da Prefeitura Municipal de Fortaleza (f. 91-92), chegou à seguinte conclusão (relatório de fiscalização assinado em 25.10.2005), *in verbis*:

> "O referido estabelecimento apresenta características poluidoras, causando incômodo aos vizinhos imediatos, pois os níveis legais são ultrapassados em todas as situações de medição […]". (f. 92)

Não obstante tenha a Churrascaria alegado que executou projeto acústico, eliminando, assim, o ruído em demasia, entendo que a Juíza *a quo* bem resolveu a questão, esclarecendo que "hoje ou ontem, a empresa ré incomodou a autora" (f. 318).

Sobre o tema, trago à baila o seguinte aresto:

> […] EVENTOS REALIZADOS NO IMÓVEL VIZINHO. PERTURBAÇÃO DOS MORADORES. BARULHO EM DEMASIA. PROVA ROBUSTA. ILÍCITO CONFIGURADO. - DANO MORAL. EXCESSO. PREJUÍZO DA TRANQUILIDADE E SOSSEGO DOS MORADORES. DEVER DE INDENIZAR. - […]
> - A exploração de eventos noturnos, notadamente com a utilização de equipamentos de som para apresentações artísticas, pressupõe o respeito às normas regulamentadoras da matéria, com a emissão controlada de ruído, a fim de evitar a perturbação dos moradores dos arredores do estabelecimento. A inobservância de tais preceitos constitui ato ilícito. - Cediço que a vida em coletividade exige o convívio com determinadas situações inconvenientes. Todavia, o abuso e a reiteração de tais incômodos caracteriza transtornos que ultrapassam os dissabores cotidianos […] Não há dúvidas de que em hipóteses desse quilate o dano moral à moradora vizinha é presumido, já que a perturbação do seu descanso noturno certamente alterou substancialmente sua rotina e trouxe prejuízos até mesmo a sua saúde. […]
> (TJSC, Apelação Cível 2010.039853-5, Rel. Des. Henry Petry Junior, 5ª Câmara de Direito Civil, registro em 04.05.2011)

As ofensas verbais sofridas pela Autora, por sua vez, também foram demonstradas, tendo ela comparecido ao 4º Distrito Policial para comunicar que foi ofendida (chamada de doida) pela sócia gerente da Churrascaria, consoante faz prova o boletim de ocorrência 104 – 503/2006 (ocorrência em 21.01.2006 e comunicação em 25.01.2006) (f. 32), servindo de reforço o depoimento da testemunha Aldieda Sampaio Aires, a qual afirmou que "a proprietária [do Restaurante] chamou a autora de louca" (f. 261).

Dessa forma, além de a Promovente ter sofrido agressões verbais por parte da sócia gerente do Restaurante, restou comprovado o barulho excessivo produzido pela Churrascaria, afigurando-se evidentes os transtornos causados à Demandante, estando caracterizado, portanto, o dano moral, razão pela qual deve ela ser indenizada.

Assim, postas as premissas necessárias, passo a analisar o valor da indenização arbitrada a título de danos morais.

A avaliação pecuniária do dano moral ainda é objeto de acaloradas discussões doutrinárias, uma vez inexistir dispositivos legais que estabeleçam critérios objetivos, em razão da sua própria natureza, que, por definição, independe de qualquer vinculação com prejuízo material.

Dessa forma, cabe ao julgador, ao seu prudente arbítrio, guardadas as peculiaridades de cada caso, fixar valor suficiente à reparação do dano, mas que, ao mesmo tempo, não se constitua em instrumento de enriquecimento indevido do ofendido. A indenização deve guardar proporcionalidade entre o sofrimento suportado e as condições econômicas do ofensor e da vítima.

Nessa diretriz, orienta-se a doutrina, com eco na jurisprudência:

> "A vítima de uma lesão a algum daqueles direitos sem cunho patrimonial efetivo, mas ofendida em um bem jurídico que em certos casos pode ser mesmo mais valioso do que os integrantes de seu patrimônio, deve receber uma soma que lhe compense a dor ou sofrimento, a ser arbitrada pelo juiz, atendendo as circunstâncias de cada caso, e tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido. Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento ilícito, nem tão pequena que se torne inexpressiva".
> (Caio Mário da Silva Pereira, Responsabilidade Civil, 2ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1990, n. 49, p. 67)

> "O valor do dano moral tem sido enfrentado no STJ com o escopo de atender a sua dupla função: reparar o dano buscando minimizar a dor da vítima e punir o ofensor, para que não volte a reincidir".
> (STJ, REsp 734.303/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, DJ 15.08.2005)

Nesse contexto, o montante de R$ 8.000,00 (oito mil reais), fixado pela Juíza de 1º Grau, a título de indenização por danos morais, deve ser mantido, vez que se mostra razoável e condizente com a realidade dos autos, devendo ser ressaltado, por oportuno, que o referido *quantum* tem por escopo indenizar o barulho excessivo e também as ofensas pessoais sofridas pela Demandante.

No mais, argumenta a Promovente que a sócia gerente do Restaurante (Suyane Costa Monteiro Souza) foi indevidamente excluída da relação processual pela Juíza *a quo*.

Entretanto, Suyane Costa Monteiro Souza não foi excluída da relação processual, havendo a Magistrada de 1º Grau, por manifesto equívoco, asseverado, no julgamento dos embargos de declaração, que a Requerente deveria pagar "ao patrono da ré excluída da relação processual" (f. 328) honorários advocatícios de R$ 1.000,00 (mil reais), quando, por óbvio, quis se referir ao réu excluído da relação processual, especificamente o proprietário do imóvel onde funciona o Restaurante, a saber, Rubens Pereira Bahia Júnior.

Conquanto não tenha havido a exclusão de Suyane Costa Monteiro Souza, a Promovente tem razão quando afirma que aquela deve arcar com a condenação, devendo, nesse aspecto, ser reformada a sentença vergastada, eis que, por estarem abrangidos pelo valor reparatório o ruído demasiado e os ataques pessoais, a sócia gerente do Restaurante, que teve participação direta nos danos ocasionados à Autora, deve responder solidariamente com aquele pelo *quantum* indenizatório.

No que diz respeito aos honorários advocatícios, entendo que foram eles arbitrados com base nos critérios previstos no art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC, não havendo, portanto, que ser feito qualquer reparo. Por ter havido sucumbência recíproca, foi corretamente aplicado à espécie o art. 21 do CPC.

De mais a mais, argumenta a Autora que a sentença fustigada incorreu em erro, pois, mesmo sendo beneficiária da justiça gratuita, foi condenada ao pagamento da verba honorária do causídico do Requerido excluído do polo passivo da lide.

Razão não lhe assiste.

A Juíza *a quo*, após condenar a Demandante ao pagamento de honorários advocatícios de R$ 1.000,00 (mil reais) ao advogado do Réu excluído da relação processual, deixou consignado (por ser a Requerente beneficiária da justiça gratuita) que deveria ser observado o disposto no art. 12 da Lei 1.060/50, suspendendo, desse modo, a sua exigibilidade (f. 328).

Não tendo a Magistrada *a quo* se pronunciado acerca do momento inicial da correção monetária do montante da indenização por danos morais nem sobre os juros moratórios, supro, de ofício, as omissões.

Relativamente ao momento inicial da correção monetária do *quantum* reparatório, deve ser observada a Súmula 362 do STJ, segundo a qual "a correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento", devendo a correção monetária ocorrer, portanto, a partir da prolação da sentença vergastada.

Os juros moratórios, por seu turno, devem ser fixados, a contar do evento danoso, nos termos da Súmula 54 do STJ ("Os juros moratórios fluem a partir do evento

danoso, em caso de responsabilidade extracontratual"), em 1% (um por cento) ao mês, em consonância com o art. 406 do Código Civil e com o art. 161, § 1º, do CTN.

Diante do exposto, conheço das Apelações interpostas, negando provimento à da Demandada e dando parcial provimento à da Demandante, apenas para determinar que Suyane Costa Monteiro Souza responda, solidariamente com a Churrascaria da qual é sócia gerente, pela condenação imposta (*quantum* reparatório pelos danos morais), ao tempo em que, de ofício, estabeleço o momento inicial da correção monetária do valor da indenização por danos morais como sendo a data do arbitramento, no Juízo *a quo*, nos termos da Súmula 362 do STJ, e, também de ofício, arbitro os juros moratórios, devidos a partir do evento danoso, nos termos da Súmula 54 do STJ, em 1% (um por cento) ao mês, mantendo, no mais, a sentença combatida.

Fortaleza, 13 de junho de 2013.

APELAÇÃO CÍVEL N. 0050562-61.2006.8.06.0001 DE FORTALEZA
APELANTE: G. V. P. M.
APELADO: J. D. M.
RELATOR: DES. RÔMULO MOREIRA DE DEUS

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL. PENSÃO ALIMENTÍCIA A SER PAGA PELO APELADO EM FAVOR DO ÚNICO FILHO DO CASAL. DEVER DE AMBOS OS GENITORES DE CONTRIBUIR PARA O SUSTENTO DA PROLE. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DOS RENDIMENTOS DOS LITIGANTES. MANUTENÇÃO DO *QUANTUM*. RECURSO IMPROVIDO.

1. Em decorrência do poder familiar, que se relaciona com o dever de manter e educar os filhos, os pais devem contribuir para o sustento da prole, não podendo a obrigação recair apenas sobre um dos genitores, consoante dispõem os arts. 229 da Constituição Federal e 1.566, IV, do Código Civil.

2. Para a fixação da pensão alimentícia, é imprescindível levar em consideração o binômio necessidade/possibilidade, nos termos dos arts. 1.694, § 1º, e 1.703, ambos do Código Civil, cabendo ressaltar, que, na espécie, não há comprovação salarial de qualquer das partes, o que impede a realização de minucioso estudo do quesito possibilidade.

3. O montante dos alimentos, fixado pela Magistrada de 1º Grau em 2 (dois) salários mínimos, deve ser mantido, vez que se mostra razoável e compatível com os gastos realizados com a criança, tendo em vista o que afirmou a própria Apelante em seu depoimento pessoal, importando salientar que eventuais despesas não cobertas pela pensão alimentícia a ser paga pelo Apelado entram na quota de responsabilidade da Recorrente, enquanto genitora do menor.

4. 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

Cuida-se de Apelação manejada por Girlene Vasconcelos Pontes Martins, adversando a sentença proferida pelo Juízo da 3ª Vara de Família de Fortaleza nos autos de ação de separação judicial proposta pela Apelante em desfavor de Josiberto Dantas Martins.

Na peça exordial (f. 03-10), a Autora argumenta que se casou com o Demandado em 25 de abril de 2003, sob o regime da comunhão parcial de bens, e tiveram um filho (Douglas Pontes Martins – nascido em 01.12.2003).

Demais disso, sustenta a Demandante que, após calorosa discussão ocorrida em 05 de janeiro de 2006, o Promovido, sem dar qualquer explicação, ausentou-se definitivamente do lar conjugal.

Alegando que estava desempregada, razão pela qual não poderia assumir sozinha a criação do filho, e que o Requerido cancelou a linha telefônica e o cartão de crédito, deixando-a desemparada, postulou a Promovente a decretação da separação judicial do casal e a condenação do Demandado ao pagamento de pensão alimentícia no valor de R$ 3.245,86 (três mil duzentos e quarenta e cinco reais e oitenta e seis centavos) ou de 10 (dez) salários mínimos.

Em sentença de f. 99-101, a Magistrada *a quo* julgou procedente o pedido de separação judicial e fixou os alimentos, a serem pagos pelo Promovido em favor do filho do casal, em 2 (dois) salários mínimos.

A Apelante (f. 104-110) aduz, em sinopse, que a verba alimentícia arbitrada pela Juíza *a quo* está muito abaixo do necessário à manutenção do alimentando, na medida em que inúmeras são as despesas, a saber: a) prestação do imóvel – R$ 1.035,00; b) telefone – R$ 78,38; c) energia – R$ 130,93; d) IPTU – R$ 180,41; e) plano de saúde – R$ 94,03; f) alimentação – R$ 1.494,45; g) condomínio – R$ 241,66.

Pugna, enfim, a Recorrente pelo provimento do recurso, para que, reformando-se a sentença fustigada, sejam os alimentos fixados em R$ 3.245,86 ou em 10 (dez) salários mínimos.

Em suas contrarrazões (f. 115-119), o Apelado requer o improvimento do apelo, mantendo-se incólume o *decisum* impugnado.

Instada a se manifestar, a Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo improvimento do recurso (f. 136-139).

É o relatório, no essencial.

VOTO

O recurso não merece provimento.

Em decorrência do poder familiar, que se relaciona com o dever de manter e educar os filhos, os pais devem contribuir para o sustento da prole, não podendo a obrigação recair apenas sobre um dos genitores, consoante dispõem os arts. 229 da Constituição Federal e 1.566, IV, do Código Civil.

Demais disso, para a fixação da pensão alimentícia, é imprescindível levar em consideração o binômio necessidade/possibilidade, nos termos dos arts. 1.694, § 1º, e 1.703, ambos do Código Civil.

Maria Helena Diniz, examinando os três referidos dispositivos do Código Civil, ensina que:

> "Será dever de ambos os genitores sustentar, guardar e educar os filhos, preparando-os para a vida de acordo com suas possibilidades. A violação dessa obrigação, relativamente ao que concerne aos filhos menores e não emancipados, acarreta a suspensão ou destituição do poder familiar, remediando-se o mal pela ação de alimentos, podendo, ainda, configurar crime de abandono material, intelectual e moral da família (CP, arts. 244 a 247)".
> (Código Civil Anotado. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1097-1098)
>
> "Imprescindível será que haja proporcionalidade na fixação dos alimentos entre as necessidades do alimentando e os recursos econômico-financeiros do alimentante, sendo que a equação desses dois fatores deverá ser feita, em cada caso concreto, levando-se em conta que a pensão alimentícia será concedida sempre *ad necessitatem*".
> (Código Civil Anotado. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1200)
>
> "Os pais, separados judicialmente, deverão contribuir para a criação e educação dos filhos, na proporção dos seus recursos. Pouco importará a culpabilidade pela separação ou a circunstância de ser genitor-guardião ou genitor-visitante. Ambos têm o dever jurídico alimentar em relação à prole, proporcionalmente a seus recursos econômicos, logo o *quantum* da verba alimentícia terá por parâmetro a necessidade dos alimentandos e a possibilidade econômica de ambos os genitores".
> (Código Civil Anotado. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1207)

Assim, postas as premissas necessárias, passo a analisar o *quantum* da pensão alimentícia.

Não há comprovação salarial de qualquer das partes, o que impede a realização de minucioso estudo do quesito possibilidade.

Para o deslinde da controvérsia, é sobremodo relevante o atento exame do depoimento pessoal da Apelante (f. 65-66), importando ressaltar que ela própria entrou em contradição, pois o valor de R$ 1.494,45, apresentado, nas razões recursais, como sendo a quantia gasta com a alimentação do menor, é muito superior ao montante afirmado pela Recorrente em suas alegações pessoais (R$ 400,00).

As despesas que se relacionam especificamente com o menor são colégio, plano de saúde e alimentação.

No que diz respeito aos três mencionados gastos, consta do depoimento pessoal da Apelante que:

a) a mensalidade do colégio do menor é R$ 166,00;

b) o plano de saúde da criança custa R$ 105,00;

c) os gastos com a alimentação do garoto correspondem a R$ 400,00.

O total das três citadas despesas equivale a R$ 671,00 (seiscentos e setenta e um reais).

Dessa forma, considerando o valor de R$ 465,00 (quatrocentos e sessenta e cinco reais), correspondente ao salário mínimo do ano de 2009, época em que foi prolatada a sentença vergastada, entendo que agiu com acerto a Magistrada de 1º Grau, arbitrando os alimentos em 2 (dois) salários mínimos, vale dizer, R$ 930,00 (novecentos e trinta reais), havendo, ainda, diferença a maior de R$ 259,00 (duzentos e cinquenta e nove reais), tendo em vista que o valor das despesas com a criança, conforme afirmou a própria Recorrente em seu depoimento pessoal, é da ordem de R$ 671,00 (seiscentos e setenta e um reais).

A Autora, ora apelante, não comprovou que está pagando as prestações do imóvel do casal, no qual ela reside com o alimentando, descumprindo, assim, ônus processual seu, motivo pelo qual não se pode incluir o aludido montante na verba alimentar, devendo ser levado em conta, ademais, o fato de haver o Apelado afirmado, em suas contrarrazões (f. 117), que o apartamento está quitado desde 02.09.2007.

Por fim, eventuais despesas não cobertas pela verba alimentícia a ser paga pelo Apelado entram na quota de responsabilidade da Recorrente, enquanto genitora da criança.

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

Fortaleza, 28 de janeiro de 2013.

APELAÇÃO CÍVEL N. 0095759-68.2008.8.06.0001 DE FORTALEZA
APELANTE: CLÍNICA DE SAÚDE MENTAL DR. SULIANO
APELADOS: LIDIANE COELHO DOS SANTOS, GINETON COELHO DOS SANTOS, GILIARDE COELHO DOS SANTOS, GILBERTO COELHO DOS SANTOS, LUCINEIDE COELHO DOS SANTOS E MARIA SOCORRO BATISTA COELHO
RELATOR: DES. RÔMULO MOREIRA DE DEUS

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. PRELIMINAR DE MANIFESTA IMPROCEDÊNCIA DO RECURSO APELATÓRIO REJEITADA. NÃO ATENDIMENTO DA APELANTE AO DESPACHO QUE DETERMINOU A ESPECIFICAÇÃO DAS PROVAS. PRECLUSÃO DO DIREITO À PRODUÇÃO PROBATÓRIA. SUICÍDIO OCORRIDO NAS DEPENDÊNCIAS DE CLÍNICA PSIQUIÁTRICA. PACIENTE COM DISTÚRBIOS PSÍQUICOS, DEPENDÊNCIA DE BEBIDAS ALCOÓLICAS E TENDÊNCIAS SUICIDAS. NEGLIGÊNCIA DA CLÍNICA. CULPA *IN VIGILANDO*. DEVER DE INDENIZAR. DANOS MATERIAIS COMPROVADOS. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. MANUTENÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. REDUÇÃO DO *QUANTUM* REPARATÓRIO POR DANOS MORAIS. ESTABELECIMENTO, DE OFÍCIO, DO MOMENTO INICIAL DA CORREÇÃO MONETÁRIA DO VALOR DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ARBITRAMENTO, DE OFÍCIO, DOS JUROS MORATÓRIOS RELATIVOS AOS DOIS MONTANTES INDENIZATÓRIOS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O apelo não pode ser considerado manifestamente improcedente, vez que, para ser assim rotulado, o recurso precisa estar em confronto direto com jurisprudência pacífica, cabendo ressaltar, ainda, que a alegação de cerceamento de

defesa, feita pela Apelante, por não terem sido ouvidas as testemunhas por ela indicadas, deve ser adequadamente examinada, haja vista a elevada importância do princípio constitucional da ampla defesa.

2. Conquanto a parte promovida deva indicar, na contestação, as provas que pretende produzir (art. 300 do CPC), é no momento da especificação probatória que deve ser confirmado ou não aquele intento, sendo que "a inércia da parte, diante do despacho que a intima a especificar provas, acarreta a preclusão do direito de produzi-las, sem a caracterização de cerceamento de defesa" (TJMG, Agravo de Instrumento 1163073-80.2012.8.13.0000, Rel. Des. Guilherme Luciano Baeta Nunes, 18ª Câmara Cível, julgamento em 22.01.2013, publicação em 25.01.2013).

3. A Recorrente foi negligente com os cuidados que deveria ter tomado em relação ao paciente, permitindo que ele viesse a se suicidar em suas dependências, mostrando-se descabida, por via de consequência, a alegação de caso fortuito, de forma que, restando comprovada a sua culpa *in vigilando*, deve ela indenizar os Apelados pelos danos por eles sofridos, conclusão a que se chega através da interpretação conjunta dos arts. 186 e 927 do Código Civil.

4. Os Recorridos gastaram com o funeral de Adriano Patrício dos Santos a quantia de R$ 600,00 (seiscentos reais), o que enseja a devida indenização por danos materiais.

5. O valor da indenização por danos morais deve ser estipulado com razoabilidade, observadas as características do caso concreto, devendo ser reduzido de 210 salários mínimos (35 para cada um dos Apelados) para 60 salários mínimos (10 para cada um dos Recorridos), *quantum* que se mostra razoável e condizente com a realidade dos autos.

6. Estabelecimento, de ofício, do momento inicial da correção monetária do valor da indenização por danos morais, observando-se, para esse fim, a Súmula 362 do STJ, *in verbis*: "A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento".

7. Arbitramento, de ofício, dos juros moratórios relativos aos dois montantes reparatórios, os quais são devidos a partir da citação, à taxa de 1% ao mês (arts. 406 do CC/2002 e 161, § 1º, do CTN).
8. 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, estabelecer, de ofício, o momento inicial da correção monetária do valor da indenização por danos morais e tratar, de ofício, sobre os juros moratórios relativos aos dois montantes reparatórios (por danos materiais e morais), nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 16 de setembro de 2013.

RELATÓRIO

Cuida-se de Apelação manejada por Clínica de Saúde Mental Dr. Suliano, adversando a sentença proferida pelo Juízo da 9ª Vara Cível de Fortaleza que, nos autos de ação de indenização por danos materiais e morais, proposta em seu desfavor por Lidiane Coelho dos Santos, Gineton Coelho dos Santos, Giliarde Coelho dos Santos, Gilberto Coelho dos Santos, Lucineide Coelho dos Santos e Maria Socorro Batista Coelho, julgou procedente o pedido.

Na peça exordial (f. 03-08), alegam os Autores que Adriano Patrício dos Santos (esposo de Maria Socorro Batista Coelho e pai dos outros Demandantes) era vigilante e estava desempregado havia 5 (cinco) anos, apresentando, em razão disso, quadro depressivo e dependência de bebidas alcoólicas, havendo, inclusive, tentado o suicídio duas vezes, de modo que, por força dessas circunstâncias, os Promoventes, em 07.07.2006, levaram-no para o Instituto de Psiquiatria do Ceará, de onde foi ele encaminhado para internamento na Clínica demandada.

Além disso, sustentam os Requerentes que, depois da internação, foram embora, pois não era permitida a presença de acompanhantes, sendo que, ao chegarem a casa, receberam ligação da Promovida, informando-lhes que o genitor e marido deles havia cometido suicídio, utilizando lençol que prendeu à grade da janela de banheiro da Clínica requerida.

Afirmam os Autores, ainda, que, embora os médicos e enfermeiros da Ré soubessem que Adriano Patrício dos Santos já havia tentado se suicidar, o profissional de enfermagem por ele responsável saiu da enfermaria onde estava o paciente para ir a outro setor, deixando-o sozinho, tendo o infortúnio ocorrido exatamente nessa ocasião.

Argumentando que, além dos gastos que tiveram com o funeral, sofreram abalo emocional e dor psíquica, postularam os Demandantes indenização por danos materiais no valor de R$ 600,00 (seiscentos reais), referente às despesas mortuárias, e indenização por danos morais em montante equivalente a 500 (quinhentos) salários mínimos, a ser rateado entre eles.

A Demandada impugnou o valor da causa e a gratuidade da justiça (processos apensos) e, contestando o feito principal (f. 78-86), suscitou, em primeira preliminar, a imprestabilidade dos documentos que habilitam as partes e também daqueles utilizados como prova, por serem inautênticos, o que tornaria inepta a petição inicial, e, em segunda preliminar, a impossibilidade da concessão da justiça gratuita aos Promoventes, esta última matéria também discutida por meio de processo específico (em apenso).

Sentenciando o feito (f. 131-137), a Juíza *a quo*, ao tempo em que rejeitou as preliminares levantadas pela Promovida, julgou procedente o pedido prefacial, condenando a Requerida a pagar aos Requerentes, a título de indenização por danos materiais, a quantia de R$ 600,00 (seiscentos reais), devidamente corrigida desde a data do seu desembolso e acrescida de juros moratórios a partir da citação, e, a título de indenização por danos morais, soma correspondente a 35 (trinta e cinco) salários mínimos para cada um deles, totalizando 210 (duzentos e dez) salários mínimos, além das custas processuais e dos honorários advocatícios, os quais foram arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, julgando improcedentes, ademais, os pedidos constantes dos dois processos incidentes (impugnação ao valor da causa e à justiça gratuita).

Em suas razões recursais (f. 138-147), a Apelante aduz, em sinopse, que:

a) houve cerceamento de sua defesa, na medida em que a Magistrada de 1º Grau encerrou a instrução probatória sem ouvir as testemunhas por ela arroladas em sua contestação;

b) os Apelados não demonstraram que ela agiu com dolo ou culpa, condição indispensável para que possa ocorrer a responsabilização pelos alegados danos materiais e morais;

c) apesar de ter tomado todos os cuidados necessários, não havia como ser evitado o suicídio, visto que o falecido estava determinado a extinguir a sua vida, o que

poderia acontecer em qualquer dia ou local, de modo que, em virtude da existência de caso fortuito, deve ser afastada a sua responsabilidade;

d) ainda que se entenda pela sua condenação, deve ser reduzido o *quantum* indenizatório de 210 (duzentos e dez) salários mínimos, fixado pela Juíza *a quo*, a título de indenização por danos morais, porquanto há filhos maiores que não dependiam financeiramente do finado.

Pugna a Recorrente, enfim, pelo provimento do recurso, anulando-se ou reformando-se a sentença fustigada.

Em suas contrarrazões (f. 170-183), os Recorridos asseveram, preliminarmente, que deve ser negado seguimento ao recurso apelatório, pois é ele manifestamente improcedente e contrário à jurisprudência dominante dos Tribunais pátrios, vez que amparado unicamente no argumento de que houve cerceamento de defesa, ocasionado pela ausência de oitiva das testemunhas apresentadas pela Apelante em sua contestação, requerendo, no mérito, o improvimento do apelo, com a consequente manutenção da sentença atacada.

Instada a se manifestar, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo improvimento do apelo (f. 204-212).

É o relatório, no essencial.

VOTO

Passo a examinar a preliminar de manifesta improcedência do recurso, levantada pelos Apelados.

Os Recorridos sustentam que o presente recurso apelatório é manifestamente improcedente e contrário à jurisprudência das Cortes brasileiras, pois embasado exclusivamente no argumento de que houve cerceamento de defesa, gerado pela ausência de oitiva das testemunhas apresentadas pela Recorrente em sua contestação, motivo pelo qual deve a ele ser negado seguimento.

Razão não lhes assiste.

A Apelação de que se cuida não está escorada somente na mencionada argumentação, sendo o cerceamento de defesa apenas um dos tópicos constantes do arrazoado recursal.

Além disso, mesmo que estivesse arrimado unicamente na ofensa à ampla defesa, por não terem sido ouvidas as testemunhas indicadas pela Apelante em sua peça contestatória, o apelo não poderia ser considerado manifestamente improcedente, vez que, para ser assim rotulado, o recurso precisa estar em confronto direto com

jurisprudência pacífica, cabendo ressaltar, ainda, que a alegação de cerceamento de defesa, feita pela Recorrente, deve ser adequadamente examinada, haja vista a elevada importância do princípio constitucional da ampla defesa.

Dessa forma, rejeitando a prejudicial de manifesta improcedência do recurso apelatório, passo ao exame do mérito.

Meritoriamente, o recurso comporta apenas parcial provimento. Ademais, devem ser supridas, de ofício, as omissões da sentença, no que tange ao estabelecimento do momento inicial da correção monetária do valor da indenização por danos morais e à fixação adequada dos juros moratórios relativos aos dois montantes reparatórios (por danos materiais e morais).

A Apelante alega que houve cercamento de sua defesa, tendo em vista que as suas testemunhas, malgrado tenham sido indicadas na contestação, não foram ouvidas pela Magistrada de 1º Grau.

O argumento não deve ser acolhido.

Verifico que a Magistrada de 1º Grau intimou as partes para dizerem, no prazo de 5 (cinco) dias, se havia possibilidade de acordo e, em não sendo feito acordo, para especificarem, no mesmo lapso temporal, as provas que desejavam produzir, havendo a Recorrente deixado transcorrer o prazo, sem nenhuma manifestação (despacho de f. 100 e certidão de f. 100).

Conquanto a parte promovida deva indicar, na contestação, as provas que pretende produzir (art. 300 do CPC), é no momento da especificação probatória que deve ser confirmado ou não aquele intento, sendo que "a inércia da parte, diante do despacho que a intima a especificar provas, acarreta a preclusão do direito de produzi-las, sem a caracterização de cerceamento de defesa" (TJMG, Agravo de Instrumento 1163073-80.2012.8.13.0000, Rel. Des. Guilherme Luciano Baeta Nunes, 18ª Câmara Cível, julgamento em 22.01.2013, publicação em 25.01.2013).

Acerca do assunto, colaciono os seguintes julgados:

> PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. INTIMAÇÃO PARA PRODUÇÃO DE PROVAS. INÉRCIA DAS PARTES. INOCORRÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. […]
> 2. Não obstante o requerimento tenha-se dado por ocasião da petição inicial ou da contestação, entende-se precluso o direito à prova, na hipótese de a parte omitir-se quando intimada para sua especificação. Precedentes. […]
> (STJ, AgRg nos EDcl no REsp 1176094/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, DJe 15.06.2012)
>
> PROCESSUAL CIVIL - PROVA - MOMENTO DE PRODUÇÃO - AUTOR - PETIÇÃO INICIAL E ESPECIFICAÇÃO DE PROVAS -

> PRECLUSÃO. […]
> - O silêncio da parte, em responder ao despacho de especificação de provas faz precluir do direito à produção probatória, implicando desistência do pedido genérico formulado na inicial.
> (STJ, REsp 329034/MG, Rel. Min Humberto Gomes de Barros, 3ª Turma, DJ 20.03.2006)
>
> DIREITO PROCESSUAL CIVIL - ESPECIFICAÇÃO DE PROVAS - PEDIDO DE PROVA - AUSÊNCIA - PRECLUSÃO […]
> I - Intimada a parte apelante para especificar as provas que pretendia produzir, quedou-se inerte. Via de consequência, restou precluso o direito de produzir prova, não havendo que se falar, pois, em cerceamento de defesa. […]
> (TJMG, Apelação Cível 0154385-19.2007.8.13.0390, Rel. Des. Mota e Silva, 18ª Câmara Cível, julgamento em 14.05.2013, publicação em 17.05.2013)
>
> AGRAVO DE INSTRUMENTO - DESPACHO PARA ESPECIFICAÇAÕ DE PROVAS - PARTE INERTE - PRECLUSÃO.
> Não obstante o réu tenha pleiteado, genericamente, a produção de provas em contestação, é indispensável à ratificação de seu interesse quando é intimado pelo juiz para especificar as provas que pretende produzir, sob pena de preclusão, porquanto é no momento da especificação probatória que o demandante confirma ou não aquele intento. […]
> (TJMG, Agravo de Instrumento 0068992-25.2013.8.13.0000, Rel. Des. Estevão Lucchesi, 14ª Câmara Cível, julgamento em 25.04.2013, publicação em 03.05.2013)
>
> AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO ORDINÁRIA DE RESCISÃO DE COMPRA-E-VENDA DE IMÓVEL - PEDIDO DE REALIZAÇÃO DE PROVA PERICIAL - EXTEMPORANEIDADE - PRECLUSÃO DA OPORTUNIDADE - ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA AFASTADA - MANUTENÇÃO DA DECISÃO VERGASTADA. […]
> Uma vez não atendida a determinação judicial para especificação e justificação de provas em prazo hábil, evidentemente que ocorreu a preclusão da oportunidade, com o que se afasta a superficial alegação de "cerceamento de defesa".
> (TJMG, Agravo de Instrumento 1010215-64.2012.8.13.0000, Rel. Des. Domingos Coelho, 12ª Câmara Cível, julgamento em 06.03.2013, publicação em 18.03.2013)

Dessa forma, operou-se a preclusão do direito à prova, visto que, embora intimada, a Apelante não as especificou, não havendo que se falar em cerceamento de defesa.

Na espécie, o genitor e marido dos Apelados, no dia da sua internação na Clínica recorrente, cometeu suicídio, enforcando-se com lençol que prendeu à grade de banheiro da Apelante, no momento em que ficou sozinho, sem qualquer vigilância por

parte dos médicos ou enfermeiros da Recorrente, constando da certidão de óbito (f. 49) que o falecimento ocorreu em decorrência de asfixia mecânica por enforcamento.

Testemunhas ouvidas em inquérito policial instaurado para apurar a morte por suicídio confirmaram que a Apelante tomou conhecimento de que o esposo e pai dos Recorridos havia tentado se suicidar duas vezes, afigurando-se oportuno transcrever trechos dos depoimentos:

a) Mardônio Castro de Mendonça (auxiliar de enfermagem na Clínica recorrente): "[Adriano Patrício dos Santos] apresentava um quadro de abstinência de bebida alcoólica; um filho dele que se achava presente naquele momento [dia da internação] informou que ele há dias vinha bebendo e que havia por duas vezes, em casa, tentado suicídio" (f. 47);

b) Maria Lúcia Silva (enfermeira na Clínica apelante): "segundo informações de familiares, aquele [Adriano Patrício dos Santos] tinha problemas de depressão, alcoolista e ideia de suicídio; os próprios familiares informaram que ele/Adriano já havia tentado por duas (02) vezes o suicídio, inclusive naquele dia [dia da internação] pela manhã" (f. 52).

Os citados depoimentos não deixam dúvida quanto ao fato de a família ter informado à Recorrente, no dia da internação, que o paciente, além de apresentar distúrbios psiquiátricos, tinha tentado se suicidar duas vezes, de maneira que a Clínica apelante deveria ter exercido sobre ele vigilância e fiscalização rígidas, permanentemente, evitando-se, assim, o cometimento de suicídio, sob pena de ser responsabilizada em decorrência da sua omissão.

Na hipótese dos autos, a Recorrente foi negligente com os cuidados que deveria ter tomado em relação ao paciente, permitindo que ele viesse a se suicidar em suas dependências, mostrando-se descabida, por via de consequência, a alegação de caso fortuito, de forma que, restando comprovada a culpa *in vigilando* da Clínica apelante, deve ela indenizar os Apelados pelos danos por eles sofridos, conclusão a que se chega através da interpretação conjunta dos arts. 186 e 927 do Código Civil[1].

Sobre o tema, trago à baila os seguintes arestos:

1 Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.
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.

> Direito civil. Suicídio cometido por paciente internado em hospital, para tratamento de câncer. Hipótese em que a vítima havia manifestado a intenção de se suicidar para seus parentes, que avisaram o médico responsável dessa circunstância. Omissão do hospital configurada, à medida que nenhuam providência terapêutica, como a sedação do paciente ou administração de anti-depressivos, foi tomada para impedir o desastre que se havia anunciado. - O hospital é responsável pela incolumidade do paciente internado em suas dependências. Isso implica a obrigação de tratamento de qualquer patologia relevante apresentada por esse paciente, ainda que não relacionada especificamente à doença que motivou a internação. - Se o paciente, durante o tratamento de câncer, apresenta quadro depressivo acentuado, com tendência suicida, é obrigação do hospital promover tratamento adequado dessa patologia, ministrando anti-depressivos ou tomando qualquer outra medida que, do ponto de vista médico, seja cabível. - Na hipótese de ausência de qualquer providência por parte do hospital, é possível responsabilizá-lo pelo suicídio cometido pela vítima dentro de suas dependências. Recurso especial não conhecido.
> (STJ, REsp 494206/MG, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Rel. para o acórdão Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, DJ 18.12.2006)

> INDENIZAÇÃO. SUICÍDIO NAS DEPENDÊNCIAS DO HOSPITAL. RESPONSABILIDADE. [...]
> Não tendo o hospital adotado a devida vigilância em relação ao paciente, sendo negligente relativamente aos cuidados a ele devidos, deve ser responsabilizado pelo suicídio por ele praticado em suas dependências. [...]
> (TJMG, Apelação Cível 0550149-51.2006.8.13.0209, Rel. Des. José Affonso da Costa Côrtes, 15ª Câmara Cível, julgamento em 04.08.2010, publicação em 09.09.2010)

> APELAÇÃO CÍVEL. RECURSO ADESIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. PACIENTE PSIQUIÁTRICO QUE SE SUICIDA NO INTERIOR DE NOSOCÔMIO. DEVER DE VIGILÂNCIA DO HOSPITAL. CASO CONCRETO.
> A responsabilidade do hospital é contratual, conforme pacífica orientação jurisprudencial, devendo a instituição zelar pela incolumidade do paciente no que pertine aos meios empregados no tratamento e na recuperação do enfermo. Culpa do Hospital caracterizada tendo em vista o caso concreto no qual paciente psiquiátrico, recém internado e sem ter sido devidamente avaliado por médicos, não teve o correto acompanhamento e tampouco o necessário monitoramento tendo permissão de livre circulação pelas dependências da unidade de internação, inclusive a oficina mantida na área de praxiterapia na qual teve acesso ao manuseio e porte de ferramentas. […]
> (TJRS, Apelação Cível 70017013434, Rel. Des. Angelo Maraninchi Giannakos, 6ª Câmara Cível, julgamento em 15.08.2007)

No que diz respeito aos danos materiais, os Recorridos gastaram com o funeral de Adriano Patrício dos Santos a quantia, demonstrada pelo recibo de f. 33, de R$ 600,00 (seiscentos reais), o que enseja a devida indenização.

Analisando a questão do dano moral, não é difícil imaginar a dor que sentiram a mulher e os filhos do *de cujus*.

A indenização a título de danos morais, entretanto, não tem por escopo apagar o abalo sofrido, mas objetiva, em verdade, suavizar o sofrimento experimentado.

Por outro lado, a efetividade do dano, em seu aspecto moral, é demonstrável pela simples prova da ocorrência do fato lesivo que trouxe desequilíbrio emocional, uma vez ser impossível se provar a intensidade da dor e da aflição, sentimentos intrínsecos à alma humana.

Ressalto que, para a percepção de indenização por danos morais, diferentemente do que sustenta a Recorrente, não se faz necessária a comprovação de dependência econômica, apenas sendo indispensável a existência de afinidade (no caso em tela, em razão de parentesco) entre os que pleiteiam a reparação e o falecido, a justificar o abalo emocional sofrido.

Assim, postas as premissas necessárias, passo a analisar o valor da indenização arbitrada a título de danos morais.

A avaliação pecuniária do dano moral ainda é objeto de acaloradas discussões doutrinárias, uma vez inexistir dispositivos legais que estabeleçam critérios objetivos, em razão da sua própria natureza, que, por definição, independe de qualquer vinculação com prejuízo material.

Dessa forma, cabe ao julgador, ao seu prudente arbítrio, guardadas as peculiaridades de cada caso, fixar valor suficiente à reparação do dano, mas que, ao mesmo tempo, não se constitua em instrumento de enriquecimento indevido do ofendido. A indenização deve guardar proporcionalidade entre o sofrimento suportado e as condições econômicas do ofensor e da vítima.

Nessa diretriz, orienta-se a doutrina, com eco na jurisprudência:

> "A vítima de uma lesão a algum daqueles direitos sem cunho patrimonial efetivo, mas ofendida em um bem jurídico que em certos casos pode ser mesmo mais valioso do que os integrantes de seu patrimônio, deve receber uma soma que lhe compense a dor ou sofrimento, a ser arbitrada pelo juiz, atendendo as circunstâncias de cada caso, e tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido. Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento ilícito, nem tão pequena que se torne inexpressiva".
> (Caio Mário da Silva Pereira *in* Responsabilidade Civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. n. 49. p. 67)

> "O valor do dano moral tem sido enfrentado no STJ com o escopo de atender a sua dupla função: reparar o dano buscando minimizar a dor da vítima e punir o ofensor, para que não volte a reincidir".
> (STJ, REsp 734.303/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, DJ 15.08.2005)

Nesse contexto, a Juíza *a quo* fixou valor mais elevado do que aquele que se mostra apropriado, devendo o montante ser reduzido para 10 (dez) salários mínimos para cada um dos Apelados, totalizando 60 (sessenta) salários mínimos, *quantum* que se mostra razoável e condizente com a realidade dos autos.

Não tendo a Magistrada de 1º Grau se pronunciado acerca do momento inicial da correção monetária do valor da indenização por danos morais nem tratado adequadamente sobre os juros moratórios relativos aos dois montantes reparatórios (por danos patrimoniais e morais), supro, de ofício, as omissões.

Relativamente ao momento inicial da correção monetária do valor reparatório, deve ser observada a Súmula 362 do STJ, segundo a qual "a correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento", devendo a correção monetária ocorrer, portanto, a partir da prolação do presente acórdão.

No que tange aos juros moratórios, saliento que, em se tratando de responsabilidade contratual, caso dos autos, o STJ já decidiu que "os juros moratórios possuem como termo inicial a data da citação" (STJ, EDcl no REsp 538279/SP, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, 4ª Turma, DJe 29.08.2012).

Dessa forma, os juros moratórios relacionados aos dois montantes indenizatórios devem ser fixados, a contar da citação, em 1% (um por cento) ao mês (arts. 406 do CC/2002 e 161, § 1º, do CTN).

Diante do exposto, conheço da Apelação interposta, dando-lhe parcial provimento, apenas para reduzir o *quantum* indenizatório por danos morais de 210 salários mínimos (35 para cada um dos Recorridos) para 60 salários mínimos (10 para cada um dos Apelados) e, de ofício, estabeleço o momento inicial da correção monetária do valor da indenização por danos morais como sendo a data do arbitramento, neste Tribunal, nos termos da Súmula 362 do STJ, e, também de ofício, fixo os juros moratórios relativos aos dois montantes reparatórios, devidos a partir da citação, em 1% (um por cento) ao mês, mantendo, no mais, a sentença combatida.

Fortaleza, 16 de setembro de 2013.

PROCESSO Nº 0004205-78.2006.8.06.0112
APELAÇÃO CÍVEL.
APELANTES/APELADOS: MARIA DE FÁTIMA MOURA LEITE e ANTÔNIO RUBENS DE SÁ BARRETO LEITE
APELANTE/APELADO: COMPANHIA DE ÁGUA E ESGOTO DO CEARÁ
RELATOR: DESEMBARGADOR CLÉCIO AGUIAR DE MAGALHÃES

EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. APELAÇÃO CÍVEL. PRELIMINAR DE TRÂNSITO EM JULGADO ACOLHIDA. PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO AFASTADA. MÉRITO. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO DE FORNECIMENTO DE ÁGUA E ESGOTO SANITÁRIO. DEFEITO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. DEPÓSITO DE DEJETOS *IN NATURA* EM RIACHO. POLUIÇÃO. NEXO DE CAUSALIDADE. ELEMENTOS ENSEJADORES DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. DEVER DE INDENIZAR. *QUANTUM* ARBITRADO DESRAZOAVELMENTE. REDUÇÃO DO VALOR DOS DANOS MORAIS. RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL. JUROS MORATÓRIOS A PARTIR DO EVENTO DANOSO. APELAÇÃO INTERPOSTA PELOS DEMANDANTES NÃO CONHECIDA. APELAÇÃO INTERPOSTA PELA DEMANDADA CONHECIDA E PARCIALMENTE PROVIDA.

1 - Trata-se de Apelações interpostas pela CAGECE, em um polo da demanda, e por moradores de localidade com esgotamento sanitário alegadamente problemático, no outro polo; em face de sentença que condenou a concessionária de serviço público ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 60.000,00 (sessenta mil reais) e em montante a ser apurado em sede de liquidação de sentença a título de danos materiais.

2 – PRELIMINAR DE TRÂNSITO EM JULGADO**.** O recurso interposto pelos autores da ação originária já foi considerado intempestivo em acórdão datado de agosto de 2011, não se verificando a interposição de nenhum recurso contra o fragmento da decisão que assim determinou. Portanto, conclui-se que já houve coisa julgada em relação à essa parte do acórdão, não sendo oportuna nova análise acerca de matéria já decidida anteriormente.

3 - Registre-se que apesar de ambas as apelações terem sido rejeitadas pelo mesmo motivo, qual seja, intempestividade por antecipação, apenas a concessionária de serviço público interpôs Recurso Especial e, obviamente, somente em relação ao fragmento que reputava intempestivo o seu recurso, não o do polo adverso. Preliminar acolhida para inadmtir o recurso dos demandantes.

4- PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO. Alega a CAGECE que o direito à reparação em virtude dos fatos narrados está prescrito, pois estes teriam ocorrido no ano de 1997, e ação foi ajuizada em 2006, quando já estaria ultrapassado o prazo de 3 (três) anos previsto no artigo 106, § 3º, V do Código Civil. No entanto, não assiste razão à concessionária, pois os atos de poluição não ocorreram apenas no ano de 1997, mas por várias vezes ao longo de mais de 10 (dez) anos, conforme comprovam diversos documentos. Assim, tratando-se de infração continuada, não há que se falar em prescrição, pois o prazo recomeça a cada ato ilícito da empresa. Preliminar afastada.

5- MÉRITO. Destarte, passa-se à análise de mérito da apelação interposta pela CAGECE. Analisando os autos, restou inconteste a ocorrência de depósito de dejetos em um riacho que cruza a propriedade dos demandantes, o que ocasiona um forte mau cheiro e impossibilita a prática da agricultura e a criação de animais, situação comprovada por meio de pareceres de diversos órgãos.

6- Aliás, a CAGECE não se ocupou em negar a existência de poluição, que era evidente, centralizando sua defesa na

ausência de nexo de causalidade entre alguma conduta ou omissão da concessionária de serviço público com o fato. Assim, consta-se que o cerne da questão gira em torno de saber se é ou não a concessionária responsável pelo ocorrido.

7- A responsabilidade da empresa concessionária de serviço público é de natureza objetiva, o qual exige, para sua configuração, a ação ou omissão da empresa, a prova do dano e o nexo causal entre ambos, com base na teoria do risco administrativo.

8 - Compulsando os fólios, constata-se a configuração da responsabilidade da CAGECE pela situação narrada, considerando que restou fartamente comprovado pelos depoimentos testemunhais e pelas perícias realizadas no local que a poluição do riacho era oriunda de vazamentos ocorridos nas instalações da concessionária, pois os dejetos oriundos da sua estação de tratamento foram por diversas vezes descartados *in natura* no leito do Riacho Fazenda Nova.

9 - É cediço que a avaliação técnica realizada por perito nomeado pelo Juízo é forte indício da responsabilidade da concessionária, pois foi ele quem visitou o local, além de ser o profissional detentor dos conhecimentos técnicos necessários ao esclarecimento do feito. *In casu,* associando todos os elementos presentes nos autos, tem-se que eles apontam para a mesma direção já referida.

10 - A gravidade do ato ilícito perpetrado pela CAGECE, consubstanciado na prestação de serviço público sanitário defeituoso, consiste principalmente na afronta à própria Constituição Federal, que confere proteção à saúde e ao meio ambiente, direitos que ficam comprometidos diante da ausência de um saneamento básico de qualidade.

11 - No tocante aos danos materiais, percebe-se que estes são evidentes, considerando a depreciação do imóvel, tendo inclusive sido frustrada a oportunidade de venda da propriedade em razão do mau cheiro. No entanto, a importância exata a que fazem jus os demandantes não restou suficientemente definida nessa primeira etapa, sendo acertada a determinação

do magistrado *a quo* de apuração em procedimento de liquidação de sentença.

12 - Quanto aos danos morais, não é razoável arbitrar uma indenização irrisória, nem de gravame demasiado ao ofensor, pois esta pode gerar enriquecimento sem causa para o lesionado, e aquela não surtiria um dos efeitos da condenação, qual seja, o de desestimular a reiterada prática de atos da mesma natureza.

13- O valor de compensação por danos morais em R$ 60.000,00 (sessenta mil reais) está acima dos valores fixados pelos tribunais em situações semelhantes, afigurando-se mais razoável a quantia de R$ 10.000,00 (dez mil reais) para cada requerente.

14 - Insurge-se ainda a CAGECE contra a estipulação da data do evento danoso em 26.02.1999, pois não teria qualquer prova nos autos capaz de demonstrar a data exata da ocorrência do evento danoso, defendendo também a fixação dos juros de mora a partir da citação, não do ato ilícito.

15 - Quanto ao primeiro quesito, não assiste razão à concessionária, pois o juiz de 1º grau baseou-se corretamente na data assentada ao final do Parecer Técnico da Superintendência Estadual do Meio Ambiente (SEMACE) (49 – 50), que, naquela ocasião, já constatava a ocorrência de poluição no riacho, constituindo o primeiro indicativo concreto da problemática.

16 - Merece reproche também a segunda alegação da CAGECE, pois a matéria já foi inclusive sumulada pelo Superior Tribunal de Justiça, tendo sido consignado que "Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual." (Súmula 54 do STJ).

17 – Assim, reforma-se a sentença combatida apenas para reduzir o *quantum* a título de danos morais, fixando o valor em R$ 10.000,00 (dez mil reais) para cada demandante.

18 – Apelação interposta pelos demandantes inadmitida. Apelação interposta pela demandada conhecida e parcialmente provida. Sentença reformada.

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores integrantes da Quinta Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, por uma de suas Turmas, em inadmitir o apelo dos demandantes e em conhecer do apelo da demandada para dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do eminente Relator.

Fortaleza, 21 de abril de 2014.

Relatório às fls.

VOTO

Trata-se de Apelações Cíveis interpostas pelos autores da ação originária MARIA DE FÁTIMA MOURA LEITE e ANTÔNIO RUBENS DE SÁ BARRETO LEITE, bem como pela parte adversa, qual seja, COMPANHIA DE ÁGUA E ESGOTO DO CEARÁ nos autos do processo de nº 0004205-78.2006.8.06.0112, em face de sentença proferida pelo Douto Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Juazeiro do Norte, que julgou parcialmente procedente a ação indenizatória formulada pelos primeiros apelantes.

Preliminarmente, face a um juízo antecedente de admissibilidade, conheço do recurso interposto pela CAGECE, eis que próprio e interposto tempestivamente, encontrando-se presentes os chamados requisitos intrínsecos e extrínsecos ao transpasse para o juízo de mérito.

PRELIMINAR DE TRÂNSITO EM JULGADO

Quanto ao recurso interposto por MARIA DE FÁTIMA MOURA LEITE e ANTÔNIO RUBENS DE SÁ BARRETO LEITE, verifica-se que já houve coisa julgada em relação à parte do acórdão de fls. 680 – 681 datado de 10 de agosto de 2011 que considerou intempestiva a referidão apelação, pois não houve irresignação quanto a este ponto do *decisum*.

Registre-se que apesar de ambas as apelações terem sido rejeitadas pelo mesmo motivo, qual seja, intempestividade por antecipação, apenas a CAGECE interpôs Recurso Especial e, obviamente, somente em relação ao fragmento que reputava

intempestivo o seu recurso, não o do polo adverso. Dessa forma, a determinação do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que seja conhecida a apelação da CAGECE, não de MARIA DE FÁTIMA MOURA LEITE e ANTÔNIO RUBENS DE SÁ BARRETO LEITE.

Os tribunais pátrios já reconhecem o instituto do trânsito em julgado parcial. Senão vejamos:

> RECURSO ORDINÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. ERRO DE FATO. SENTENÇA RESCINDENDA. TRÂNSITO EM JULGADO PARCIAL. DECADÊNCIA. PREJUDICIAL SUSCITADA DE OFÍCIO. 1**. De acordo com o item IV da Súmula nº 100, na hipótese de haver recurso parcial na ação originária, o trânsito em julgado ocorrerá em momentos e tribunais distintos**. 2. *In casu*, verifica-se que a autora não interpôs recurso ordinário contra a decisão que rejeitou os embargos de declaração opostos em face da sentença, conformando-se com o seu teor, razão pela qual o trânsito em julgado ocorreu neste momento e não após o julgamento do recurso de ordinário interposto pela reclamante. 3. Assim, constatando-se que a ação rescisória foi ajuizada após o prazo de dois anos previsto no artigo 495 do CPC, impõe-se o reconhecimento da decadência do direito da autora. 4. Processo extinto com resolução do mérito, nos termos do artigo 495, IV, do CPC .
> (TST - RO: 2069420115220000 206-94.2011.5.22.0000, Relator: Guilherme Augusto Caputo Bastos, Data de Julgamento: 13/08/2013, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 23/08/2013). GN.

> TRIBUTÁRIO. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO.DEPÓSITO JUDICIAL. **TRÂNSITO EM JULGADO PARCIAL FAVORÁVEL AO CONTRIBUINTE.** LEVANTAMENTO DE DEPÓSITO REFERENTE À PARTEINCONTROVERSA. POSSIBILIDADE. 1. Segundo o disposto nos artigos 151, inciso II, do Código Tributário Nacional e 32, § 2º, da Lei 6.830/80, o deferimento do pedido de levantamento pelo contribuinte dos depósitos efetuados para fins de suspender a exigibilidade do crédito tributário, bem como a sua conversão em renda em favor do ente público, pressupõe o trânsito em julgado da decisão final que julga a lide em definitivo. 2. No caso em exame, é fato incontroverso que o recurso especial interposto pela Fazenda Nacional não foi conhecido, e o agravo regimental então apresentado teve negado o seu provimento por acórdão já transitado em julgado. Pende de julgamento no Superior Tribunal de Justiça apenas o recurso especial interposto pelo contribuinte, o qual visa obter a declaração de seu direito em permanecer sujeito ao regime cumulativo das contribuições do PIS e da COFINS. 3**. Sendo assim, em relação à parte da sentença favorável ao contribuinte, resta atendido o requisito do trânsito em julgado,indispensável para o deferimento do pedido de levantamento relativo à parcela proporcional ao seu sucesso na demanda.** Essa interpretação assemelha-se àquela relativa à expedição de precatório da parte incontroversa, tendo essa Corte firmado posicionamento no sentido de que a execução da parcela da dívida

> não impugnada pelo ente público deve ter regular prosseguimento, ausente, em consequência, óbice à expedição de precatório.4. Recurso especial não provido.
> (STJ - REsp: 1240477 SC 2011/0048417-9, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 03/05/2011, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 09/05/2011). GN.

Recentemente, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, em sede do julgamento do Recurso Extraordinário nº 666589 ocorrido em 25 de março de 2014, de relatoria do ministro Marco Aurélio, assentou, unanimemente, que "O trânsito em julgado se mostra passível de ocorrer em momentos separados presentes os capítulos autônomos da decisão".

Na doutrina, ilustres doutrinadores corroboram a tese acima exposta. Sobre a imutabilidade dos capítulos não impugnados, Cândido Rangel Dinamarco leciona:

> "Quando o recurso interposto é integral, abrangendo todos os capítulos de que se compõe o ato recorrido, não se opera preclusão alguma, notadamente a coisa julgada; quando ele é parcial, os capítulos de sentença não impugnados recebem a coisa julgada e tornam-se, a partir daí, inatacáveis" (DINAMARCO, Cândido Rangel. Capítulos de sentença. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 99.

Já Gustavo Filipe Barbosa Garcia dispõe que:

> "se o recurso é parcial, ou seja, com impugnação de apenas parte da sentença condenatória, **o capítulo não abrangido pela irresignação transita em julgado de imediato, independentemente do recurso interposto"** (GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Coisa julgada - Novos enfoques. São Paulo: Método, 2007, p. 52.). GN

No mesmo sentido, Didier Junior e Carneiro da Cunha *in* "Curso de Direito Processual Civil. vol. 3. Salvador: Podivm, 2007, p.27." defendem que o capítulo não impugnado fica acobertado pela preclusão.

Outrossim, Mouta Araújo *in* Coisa Julgada Progressiva e Resolução Parcial do Mérito - Instrumentos de Brevidade da Prestação Jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2008, p. 352, defende que a decisão que eventualmente decretar a falta de algum pressuposto processual só atingirá os capítulos impugnados, **ainda que haja contradição entre duas "coisas julgadas"**. Destaca ainda que o efeito translativo deve restringir-se ao capítulo recorrido, pois o capítulo aquiescido é precocemente acobertado pela coisa julgada.

Assim, é imperativo o **acolhimento da preliminar de trânsito em julgado.**

DA PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO

Alega a CAGECE que o direito à reparação em virtude dos fatos narrados está prescrito, pois estes teriam ocorrido no ano de 1997, e ação foi ajuizada em 2006, quando já estaria ultrapassado o prazo de 3 (três) anos previsto no artigo 106, § 3º, V do Código Civil. No entanto, não assiste razão à concessionária, pois os atos de poluição não ocorreram apenas no ano de 1997, mas por várias vezes ao longo de mais de 10 (dez) anos, conforme comprovam o auto de infração da SEMACE (fl. 53), datado de 22.03.1999; o Parecer Técnico do Núcleo de Estudos dos Recursos Hídricos da Chapada do Araripe da Universidade Regional do Cariri (56 – 60), datado de 25 de outubro de 2000; o Relatório Técnico da SEMACE (fls. 64 – 67), datado de 21 de março de 2006, o Laudo Técnico do Instituto Centro de Ensino Tecnológico (fls. 73 – 75), datado de 29 de março de 2006, o Laudo Técnico do Instituto Brasileiro de Meio Ambiente (IBAMA) (71 – 72), datado de 30 de março de 2006, as fotos do local em 19.05.2006 (fls. 77 – 92.) e a certidão do oficial de justiça avaliador, datada de 17.04.2009 (fl. 357).

Assim, tratando-se de infração continuada, não há que se falar em prescrição, pois o prazo recomeça a cada ato ilícito da empresa. A propósito:

> APELAÇÃO CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. REPARAÇÃO DE DANO AMBIENTAL INDIVIDUAL. PRETENSÃO DE NATUREZA PATRIMONIAL E PRIVADA. PRESCRITIBILIDADE. TERMO A QUO DO PRAZO PRESCRICIONAL. ÚLTIMO ATO DE DEGRADAÇÃO AMBIENTAL PRATICADO. PRECEDENTE DO STJ. LAPSO APLICÁVEL. VINTENÁRIO. ART. 177 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. IMPLEMENTO DO PRAZO PRESCRICIONAL. ACTIO EXTINTA. RECURSO PROVIDO. A pretensão à recuperação do meio ambiente degradado, alicerçada no dano ambiental coletivo, é imprescritível; contudo, a pretensão individual de reparação de danos patrimoniais e morais decorrentes da degradação ambiental é prescritível, por possuir natureza eminentemente privada. "Em matéria de prescrição cumpre distinguir qual o bem jurídico tutelado: se eminentemente privado seguem-se os prazos normais das ações indenizatórias; se o bem jurídico é indisponível, fundamental, antecedendo a todos os demais direitos, pois sem ele não há vida, nem saúde, nem trabalho, nem lazer, considera-se imprescritível o direito à reparação" (STJ, REsp 1120117/AC, rela. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, j. em 10-11-2009). "**A continuada violação do direito de propriedade dos recorridos por atos sucessivos de poluição praticados pela recorrente importa em que se conte o prazo prescricional do último ato praticado" (STJ, REsp 20645/SC, rel. Ministro Barros Monteiro, rel. p/ Acórdão Ministro Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, j. em 24-4-2002).**

> (TJ-SC - AC: 20130415469 SC 2013.041546-9 (Acórdão), Relator: Fernando Carioni, Data de Julgamento: 22/07/2013, Terceira Câmara de Direito Civil Julgado). GN.

Assim, **afasta-se referida preliminar.** Passo à análise do mérito da apelação interposta pela CAGECE.

MÉRITO

Em suma, os demandantes ingressaram com a ação originária postulando danos morais e materiais em virtude de a estação de tratamento do esgoto sanitário da localidade próxima à residência dos mesmos ser bastante problemática, inclusive com o depósito de dejetos em um riacho que cruza a referida propriedade, o que ocasiona um forte mau cheiro e impossibilita a prática da agricultura e a criação de animais.

Analisando os autos, restou inconteste referida situação, comprovada por meio de pareceres de diversos órgãos, a saber: Parecer Técnico da Superintendência Estadual do Meio Ambiente (SEMACE) (fls. 49 – 50), Parecer Técnico do Núcleo de Estudos dos Recursos Hídricos da Chapada do Araripe da Universidade Regional do Cariri (fls. 56 – 60), Relatório Técnico da SEMACE (fls. 64 – 67), Laudo Técnico do Instituto Brasileiro de Meio Ambiente (IBAMA) (fls. 71 – 72).

A propósito, destaco alguns trechos:

> " (…) observou-se que a Estação de Tratamento – ETE encontra-se paralisada, devido a uma pane nos motores e o efluente coletado estava sendo lançado, "in natura", no riacho Fazenda Nova, infringindo a legislação vigente e **causando poluição naquele recurso hídrico** (…)". [Parecer Técnico da Superintendência Estadual do Meio Ambiente (SEMACE) à fl. 49] GN.

> "(…) **observou-se que a Estação de Tratamento (ETE) encontra-se em estado de abandono, pois o sistema está paralisado** e conforme informações populares nunca funcionou, sendo identificado rachaduras em um dos Reatores Anaeróbicos de Fluxo Ascendente. Sendo constada a grande quantidade de capim e plantas invasoras na caixa de areia, responsável pela retenção de sólidos grosseiros (ver fotos 1 e 2). O esgotamento sanitário cai diretamente em uma vala (ver foto 3) e cruza a céu aberto a propriedade do Sr. Antônio Rubens de Barreto Leite. (…) Não foi necessário realizar o exame bacteriológico, pois **na amostra coletada havia a presença de excrementos e fezes humanas visíveis** (ver foto 4 e 5) (…) As águas do riacho Fazenda Nova estão sendo contaminadas pelos esgotos provenientes do Conjunto Residencial Dep. Almino Loiola de Alencar, comprometendo

> a **qualidade sanitária dos alimentos produzidos em suas margens. (…) A propriedade do Sr. Antônio Rubens de Barreto Leite tornou-se um reservatório de esgotos, onde um forte odor amoniacal revela a presença de fezes."** [Parecer Técnico do Núcleo de Estudos dos Recursos Hídricos da Chapada do Araripe da Universidade Regional do Cariri às fls. 56 – 57] GN.
>
> "**A central de tratamento encontra-se paralisada, por falta de funcionamento de suas eletrobombas, e os efluentes coletados (sem nenhum tratamento) estão sendo lançados diretamente no Riacho Fazenda Nova, poluindo aquele recurso hídrico**; os efluentes são lançados a céu aberto no Riacho supracitado, percorrem poluindo várias propriedades (…) Os tanques de recepção da CAGECE na área de tratamento que recebem os efluentes encontram-se a céu aberto emitindo odores fétidos insuportáveis (…) [Relatório Técnico da SEMACE à fl. 64]. GN.
>
> " (…) os resíduos que chegam àquela unidade de esgoto vem sendo despejados por tubulação, sem nenhuma espécie de tratamento, diretamente no Riacho Fazenda Nova que está localizado logo abaixo, **causando contaminação do solo e lençol freático de toda área a jusante do derramamento num nível superior (em mais de 8x) o índice máximo permitido**". [Laudo Técnico do IBAMA à fl. 71] GN.
>
> (…) Acontece que naquela bairro tem um mau cheiro muito forte. Diz que tem dia que não tem quem aguente o mau cheiro, provocado pelas fezes (…) [Depoimento prestado pela testemunha LINDALVA DA SILVA À FL. 406]

Além disso, as fotos acostadas aos autos pelos demandantes (fls. 77 – 92) bem como as que acompanham os respectivos pareceres são bastante elucidativas, não comportando maiores dúvidas acerca da situação degradante em que o ambiente encontrava-se no momento.

Aliás, a CAGECE não se ocupou em negar a existência de poluição, que era evidente, centralizando sua defesa na ausência de nexo de causalidade entre alguma conduta ou omissão da concessionária de serviço público com o fato, alegando que este é originado de "chorume proveniente de depósitos de lixo clandestinos locais, de esgotos clandestinos e de águas servidas de imóveis situados nos bairros Bertolândia e Novo Juazeiro, os quais não estão interligados ao Sistema de Esgotamento Sanitário operado pela CAGECE, além do próprio Conjunto Almino Loiola, em que os imóveis não estão interligados, em sua totalidade, à rede coletora de esgotos da CAGECE, pois alguns imóveis interligam as águas imundas (fossas) à rede coletora, mas não o fazem em relação às águas servidas provenientes de lavatórios, pias, chuveiros, etc".

Assim, consta-se que o cerne da questão gira em torno de saber se é ou não a concessionária responsável pelo ocorrido.

Inicialmente, destaco que a responsabilidade da empresa concessionária de serviço público, como é o caso da CAGECE, é de natureza objetiva, o qual exige, para sua configuração, a ação ou omissão da empresa, a prova do dano e o nexo causal entre ambos, com base na teoria do risco administrativo. Senão vejamos o teor do art. 37, § 6º da Constituição Federal:

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

Nesse sentido é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. *In verbis*:

> ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. **CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA.** MULTA. SÚMULA 7/STJ.
> 1. O Tribunal de origem, à luz dos princípios da livre apreciação da prova e do convencimento motivado, **acolheu a responsabilidade objetiva da concessionária pela ineficiência da prestação do serviço de esgoto, reconhecendo o nexo de causalidade entre o fato e dano.**
> 2. O acolhimento das alegações deduzidas no recurso especial, a fim analisar se houve, ou não, responsabilidade civil atribuível à agravante, demandaria a incursão no conjunto fático-probatório da causa, o que encontra óbice na Súmula 7 do STJ.
> 3. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, o valor da indenização estabelecido pelas instâncias ordinárias somente pode ser revisto quanto for irrisório ou exorbitante, o que não se verifica no caso dos autos (R$ 6.975,00).
> 4. Agravo regimental a que se nega provimento.
> (AgRg no AREsp 403.750/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/11/2013, DJe 25/11/2013). GN.

> RESPONSABILIDADE CIVIL. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. ELETROCUSSÃO. MORTE DE MENOR. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535 DO CÓD. DE PROC. CIVIL. INOCORRÊNCIA. TEORIA DO RISCO OBJETIVO. APLICABILIDADE. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. INADMISSIBILIDADE. DESPESAS DE LUTO E FUNERAL. FATO CERTO. PENSIONAMENTO DOS PAIS. POSSIBILIDADE. CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL. PRECEDENTES. DANOS MORAIS. VALOR RAZOÁVEL. (...)
> II - A obrigação das empresas concessionárias de serviços públicos de indenizar os danos causados à esfera juridicamente protegida dos particulares, a despeito de ser governada pela teoria do risco administrativo,

> de modo a dispensar a comprovação da culpa, origina-se da responsabilidade civil contratual.
> III - **Consoante deflui do disposto no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, basta ao autor demonstrar a existência do dano para haver a indenização pleiteada, ficando a cargo da ré o ônus de provar a causa excludente alegada**, o que, segundo as instâncias ordinárias, não logrou fazer. (…) Recurso especial não conhecido. (REsp 506.099/MT, Rel. Ministro Castro Filho, DJ 10/02/2004). *GN*.
>
> EMENTA: CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE DO ESTADO. ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO. **PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO.** CONCESSIONÁRIO OU PERMISSIONÁRIO DO SERVIÇO DE TRANSPORTE COLETIVO. **RESPONSABILIDADE OBJETIVA EM RELAÇÃO A TERCEIROS NÃO-USUÁRIOS DO SERVIÇO.** RECURSO DESPROVIDO. I - **A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva relativamente a terceiros usuários e não-usuários do serviço, segundo decorre do art. 37, § 6º, da Constituição Federal.** II - A inequívoca presença do nexo de causalidade entre o ato administrativo e o dano causado ao terceiro não-usuário do serviço público, é condição suficiente para estabelecer a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica de direito privado. III - Recurso extraordinário desprovido.
>
> (RE 591874, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 26/08/2009, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-237 DIVULG 17-12-2009 PUBLIC 18-12-2009 EMENT VOL-02387-10 PP-01820) . GN.

Outrossim, leciona JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO acerca da responsabilidade objetiva:

> "Para configurar esse tipo de responsabilidade, bastam três pressupostos. O primeiro deles é a ocorrência do fato administrativo, assim considerado como qualquer forma de conduta, comissiva ou omissiva, legítima ou ilegítima, singular ou coletiva, atribuída ao Poder Público. Ainda que o agente estatal atue fora de suas funções, mas a pretexto de exercê-las, o fato é tido como administrativo, no mínimo pela má escolha do agente (*culpa in eligendo*) ou pela má fiscalização de sua conduta (*culpa in vigilando*). O segundo pressuposto é o dano.(...)Não importa a natureza do dano: tanto é indenizável o dano patrimonial como o dano moral. Logicamente, se o dito lesado não prova que a conduta estatal lhe causou prejuízo, nenhuma reparação terá a postular. O último pressuposto é o nexo causal (ou relação de causalidade) entre o fato administrativo e o dano. Significa dizer que ao lesado cabe apenas demonstrar que o prejuízo sofrido se originou da conduta estatal, sem qualquer consideração sobre o dolo ou a culpa".
> (Manual de Direito Administrativo, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008, pág: 502.)

No mesmo sentido, discorre Maria Sylvia Zanella:

> **"Isto significa que se trata de responsabilidade objetiva, ou seja, de responsabilidade sem culpa, bastando demonstrar o nexo de causalidade entre o ato danoso e o dano sofrido pelo administrado. Trata-se da aplicação da teoria do risco administrativo, amplamente acolhido pela doutrina e pela jurisprudência".** (Di Pietro, Maria Sylvia Zanella *In* Direito Administrativo, Ed. Atlas, 178ª Edição, São Paulo, 2003). GN.

Compulsando os fólios, constata-se a configuração da responsabilidade da CAGECE pela situação narrada, considerando que restou fartamente comprovado pelos depoimentos testemunhais e pelas perícias realizadas no local que a poluição do riacho era oriunda de vazamentos ocorridos nas instalações da concessionária, pois os dejetos oriundos da sua estação de tratamento foram por diversas vezes descartados *in natura* no leito do Riacho Fazenda Nova.

É cediço que a avaliação técnica realizada por perito nomeado pelo Juízo é forte indício da responsabilidade da concessionária, pois foi ele quem visitou o local, além de ser o profissional detentor dos conhecimentos técnicos necessários ao esclarecimento do feito. Isso não vincula o julgador, mas auxilia o mesmo na formação de seu livre convencimento motivado, mormente considerando que o juiz, em regra, não tem noções específicas acerca da matéria. *In casu,* associando todos os elementos presentes nos autos, tenho que eles apontam para a mesma direção já referida.

A propósito, colaciono trecho das conclusões do perito, que, após acurada análise do local e da estrutura mantida pela CAGECE, pontuou que:

> "Não foram encontrados depósitos de lixo doméstico em volume expressivo para formação de chorume, apenas pontos esporádicos e restos de materiais de construção. Igualmente, não foram detectados lançamentos de esgotos primários clandestinos (dejetos de vasos sanitários) no trecho percorrido." [Laudo pericial à fl. 297]
>
> "Como a poluição deixou de persistir após o bombeamento dos esgotos pela CAGECE, diante dos fatos verificados no entorno e dos resultados das análises das águas, **a perícia conclui que a poluição hídrica no imóvel do acionante Sr. Rubens, citada nos autos, teve como exclusiva causa o vazamento ocorrido nas instalações da acionada CAGECE**". [Laudo pericial à fl. 301]. GN

O oficial de justiça avaliador também indica a constatação do mesmo fato:

> "(…) dentro daquele imóvel existe uma entrada de água, como um pequeno córrego, no qual verifiquei a presença de uma água extremamente poluída, onde pude visualizar a presença de resíduos acumulados na superfície que, pela forma e odor característicos, identifiquei como fezes, numa quantidade considerável e provocando um mau cheiro insuportável. Verifiquei, na oportunidade, que **a água suja, além de estar se acumulando, continua fluindo para dentro do terreno, vinda do lado leste da propriedade, ou seja, do lado onde é instalada uma estação de tratamento de esgoto da CAGECE**. Indaguei junto aos moradores daquela residência sobre a origem daquela poluição e **os mesmos alegaram que a "bomba" da CAGECE, que fica paralela ao imóvel vistoriado, havia sido danificada na semana passada, o que provocou o despejo dos dejetos no referido terreno**" [Certidão do Oficial de Justiça Avaliador à fl.357]. GN.

No mesmo sentido:

> (…) Inicialmente, ali funcionou uma ETE – Estação de Tratamento de Esgoto. **No caso de pane desta estação, os esgotos eram jogados para o riacho.** [Depoimento prestado pela testemunha FRANCISCO MAURÍCIO BARBOSA à fl. 407] GN.

Além disso, como bem pontuou o juiz de planície, "o fato de a estação de tratamento de esgoto (ETE) da promovida possuir licenciamento ambiental em nada lhe favorece, mormente por haver os ilícitos sido perpetrados após a aludida licença, o que, inclusive, gerou a lavratura de autos de infração em seu desfavor", autos de infração estes constantes nas fls. 53 e 67 deste caderno processual.

A gravidade do ato ilícito perpetrado pela CAGECE, consubstanciado na prestação de serviço público sanitário defeituoso, consiste principalmente na afronta à própria Constituição Federal, que confere proteção à saúde e ao meio ambiente, direitos que ficam comprometidos diante da ausência de um saneamento básico de qualidade. A propósito:

> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.
>
> Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

A Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/90) também regula o tema:

> Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.
> § 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.
> § 2º **O dever do Estado não exclui o** das pessoas, da família, **das empresas** e da sociedade. GN.

Outrossim, tem-se a Lei Federal nº 6.938/81:

> Art. 2º - A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana, atendidos os seguintes princípios:
> (...)
> Art. 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:
> (...)
> III - **poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente:**
> **a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;**
> (...)
> Art. 14 - Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:
> (...)
> § 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, **é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade.** O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente." GN.

Dessa forma, conjugando os dispositivos colacionados, percebe-se que é imposto à CAGECE, assim como a qualquer pessoa jurídica ou pessoa física, o dever jurídico de direcionar a execução de suas atividades para a conservação de um meio ambiente em condições adequadas ao bem estar dos cidadãos. Quando ocorre a inobservância desse mandamento curial, o Poder Judiciário, provocado pelos prejudicados ou pelos órgãos legitimados, deve coibir a prática que estiver comprometendo a saúde

e a qualidade de vida da população, seja com medidas restritivas ou indenizatórias, coletivas ou até mesmo individuais, como ocorre no caso.

Sobre a configuração do dano ambiental individual, disserta José Rubens Morato Leite:

> "Com efeito, em vista do interesse individual próprio e do meio ambiente, a finalidade principal do interessado não tem por objetivo imediato a proteção do meio ambiente, que estará sendo tutelado, de forma indireta pela atitude do demandante, isto é, o interesse protegido, de forma direta, é a lesão ao patrimônio e demais valores das pessoas; e, de forma mediata e incidental, o meio ambiente da coletividade, contribuindo para a sua proteção e para o exercício indireto da cidadania ambiental. Porém, mesmo em vista da proteção ao interesse individual próprio, poderá o demandante valer-se do aparato específico do meio ambiente e fundar o seu pedido em responsabilidade objetiva, na forma do citado art. 14, §1º, da Lei n. 6.938, de 1981 e do art. 927, parágrafo único, do Novo Código Civil, provando que a sua lesão pessoal foi oriunda de um ato de poluição, degradação ambiental ou risco provocado pelo demandado."
> LEITE, José Rubens Morato. Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

Destarte, a CAGECE faltou com seu dever jurídico de manter o equilíbrio ecológico no entorno do Riacho Fazenda Nova, figurando como poluidora e, consequentemente, responsável pelo pagamento de indenização aos terceiros afetados pela sua atividade.

Para que reste então configurada a obrigação de indenizar, mister estarem presentes os pressupostos da responsabilidade civil objetiva, ou seja, o dano causado, a ação do agente e o nexo causal entre a sua conduta e o dano.

Realizando o exame dos supracitados elementos, tem-se que restou inconteste a ocorrência do ato ilícito, senão vejamos:

I) A existência do dano reside na deterioração e na desvalorização sofrida pela propriedade dos demandantes, bem como no mal-estar sofrido pelos mesmos ao terem que conviver diariamente com o mau cheiro proveniente de fezes; além do constrangimento ao receber visitas em ambiente insalubre.

II) A ação do agente causador consiste no defeito na prestação do serviço de saneamento, consubstanciado no depósito de dejetos sem tratamento no Riacho Fazenda Nova.

III) O nexo de causalidade resta evidente no fato de que, não existindo a ação da empresa, não haveria a ocorrência do dano.

Os tribunais pátrios já reconheceram a configuração de responsabilidade civil em casos bastante semelhantes ao presente:

> EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. **RESPONSABILIDADE CIVIL. INSTALAÇÃO DE ESTAÇÃO DE TRATAMENTO DE ESGOTO A CÉU ABERTO. CORSAN. RESPONSABILIDADE OBJETIVA POR VIOLAÇÃO DE NORMAS SANITÁRIAS. MAU CHEIRO. CONDIÇÕES INSALUBRES. DANO MORAL AMBIENTAL INDIVIDUAL. CONFIGURAÇÃO.** MANUTENÇÃO DO QUANTUM. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS MANTIDOS. PRECEDENTES. Inexistência dos vícios previstos no art. 535 do CPC, não se prestando os embargos à rediscussão de matéria já apreciada. Cumpre ao julgador apenas a fundamentação adequada à sua decisão, não sendo, pois, imprescindível à apreciação de todos os argumentos ou dispositivos legais invocados pela parte. Descabida a oposição de embargos declaratórios exclusivamente com fins de prequestionamento, sem apontar alguma das hipóteses do art. 535, do CPC. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NÃO ACOLHIDOS. (Embargos de Declaração Nº 70052817822, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em 27/02/2013). GN.
>
> (TJ-RS , Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Data de Julgamento: 27/02/2013, Nona Câmara Cível)

Sabe-se que "o **dano moral** não é propriamente a dor, a angústia, o desgosto, a aflição espiritual, a humilhação, o complexo que sofre a vítima do evento danoso, pois esses estados de espírito constituem o conteúdo, ou melhor, a consequência do dano.(...)."(Carlos Roberto Gonçalves, Comentários ao Código Civil - Parte Especial do Direito das Obrigações", vol. 11, 2003, Saraiva, pág. 926/927). *Grifei*.

Já o dano material é "a lesão concreta, que afeta um interesse relativo ao patrimônio da vítima, consistente na perda ou deterioração, total ou parcial, dos bens materiais que lhe pertencem, sendo suscetível de avaliação pecuniária e de indenização pelo responsável" (Maria Helena Diniz, *Curso de direito civil brasileiro*, vol. 7, p. 62.)

Superada esta fase, restando inconteste a responsabilidade da concessionária de serviço público e o cabimento do ressarcimento relativo ao dano material e da reparação do dano moral, passo à análise do *quantum* indenizatório.

No tocante aos danos materiais, percebe-se que estes são evidentes, considerando a já comentada depreciação do imóvel, tendo inclusive sido frustrada a oportunidade de venda da propriedade em razão do mau cheiro. A propósito, colaciono depoimento de um interessado que desistiu da compra após constatar a situação do local:

> "**Procurou os demandantes Antônio Rubens e esposa objetivando adquirir junto aos mesmos um terreno no Bairro São Geraldo e verificou que nele continha fezes. Comprometeram-se os vendedores em solucionar esse problema. Como tal não aconteceu, desistiu da compra.** (…) As fezes a que se referira, eram em decorrência de uma tubulação da CAGECE, que por ali passava. Tal tubulação estava com vazamentos chegando em uma quantidade abundante, a ficar em céu aberto. (…)" [Depoimento prestado pela testemunha ALBOÍNO NOVAIS MIRANDA à fl. 405]. GN.

No entanto, a importância exata a que fazem jus os demandantes não restou suficientemente definida nessa primeira etapa, sendo acertada a determinação do magistrado *a quo* de apuração em procedimento de liquidação de sentença.

Quanto aos danos morais, é necessário ponderar que a determinação do valor de compensação deverá ser suficiente para reparar o destrato psicológico sofrido e desincentivar o seu causador, para que a conduta não se repita; sopesando o parâmetro de valoração, deve-se manter também constante atenção ao Princípio da Proporcionalidade, de forma a evitar enriquecimento indevido por parte do beneficiado pela indenização.

A Justiça não poderá ser utilizada como forma de gerar acréscimo patrimonial descomensurado às partes querelantes, na verdade, o Poder Judiciário é responsável pela harmonização e equilíbrio das relações sociais, ao que se preza sempre por decisões capazes de consolidar, no caso concreto, os preceitos normativos estabelecidos.

Desta feita, a extensão do dano moral deverá ser delineada a partir dos critérios expostos, não sendo possível vincular o valor da indenização ao resultado de um cálculo aritmético, que é incapaz de considerar as variáveis axiológicas exigidas pelo Ordenamento Jurídico Pátrio.

Nesta oportunidade, é salutar invocar o atual entendimento jurisprudencial desta Corte e do STJ:

> Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. CIRURGIA CARDÍACA. IMPLANTAÇÃO DE "STENT". RECUSA DO PLANO DE SAÚDE EM EFETUAR O PAGAMENTO AO HOSPITAL. DESEMBOLSO PELO CONSUMIDOR. IMPOSSIBILIDADE. DANO MORAL CARACTERIZADO. SENTENÇA REFORMADA. APELO PROVIDO. (...). 4. **Assim, comprovado o ato ilícito, exsurge a obrigação de indenizar. Porém, a reparação por dano moral deve ser regida pelo princípio da proporcionalidade, atentando-se o julgador à capacidade econômica das partes, à extensão do dano e à intensidade da culpa. O valor fixado não deve ser tão expressivo, sob pena de representar**

> **enriquecimento sem causa, nem tão diminuto, a ponto de se tornar irrisório**. 5. Indenização por danos morais fixada em R$ 10.000,00 (dez mil reais). - Sentença reformada, para julgar procedente o pedido formulado na inicial. - Apelação conhecida e provida. - Unânime. (TJ-CE. Apelação 151258200580601121 Relator(a): MARIA IRACEMA MARTINS DO VALE Comarca: Fortaleza Órgão julgador: 4ª Câmara Cível Data de registro: 18/01/2011.) GN.

> ADMINISTRATIVO - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - DECISÃO CONDENATÓRIA TRANSITADA EM JULGADO - LIQUIDAÇÃO - EXTENSÃO DOS DANOS - PRETENSÃO DE REVISÃO DAS PROVAS - IMPOSSIBILIDADE - SÚMULA 07/STJ - CRITÉRIO DA RAZOABILIDADE DA INDENIZAÇÃO.
> (...)
> **5. Razoável o *quantum* indenizatório devido a título de danos morais, que assegura a justa reparação do prejuízo sem proporcionar enriquecimento sem causa do autor, além de levar em conta a capacidade econômica do réu, devendo ser arbitrado pelo juiz de maneira que a composição do dano seja proporcional à ofensa, calcada nos critérios da exemplaridade e da solidariedade. Recurso especial improvido.** (STJ. REsp 776.732/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/05/2007, DJ 21/05/2007, p. 558). *GN.*

Nesta oportunidade, é salutar invocar o atual entendimento dos Tribunais de Justiça, que tem, reiteradamente, analisado os pleitos indenizatórios baseado nos seguintes parâmetros:

> APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. **CORSAN. INSTALAÇÃO DE ESTAÇÃO DE TRATAMENTO DE ESGOTO A CÉU ABERTO. MAU CHEIRO. CONDIÇÕES INSALUBRES. DANO MORAL CONFIGURADO**. QUANTUM. MANTIDO. 1. Prescrição Inocorrente. Infração continuada. 2. A demandada é pessoa jurídica de direito privado, criada por Lei para prestar serviço público saneamento, portanto, o regime jurídico de responsabilidade aplicável é objetivo. Incide na espécie o disposto no art. 37, § 6°, da Constituição Federal, combinado com o disposto no art. 22, § único, e art. 14, ambos do Código de Defesa do Consumidor. Despicienda a análise do elemento subjetivo da conduta. 3. Pressupostos da obrigação de indenizar configurados. A prova dos autos revelou que a empresa de saneamento não está prestando adequadamente o serviço público de tratamento de água no bairro Parque Marinha da cidade de Rio Grande. Cuida-se de um problema local, de amplo e notório conhecimento. Incidência do disposto no art. 334, inciso II, combinado com o art. 335, ambos do Código de Processo Civil. 4. Reconhecido o dano moral experimento pela parte autora, consistente na exposição a condições adversas de mau cheiro e insetos devido a funcionamento ineficiente da rede de esgoto ETE, cidade de Rio Grande. 5**. Manutenção do valor arbitrado em primeiro grau, de <u>R$ 5.000,00</u>, levando-se em consideração, os**

> **transtornos sofridos, o caráter punitivo-pedagógico da reparação, bem assim os precedentes idênticos julgados por este Tribunal de Justiça.** 6. Honorários advocatícios mantidos no valor determinado pelo magistrado a quo, uma vez que em concerto com os vetores do art. 20, § 3°, do CPC. PROVIDO PARCIALMENTE O APELO DA RÉ E NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO ADESIVO DOS AUTORES. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70039471248, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira, Julgado em 24/11/2010). GN.
>
> **RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO.** CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA NÃO PROVADA. PROVA DO NEXO CAUSAL DECORRENTE DO CONTEXTO PROBATÓRIO, COM ALTO GRAU DE CONFIABILIDADE. 1. Aplica-se a responsabilidade objetiva estatal às concessionárias de serviço público que, agindo nessa qualidade, causem dano ao particular, sem prejuízo da responsabilidade objetiva que já resultaria da própria relação contratual consumerista. Responsabilidade subjetiva descartada. 2. O ônus da prova quanto à culpa exclusiva da vítima é do agente e não dela própria. Não é de responsabilidade do consumidor a má conservação da ligação entre o poste e o estabelecimento, já que o ponto de entrega da energia é este e não aquele. 3. Provados o fato, o dano e o nexo causal, impõe-se o reconhecimento da procedência do pleito indenizatório. 4. Danos materiais. Sem prova capaz de elidir a extensão e quantificação dos danos materiais, nada há a fazer senão confirmar o determinado na sentença. 5. **Danos morais. Quantum debeatur. Não há um critério objetivo para se arbitrar o dano moral, porque não há como tarifar a dor. Para tanto deverá o juiz considerar "a posição social do ofendido, a condição econômica do ofensor, a intensidade do ânimo em ofender e a repercussão da ofensa" (art. 84, da Lei 4.117/92), a fim de que possa, sem tarifá-lo, estabelecer uma linha de coerência nos julgados. Caso em que se considera justa, razoável e proporcional a redução do valor arbitrado para R$ 10.000,00 (dez mil reais). 6.. Recurso parcialmente provido. 7. Decisão unânime. (TJ-CE,** Apelação cível 2116727200680600000, Relator(a): JOSÉ EDMAR DE ARRUDA COELHO, Órgão julgador: 1ª Câmara Cível, Data de registro: 20/03/2007). Grifei.

Analisando os autos, verifica-se que o valor de compensação por danos morais em R$ 60.000,00 (sessenta mil reais) está acima dos valores fixados pelos tribunais em situações semelhantes, afigurando-se mais razoável a quantia de R$ 10.000,00 (dez mil reais) para cada requerente.

Insurge-se ainda a CAGECE contra a estipulação da data do evento danoso em 26.02.1999, pois não teria qualquer prova nos autos capaz de demonstrar a data exata da ocorrência do evento danoso, defendendo também a fixação dos juros de mora a partir da citação, não do ato ilícito.

Quanto ao primeiro quesito, tenho que não assiste razão à concessionária, pois o juiz de 1º grau baseou-se corretamente na data assentada ao final do Parecer Técnico da Superintendência Estadual do Meio Ambiente (SEMACE) (49 – 50), que, naquela ocasião, já constatava a ocorrência de poluição no riacho, constituindo o primeiro indicativo concreto da problemática.

Merece reproche também a segunda alegação da CAGECE, pois a matéria já foi inclusive sumulada pelo Superior Tribunal de Justiça, tendo sido consignado que "Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual." (Súmula 54 do STJ), como ocorre no caso em tela, não deixando o dispositivo margem a maiores dilações.

Por todo o exposto, firme nos propósitos acima delineados, não conheço do recurso interposto pelos demandantes, mas **conheço** do recurso interposto pela demandada, **para dar-lhe parcial provimento**, reformando a sentença combatida apenas para reduzir o *quantum* a título de danos morais, fixando o valor em R$ 10.000,00 (dez mil reais) para cada demandante.

É como voto.

PROCESSO Nº 0058233-72.2005.8.06.0001
APELAÇÃO CÍVEL.
APELANTES: ESPERIDIÃO JUNIOR DE OLIVEIRA e outros
APELADA: SOCIEDADE UNIVERSITÁRIA GAMA FILHO
RELATOR: DESEMBARGADOR CLÉCIO AGUIAR DE MAGALHÃES

EMENTA: DIREITO DO CONSUMIDOR. APELAÇÃO CÍVEL. REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. INSTITUIÇÃO DE ENSINO. APLICAÇÃO DO CDC. PRELIMINAR DE DECADÊNCIA. FATO DO SERVIÇO. PRAZO PRESCRICIONAL DE 05 ANOS. PRELIMINAR AFASTADA. MÉRITO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. CURSO SEQUENCIAL DE JORNALISMO. NEGATIVA DE REGISTRO PELA DELEGACIA REGIONAL DO TRABALHO E PELO SINDICATO. DEVER DE INFORMAR DA UNIVERSIDADE. DEFEITO NO SERVIÇO. DANO MORAL CARACTERIZADO. *QUANTUM* INDENIZATÓRIO. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. APELO CONHECIDO E PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA.

1. Trata-se de Apelação interposta por profissionais graduados no curso sequencial de Jornalismo contra a Universidade onde concluíram a formação, em face de sentença que julgou improcedente a Ação de Reparação de Danos ajuizada pelos ap2. Em suma, os recorrentes frequentaram o curso citado, mas a Delegacia Regional do Trabalho no Ceará (DRT) e o Sindicato dos Jornalistas recusaram-se a aceitar o diploma para fins de obtenção do registro profissional, o que impossibilitou os formandos de exercerem regularmente a profissão de jornalista. Em virtude disso, requerem indenização por danos morais.

3. É inegável a aplicação do Código de Defesa do Consumidor às relações jurídicas mantidas entre as instituições educacionais e seus alunos, considerando que os sujeitos envolvidos, bem como o objeto contratual, enquadram-se perfeitamente nos conceitos insculpidos no CDC.

4. **PRELIMINAR DE DECADÊNCIA.** O prazo a ser aplicado na presente demanda não é o decadencial de 90 dias previsto no art. 26, II do CDC, mas o prescricional de 05 (cinco) anos do artigo 27; pois se refere a dano decorrente de fato do serviço, considerando que o episódio narrado não atinge só a incolumidade econômica do consumidor, mas também a psíquica. Precedentes do STJ. **Preliminar afastada.**

5. **MÉRITO**. É assente, no âmbito do c. Superior Tribunal de Justiça, a possibilidade de inversão do ônus da prova decorrente de relação consumerista, uma vez que restou expressamente prevista no Código de Defesa do Consumidor; não se configurando, portanto, hipótese de cerceamento de defesa, pois se dá oportunidade ao fornecedor de comprovar a higidez do produto oferecido ou do serviço prestado, por ser ele o detentor das informações e dos meios técnicos adequados para tal produção probatória.

6. Uma das garantias conferidas ao consumidor é o direito de ser informado acerca do produto ou serviço a ser contratado, para que assim possa ter condições de escolher o que melhor adequa-se à sua vontade e à sua necessidade. Paralelamente a esse direito, surge o dever do produtor ou do fornecedor de oferecer essas informações de forma clara ao potencial consumidor, indicando corretamente a quantidade, as características, a composição, a qualidade, o preço, os tributos e os riscos do produto ou serviço.

7. A informação não pode encobrir a verdade de maneira alguma, quer seja por afirmação, quer por omissão. Afronta a moralidade, a boa-fé e a transparência a manipulação de frases, sons e/ou imagens para, criando uma conjuntura confusa ou ambígua, iludir o destinatário da informação, induzindo o mesmo a contratar um serviço enganoso.

8. *In casu*, prepondera a presunção acerca do defeito do serviço prestado, decorrente da ausência de informação adequada aos consumidores, pois a empresa apelada não se desincumbiu do seu ônus de produzir, nos autos, prova capaz de refutar a

alegação dos alunos de que estes não foram informados pela instituição educacional que o diploma no curso sequencial de Jornalismo não seria reconhecido pela Delegacia Regional do Trabalho do Ceará e pelo Sindicato dos Jornalistas, o que impossibilitou os formandos de exercerem regularmente a profissão de jornalista, justamente o propósito que eles almejavam quando ingressaram na Universidade.

9. Merece reproche a alegação da recorrida de que não possui responsabilidade pelo fato, não podendo antever que a Delegacia do Trabalho iria negar o registro profissional dos alunos formados na sua instituição. A Universidade foi no mínimo omissa ao não consultar os órgãos responsáveis pelo ato de registro no sentido de se informar e repassar a informação aos estudantes interessados acerca da viabilidade de seus egressos exercerem a profissão; neste azo, vislumbra-se conduta abusiva da apelada diante da informação insuficiente disposta aos apelantes.

10. Constata-se a presença dos elementos ensejadores da responsabilidade civil objetiva estampada no art. 14 do CDC, quais sejam, o dano causado, a ação ou omissão do agente e o nexo causal entre a sua conduta e o dano; exsurgindo a obrigação de indenizar.

11. Não é razoável arbitrar uma indenização irrisória, nem de gravame demasiado ao ofensor, pois esta pode gerar enriquecimento sem causa para o lesionado, e aquela não surtiria um dos efeitos da condenação, qual seja, o de desestimular a reiterada prática de atos da mesma natureza.

12. Analisando os autos, verifica-se que o valor de compensação por danos morais fixado em R$ 5.000,00 (cinco mil reais) é suficiente para reparar o abalo sofrido, assim como se encontra em consonância com os valores arbitrados por esta Corte e pelo STJ.

13. Ademais, condeno a apelada ao pagamento das custas e honorários sucumbenciais, estes arbitrados em 10 % (dez por cento) sobre o valor da condenação, em conformidade com o § 3º do artigo 20 do CPC.

14. Apelo conhecido e provido. Sentença reformada.

ACORDÃO

Acordam os Desembargadores integrantes da Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por uma de suas Turmas, por unanimidade, em conhecer do recurso interposto, para dar-lhe provimento, tudo de conformidade com o voto do e. Relator.

Fortaleza, 26 de fevereiro de 2014.

Relatório às fls.

VOTO

Presentes os requisitos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade, conheço do recurso.

Trata-se de Apelação interposta por ESPERIDIÃO JUNIOR DE OLIVEIRA e outros. contra SOCIEDADE UNIVERSITÁRIA GAMA FILHO em face de sentença proferida pelo Douto Juízo da 1ª Vara da Comarca de Aquiraz, que julgou improcedente a Ação de Reparação de Danos ajuizada pelos apelantes.

Em suma, os recorrentes concluíram o curso sequencial de Jornalismo da Universidade Gama Filho, mas a Delegacia Regional do Trabalho no Ceará e o Sindicato dos Jornalistas recusaram-se a aceitar o diploma para fins de obtenção do registro profissional, o que impossibilitou os formandos de exercerem regularmente a profissão de jornalista. Em virtude disso, requerem indenização por danos morais.

Inicialmente, destaco que é inegável a aplicação do Código de Defesa do Consumidor às relações jurídicas mantidas entre as instituições educacionais e seus alunos, considerando que os sujeitos envolvidos, bem como o objeto contratual, enquadram-se perfeitamente nos conceitos insculpidos no CDC:

> Art. 2° **Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.**
> Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.
> Art. 3° **Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada,**

> **nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de** produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou **prestação de serviços.**
> § 1° Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.
> § 2° **Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista. GN.**

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no mesmo sentido:

> RECURSO ESPECIAL. **SERVIÇOS EDUCACIONAIS. RELAÇÃO DE CONSUMO. APLICAÇÃO DO CDC. FATO DO SERVIÇO.** PRESCRIÇÃO QUINQUENAL.
> 1. **Nos termos do Código de Defesa do Consumidor, o contrato de prestação de serviços educacionais constitui relação de consumo.**
> 2. Nos casos de responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, aplica-se o prazo prescricional de 5 anos (artigo 27 do CDC).
> 3. O termo inicial da prescrição começa a fluir a partir do momento em que o direito é violado, o qual coincide com o momento de nascimento da pretensão.
> 4. Recurso especial não provido.
> (STJ, REsp 647.743/MG, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/12/2012, DJe 11/12/2012). GN.

> **PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.** COBRANÇA DE MENSALIDADES ESCOLARES. OBRIGAÇÃO DE PAGAMENTO. CONTRATAÇÃO DO SERVIÇO. AUSÊNCIA DE FREQUÊNCIA DO EDUCANDO. ABUSIVIDADE NÃO-VERIFICADA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. OMISSÃO INEXISTENTE.
> 1. Não há por que falar em violação do art. 535 do CPC quando o acórdão recorrido dirime, de forma expressa, congruente e motivada, as questões suscitadas nas razões recursais.
> 2. É devida a cobrança por serviços educacionais contratados e disponibilizados ao educando mesmo que ele não frequente as aulas.
> 3. Recurso especial não-conhecido.
> (REsp 726.417/RJ, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 05/11/2009, DJe 16/11/2009). GN.

> CIVIL. **CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS. SUJEIÇÃO AO CDC.** ATRASO NO PAGAMENTO. MULTA MORATÓRIA. LIMITAÇÃO A 2%. LEIS NS. 8.078/90 E 9.298/96. INCIDÊNCIA.
> I. **O contrato de prestação de serviços educacionais constitui relação de consumo, nos termos do art. 3º do CDC,** de sorte que a multa moratória

> pelo atraso no pagamento não pode ultrapassar o teto fixado na Lei n. 9.298/96.
> II. Agravo improvido."
> (AgRg no Ag nº 460.768/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Quarta Turma, julgado em 6/3/2003, DJ 19/5/2003). GN.

DA PRELIMINAR DE DECADÊNCIA

Preliminarmente, cumpre averiguar se o argumento da recorrida de ocorrência de caducidade do direito de reclamar dos consumidores realmente procede; pois, apesar de estes possuírem muitas prerrogativas, a legislação não permite que o exercício desses direitos permaneça exequível *ad eternum,* valorizando também outro princípio norteador das relações jurídicas, qual seja, a segurança. Senão vejamos:

> "O Código de Defesa do Consumidor deixa clara a intenção de restabelecer o equilíbrio nas relações de consumo, isto não significa que deixe de preconizar prazos para que o consumidor faça 'valer' seus direitos. Lado a lado caminham proteção ao consumidor e segurança das relações jurídicas." (WILLIAM SANTOS FERREIRA Prescrição e Decadência no Código de Defesa do Consumidor. Revista de Direito do Consumidor, n.10).

Importa ressaltar desde logo que o "vício" do produto e do serviço difere do "fato" do produto e do serviço, assim como a natureza e o lapso temporal dos prazos de reclamação atinentes a eles.

Um produto ou serviço possui "vício" quando não cumpre o fim a que se destina em virtude de, por exemplo, ausência de funcionamento, de mau funcionamento, de quantidade ou de qualidade distintas da prometida; estando, em qualquer caso, relacionado apenas à esfera patrimonial do consumidor.

Já o "fato" é o mesmo que acidente de consumo, atingindo não só a incolumidade econômica do consumidor, mas também a física ou psíquica.

No caso em comento, constata-se que o episódio narrado não é concernente apenas ao patrimônio financeiro dos alunos, mas principalmente à incolumidade psíquica deles diante da frustração ao se verem impedidos de laborar no ofício para o qual se prepararam. Assim, ao contrário do que aduz a apelada, não se configura a decadência prevista no artigo 26 do CDC, que possui o seguinte teor:

> Art. 26. O direito de reclamar pelos **vícios** aparentes ou de fácil constatação caduca em:
> I - trinta dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos não duráveis;

> **II - noventa dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos duráveis.**
> § 1° Inicia-se a contagem do prazo decadencial a partir da entrega efetiva do produto ou do término da execução dos serviços.
> § 2° Obstam a decadência:
> I - a reclamação comprovadamente formulada pelo consumidor perante o fornecedor de produtos e serviços até a resposta negativa correspondente, que deve ser transmitida de forma inequívoca;
> II - (Vetado).
> III - a instauração de inquérito civil, até seu encerramento.
> § 3° Tratando-se de vício oculto, o prazo decadencial inicia-se no momento em que ficar evidenciado o defeito. GN.

Na verdade, o prazo a ser aplicado na presente demanda é prescricional de 05 (cinco) anos, de acordo com o artigo 27 do CDC:

> Art. 27. **Prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria**. GN.

Arruda Alvim esclarece que "caso o vício não cause dano, correrá para o consumidor o prazo decadencial, para que proceda a reclamação, previsto neste artigo 26. **No entanto, vindo a causar dano, ou seja, concretizando-se a hipótese do artigo 12, deste mesmo Código, deve-se ter em mente o prazo quinquenal, disposto pelo art. 27, sempre que se quiser pleitear indenização."** (Código do Consumidor Comentado , 2.ª ed., São Paulo: RT, 1995, pp. 172/173). GN.

No mesmo sentido:

> Prescrição e decadência são institutos muito semelhantes, mas que não devem ser confundidos. Conforme nos aponta a professora Maria Helena Diniz (2004, p.380), enquanto a decadência configura a extinção do direito pela falta de exercício dentro do prazo prefixado, atingindo indiretamente a ação, a prescrição acarreta a extinção da ação, fazendo desaparecer o direito por ela tutelado. O Código de Defesa do Consumidor, no entanto, inovou nestes assuntos. Desta forma**, a decadência afeta o direito de reclamar do consumidor ante o fornecedor, quanto ao vício do produto ou serviço, perdendo o direito de solicitar a substituição do produto, restituição da quantia paga ou o abatimento do preço. Já a prescrição atinge a pretensão de exigir em juízo a reparação pelos prejuízos oriundos do fato do produto ou serviço. O art. 26 do Código de Defesa do Consumidor trata especificamente dos prazos decadenciais, enquanto o art. 27 do mesmo diploma estabelece o prazo prescricional em que o consumidor poderá ingressar com uma ação para reaver as perdas e**

> **danos sofridos. Isto porque, conforme Arruda Alvim (1995, p. 187), a reclamação constante do art. 26 se refere à relação de consumo, podendo dar ensejo à sua rescisão, com a devolução da quantia paga. Mas se o consumidor ainda tiver sido prejudicado, poderá haver pedido de perdas e danos em face do fornecedor, sem que este, necessariamente, integre a reclamação. Assim, o legislador fixou prazos distintos, sendo que no caso da ocorrência de perdas e danos deverá ser aplicado o prazo previsto no art. 27 do Código de Defesa do Consumidor. Dessa forma, enquanto o art. 26 refere-se ao prazo para que o consumidor exerça seu direito de reclamar e requeira, assim, a substituição (do produto ou do serviço), ou devolução da importância devida, o art. 27 determina o prazo para que o consumidor ingresse com uma ação para reparar um prejuízo sofrido."** (Maria Eugênia Reis Finkelstein e Fernando Sacco Neto, in Manual de Direito do Consumidor, Ed. Campus Jurídico, 2010, p. 80/81). GN.

Corroborando com o raciocínio exposto, colaciono julgados do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

> **DIREITO DO CONSUMIDOR**. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. **RESPONSABILIDADE CIVIL POR FATO DO SERVIÇO. PRESCRIÇÃO. CINCO ANOS. ART. 27 DO CDC.** SÚMULA N. 83 DO STJ. DECISÃO MANTIDA.
> 1. **Segundo a jurisprudência desta Corte, o prazo de prescrição para o consumidor pleitear reparação por falha na prestação do serviço é de cinco anos, consoante previsto no art. 27 do CDC.**
> 2. Agravo regimental a que se nega provimento.
> (STJ, AgRg no REsp 995.890/RN, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 12/11/2013, DJe 21/11/2013). GN.

> **DIREITO DO CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL POR FATO DO PRODUTO.INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS.** TABAGISMO. **PRESCRIÇÃO. CINCO ANOS.**
> 1. **Prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto (art. 27 do CDC).**
> 2. A regra especial expressa no Código de Defesa do Consumidor afasta a incidência da norma geral prevista no Código Civil (art. 2º, §2º, da LICC).
> 3. Recurso especial provido."
> (REsp 1036230/SP, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA DESEMBARGADOR CONVOCADO DO DO TJ/RS), Data de Julgamento: 23/06/2009, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 12/08/2009). GN.

> Consumidor. Recurso especial. Danos decorrentes de falha na prestação do serviço. Publicação incorreta de nome e número de assinante em listas telefônicas. Ação de indenização. Prazo. Prescrição. Incidência do art. 27 do CDC e não do art. 26 do mesmo código. - **O prazo prescricional**

> **para o consumidor pleitear o recebimento de indenização por danos decorrentes de falha na prestação do serviço é de 5 (cinco) anos, conforme prevê o art. 27 do CDC, não sendo aplicável, por consequência, os prazos de decadência, previstos no art. 26 do CDC.** - A ação de indenização movida pelo consumidor contra a prestadora de serviço, por danos decorrentes de publicação incorreta de seu nome e/ou número de telefone em lista telefônica, prescreve em cinco anos, conforme o art. 27, do CDC. Recurso especial não conhecido. (STJ , Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 29/11/2005, T3 - TERCEIRA TURMA). GN.
>
> CIVIL E PROCESSUAL. AÇAO DE INDENIZAÇAO. PUBLICAÇAO DE ANÚNCIO INCORRETAMENTE NAS LISTAS TELEFÔNICAS, COM NÚMERO TROCADO. RESTAURANTE. DANO MORAL, EM FACE DE A CLIENTELA FICAR FRUSTRADA E SER DESTRATADA AO SER ATENDIDA AO TELEFONE. **DISCUSSAO NA VIA ESPECIAL SOBRE O PRAZO DECADENCIAL E A DATA INICIAL DE SUA FLUIÇAO. SITUAÇAO QUE RECAI, NA VERDADE, NA HIPÓTESE DO ART. 27 DO CDC E NAO NA DO ART. 26, II, E PARÁGRAFO 1º. PRAZO QÜINQÜENAL.** I. **A ação de indenização movida pelo consumidor contra a prestadora de serviço por defeito relativo à prestação do serviço prescreve em cinco anos, ao teor do art. 27 c/c o art. 14, caput, do CDC.** II. Em tal situação se insere o pedido de reparação de danos materiais e morais dirigido contra a empresa editora das Listas Telefônicas em face de haver sido publicado erroneamente o número de telefone do restaurante anunciante, o que direcionou pedidos de fornecimento de alimentos a terceira pessoa, que destratou a clientela da pizzaria, causando-lhe desgaste de imagem. [...] (STJ, REsp n.º 511.558/MS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ 17.05.2004). GN.

O ajuizamento da ação ocorreu em 05 de outubro de 2005, enquanto os autores concluíram o curso no final de 2001, vindo a ter conhecimento da impossibilidade de registro nos órgãos profissionais logo depois, constatando-se que decorreu lapso temporal inferior a 05 (cinco) anos entre o conhecimento do dano e a reclamação em juízo. Destarte, impõe-se o **afastamento de referida preliminar**, seguindo-se à análise de mérito.

DO MÉRITO

É assente, no âmbito do c. Superior Tribunal de Justiça, a possibilidade de inversão do ônus da prova decorrente de relação consumerista, uma vez que restou expressamente prevista no Código de Defesa do Consumidor; não se configurando, portanto, hipótese de cerceamento de defesa, já que se dá oportunidade ao fornecedor

de comprovar a higidez do produto oferecido ou do serviço prestado, por ser ele o detentor das informações e dos meios técnicos adequados para tal produção probatória, enquanto o consumidor caracteriza-se pela vulnerabilidade técnica, jurídica, fática e informacional.

Sobre o tema, Cláudia Lima Marques, assevera que:

> A vulnerabilidade se divide em 4 espécies: técnica, jurídica, fática e informacional. **Por técnica compreende-se a falta de informações para a escolha do produto, desconhecimento da técnica empregada, das características do produto**, o que pode acabar por induzir o consumidor ao erro. A **jurídica é a falta de conhecimento jurídico e dificuldade de acesso à justiça**. O fornecedor possui departamentos jurídicos especializados e empenhados no trabalho em massa das relações de consumo. Há um natural desestímulo ao consumidor para ingressar no longo e muitas vezes custoso processo judicial, em especial quando a quantia não compensa todo o esforço. **A fática ou socioeconômica decorre do fato de o fornecedor impor o seu monopólio pelo poder que tem de ser o único ou um dos únicos a oferecer aquele serviço de que o consumidor necessita**. Para o fornecedor, não fará muita diferença concretizar, ou não, aquela venda. Já o consumidor é dependente. Muitas vezes deixar de consumir o produto é caso de vida ou morte, como pode ser o caso de um medicamento. Assim, o fornecedor tem muito mais poder para impor o preço. Por fim, **a informacional é a informação manipulada no interesse da venda.** O fornecedor informa o que lhe interessa e omite aquilo que não lhe convém. [MARQUES *Apud* CINTRA, Antônio Carlos Fontes. **Direito do Consumidor.** 2ª Ed. Niterói:Impetus, 2013, p.26]. GN.

Apesar de o texto do art. 6°, VIII, do CDC mencionar que inverter o ônus da prova está "a critério do juiz", isso não significa que o julgador detém um poder discricionário para escolher o caminho que achar conveniente. A inversão do ônus da prova é produzida *ope legis*, pois é proveniente da própria lei. Desse modo, constatada a presença dos requisitos estabelecidos no diploma legal, os quais são apenas reconhecidos no caso concreto pelo juízo, deve ser operada a inversão.

O cerne da controvérsia consiste em verificar se a SOCIEDADE UNIVERSITÁRIA GAMA FILHO tem alguma responsabilidade em virtude da negativa de registro dos apelantes pela Delegacia Regional do Trabalho no Ceará e pelo Sindicato dos Jornalistas, questão intrinsecamente relacionada ao dever de informar os consumidores no que diz respeito às especifidades e deslindes do serviço fornecido.

O nosso ordenamento jurídico atribuiu especial proteção aos consumidores em decorrência da hipossuficiência dos mesmos em diversas perspectivas, conforme já

exposto acima. Uma das garantias conferidas ao consumidor é o direito de ser informado acerca do produto ou serviço a ser contratado, para que assim possa ter condições de escolher o que melhor adequa-se à sua vontade e à sua necessidade. Paralelamente a esse direito, obviamente, surge o dever do produtor ou do fornecedor de oferecer essas informações de forma clara ao potencial consumidor, indicando corretamente a quantidade, as características, a composição, a qualidade, o preço, os tributos e os riscos do produto ou serviço.

A propósito:

> CDC - Art. 6º São direitos básicos do consumidor:
> I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;
> II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;
> III - **a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;**
> IV - **a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;**
> V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;
> VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos; (…) GN.
> Art. 31. **A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados,** bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores. GN.
> " A norma constitucional do direito de informar aparece com uma prerrogativa, tem-se uma espécie de paradoxo: permissão dos dois lados. O direito de informar tem relação com o direito de ser informado". (ALMEIDA, João Batista. *A proteção jurídica do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1993.)

A informação não pode encobrir a verdade de maneira alguma, quer seja por afirmação, quer por omissão. Afronta a moralidade, a boa-fé e a transparência a manipulação de frases, sons e/ou imagens para, criando uma conjuntura confusa ou ambígua, iludir o destinatário da informação, induzindo o mesmo a contratar um serviço enganoso.

A posição jurisprudencial segue o mesmo entendimento:

> "PROCESSO CIVIL E CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. PORTARIAS, REGULAMENTOS E DECRETOS. CONTROLE. NÃO CABIMENTO. CURSO SUPERIOR NÃO. RECONHECIDO PELO MEC. CIRCUNSTÂNCIA NÃO INFORMADA AOS ALUNOS. IMPOSSIBILIDADE DE EXERCER A PROFISSÃO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA INSTITUIÇÃO DE ENSINO. DANO MORAL.
> VALOR. REVISÃO PELO STJ. MONTANTE EXORBITANTE OU IRRISÓRIO. CABIMENTO.
> (...)
> 2. A instituição de ensino que oferece curso de bacharelado em Direito sem salientar a inexistência de chancela do MEC, resultando na impossibilidade de aluno, aprovado no exame da OAB, obter inscrição definitiva de advogado, responde objetivamente, nos termos do art. 14 do CDC, pelo descumprimento do dever de informar, por ocultar circunstância que seria fundamental para a decisão de se matricular ou não no curso.
> 3. **O art. 6º, III, do CDC institui o dever de informação e consagra o princípio da transparência, que alcança o negócio em sua essência, porquanto a informação repassada ao consumidor integra o próprio conteúdo do contrato. Trata-se de dever intrínseco ao negócio e que deve estar presente não apenas na formação do contrato, mas também durante toda a sua execução.**
> **4. O direito à informação visa a assegurar ao consumidor uma escolha consciente, permitindo que suas expectativas em relação ao produto ou serviço sejam de fato atingidas, manifestando o que vem sendo denominado de consentimento informado ou vontade qualificada.**
> (...)
> 8. Recurso especial não provido."
> (STJ, REsp nº 1.121.275/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, julgado em 27/3/2012, DJe 17/4/2012). GN.

In casu, prepondera a presunção acerca do defeito do serviço prestado, decorrente da ausência de informação adequada aos consumidores, pois a empresa apelada não se desincumbiu do seu ônus de produzir, nos autos, prova capaz de refutar a alegação dos alunos de que estes não foram informados pela instituição educacional que o diploma no curso sequencial de Jornalismo não seria reconhecido pela Delegacia Regional do Trabalho no Ceará e no Sindicato dos Jornalistas, o que impossibilitou os formandos de exercerem regularmente a profissão de jornalista, justamente o propósito que eles almejavam quando ingressaram na Universidade. Pelo contrário, o principal atrativo do curso alardeado pela apelada seria o ingresso no mercado de trabalho em tempo menor que o convencional, persuadindo os estudantes a contratar um serviço que não correspondia à realidade.

Acerca do dever de informar e da publicidade:

> "Não há um dever legal, imposto ao fornecedor, de anunciar seus produtos e serviços. O que existe, isto sim, é uma obrigação de informar positivamente o consumidor, nos termos do art. 31. Só que esta incumbência não precisa ser cumprida através de mensagens publicitárias. O Código, portanto, não obriga o fornecedor a anunciar. A publicidade, então, por esse prisma, em não sendo dever, é direito, só que direito exercitável à conta e risco do anunciante. **Por conseguinte, o legislador, em tal matéria não sanciona a carência de publicidade mas somente a existência de publicidade que traduza uma má ou insuficiente informação.** Não há no Código, de fato, nenhuma regra que imponha um dever de anunciar, a priori, dirigido ao fornecedor. As duas únicas exceções são sempre a posteriori: quando o fornecedor toma conhecimento tardio dos riscos do produto ou serviço e na hipótese de contra-propaganda." BENJAMIM, Antônio Herman de Vasconcellos. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. GN.

A publicidade enganosa, prática censurada pelo CDC, origina-se justamente da ausência de observância do dever de informar e da persuasão ludibriosa; *in verbis:*

> Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.
>
> § 1° É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

Merece reproche a alegação da recorrida de que não possui responsabilidade pelo fato, não podendo antever que a Delegacia do Trabalho iria negar o registro profissional dos alunos formados na sua instituição. A Universidade foi no mínimo omissa ao não consultar os órgãos responsáveis pelo ato de registro no sentido se informar e repassar a informação aos estudantes interessados acerca da viabilidade de seus egressos exercerem a profissão; neste azo, vislumbra-se conduta abusiva da apelada diante da informação insuficiente disposta aos apelantes.

A postura da Delegacia do Trabalho de negar o registro dos profissionais formados em curso sequencial não pode ser considerada abusiva nem mesmo imprevisível, como arguiu a apelada, pois o Decreto nº 83.284/79 prevê a necessidade de apresentação de diploma de curso de nível superior de Jornalismo para que referida medida seja efetivada:

> Art. 4º - O exercício da profissão de jornalista requer prévio registro no órgão regional do Ministério do Trabalho, que se fará mediante a apresentação de: (…) III - diploma de curso de nível superior de Jornalismo ou de Comunicação Social, habilitação Jornalismo, fornecido por estabelecimento de ensino reconhecido na forma da lei, para as funções relacionadas nos itens I a VII do artigo 11.

Na mesma toada:

> ADMINISTRATIVO. CURSO SEQUENCIAL. FORMAÇÃO ESPECÍFICA EM TÉCNICAS DE JORNALISMO. EXERCÍCIO DA PROFISSÃO DE JORNALISTA. IMPOSSIBILIDADE. 1**. Para que se possa obter registro na Delegacia Regional do Trabalho, e, consequentemente, se possa exercer a profissão de Jornalista, não basta a conclusão de curso sequencial de Formação Específica em Técnicas de Jornalismo, sendo necessária a graduação na área**; 2. Remessa oficial provida.
>
> (TRF-5 - REOMS: 96781 CE 0001601-05.2006.4.05.8100, Relator: Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, Data de Julgamento: 18/06/2009, Terceira Turma, Data de Publicação: Fonte: Diário da Justiça - Data: 17/07/2009 - Página: 278 - Nº: 135 - Ano: 2009). GN.

Assim, confirma-se que cabia à apelada elucidar essa possibilidade aos alunos.

Observa-se que a legislação cível brasileira estabeleceu como regra geral a responsabilidade civil subjetiva, ou seja, aquela que pressupõe a existência de dolo ou culpa do agente. Somente excepcionalmente e nos casos expressamente especificados em lei, é que se verificará a responsabilidade civil objetiva - independentemente de culpa -, nos termos do § único do supracitado art. 927.

O Código de Defesa do Consumidor prevê expressamente a responsabilidade objetiva do fornecedor de serviços na hipótese de a má prestação de serviços acarretar danos aos seus clientes.

Para que reste então configurada a obrigação de indenizar, estampada no art. 14 da legislação consumerista, mister estarem presentes os pressupostos da responsabilidade civil objetiva, ou seja, o dano causado, a ação ou omissão do agente e o nexo causal entre a sua conduta e o dano.

Discorre o CDC acerca da responsabilidade do fornecedor e suas excludentes:

> Art. 14. **O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.**
>
> (…)
> § 3° O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:
> I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;
> II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. GN.

Realizando o exame dos supracitado elementos, tem-se que a empresa não se desincumbiu de demonstrar nenhuma das excludentes de responsabilidade, restando inconteste a ocorrência do ato ilícito, s1.

I) A existência do dano reside no abalo psicológico sofrido pelos alunos ao se verem impossibilitados, após o término do curso de dois anos, de exercer a profissão de jornalista conforme objetivavam, além do constrangimento diante dos outros profissionais.

II) A ação do agente causador consiste na prestação de informação insuficiente oferecida aos consumidores.

III) O nexo de causalidade resta evidente no fato de que, não existindo a ação da empresa, não haveria a ocorrência do dano.

Sabe-se que "o **dano moral** não é propriamente a dor, a angústia, o desgosto, a aflição espiritual, a humilhação, o complexo que sofre a vítima do evento danoso, pois esses estados de espírito constituem o conteúdo, ou melhor, a consequência do dano.(...)."(Carlos Roberto Gonçalves, Comentários ao Código Civil - Parte Especial do Direito das Obrigações", vol. 11, 2003, Saraiva, pág. 926/927). GN.

Diversos Tribunais pátrios, inclusive o Tribunal de Justiça do Ceará, entenderam pelo cabimento de danos morais em casos bastante semelhantes:

> EMENTA: PROCESSO CIVIL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - **CONSUMIDOR - ESTABELECIMENTO DE ENSINO SUPERIOR - ALUNOS -CONCLUSÃO DE CURSO SEQUENCIAL EM JORNALISMO - DIPLOMAS NÃO ACEITOS PELA DELEGACIA REGIONAL DO TRABALHO (DRT) TAMPOUCO PELO SINDICATO DOS JORNALISTAS - DANO EXISTENTE - ILICITUDE CONFIGURADA - PRESSUPOSTOS DE INDENIZAÇÃO CARACTERIZADOS** - CONFISSÃO DA INSTITUIÇÃO AFERÍVEL - DANO MORAL - *QUANTUM* - CRITÉRIO DE PRUDÊNCIA E RAZOABILIDADE - SENTENÇA REFORMADA.
> I- **Ao colocar seus cursos acadêmicos à disposição dos interessados, é inegável a atração da responsabilidade da Faculdade no que tange**

à emissão do diploma válido aos formandos, a fim de que os mesmos possam exercer a profissão almejada
II- O**s autores ao concluírem o Curso de Jornalismo e receberem seus Diplomas, estes não foram aceitos pela Delegacia Regional do Trabalho (DRT), tampouco pelo Sindicado dos Jornalistas, objeto que lhes impediu de exercer a profissão escolhida. Prejuízos de ordem moral patente.**
II- **O fato de se frequentar um curso de ensino superior na expectativa de recebimento do diploma, despendendo tempo, dinheiro, sem, contudo, alcançar o objetivo almejado por negligência da Instituição, torna-se visível o sofrimento, a angústia e o sentimento de ludibriamento.**
IV- Na fixação da indenização por danos morais o Juiz deve considerar a proporcionalidade e razoabilidade da condenação em face do dano sofrido pela parte ofendida e o seu caráter compensatório e inibidor, mediante o exame das circunstâncias do caso concreto.
V - Recursos de apelação conhecidos e providos. Sentença reformada. (TJ-CE, Apelação Cível nº 0061773-31.2005.8.06.0001, Relator: DESEMBARGADOR FRANCISCO BEZERRA, data de julgamento: 17 de dezembro de 2013). GN.

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS - UNIVERSIDADE QUE SE OMITE EM INFORMAR AO ALUNO, NO ATO DA MATRÍCULA, QUE O CURSO DE LICENCIATURA NÃO TINHA VINCULAÇÃO COM A SUA GRADUAÇÃO IMPOSSIBILIDADE DE EXPEDIÇÃO DO DIPLOMA DE LICENCIATURA - DANOS MORAIS CABIMENTO QUANTUM ADEQUADO - SENTENÇA MANTIDA APELOS DAS PARTES IMPROVIDOS. - **A instituição de ensino que deixa de comunicar ao aluno, no ato da matrícula, a inviabilidade de obtenção do diploma de licenciatura na área escolhida, por ausência de vinculação com o seu curso de graduação, deve reparar o consumidor os danos morais que resultaram de tal vício na prestação do serviço**. - Para a fixação do valor da indenização por dano moral levam-se em conta, basicamente, as circunstâncias do caso, a gravidade do dano, a situação do lesante, a condição do lesado, preponderando em nível de orientação central, a idéia de sancionamento.(TJ-SP - APL: 236737320098260562 SP 0023673-73.2009.8.26.0562, Relator: Mendes Gomes, Data de Julgamento: 03/10/2011, 35ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 04/10/2011). GN.

EMBARGOS INFRINGENTES. **AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. CURSO DE DOUTORADO REALIZADO EM UNIVERSIDADE ESTRANGEIRA EM CONVÊNIO COM UNIVERSIDADE NACIONAL. NÃO CONVALIDAÇÃO DO DIPLOMA. LESÃO AO DIREITO DE INFORMAÇÃO DO CONSUMIDOR. AUSÊNCIA DE QUALQUER ALERTA QUANTO AO RISCO DE NÃO CONVALIDAÇÃO OU DE DIFICULDADES PARA TANTO.** ARTS. 6º, III, E 14, CDC. ART. 48, § 3º, LDB. DEVER DE INDENIZAR VERIFICADO. ACÓRDÃO MANTIDO. RECURSO DESPROVIDO. (TJ-PR 651232301 PR 651232-3/01 (Acórdão), Relator: Alexandre Barbosa Fabiani, Data de Julgamento: 08/05/2012, 6ª Câmara Cível em Composição Integral). GN.

Superada esta fase, restando inconteste a responsabilidade da instituição educacional e o cabimento da reparação do dano moral, passo à análise do *quantum* indenizatório.

É necessário ponderar que a determinação do valor de compensação deverá ser suficiente para reparar o destrato psicológico sofrido e desincentivar o seu causador, para que a conduta não se repita; sopesando o parâmetro de valoração, deve-se manter também constante atenção ao Princípio da Proporcionalidade, de forma a evitar enriquecimento indevido por parte do beneficiado pela indenização.

A Justiça não poderá ser utilizada como forma de gerar acréscimo patrimonial descomensurado às partes querelantes, na verdade, o Poder Judiciário é responsável pela harmonização e equilíbrio das relações sociais, ao que se preza sempre por decisões capazes de consolidar, no caso concreto, os preceitos normativos estabelecidos.

Desta feita, a extensão do dano moral deverá ser delineada a partir dos critérios expostos, não sendo possível vincular o valor da indenização ao resultado de um cálculo aritmético, que é incapaz de considerar as variáveis axiológicas exigidas pelo Ordenamento Jurídico Pátrio.

Nesta oportunidade, é salutar invocar o atual entendimento jurisprudencial desta Corte e do STJ:

> Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. CIRURGIA CARDÍACA. IMPLANTAÇÃO DE "STENT". RECUSA DO PLANO DE SAÚDE EM EFETUAR O PAGAMENTO AO HOSPITAL. DESEMBOLSO PELO CONSUMIDOR. IMPOSSIBILIDADE. DANO MORAL CARACTERIZADO. SENTENÇA REFORMADA. APELO PROVIDO. (...). 4. **Assim, comprovado o ato ilícito, exsurge a obrigação de indenizar. Porém, a reparação por dano moral deve ser regida pelo princípio da proporcionalidade, atentando-se o julgador à capacidade econômica das partes, à extensão do dano e à intensidade da culpa. O valor fixado não deve ser tão expressivo, sob pena de representar enriquecimento sem causa, nem tão diminuto, a ponto de se tornar irrisório**. 5. Indenização por danos morais fixada em R$ 10.000,00 (dez mil reais). - Sentença reformada, para julgar procedente o pedido formulado na inicial. - Apelação conhecida e provida. - Unânime. (TJ-CE. Apelação 151258200580601121 Relator(a): MARIA IRACEMA MARTINS DO VALE Comarca: Fortaleza Órgão julgador: 4ª Câmara Cível Data de registro: 18/01/2011.) GN.
>
> ADMINISTRATIVO - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - DECISÃO CONDENATÓRIA TRANSITADA EM JULGADO - LIQUIDAÇÃO - EXTENSÃO DOS DANOS - PRETENSÃO DE

> REVISÃO DAS PROVAS - IMPOSSIBILIDADE - SÚMULA 07/STJ - CRITÉRIO DA RAZOABILIDADE DA INDENIZAÇÃO.
> (...)
> **5. Razoável o *quantum* indenizatório devido a título de danos morais, que assegura a justa reparação do prejuízo sem proporcionar enriquecimento sem causa do autor, além de levar em conta a capacidade econômica do réu, devendo ser arbitrado pelo juiz de maneira que a composição do dano seja proporcional à ofensa, calcada nos critérios da exemplaridade e da solidariedade. Recurso especial improvido.** (STJ. REsp 776.732/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/05/2007, DJ 21/05/2007, p. 558). GN.

Analisando os autos e observando os princípios supracitados, verifica-se que fixação do valor de compensação por danos morais em R$ 5.000,00 (cinco mil reais) é suficiente para reparar o abalo sofrido, assim como se encontra em consonância com os valores arbitrados por esta Corte e pelo STJ. *Ad exemplum,* vejamos trecho do voto da ministra do STJ NANCY ANDRIGHI no REsp 631204/RS, DJe 16/06/2009:

> (…) para o fim de condenar a UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PELOTAS ao pagamento de indenização pelos danos morais causados às autoras, ora recorrentes, em valor que arbitro em **R$5.000,00 (cinco mil reais)** por autora, a ser corrigido e acrescido de juros legais desde a data do evento danoso, ou seja, desde a data em que **os diplomas das recorrentes deveriam ter sido registrados no MEC**. GN.

Por todo o exposto, firme nos propósitos acima delineados, **conheço** do recurso interposto, **para dar-lhe provimento**, reformando a sentença combatida no sentido de reconhecer a existência dos danos morais e fixar a reparação em R$ 5.000,00 (cinco mil reais) para cada apelante, a serem corrigidos monetariamente pelo INPC desde a data do arbitramento, nos termos da Súmula nº 362 do STJ. Já o termo inicial de incidência dos juros moratórios é a data do evento danoso, de acordo com a Súmula 54 do STJ.

Ademais, condeno a apelada ao pagamento das custas e honorários sucumbenciais, estes arbitrados em 10 % (dez por cento) sobre o valor da condenação, em conformidade com o § 3º do artigo 20 do CPC.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0060432-96.2007.8.06.0001
ORIGEM: 7ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE FORTALEZA
APELANTE: HAPVIDA ASSISTÊNCIA MÉDICA LTDA
APELADO: DIOGO HENRIQUE SIQUEIRA RODRIGUES (REPRESENTADO POR ANTÔNIA DANIELA SIQUEIRA RODRIGUES)
RELATORA: DESA. SÉRGIA MARIA MENDONÇA MIRANDA
ÓRGÃO JULGADOR: 6ª CÂMARA CÍVEL

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL – PLANO DE SAÚDE – AUSÊNCIA DE INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA PRIMEIRA INSTÂNCIA SUPRIDA PELA MANIFESTAÇÃO DO *PARQUET* NA INSTÂNCIA REVISORA – PRELIMINAR DE NULIDADE AFASTADA – INCIDÊNCIA DO CDC – INDEVIDA NEGATIVA DE INTERNAMENTO DO AUTOR ACOMETIDO DE DENGUE HEMORRÁGICA – INEXIGIBILIDADE DO CUMPRIMENTO DE PRAZO DE CARÊNCIA CONTRATADO POR SE TRATAR DE SITUAÇÃO DE URGÊNCIA – PROCEDIMENTO NECESSÁRIO À PRESERVAÇÃO DA SAÚDE E DA VIDA DO PACIENTE – DANOS MORAIS CARACTERIZADOS – REDUÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO PARA FINS DE ADEQUAÇÃO AOS CRITÉRIOS DE RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – APELO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

1 - "*A jurisprudência admite a conservação de atos se o órgão do Ministério Público, intervindo tardiamente, afirmar, com base nos elementos dos autos, que o interesse público foi preservado e que a repetição, esta sim, poderia ser prejudicial ao interesse especialmente protegido*". (Precedente TJCE - Apelação Cível nº 497-30.2002.8.06.0154/1)

2 – Nos termos da Súmula 469 do Superior Tribunal de Justiça: *"Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde*".

3 – Consoante o disposto no artigo 12, inciso V, alínea "c", da Lei nº 9.656/98, a estipulação de prazos de carência nos planos

de assistência à saúde, nos casos de urgência e emergência não pode superar 24 (vinte e quatro) horas, de maneira que é absolutamente descabido admitir que poderia ser exigida uma carência de 180 (cento e oitenta) dias para a internação do autor se o procedimento, além de urgente, era indispensável para o reestabelecimento de sua saúde e para o próprio resguardo de sua vida, sendo já pacificado o entendimento jurisprudencial, mormente do âmbito da Corte Uniformizadora, que os prazos de carência, a despeito de sua legalidade, não podem ser entendidos de forma absoluta, devendo ceder diante de situações de urgência e/ou emergência a fim de que se possa cumprir os fundamentos basilares de tais ajustes, quais sejam, a preservação da saúde e da vida do contratante

4 – "*Na linha dos precedentes desta Corte, o período de carência contratualmente estipulado pelos planos de saúde não prevalece, excepcionalmente, diante de situações emergenciais graves nas quais a recusa de cobertura possa frustrar o próprio sentido e razão de ser do negócio jurídico firmado"*. (Precedente STJ - AgRg no AREsp 213.169/RS)

5 – Mesmo que se reconheça que o mero descumprimento contratual não seja capaz de gerar danos de ordem moral, a negativa injusta de cobertura médica é suficiente para gerar abalos cuja amplitude é capaz de ensejar danos de ordem moral, pois se deve considerar o agravamento do estado de fragilidade física e emocional suportado pelo autor quando indevidamente negada a internação pretendida.

6 – O valor da indenização referente aos danos morais suportados deve ser arbitrado com observância aos critérios de proporcionalidade e razoabilidade, consideradas as circunstâncias que envolvem o caso bem como a extensão dos danos suportados, visto que seu fim não é enriquecer o ofendido, nem, tampouco, incentivar o ofensor a ignorar a vedação legal, estimulando a repetição da conduta em razão de uma indenização cujo valor seja irrisório.

7 – Apelação conhecida e parcialmente provida.

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

RELATÓRIO

Trata-se de Ação de Reparação de danos morais ajuizada por Diogo Henrique Siqueira Rodrigues, menor, inicialmente representado pelo pai, e, atualmente pela genitora, Antônia Daniela Siqueira Rodrigues, contra HAPVIDA ASSISTÊNCIA MÉDICA LTDA.

Informa a peça inicial, em síntese, que: a) em 23 de janeiro de 2007 o pai do requerente, Denis Rodrigues da Silva, contratou em favor do filho os serviços do plano de saúde ofertado pela requerida; b) no dia 06 de julho de 2007 o autor, então com 4 (quatro) anos de idade, apresentando um quadro de febre alta, foi levado à Hapclínica Lobo Filho para que submetesse a consulta e exames; c) atendido pelo médico Luiz Shneider, foi diagnosticado um quadro de virose, receitado o medicamento dipirona e determinado que infante voltasse para casa no dia seguinte; d) no dia subsequente, 08 de julho, ante a piora do quadro do infante, agora apresentando vômitos e muita dor na barriga, fora o mesmo novamente levado àquela clínica, sendo atendido por outro pediatra, o qual solicitou a realização de um hemograma completo, ocasião em que restou constatada severa baixa nas plaquetas, tendo a contagem registrado 22.000/uL, quando o normal se situa entre 140.000/uL e 150.000/uL, identificando-se o quadro de dengue hemorrágica; e) foram os pais do menor informados que em razão de ainda não ter sido implementado o prazo de carência para internação [180 (cento e oitenta) dias], este permaneceria no ambulatório por apenas 12 (doze) horas, e depois disso seria providenciada uma vaga no Sistema Único de Saúde – SUS; f) embora tivesse sido constatada uma baixa ainda maior na contagem de plaquetas do menor ao longo do dia 09 de julho, 13.000/uL pela manhã e 15.000uL a tarde, às 21 (vinte e uma) horas daquele dia foram os pais do requerente informados que este somente poderia permanecer internado no nosocômio mediante o pagamento da quantia de R$ 4.500,00 (quatro mil e quinhentos reais), em cheque ou espécie, não incluída a medicação a ser utilizada, diante da impossibilidade financeira dos pais, a promovida expulsou a criança sem, contudo, providenciar qualquer transferência; g) a criança foi levada em estado grave ao Hospital São José, tendo inicialmente sido negado o seu recebimento por inexistir vaga

na UTI, contudo, uma vez tendo os pais admitido que o menor recebesse a medicação no corredor do nosocômio seu ingresso foi autorizado; h) é devida a condenação da demandada ao pagamento de indenização pelos danos morais suportados pelo autor no valor correspondente a 100 (cem) salários mínimos.

Às págs.49/61, a promovida apresentou contrarrazões aduzindo que: a) ao ingressar nas dependências do Hospital Antônio Prudente, foi disponibilizado atendimento ambulatorial de 12 (doze) horas ao autor, sendo fornecidos os medicamentos e exames necessários; b) constatada a necessidade de internação, verificou-se que não poderia ser realizada uma vez que o prazo de carência, 180 (cento e oitenta) dias, ainda não havia sido implementado, conforme disposto na cláusula 10ª do contrato firmado entre as partes; c) ofertada à família a possibilidade de custeio particular do internamento, preferiram deixar o hospital sem, contudo, aguardar os trâmites administrativos necessários à remoção do paciente, tendo buscado o Hospital Público São José para a concretização do tratamento; d) inexiste ato danoso a ensejar o dever indenizatório, e, tampouco há comprovação dos danos alegados pelo demandante.

A sentença *a quo*, julgou procedente o pleito autoral, tendo em suma, reconhecido a impossibilidade de exigência da implementação do prazo de carência por se tratar de situação grave, e, condenado a requerida ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 15.000,00 (quinze mil reais).

Irresignada, HAPVIDA ASSISTÊNCIA MÉDICA LTDA propôs Apelação Cível, ratificando a argumentação alinhada na peça contestatória ao reafirmar que: a) a exigência da implementação do prazo de carência é legal, tendo o procedimento adotado pela recorrente observado a legislação pertinente e as disposições contratuais; b) inexiste dever reparatório, uma vez que o ato correspondeu ao exercício regular de um direito. Requer, a título alternativo, caso mantido o entendimento esposado na sentença, a minoração do valor da condenação por danos morais imposta pelo *decisum*.

Diogo Henrique Siqueira Rodrigues, representado por sua genitora, Antônia Daniela Siqueira Rodrigues, apresentou suas contrarrazões às págs.254/264.

Às págs.277/286, opinou o representante da Procuradoria Geral de Justiça pelo conhecimento e desprovimento do Apelo, manifestando-se também no sentido de que não fosse acolhida a preliminar arguida pelo representante do *Parquet* de 1º grau atinente à nulidade de atos processuais por não ter oficiado no feito que envolve interesse de menor, pois, além de versar a demandada sobre interesses patrimoniais cujo desfecho foi favorável ao infante, a atuação do Ministério Público nesta Instância revisora supre plenamente a falha.

É o breve relatório.

VOTO

Atendidos os requisitos de admissibilidade insertos nos artigos 506 e 513, ambos do Código de Processo Civil, recebo o recurso.

I. Preliminar.

Inicialmente, impõe-se a análise de questão que se expõe como verdadeira preliminar, a qual se funda na manifestação (págs.217/219) da representante do Ministério Público oficiante no Juízo originário no sentido de que fosse reconhecido vício insanável consubstanciado na ausência de participação do *Parquet* no presente feito que envolve interesse de menor.

Ainda que tenha sido rechaçada a pretensão ministerial na sentença, e, não tenha havido arguição da questão no Apelo manejado, é necessário discorrer sobre tal ponto por concernir a matéria de ordem pública cuja apreciação pode se dar a qualquer tempo, sendo, inclusive, possível seu reconhecimento de ofício pelo magistrado.

Nessa esteira, embora não se olvide que, conforme o artigo 82, inciso I, do Código de Processo Civil, por envolver interesse de menor a intervenção do Ministério Público no caso em tela é obrigatória, em casos como dos autos, isto é, quando a despeito da obrigatoriedade o *Parquet* não acompanhou o trâmite processual, é indispensável aferir se o vício é de fato insanável a ponto de motivar a declaração de nulidade dos atos processuais.

A meu sentir, em sintonia, inclusive, com a manifestação da digna representante da Procuradoria Geral de Justiça no parecer de págs.277/285, a falha é suprível pela atuação do Ministério Público na Segunda Instância, mormente como no caso telado, em que não se identifica prejuízo ao incapaz, haja vista que o direito buscado foi reconhecido pelo Juízo *a quo*, refletindo a propugnada anulação de atos processuais o verdadeiro prejuízo aos interesses do menor e potencial malferimento aos princípios da celeridade e razoável duração do processo.

Tal posicionamento, já há muito, resta pacificado Superior Tribunal de Justiça, conforme denota o excerto jurisprudencial a seguir destacado:

> EMBARGOS DE DEVEDOR. INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM 2º GRAU. INTERESSE DE MENOR. PRECEDENTES DA CORTE.
> **1. Precedentes da Corte reconhecem que a ausência de intervenção do Ministério Público em 1º grau de jurisdição pode ser suprida com a manifestação no grau de apelação, considerando as circunstâncias concretas de cada caso, descartando a tese do especial sobre a existência**

> **de nulidade absoluta, que não pode ser suprida.**
> [...]
> (REsp 554.623/RS, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 29/06/2004, DJ 11/10/2004, p. 315) Grifo nosso.

Pertinente também ao caso é o julgado desta Corte de Justiça a seguir colacionado, senão vejamos:

> PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL EM AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS E MATERIAIS. PRELIMINAR SOBRE A FALTA DE INTIMAÇÃO DOS RÉUS EM RELAÇÃO À EMENDA À INICIAL. IMPROCEDÊNCIA. MANIFESTAÇÃO EM MEMORIAIS QUE DEMONSTRA A CIÊNCIA INEQUÍVOCA DO TEOR DA INTIMAÇÃO. PRELIMINAR SOBRE A INTERVENÇÃO TARDIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. IMPROCEDÊNCIA. ATOS RATIFICADOS PELO REPRESENTANTE MINISTERIAL EM MOMENTO OPORTUNO. PRELIMINARES AFASTADAS. IMPOSSIBILIDADE DE DECRETAÇÃO DE NULIDADE DOS ATOS PRATICADOS. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. DESCONHECIMENTO DO MÉRITO RECURSAL DIANTE DA IMPUGNAÇÃO GENÉRICA DOS FUNDAMENTOS DA SENTENÇA.
> [...]
> **A jurisprudência admite a conservação de atos se o órgão do Ministério Público, intervindo tardiamente, afirmar, com base nos elementos dos autos, que o interesse público foi preservado e que a repetição, esta sim, poderia ser prejudicial ao interesse especialmente protegido.**
> […]
> (Apelação Cível nº 497-30.2002.8.06.0154/1, TJCE, 2ª Câmara Cível, Rel. Des. Francisco de Assis Filgueira Mendes, julgado em 31/10/2012, publicado em 07/11/2012) Grifo nosso.

Assim, firme nos fundamentos alinhados repilo a questão preliminar, e, passo ao mérito propriamente dito do recurso apelatório.

II. Mérito.

Cumpre asseverar que as operadoras de planos de saúde podem ser entendidas como "*entidades privadas que desenvolvem, com ou sem finalidade de lucro, a intermediação e(ou) prestação de serviços de saúde, em especial, diagnóstico e tratamento de doenças*[1]".

1 SHULMAN, Gabriel. Planos de Saúde – Saúde e contrato na contemporaneidade. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p – 205.

Vige entre as partes relação evidentemente de consumo, uma vez que restam plenamente atendidas as condições estabelecidas nos artigos 2º[2] e 3º[3] do Código de Defesa do Consumidor, permitindo a caracterização da recorrente e do apelado respectivamente, como fornecedora e consumidor de um serviço, tanto que nesse sentido o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 469, *in verbis*: *"Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde*".

In casu, a contenda representada nos autos se restringe à investigação acerca da conduta da apelante em negar a efetivação da internação do autor no dia 09 de julho de 2007, ocasião em que fora este diagnosticado com dengue hemorrágica, sob o argumento de que o prazo da carência para o procedimento de internação não havia sido ainda implementado, disponibilizando apenas o atendimento ambulatorial que permitia ao autor permanecer no nosocômio apenas pelo período de 12 (doze) horas.

Conforme se infere da análise dos autos, para negar o internamento pretendido, escorou-se a apelante na previsão inserta na cláusula 6ª, item 6.1, letra "f", do "Contrato para cobertura de custos com assistência médico-hospitalar individual ou familiar – Nosso Plano" (págs.16/27) formalizado entre as partes, a qual estipulava o prazo de carência de "***180 (cento e oitenta) dias*** *para os casos de internações clínicas e cirúrgicas, inclusive as de urgência e/ou emergência"* (Grifos originais).

Nesse azo, é patente a abusividade do dispositivo contratual ante a situação de urgência que afligia o autor na ocasião em que foi indicada a internação, pois fora acometido de dengue hemorrágica, forma mais gravosa da doença cuja letalidade é de notório conhecimento, motivando de forma contínua diversas ações e programas governamentais de combate e prevenção da moléstia, exigindo o tratamento imediato e adequado para afastar o risco de morte, conforme denota o trecho extraído da cartilha lançada pelo Ministério da Saúde "*Dengue Aspectos Epidemiológicos, Diagnóstico e Tratamento*[4]":

Febre Hemorrágica da Dengue (FHD):

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

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

4 BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Dengue Aspectos Epidemiológicos, Diagnóstico e Tratamento. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/dengue_aspecto_epidemiologicos_diagnostico_tratamento.pdf>. Acesso em: 07 jul. 2014.

> Os sintomas iniciais são semelhantes aos da dengue clássica, porém evoluem rapidamente para manifestações hemorrágicas e/ou derrames cavitários e/ou instabilidade hemodinâmica e/ou choque. Os casos típicos da FHD são caracterizados por febre alta, fenômenos hemorrágicos, hepatomegalia e insuficiência circulatória. Um achado laboratorial importante é a trombocitopenia com hemoconcentração concomitante. A principal característica fisiopatológica associada ao grau de severidade da FHD é a efusão do plasma, que se manifesta através de valores crescentes do hematócrito e da hemoconcentração. […]
> **Nos casos graves de FHD, o choque geralmente ocorre entre o 3º e 7º dia de doença, precedido por um ou mais sinais de alerta. O choque é decorrente do aumento da permeabilidade vascular seguido de hemoconcentração e falência circulatória. É de curta duração e pode levar ao óbito em 12 a 24 horas ou à recuperação rápida após terapia anti-choque apropriada.** (Grifo nosso)

É imperativo destacar que, consoante o disposto no artigo 12[5] , inciso V, alínea "c", da Lei nº 9.656/98, a estipulação de prazos de carência nos planos de assistência à saúde, nos casos de urgência e emergência não pode superar 24 (vinte e quatro) horas, de maneira que é absolutamente descabido admitir que poderia ser exigida uma carência de 180 (cento e oitenta) dias para a internação do autor se o procedimento, além de urgente, era indispensável para o reestabelecimento de sua saúde e para o próprio resguardo de sua vida, sendo já pacificado o entendimento jurisprudencial, mormente do âmbito da Corte Uniformizadora, que os prazos de carência, a despeito de sua legalidade, não podem ser entendidos de forma absoluta, devendo ceder diante de situações de urgência e/ou emergência a fim de que se possa cumprir os fundamentos basilares de tais ajustes, quais sejam, a preservação da saúde e da vida do contratante, vejamos:

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. PROVA PERICIAL. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. ATENDIMENTO DE URGÊNCIA. PRAZO

5 Art. 12. São facultadas a oferta, a contratação e a vigência dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1o do art. 1o desta Lei, nas segmentações previstas nos incisos I a IV deste artigo, respeitadas as respectivas amplitudes de cobertura definidas no plano-referência de que trata o art. 10, segundo as seguintes exigências mínimas:
omissis
V - quando fixar períodos de carência:
omissis
c) prazo máximo de vinte e quatro horas para a cobertura dos casos de urgência e emergência;
omissis

> DE CARÊNCIA. CLÁUSULA ABUSIVA. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. DANO MORAL. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.
> [...]
> **Na linha dos precedentes desta Corte, o período de carência contratualmente estipulado pelos planos de saúde não prevalece, excepcionalmente, diante de situações emergenciais graves nas quais a recusa de cobertura possa frustrar o próprio sentido e razão de ser do negócio jurídico firmado.**
> [...]
> (AgRg no AREsp 213.169/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 04/10/2012, DJe 11/10/2012) Grifo nosso.

> RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. PRAZO DE CARÊNCIA. SITUAÇÃO DE EMERGÊNCIA. APENDICITE AGUDA. CARÊNCIA CONTRATUAL. ABUSIVIDADE DA CLÁUSULA RESTRITIVA. DANO MORAL. OCORRÊNCIA. PRECEDENTES.
> 1. **A cláusula que estabelece o prazo de carência deve ser afastada em situações de urgência, como o tratamento de doença grave, pois o valor da vida humana se sobrepõe a qualquer outro interesse. Precedentes específicos da Terceira e da Quarta Turma do STJ.**
> [...]
> (REsp 1243632/RS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/09/2012, DJe 17/09/2012) Grifo nosso.

Pertinente o destaque dos julgados dos Tribunais Pátrios a seguir colacionados, vez que relativos a casos semelhantes ao ora investigado:

> PLANO DE SAÚDE. Ação de conhecimento objetivando a Autora a condenação da Ré ao pagamento de indenização por dano moral decorrente da recusa de autorização para internação hospitalar, fundada em cláusula contratual estipulando prazo de carência. […] **Prazo de carência que não pode ser invocado em caso que demande atendimento em caráter emergencial. Autora que comprovou a necessidade de internação com urgência, em razão de dengue hemorrágica, sendo, assim, injusta a recusa da Ré em cobrir as despesas do tratamento que lhe foi recomendado.** Precedentes do TJRJ. […]
> (Apelação Cível nº 0133149-12.2008.8.19.0001, TJRJ, 26ª Câmara Cível, Rel. Desa. Ana Maria Pereira de Oliveira, julgado em 23/01/2014, publicado em 11/03/2014) Grifo nosso.

> PLANO DE SAÚDE - **Negativa de cobertura para internação do autor em razão de suspeita de dengue hemorrágica - Procedência decretada - Preliminar de não conhecimento do recurso - Descabimento - Observância das exigências do art. 514 do CPC Alegação do réu de ausência de cumprimento do prazo de carência - Descabimento -**

> **Procedimento de urgência, capaz de gerar risco de morte ao autor - Dever do réu de arcar com todas as despesas decorrentes da internação e do tratamento necessário ao autor -** Recurso desprovido.
> (Apelação Cível nº 0000374-62.2012.8.26.0562, TJSP, 9ª Câmara Cível de Direito Privado, Rel. Des. Galdino Toledo Júnior, julgado em 12/03/2013, publicado em 13/03/2013) Grifo nosso.

Quanto aos danos morais reclamados pelo autor da demanda, os tenho por devidos, posto que, embora se reconheça que o mero descumprimento contratual não seja capaz de gerar danos de ordem moral, a negativa injusta de cobertura médica é suficiente para gerar abalos cuja amplitude é capaz de ensejar danos de ordem moral, pois se deve considerar o agravamento do estado de fragilidade física e emocional suportado pelo autor quando indevidamente negada a internação pretendida.

Nesse sentido tem se manifestado o Superior Tribunal de Justiça, senão vejamos:

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - DEMANDA POSTULANDO INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS DECORRENTES DA RECUSA INDEVIDA DE COBERTURA DA CIRURGIA CARDÍACA PARA COLOCAÇÃO DE STENT - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO AGRAVO DA OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE E DEU PROVIMENTO AO APELO EXTREMO DOS CONSUMIDORES. IRRESIGNAÇÃO DA COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO.
> 1. **A jurisprudência do STJ é no sentido de que a recusa indevida/injustificada, pela operadora de plano de saúde, em autorizar a cobertura financeira de tratamento médico, a que esteja legal ou contratualmente obrigada, enseja reparação a título de dano moral, por agravar a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do beneficiário. Caracterização de dano moral in re ipsa. Precedentes.**
> [...]
> (AgRg no REsp 1345444/RS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 18/06/2013, DJe 01/08/2013) Grifo nosso.

> AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PLANO DE SAÚDE.
> EMERGÊNCIA. RECUSA NO ATENDIMENTO. PRAZO DE CARÊNCIA. ABUSIVIDADE DA CLÁUSULA. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. PRECEDENTES.
> 1. Esta Corte Superior firmou entendimento de que o período de carência contratualmente estipulado pelos planos de saúde não prevalece diante de situações emergenciais graves nas quais a recusa de cobertura possa frustrar o próprio sentido e a razão de ser do negócio jurídico firmado.
> 2. **A recusa indevida à cobertura médica pleiteada pelo segurado é causa de danos morais, pois agrava a sua situação de aflição psicológica e de angústia no espírito. Precedentes.**

> 3. Agravo regimental não provido.
> (AgRg no Ag 845.103/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/04/2012, DJe 23/04/2012) Grifo nosso.

A condenação em danos de caráter moral, por sua vez, sempre se impõe para o julgador como uma tarefa extremamente difícil, pois, tem caráter sócio-educativo de finalidade meramente punitiva, isto é, destina-se a impor uma reprimenda àquele que causar lesão à esfera moral do indivíduo, agregando o intuito de coibir a repetição da conduta indesejada, não sendo a finalidade efetiva do instituto proporcionar uma compensação pecuniária ou econômica, uma vez que não há parâmetros capazes de abalizar a dor psíquica ou o desconforto emocional causados pelos referidos danos, e, ainda, tendo em vista o fato de ser inviável o retorno ao *status quo ante*.

O valor da indenização referente aos danos morais suportados deve, pois, ser arbitrado com observância aos critérios de proporcionalidade e razoabilidade, consideradas as circunstâncias que envolvem o caso bem como a extensão dos danos suportados, visto que seu fim não é enriquecer o ofendido, nem, tampouco, incentivar o ofensor a ignorar a vedação legal, estimulando a repetição da conduta em razão de uma indenização cujo valor seja irrisório, entendimento este já assentado por esta 6ª Câmara Cível, em consonância com o posicionamento adotado por este Sodalício:

> AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – EMPRÉSTIMO NÃO AUTORIZADO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA – FORTUITO INTERNO – DANOS MATERIAIS E MORAIS CARACTERIZADOS – INDEVIDA A REPETIÇÃO DO INDÉBITO ANTE A NÃO COMPROVAÇÃO DE MÁ-FÉ PELA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA – REDUÇÃO DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS PARA FINS DE ADEQUAÇÃO AOS CRITÉRIOS DE PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE – APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.
> [...]
> **O valor da indenização referente aos danos morais suportados deve ser arbitrado com observância aos critérios de proporcionalidade e razoabilidade, consideradas as circunstâncias que envolvem o caso bem como a extensão dos danos suportados, visto que seu fim não é enriquecer o ofendido, nem, tampouco, incentivar o ofensor a ignorar a vedação legal, estimulando a repetição da conduta em razão de uma indenização cujo valor seja irrisório.**
> [...]
> (APELAÇÃO CÍVEL nº Apelação 0004689-70.2011.8.06.0160, TJCE, Rel. Desa. Sérgia Maria Mendonça Miranda, 6ª Câmara Cível, julgado em 27/11/2013, publicado em 05/12/2013) Grifos nossos.

> APELAÇÃO. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESCISÃO DE CONTRATO. DANOS MATERIAIS E DANOS MORAIS. SENTENÇA PARCIALMENTE PROCEDENTE. PRELIMINARES DE FALTA DE CONGRUÊNCIA DA SENTENÇA E NULIDADE PELA NÃO APLICAÇÃO DAS DISPOSIÇÕES DO § 2º, DO ART. 331, DA LEI ADJETIVA. AFASTADAS. MÉRITO. EXCESSO DE VALORAÇÃO DOS DANOS MATERIAIS. INEXISTÊNCIA. APELAÇÃO CONHECIDA, MAS DESPROVIDA.
> [...]
> **No que pertine aos danos morais, o Superior Tribunal de Justiça possui o entendimento, ao qual me filio, de que o seu quantum deve ser definido levando em conta os parâmetros da proporcionalidade e da razoabilidade, de tal sorte que haja uma condenação eficaz, mas sem que ocorra o enriquecimento sem causa da parte.** [...]
> (APELAÇÃO CÍVEL nº Apelação 70998-75.2005.8.06.0001/1, TJCE, Rel. Des. Ademar Mendes Bezerra, 2ª Câmara Cível, julgado em 24/04/2013, publicado em 02/05/2013) Grifos nossos.

Assim, diante da análise das circunstâncias que envolvem a lide, notadamente a ausência de comprovação de que tenha sido o autor efetivamente expulso do nosocômio em que se encontrava por ausência de cobertura pela operadora de planos de saúde ora apelante, reputo excessivo o valor arbitrado pela decisão vergastada, qual seja R$ 15.000,00 (quinze mil reais), sendo, pois, devida a sua minoração a fim de que se adeque às finalidades da indenização por danos morais, bem como aos critérios de proporcionalidade e razoabilidade.

Destarte, conheço do recurso para dar-lhe parcial provimento, reformando a sentença objurgada, apenas, no sentido de reduzir o valor da condenação imposta pelo *decisum* ao patamar de R$ 10.000,00 (dez mil reais), corrigidos monetariamente pelo INPC desde o arbitramento, nos termos da Súmula 362[6] do Superior Tribunal de Justiça e acrescidos de juros moratórios no percentual de 1% (um por cento) ao mês a partir da data da ocorrência do fato ensejador do prejuízo, conforme dispõe a Súmula 54[7], também, do STJ.

É como voto.

Fortaleza, 30 de julho de 2014.

6 Súmula 362: A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento.

7 Súmula: 54. Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual.

APELAÇÃO CÍVEL Nº: 0061782-22.2007.8.06.0001
ORIGEM: 6ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE FORTALEZA
APELANTES: ANDRÉA RÓSEO DE CARVALHO MENDONÇA E OUTROS
APELADO: ESTADO DO CEARÁ
RELATORA: DESA. SÉRGIA MARIA MENDONÇA MIRANDA
ÓRGÃO JULGADOR: 6ª CÂMARA CÍVEL

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO ORDINÁRIA. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA PELO STF. PEDIDO DE SUSPENSÃO DO FEITO. DESCABIMENTO. SERVIDORES PÚBLICOS FAZENDÁRIOS. TETO REMUNERATÓRIO. INCIDÊNCIA. DIREITO ADQUIRIDO. INEXISTÊNCIA NO PARTICULAR. APLICAÇÃO DO INCISO XI DO ARTIGO 37 DA CARTA MAGNA COM A REDAÇÃO DADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 41/2003. IMPOSSIBILIDADE DE SE EVITAR A SUBMISSÃO DOS PROVENTOS AO TETO REMUNERATÓRIO. SUJEIÇÃO ÀS NORMAS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS À ESPÉCIE. RECURSO IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

1. A suspensão dos processos que debatem matéria cuja repercussão geral tenha sido reconhecida pelo STF somente se mostra viável se há determinação para o sobrestamento do feito pela Corte Superior, consoante disposto no artigo 543-B do Código de Processo Civil e 328-A do RISTF.

2. Dispõe o artigo 37, inciso XI, da Constituição Federal, com as alterações introduzidas pela EC nº 41/2003, que se aplica o subsídio mensal do Governador como limite máximo de remuneração dos servidores públicos do Poder Executivo Estadual, restando, pois, inviável a aplicação do subsídio de Desembargador como limite remuneratório ao caso sob julgamento;

3**.** O congelamento dos proventos, de modo a se conferir, aos apelantes, imunidade ao abate-teto, contraria a literalidade

das normas constitucionais aplicáveis na espécie, sendo, pois, incabível a sua aplicação.
4**.** O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento no sentido de que se a controvérsia diz respeito a período anterior à Emenda Constitucional n. 41/2003, as vantagens pessoais devem ser excluídas do teto remuneratório previsto no inciso XI do art. 37 da Constituição da República. Contudo, caso se refira a período posterior ao da entrada em vigor da citada Emenda, não só as vantagens pessoais, como qualquer espécie remuneratória, devem se submeter ao teto respectivo fixado na Constituição Federal.
5**.** Recurso conhecido e improvido. Sentença mantida.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da Apelação Cível nº 0061782-22.2007.8.06.0001, em que figuram como partes o ANDRÉA RÓSEO DE CARVALHO MENDONÇA E OUTROS (APELANTES) e ESTADO DO CEARÁ (APELADO). Acorda a 6ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer do apelo para lhe negar provimento, mantendo hígida a sentença vergastada, nos termos do voto da Relatora.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível, oferecida por Andréa Róseo de Carvalho Mendonça e Outros contra a sentença (págs.101/106) prolatada pelo Juízo da 6ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza, nos autos de Ação Ordinária com pedido de antecipação de tutela ajuizada em desfavor do Estado do Ceará.

Os recorrentes ajuizaram Ação Ordinária com pedido de antecipação de tutela ajuizada em desfavor do Estado do Ceará, sustentando que, são servidores fazendários estaduais, com a finalidade de excluir suas remunerações do sub-teto imposto pela Emenda Constitucional Estadual nº 56/2004, que reproduziu os termos da Emenda Constitucional nº 41/2003 à Constituição Federal de 1988.

Aduzem que tais verbas ultrapassam o sub-teto previsto no art. 37, inciso XI, da Constituição Federal.

Sustentam, em suma, ter direito adquirido ao regime anterior de composição de seus salários, bem como que, no mínimo, deveriam ser excluídas do cômputo do limite as vantagens pessoais e as parcelas indenizatórias, o que implica na legalidade do ato, apontado como indevido, de supressão das parcelas que excedam o teto.

Discorem que a presente ação visa questionar a aplicabilidade da citada norma constitucional, a qual foi editada como o fim de adequar a Constituição Estadual aos novos comandos da Carta Federal, atinentes à chamada reforma da previdência

Por fim, invocam, como causa de pedir, violação ao direito adquirido e à irredutibilidade de vencimentos.

Devidamente citado, o Estado do Ceará contestou (págs.47/66) a ação tempestivamente, oportunidade em que rechaçou, preliminarmente, o descumprimento do ônus da prova, a ausência superveniente de interesse de agir e a inépcia da inicial, e, no mérito, a inexistênciia de direito adquirido a regime jurídico.

Adiante, manifestou-se o representante do Ministério Público opinando pela prescindibilidade de sua intervenção no presente feito, consoante parecer exarado às págs. 98/100.

O Juízo de planície julgou (págs.101/106) improcedente a demanda, o que ensejou a interposição de Apelação (págs.109/111), na qual os promoventes invocaram a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 41/2003 no ponto em que incluiu as vantagens pessoais no cálculo do novo teto. Pugnaram, ainda, pelo sobrestamento do feito em razão de o Supremo Tribunal Federal ter reconhecido a Repercussão Geral sobre a matéria – RE 606358/SP.

Apelo recebido no duplo efeito.

Nas contrarrazões (págs.126/141) o apelado refuta as razões do Apelo e pugna pela mantença do mandamento sentencial.

Ouvida a douta Procuradoria Geral da Justiça, às págs. 152/158, esta opinou pelo conhecimento da Apelação Cível, mas para que não lhe seja dado provimento quanto à aplicação do art. 543-B, § 1º, do Código de Processo Civil, bem como que não seja reconhecida a inconstitucionalidade da EC nº 41/2003.

É o relatório.

VOTO

Presente os pressupostos de admissibilidade intrínsecos (legitimidade, interesse, cabimento e inexistência de fato impeditivo ou extintivo) e extrínsecos do recurso (tempestividade e regularidade formal), conheço da Apelação, pois evidentes todos os pressupostos recursais.

Ab initio, cumpre analisar as questões constitucionais inicidentalmente levantadas pelos apelantes.

SUSPENSÃO DO FEITO – REPERCUSSÃO GERAL

Inicialmente, os apelantes requererem a suspensão do feito até o julgamento do mérito do RE 606.358/SP, no qual é debatido o tema investigado nos autos pelo Supremo Tribunal Federal, na medida em que seja reconhecida a repercussão geral da matéria atinente à inclusão de vantagens pessoais no teto remuneratório estadual após a EC 41/03, nos termos do que dispõe o artigo 543-B, § 1º do Código de Processo Civil, pois o entendimento a ser sufragado pelo Pretório Excelso será aplicado a todos os casos cuja identidade de matéria tenha sido reconhecida.

A suspensão dos processos, todavia, somente pode se dar na hipótese de haver determinação expressa para o sobrestamento pela Corte Suprema, consoante disposto no artigo 543-B do Código de Processo Civil e no art. 328-A do RISTF, não sendo o que se vislumbra na espécie.

O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, em seu art. 328, estabelece que a determinação de suspensão do processo deve ser comunicada aos Tribunais ou Turmas de Juizado Especial pela Presidência dos Tribunais de Justiça ou pelo Relator, *in verbis:*

> Art. 328. Protocolado ou distribuído recurso cuja questão for suscetível de reproduzir-se em múltiplos feitos, o Presidente do Tribunal ou o Relator, de ofício ou a requerimento da parte interessada, comunicará o fato aos tribunais ou turmas de juizado especial, a fim de que observem o disposto no art. 543-B do Código de Processo Civil, podendo pedir-lhes informações, que deverão ser prestadas em 5 (cinco) dias, e sobrestar todas as demais causas com questão idêntica.

Assim sendo, na medida em que não restou determinado o sobrestamento das ações com matérias idênticas à demanda que possuiu a repercussão geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, não há o que se falar em suspensão do feito *sub judice*.

Nesse sentido, vejamos os seguintes precedentes:

> AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DEVOLUÇÃO DOS AUTOS À ORIGEM: ART. 543-B DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL C/C ART. 328, PARÁGRAFO ÚNICO, DO REGIMENTO INTERNO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. IRRECORRIBILIDADE. IDENTIDADE MATERIAL ENTRE O PARADIGMA E O CASO CONCRETO. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.
> (STF - ARE: 760535 RS , Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 17/12/2013, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-026

DIVULG 06-02-2014 PUBLIC 07-02-2014).

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONVERSÃO EM AGRAVO REGIMENTAL. DEVOLUÇÃO DOS AUTOS À ORIGEM: ART. 543-B DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL C/C ART. 328, PARÁGRAFO ÚNICO, DO REGIMENTO INTERNO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. IRRECORRIBILIDADE. IDENTIDADE MATERIAL ENTRE O PARADIGMA E O CASO CONCRETO. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.
(STF - ARE: 744105 SP , Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 29/10/2013, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-217 DIVULG 30-10-2013 PUBLIC 04-11-2013)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. SUSPENSÃO DO PROCESSO COM BASE NO ARTIGO 265, V DO CPC EM RAZÃO DO RECONHECIMENTO DE REPERCUSSÃO GERAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO QUE VERSA ACERCA DA MESMA MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE.
A admissão de recurso extraordinário perante o Supremo Tribunal Federal com matéria controvertida idêntica a discutida na ação em apreço, não é fundamento suficiente para ensejar a sua suspensão por força maior. Cabe ao Ministro Relator do recurso extraordinário decidir acerca do sobrestamento das ações, na forma do art. 543-B, §1º do CPC e do art. 328 do RISTF, de acordo com decisão do próprio STF (RE 576.155-5). AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO.
(Agravo de Instrumento Nº 70026117549, Terceira Câmara Especial Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Mário Crespo Brum, Julgado em 07/04/2009)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PARALISAÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL. MULTIPLICIDADE DE RECURSOS. REPERCUSSÃO GERAL.
1.O sobrestamento ou suspensão por motivo do reconhecimento de repercussão geral, com base na multiplicidade de recursos, seja pelo STF seja pelo STJ, é restrito aos demais recursos extraordinários ou especiais (CPC, arts. 543-B e C). Não se estende a processos, embora com a mesma matéria, em andamento seja no 2º Grau seja no 1º. Já temos a cultura do recurso ad nauseam. Não se pode admitir outra, a da paralisação dos processos por mera conveniência.
10. Agravo provido.
(Agravo de Instrumento Nº 70025490137, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Irineu Mariani, Julgado em 22/10/2008)

Por conseguinte, não deve ser acolhido o pedido de sobrestamento do feito, pois, embora tenha o Supremo Tribunal Federal reconhecido a Repercussão Geral no RE 606.358/SP, não foi determinada a suspensão dos processos pela Relatora daquele Recurso Extraordinário, nem pela Presidência do STF.

INCONSTITUCIONALIDADE DA EMENDA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL Nº 41/2003.

Trata-se de litígio versando sobre a submissão ou não das chamadas vantagens pessoais ao teto constitucional do Poder Executivo Estadual, após a edição da Emenda Constitucional nº 41/2003 e da Emenda à Constituição Estadual nº 56/2004.

A respeito desta proposição, inicialmente ressalto, dentre as diversas inovações trazidas pela Emenda Constitucional nº 41, a instituição de um teto absoluto, correspondente ao subsídio mensal dos ministros do STF, e outros sub-tetos para os Estados, Distrito Federal e Municípios.

Os apelantes são servidores públicos fazendários vinculados ao Poder Executivo, devendo-se, por consequência, fitar o que recomenda a Carta Magna acerca do teto estadual de citado Poder.

Dispõe o artigo 37, inciso XI, da Constituição Federal, com as já mencionadas alterações, que se aplica o subsídio mensal do Governador como limite máximo de remuneração dos servidores públicos do Poder Executivo Estadual.

Conforme os documentos acostados aos autos, os descontos relativos ao "abate-teto" somente foram efetuados após a publicação da EC nº 41/2003.

À luz dos preceitos estabelecidos na Constituição Federal e na Carta Estadual, os proventos percebidos mensalmente pelos apelantes devem obedecer ao limite fixado como teto estadual do Poder Executivo, qual seja, o subsídio mensal do Governador do Estado do Ceará.

Friso, neste tocante, que a Emenda Constitucional nº 41 trouxe em seu artigo 9º determinação de que qualquer tipo de vencimento, remuneração, subsídio, provento ou pensão, ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, serão imediatamente reduzidos aos limites fixados na Constituição Federal, não se admitindo, nesse caso, invocação de direito adquirido ou percepção de excesso a qualquer título.

Observa-se, pois, que a própria Emenda Constitucional nº 41 atribuiu eficácia imediata aos novos limites nela estabelecidos, dispondo, ainda, sobre as vantagens pessoais (ou outras de qualquer natureza), que devem também se submeter ao teto constitucional dos servidores públicos, não se podendo invocar direito adquirido.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça em recentes decisões vêm entendendo que as vantagens pessoais devem se submeter ao teto constitucional. Somente restariam excluídas do teto remuneratório caso se referissem a período anterior à data de entrada em vigor da Emenda Constitucional n°

41, o que não se verifica nos autos. Nesse sentido, seguem, *in verbis*, recentes decisões do STF e do STJ:

> **EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TETO REMUNERATÓRIO. EC 41/03. VANTAGNS PESSOAIS. INCLUSÃO**.
> 1. As vantagens pessoais incluem-se no cálculo do teto remuneratório, como dispõe o artigo 37, XI, da Constituição do Brasil, com a redação que lhe foi conferida pela EC 41/03.
> 2. Agravo regimental a que se nega provimento.
> (STF. RE-AgR 477447/MG, Segunda Turma. Rel. Min. Eros Grau. Julgamento em 24/10/2006).
>
> **AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TETO REMUNERATÓRIO. EC 41/03. VANTAGENS PESSOAIS. INCLUSÃO**.
> 6.As vantagens pessoais incluem-se no cálculo do teto remuneratório, como dispõe o artigo 37, XI, da Constituição do Brasil, com a redação que lhe foi conferida pela EC 41/03. Agravo regimental a que se nega provimento.
> (STF; RE-AgR 477.455-1; MG; Segunda Turma; Rel. Min. Eros Grau; Julg. 07/11/2006; DJU 07/12/2006; Pág. 66).
> **DIREITO ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. MAGISTRADO. INCORPORAÇÃO DE VANTAGENS PESSOAIS. "QUINTOS/DÉCIMOS". POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. TETO REMUNERATÓRIO. APLICABILIDADE. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROV**1. Os magistrados podem incorporar as [1]vantagens [2]pessoais ("quintos/décimos") decorrentes do exercício de cargo em comissão anterior ao seu ingresso na magistratura, uma vez que tal direito não é vedado pelo art. 65, § 2º, da Lei Complementar 35/79. Precedentes.
> 2. Os subsídios dos magistrados, ainda que acrescidos dos chamados "quintos/décimos", continuam restritos ao [3]teto remuneratório previsto no art. 37, XI, da Constituição Federal (redação dada pela EC 41/03), fixado pela Lei nº 11.143/05, sendo aplicável a Resolução 14/06, do CNJ.
> 3. Recurso Especial conhecido e provido.
> ([4]STJ; REsp 846.800; Proc. 2006/0096285-8; DF; Quinta Turma; Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima; Julg. 06/11/2007; DJU 17/12/2007; Pág. 300).

1 STF, RE 505133/MG, Min. Cármen Lúcia, DJ de 21.11.2006, p. 130, sem grifos na origem.

2 Mandado de Segurança n.‹ 1998.04841-2. Rel. Des. José Mauri Moura Rocha, DJ. 18.02.99. fl. 07).

3 APELAÇÃO CÍVEL nº 2002.0001.6483-3/0; Rel: Desa. EDITE BRINGEL OLINDA ALENCAR; 3ª CÂMARA CÍVEL

4 APELAÇÃO CÍVEL nº Nº 2002.0001.8078-2; Rel: DES. JOSÉ CLÁUDIO NOGUEIRA CARNEIRO; 2ª Câmara Cível

> **ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO INATIVO. TETO REMUNERATÓRIO. VANTAGEM PESSOAL. EXCLUSÃO. ART. 37, XI DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. REGULAMENTAÇÃO. ART. 8º DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 41/2003. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO**.
> I - A jurisprudência desta Corte, ao secundar orientação firmada no Supremo Tribunal Federal, havia consolidado entendimento de que, na ausência de regulamentação do art. 37, da Constituição Federal, as vantagens que correspondessem a situações pessoais dos servidores, incorporadas aos vencimentos ou proventos, não poderiam ser incluídas no somatório para aferição do limite máximo remuneratório.
> II - A partir da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 41/2003, que fixou provisoriamente em seu art. 8º o subsídio mensal de Ministro do Supremo Tribunal Federal, regulamentando o art. 37, XI da Constituição Federal, deixou de existir impedimento à inclusão das vantagens de natureza pessoal, ou de qualquer outra natureza, no cômputo da remuneração para fins de cálculo do teto salarial.
> III - Impõe-se, todavia, a data da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 41/2003, como limite temporal à exclusão das Gratificações Nominalmente Identificáveis instituídas pelos arts. 90, da Lei nº 6.745/85 (Estatuto dos Servidores Públicos do Estado de Santa Catarina) e 16 da Lei nº 1.114/88, do somatório para fixação do limite máximo remuneratório.
> lV - Agravo interno desprovido.
> (STJ; AgRg-RMS 17.789; Proc. 2004/0011740-1; SC; Quinta Turma; Rel. Min. Gilson Langaro Dipp; Julg. 06/02/2007; DJU 12/03/2007; Pág. 259)

Na esteira deste raciocínio, trago à colação o entendimento firmado pela conspícua Ministra Carmen Lúcia que, no julgamento do REsp 505.133/MG, assim explicitou acerca da forma de cálculo da remuneração do servidor:

> *(...) Este Supremo Tribunal firmou o entendimento segundo o qual, se a controvérsia diz respeito a período anterior à Emenda Constitucional n. 41/2003, as vantagens pessoais devem ser excluídas do teto remuneratório previsto no inciso XI do art. 37, da Constituição Federal.* ***Dessa forma, após o advento da Emenda Constitucional nº 41/2003, publicada em 19.12.2003, a questão restou solucionada em termos normativos: a partir desta data os vencimentos, subsídios, vantagens pessoais ou quaisquer espécies remuneratórias devem figurar no cômputo da remuneração do servidor para fins de cálculo de teto salarial.*** (Grifo nosso).
> Não foi outro o sentido do voto do eminente Ministro do egrégio Superior Tribunal de Justiça, Gilson Dipp, para quem *"(...) a partir da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 41/2003, publicada em 19 de dezembro de 2003, fixando provisoriamente em seu art. 8º o subsídio mensal do Ministro do Supremo Tribunal Federal, restou regulamentado o art. 37, XI, da Constituição Federal, ou seja, a partir desta data deixou de existir impedimento à inclusão das vantagens de natureza pessoal, ou de qualquer*

> *outra natureza, no cômputo da remuneração do servidor para fins de cálculo do teto salarial".*
> E ao final, arremata com peculiar lucidez o seguinte:
> *Ante o exposto, nego provimento ao agravo interno, impondo-se, todavia, a data da entrada em vigor da Emenda Constitucional 41/2003, como limite temporal à exclusão das Gratificações Nominalmente Identificáveis instituídas pelos arts. 90, da Lei 6.745/85. (Estatuto dos Servidores Públicos do Estado de Santa Catarina) e 16 da Lei 1.114/88, do somatório para fixação do limite máximo remuneratório. (v. AgRg no MS 17.789, rel. Min. Gilson Dipp, sem grifos no original).*

Faço menção ao seguinte Aresto, lavrado nesta Egrégia Corte no sentido de dirimir controvérsia de contornos similares ao da lide sob apreço:

> **CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. TETO REMUNERATÓRIO. INCIDÊNCIA. DIREITO ADQUIRIDO. INEXISTÊNCIA NO PARTICULAR. APLICAÇÃO DO INCISO XI, DO ARTIGO 37, COM A REDAÇÃO DADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 41/2003 À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 C/C ART. 17, DO ADCT, EM SUA REDAÇÃO ORIGINÁRIA**. Após o advento da Emenda Constitucional nº 41/2003, publicada em 19.12.2003, a questão restou solucionada em termos normativos: a partir desta data os vencimentos, subsídios, vantagens pessoais ou quaisquer espécies remuneratórias devem figurar no cômputo da remuneração do servidor para fins de cálculo de teto salarial. -Precedentes: STF, RE 511674/MG, Min. Eros Grau, DJ de 27.02.2007, p. 83; RE 505133/MG, Min. Cármen Lúcia, DJ de 21.11.2006, p. 130; RE 486180/MG, Min. Eros Grau, DJ de 23.11.2006, p. 92.; STJ, RMS 3804/RJ, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJ de 30.10.2006; RMS 17.389/SC, Rel. Ministro Felix Fischer, 5ª Turma, DJ de 18.9.2006.. Segurança denegada.
> (TJ-CE; MS 2004.0007.7810-2/0; Tribunal Pleno; Relª Desª Maria Celeste Thomaz de Aragão; DJCE 08/10/2007; Pág. 17).

Além disso, como já dito, a Constituição Federal, com as alterações trazidas pela EC. 41/03, dispõe expressamente que todas as espécies de remuneração, proventos e pensões, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o teto nela fixado.

Em que pese à aplicação da dicção do parágrafo 11 do Artigo 37 da *Lex Fundamentalis*, há de ser ponderado que a parcela vencimental objeto da redução (Prêmio de Desempenho Fiscal) não possui, em verdade, natureza indenizatória, tratando-se de simples adicional genérico atribuído a todos os servidores, independentemente da função desempenhada.

Primeiro, porque contraria a literalidade das normas constitucionais aplicáveis ao caso e, segundo, porquanto os apelantes não são vinculados ao Poder Judiciário, mas sim ao Poder Executivo, haja vista terem integrado os quadros da Secretaria Estadual da Fazenda, não podendo, pois, ser-lhes aplicado, como sub-teto, o subsídio mensal do Desembargador do Tribunal de Justiça.

Considerando que os descontos dos proventos dos apelantes somente ocorreram após o advento da Emenda Constitucional nº 41/2003, consoante se vê da prova adunada à instrução, e diante das normas constitucionais aplicáveis à espécie, sobretudo à luz da jurisprudência do STF e do STJ, devem os proventos dos impetrantes obedecer às normas constitucionais aplicáveis à espécie, com as recentes modificações trazidas pela Emenda Constitucional nº 41/2003.

Diante do exposto, conheço do recurso, contudo, para lhe negar provimento, mantendo incólume a decisão hostilizada por não reclamar retoque.

É como voto.

Fortaleza, 23 de julho de 2014.

PROCESSO: 0076967-71.2005.8.06.0001 - APELAÇÃO
APELANTE: LUÍZA JOSÉ DO NASCIMENTO
APELADO: ESTADO DO CEARÁ
RELATORA: DESA. MARIA NAILDE PINHEIRO NOGUEIRA

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. PENSÃO MILITAR. EX-POLICIAL EXCLUÍDO DA CORPORAÇÃO A BEM DA DISCIPLINA. DIREITO A BENEFÍCIO EM IDÊNTICO VALOR AO DA PENSÃO POR MORTE. INADMISSIBILIDADE.

1. A Constituição Federal, em seu artigo 40, §5º, vigente à época, prevê que o benefício da pensão por morte será igual ao valor da totalidade dos proventos do servidor falecido, nada mencionando sobre a pensão militar por motivo de exclusão de praça da referida Corporação.

2. Não é possível atribuir à Lei Estadual nº 10.972/84 a instituição de uma equiparação entre o praça excluído, com 10 (dez) ou mais anos de efetivo exercício e o servidor falecido, para a concessão do benefício previdenciário, pois tal interpretação extensiva viola os princípios constitucionais da isonomia, razoabilidade e moralidade.

3. Aplica-se, outrossim, para a sua fixação, o disposto no art. 1ºda Lei nº 10.972/84, que, neste tocante, foi recepcionado pela nova ordem constitucional.

4. Precedentes desta Egrégia Côrte de Justiça.

5. Sentença mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

6. Recurso conhecido, mas desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por julgamento de Turma, à unanimidade de votos, em conhecer do recurso, negando-lhe, contudo, provimento, nos termos do voto da Relatora.

Fortaleza, 4 de junho de 2014

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta por LUIZA JOSÉ DO NASCIMENTO objetivando desconstituir sentença do Juízo da 6ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza, proferida nos autos da ação ordinária ajuizada pela ora apelante contra o ESTADO DO CEARÁ.

A autora, titular de pensão decorrente da exclusão - a bem da disciplina - do ex-Soldado PM Francisco Eliuson Damasceno, aduziu que vem recebendo a referida pensão em valor inferior ao que receberia o instituidor, se ainda estivesse em atividade, malferindo os dispositivos constitucionais atinentes ao tema.

Ante o exposto, pleiteou a concessão de tutela antecipada no sentido de que sua pensão seja paga no valor exato dos proventos do instituidor da pensão de montepio da requerente, bem como, ao final, a confirmação da mesma, reconhecendo o seu direito a perceber os proventos integrais.

Acostou à inicial a documentação de fls. 16/63.

Antecipação de tutela concedida à fl. 65.

Contestação apresentada às fls. 71/77, alegando a inexistência de amparo legal para o pagamento da pensão de acordo com o que recebia o referido servidor na ativa pelo fato de não decorrer do evento morte, e sim da exclusão do militar das fileiras da PMCE.

Ausência de manifestação meritória do Ministério Público em primeiro grau, tendo em vista a inexistência de interesse público a ensejar tal intervenção (fls. 94/98).

Sentença às fls. 110/112, sendo julgado improcedente o pleito autoral pelo MM. Juiz *a quo*, tornando sem efeito a tutela antecipada deferida antes.

Inconformada, a promovente interpõe recurso de Apelação Cível às fls. 115/133, argumentando que *"foi a própria legislação referida, no caso a lei estadual nº 10.972/84 que concedeu o direito de recebimento de pensão, integral e de acordo com o posto ou graduação, pelo motivo de exclusão a bem da disciplina, aos dependentes do militar excluído. Sem qualquer distinção"* (fl. 118). Aduz, ainda, que lhe foram reduzidos os proventos sem qualquer procedimento administrativo a justificar tal medida.

Requereu, ao final, o provimento do recurso para que seja incorporada aos vencimentos da recorrente os valores referentes à GM/GQP, com direito às atualizações da lei.

Contrarrazões às fls. 137/149, sustentando a impossibilidade de equiparação das pensões por morte àquelas conferidas por exclusão do PM a bem da disciplina bem como o direito da administração de rever seus atos requerendo, pugnando, assim, pelo desprovimento do recurso interposto, mantendo incólume a sentença.

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça opinando pelo conhecimento e improvimento do recurso (fls. 165/172).

É o relatório, no essencial.

À douta revisão.

VOTO

Conheço do recurso de Apelação Cível, pois presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

Da análise dos autos, entendo não assistir razão à Autora/Apelante.

Segundo a intelecção do comando normativo local que se presta a regular casos de exclusão de policial militar à bem da disciplina, percebe-se que a pensão estabelecida no art. 15 da Lei Estadual nº 10.972/84, se encontra assim regulada:

> "Art. 15. O oficial da ativa, da reserva remunerada ou reformado, contribuinte obrigatório, que perder posto e patente e, nas mesmas condições, a praça que for excluída a bem da disciplina, com 10 (dez) ou mais anos de efetivo exercício, por efeito de sentença ou em virtude de ato de autoridade competente, deixará aos seus beneficiários a pensão correspondente ao respectivo posto ou graduação".

Como se vê, o referido benefício decorre de um favor legal, na medida em que seu fato gerador não foi o evento morte, mas **a exclusão**, a bem da disciplina, do ex-PM Sr. Francisco Eliuson Damasceno, dos quadros da Polícia Militar.

Nesse rumo, não há como prosperar o pleito autoral de perceber os mesmos vencimentos que perceberia o ex-militar, se em atividade estivesse, na medida em que a presente hipótese discrepa completamente da *ratio legis* constante da então vigente redação do art. 40, §5º da Carta Política, não havendo como receber igual tratamento.

Com efeito, assim estabelecia o art. 40, § 5º, em sua redação vigente à época, *ipsis verbis*:

> (*omissis*)
> **§ 5º**: o benefício da pensão por morte corresponderá à totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido, até o limite estabelecido por lei, observado o disposto no parágrafo anterior.
> (*omissis*)

Porém, como pode ser observado pela literalidade do dispositivo constitucional citado, resta garantida pensão integral correspondente a totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor em caso de morte, sem, entretanto, albergar a hipótese de exclusão do policial militar, a bem da disciplina, como é o caso dos autos.

Ao policial militar excluído das fileiras, a bem da disciplina, assegura-se apenas pensão proporcional, acaso esteja estabilizado e tenha contribuído por mais de 10 (dez) anos.

Assim, não é possível atribuir à Lei Estadual nº 10.972/84 a instituição de uma equiparação entre o praça excluído e o servidor falecido, pois tal interpretação extensiva significaria criar situação anômala, que agride os princípios constitucionais da isonomia, da moralidade e da razoabilidade, não se podendo garantir o mesmo tratamento da pensão por morte de policial militar honrado e probo ao praça excluído por indisciplina.

A ser assim, estaríamos estimulando que, após 10 (dez) anos de contribuição, o militar praticasse atos de indisciplina, de modo a ser expulso e ser "premiado" com pensão integral, ainda que dispondo de pouca idade e plena capacidade de trabalho.

Como o fato gerador não foi o evento morte, não há como garantir o mesmo tratamento ao presente caso, sendo certo que deve aplicar-se, para a fixação do benefício, a regra do art. 1º, da Lei nº 10.972/84, a qual, para este fim, foi recepcionada pela nova ordem constitucional.

É altamente ilustrativo transcrever o posicionamento que esta Corte tem adotado em situações análogas ao presente caso, *in litteris*:

> EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. POLICIAL MILITAR EXCLUÍDO DA CORPORAÇÃO, A BEM DA DISCIPLINA, APÓS DECORRIDOS MAIS DE 10(DEZ) ANOS DE EFETIVO SERVIÇO. DISPOSITIVO DE LEI ESTADUAL QUE GARANTE A SEUS BENEFICIÁRIOS A PERCEPÇÃO DE PENSÃO DE MONTEPIO. PRETENSÃO DE QUE O REFERIDO BENEFÍCIO SEJA ESTENDIDO A APLICAÇÃO DA REGRA DO ART. 40, § 5º, DA CF/88, DE MODO A GARANTIR À PENSIONISTA A MESMA REMUNERAÇÃO QUE O SERVIDOR RECEBERIA NA ATIVA. INADMISSIBILIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO SUSODITO REGRAMENTO CONSTITUCIONAL, QUE SOMENTE CONTEMPLOU AS HIPÓTESES DE MORTE DO SERVIDOR, NÃO ATINGINDO SITUAÇÕES EQUIPARADAS, COMO AQUELA EM QUE INSERIDA A IMPETRANTE. BENEFÍCIO QUE DEVE SER PAGO DE ACORDO COM A NORMA REGULADORA DO MONTEPIO, QUE, PARA O CASO EM TABLADO, FOI RECEPCIONADA PELA CARTA DE 1988. ORDEM DENEGADA[1].
>
> EMENTA: Apelação Cível - Mandado de Segurança - À pensão decorrente da exclusão de Policial Militar, a bem da disciplina, prevista no art. 15, da

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

Lei Estadual nº 10.972/84, não se aplica o regramento constante da então vigente redação do art. 40, § 5.º da CF/88. Aplica-se, outrossim, para a sua fixação, o disposto no art. 1º da referida Lei nº 10.972/84, que, neste tocante, foi recepcionado pela nova ordem constitucional - Sentença mantida por seus próprios e jurídicos, fundamentos - Recurso improvido[2].

EMENTA: SERVIDOR PÚBLICO POLICIAL MILITAR PENSÃO POR MORTE PENSÃO EXCLUSÃO VALORES DEVIDOS A TÍTULO DE DIÁRIAS OPERACIONAIS INADMISSIBILIDADE:
I - Embora tenha a emenda constitucional nº 41/2003 (cuja aplicação deve ser imediata), ao dar nova redação ao § 8º do art. 40, abolido a garantia nele prevista para os servidores aposentados, instituindo, em seu lugar, uma tão-só previsão de "reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios estabelecidos em lei", coube ao próprio poder constituinte reformador excepcionar da nova regra os que já fossem aposentados ao tempo da publicação da nova diretriz constitucional e aqueles que a essa data já houvessem cumprido todos os requisitos para a aposentação.
II - As diárias operacionais, o abono policial militar, gratificação de risco de vida e indenização habitação, não são privativas dos militares em atividade, e portanto, não devem ser excluídas dos soldos dos que forem mandados à reserva ou à reforma, ou, ainda, em caso de falecimento, retiradas do valor da pensão devida aos beneficiários legais.
III - Denominações diferentes dadas às gratificações servem apenas para justificar, no emaranhado orçamentário de uma corporação, pequenos aumentos concedidos a determinado grupo de servidores, em face da limitação legal imposta ao Estado com os gastos no pagamento de salários, evitando-se, dessa forma, que outros integrantes do corpo de pessoal reivindiquem idênticas vantagens. REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDAS, MAS IMPROVIDAS[3].

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

3 Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.
§ 1° O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:
I - o modo de seu fornecimento;
II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
III - a época em que foi fornecido.
§ 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.
§ 3° O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:
I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;
II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.
§ 4° A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa

> EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PENSÃO MILITAR. ESPOSA DE EX-POLICIAL EXCLUÍDO DA CORPORAÇÃO A BEM DA DISCIPLINA. PRELIMINAR. PRESCRIÇÃO DE FUNDO DE DIREITO. DESACOLHIMENTO. MÉRITO. DIREITO A BENEFÍCIO EM IDÊNTICO VALOR AO DA PENSÃO POR MORTE. INADMISSIBILIDADE.
> 1. O ato violador do direito tido como líquido e certo pela impetrante, em verdade, não se deu quando da concessão do benefício em questão, como afirmado pelo Estado, mas sim a partir da redução da pensão militar pela autoridade impetrada. Com efeito, tanto o prazo decadencial para a impetração do referido *writ* quanto o prazo prescricional qüinqüenal de fundo de direito foram inegavelmente observados. Preliminar rejeitada.
> 2. A Constituição Federal, em seu artigo 40, §7º, prevê que o benefício da pensão por morte será igual ao valor da totalidade dos proventos do servidor falecido, nada mencionando sobre a pensão militar por motivo de exclusão de praça da referida Corporação.
> 3. Conceder benefício a cônjuge da praça expulsa a bem da disciplina em valor idêntico ao da pensão por morte viola os princípios constitucionais da isonomia, razoabilidade e moralidade.
> 4. Apelação Cível conhecida, porém desprovida. Sentença mantida[4].

Destaco, ainda, o registro feito pela douta Procuradoria de Justiça (fl. 169), alertando, *verbis*:

> "Resta claro que os valores percebidos pela autora-apelante a guisa de montepio não poderiam ser incorporados aos seu patrimônio, haja vista não corresponder ao que vinha sendo pago anteriormente pela administração, eis que inexiste direito adquirido por erro cometido pela administração pública, na conformidade do que pontifica a Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal-STF"

Posto isso, não há como se vislumbrar qualquer ofensa a direito adquirido da Apelante, sendo inadmissível sua pretensão, restando intocável o vergastado *decisum a quo*.

EX POSITIS, conheço do apelo interposto, por tempestivo, negando-lhe, porém, provimento, mantendo a sentença monocrática guerreada pelos seus próprios e jurídicos fundamentos.

É como voto.

Fortaleza, 4 de junho de 2014

4 CAVALIERI FILHO, SÉRGIO. Programa de Responsabilidade Civil, 4ª edição, Malheiros, São Paulo, 2003, p.380.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0084241-47.2009.8.06.0001
ORIGEM: 26ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE FORTALEZA
APELANTES/APELADOS: CARLOS ANDRÉ GONDIM PEREIRA E ALINE BARBOSA CAETANO PEREIRA
APELANTE/APELADO: HOSPITAL MONTE KLINIKUM S/S LTDA
RELATORA: DESA. SÉRGIA MARIA MENDONÇA MIRANDA
ÓRGÃO JULGADOR: 6ª CÂMARA CÍVEL

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO INDENIZATÓRIA – FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO MÉDICO-HOSPITALAR – PACIENTE GRÁVIDA EM PROCESSO DE ABORTAMENTO ESPONTÂNEO – EXAME URGENTE NÃO REALIZADO COM BREVIDADE – MALFERIMENTO DO DIREITO À INFORMAÇÃO IMPOSTO PELO ARTIGO 6º, INCISO III, DO CDC – RESPONSABILIDADE DO HOSPITAL PELOS DANOS DECORRENTES DE DEFEITO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO – TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE – INAPLICABILIDADE ANTE A NÃO DEMONSTRAÇÃO DA POSSIBILIDADE DE MELHOR RESULTADO – DANOS MORAIS CONFIGURADOS APENAS NO TOCANTE À PRESTAÇÃO DEFICIENTE DO SERVIÇO HOSPITALAR EM DISSONÂNCIA COM O DIREITO DO CONSUMIDOR À INFORMAÇÃO – MANUTENÇÃO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO FIXADO NO JUÍZO *A QUO* ANTE A ADEQUAÇÃO AOS CRITÉRIOS DE RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – RECURSOS IMPROVIDOS – SENTENÇA MANTIDA.

1 – Incide na espécie a legislação consumerista, enquadrando-se as partes nos conceitos de consumidores e fornecedor, nos moldes firmados nos artigos 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor, sendo objetiva a responsabilidade civil do hospital, porquanto regulada pelo artigo 14, também, do CDC, de modo que para a aferição dessa responsabilidade é necessário perquirir acerca da existência de defeito na prestação

desse serviço, sendo o nexo causal e o dano suficientes para a materialização do dever reparatório, independentemente da demonstração de culpa, salvo se demonstrada pelo fornecedor a inexistência de defeito ou a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, nos termos do parágrafo 3º, incisos I e II, do aludido artigo 14 do CDC.

2 – Evidenciado o defeito na prestação do serviço pelo recorrente adesivo, agredindo, mormente, o direto básico à informação dos consumidores, encartado no artigo 6º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor, informação esta que constitui parte integrante do serviço prestado, importando em danos de ordem moral aos autores ante a lesividade da falha, considerando a necessidade de atendimento urgente, e, o estado de fragilidade emocional que se abatia sobre os autores, principalmente sobre a gestante ante o seu quadro clínico.

3 – "A perda da chance, em verdade, consubstancia uma modalidade autônoma de indenização, passível de ser invocada nas hipóteses em que não se puder apurar a responsabilidade direta do agente pelo dano final. Nessas situações, o agente não responde pelo resultado para o qual sua conduta pode ter contribuído, mas apenas pela chance de que ele privou a paciente. A chance em si – desde que seja concreta, real, com alto grau de probabilidade de obter um benefício ou de evitar um prejuízo – é considerada um bem autônomo e perfeitamente reparável." (Precedente STJ – REsp 1254141/PR).

4 – Dentro do contexto trazido pelos autos, a segunda demandante passou por um processo de aborto espontâneo, não sendo o simples fato de possuir boas condições de saúde suficiente para afastar a possibilidade de um abortamento espontâneo precoce e inevitável, dada a multiplicidade de eventos capazes de implicar na interrupção da gravidez.

5 – Não resta demonstrado que a conduta do hospital tenha induzido o agravamento do estado de saúde da segunda requerente a importar no abortamento, afastando do caso em

tela a incidência da "teoria da perda de uma chance", ante a ausência de seu elemento essencial, qual seja, a "chance", a real possibilidade de um melhor resultado, escorando-se o argumento dos autores na irresignação compreensível que a dor da perda abrupta de um filho esperado e desejado motiva, mormente, na esperança de que mais pudesse ter sido feito para evitar o abortamento, contudo, em que pese a carga emocional que tal expectativa frustrada produz, não se pode com base exclusivamente nela impor o dever indenizatório pela teoria ora em comento.

6 – O valor da indenização referente aos danos morais deve ser arbitrado com observância aos critérios de proporcionalidade e razoabilidade, consideradas as circunstâncias que envolvem o caso bem como a extensão dos danos suportados, visto que seu fim não é enriquecer o ofendido, nem, tampouco, incentivar o ofensor a ignorar a vedação legal, estimulando a repetição da conduta em razão de uma indenização cujo valor seja irrisório.

7 – Recursos improvidos. Sentença mantida

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível ACORDAM os Desembargadores membros da Sexta Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, conhecer dos recursos, porém, para desprovê-los, nos termos do voto da Relatora.

RELATÓRIO

Trata-se de Ação de Indenização por danos morais ajuizada por Carlos André Gondim Pereira e Aline Barbosa Caetano Pereira contra o HOSPITAL MONTE KLINIKUM S/S LTDA com o fito de obter provimento jurisdicional que condene o promovido ao pagamento de indenização pelos danos suportados em razão da má prestação de serviços médicos.

Aduzem os promoventes, em síntese, na inicial que: a) em 1º de setembro de 2008 a segunda requerente, grávida do terceiro filho do casal demandante, iniciou o pré-natal com o ginecologista e obstetra Dr. Francisco José Costa Eleutério, tendo naquela ocasião constatado uma gestação na 7ª (semana); b) realizado diversos exames

a constatar a perfeita condição de saúde da gestante e do feto em formação; c) na madrugada do dia 05 de novembro de 2008, às 3 (três) horas da manhã, a requerente acordou o marido, ora primeiro demandante, informando-lhe que passava mal e que havia percebido um sangramento vaginal, sendo o fato imediatamente comunicado ao médico ginecologista que acompanhava a gestante através de contato telefônico, tendo o galeno determinando que a requerente fosse a uma emergência hospitalar para realizar uma ultrassonografia e que, logo em seguida, informasse o resultado; d) imediatamente os promoventes se dirigiram ao HOSPITAL MONTE KLINIKUM S/S LTDA, sendo recepcionados no nosocômio por volta das 3 (três) horas e 30 (trinta) minutos em sua emergência; e) mesmo informada da gravidade da situação e da necessidade urgente da realização do exame de ultrassonografia a recepcionista comunicou que ali não havia credenciamento para atendimento em obstetrícia, razão pela qual sugeriu que os requerentes procurassem outro hospital, indicando os hospitais Angeline e Antônio Prudente; f) após muita insistência, apenas às 05 (cinco) horas da manhã a recepcionista resolveu encaminhar a promovente à médica Luciana Santana, a qual solicitou a realização da ultrassonografia que os demandantes esperavam desde as 3 (três) horas e 30 (trinta) minutos; g) mesmo diante do risco de vida que corria a paciente e o feto, foi imposto à requerente aguardar o médico Geovani Calixto de Alencar Azevedo para realizar a ultrassonografia, pois este, supostamente, realizava um exame em paciente da UTI daquele hospital; h) já por volta das 06 (seis) horas da manhã, o primeiro requerente, após diversas indagações acerca dos motivos da injustificável demora, foi informado que talvez a segunda demandante fosse atendida apenas por outro médico plantonista, pois o plantão do Dr. Geovani Calixto se encerraria e ele poderia não querer atendê-la; i) ao informarem todo ocorrido ao médico da segunda promovente, Dr. Francisco José Costa Eleutério, este mandou que a promovente se dirigisse imediatamente ao seu consultório, o qual seria aberto para atendê-la; j) no consultório do ginecologista, por volta da 07 (sete) horas e 30 (trinta) minutos, a requerente foi submetida à ultrassonografia, sendo através do aludido exame constatado que estava sofrendo um abortamento em curso, com ausência de batimentos cardio-fetais e deslocamento de placenta; k) às 09 (nove) horas foi submetida, no HOSPITAL GASTROCLÍNICA, a uma curetagem para a retirada dos restos embrionários; l) todos os transtornos suportados pelos requerentes se deveram à negligência e falta de cautela do hospital promovido na prestação do serviço médico; m) o demandado não prestou informações de maneira clara acerca dos serviços que colocava à disposição dos consumidores, negou inicialmente atendimento médico-hospitalar a uma gestante e, embora tivessem, através do plano de saúde, pago o exame de ultrassonografia, este não foi realizado; n) é devida a condenação do requerido ao

pagamento de indenização pelos danos morais suportados pelos autores decorrentes do agravamento do quadro clínico da segunda promovente em razão do retardo na realização do diagnóstico e, consequentemente, do tratamento causando o abortamento do concepto.

Às págs.125/151, o requerido apresentou contestação, através da qual repeliu a argumentação alinhada na exordial sustentando que: a) embora informem os recorrentes que chegaram à emergência do nosocômio às 3 (três) horas e 30 (trinta) minutos, na realidade, segundo informações de suas atendentes, os mesmos se apresentaram na recepção precisamente às 4 (quatro) horas e 30 (trinta) minutos; b) no momento em que chegaram, buscando atendimento obstétrico, foram prontamente informados de que o hospital não prestava atendimento em obstetrícia ou pediatria, possuindo uma emergência exclusivamente clínica e cardiológica; c) após a autora explanar que já havia comunicado ao seu médico particular que estava com dores abdominais e sangramento vaginal, tendo este solicitado a realização de um exame de ultrassonografia, fora a mesma encaminhada para o atendimento com a Dra. Luciana Santana apenas para que fosse prescrita a realização do aludido exame; d) jamais foi dito à requerente que no hospital promovido não se realizava o exame de ultrassonografia, apenas que nos hospitais ANGELINE e ANTÔNIO PRUDENTE havia emergência ginecológica; e) em razão do único médico radiologista de plantão, Dr. Geovani Calixto de Alencar Azevedo, encontrar-se realizando um exame urgente na UTI do hospital, a autora foi encaminhada à sala de exame e preparada para a sua realização, contudo, em razão das dores e do sangramento vaginal os autores houveram por bem deixar o nosocômio e buscar outro hospital que possuísse emergência ginecológica; f) ao contrário do que alegam, a saída dos promoventes se deveu exclusivamente ao fato da gestante querer ser atendida por uma emergência obstétrica e não em razão da demora no atendimento, não tendo o exame de ultrassonografia sido realizado e, tampouco, pago; g) o abortamento da gravidez sofrido pela autora era inevitável, inexistindo qualquer responsabilidade do hospital por tal evento; h) é descabida a indenização por danos morais pleitada.

A sentença *a quo* julgou procedente o pleito autoral e condenou o HOSPITAL MONTE KLINIKUM S/S LTDA ao pagamento de indenização pelos danos morais suportados pela autora no valor correspondente a R$ 6.000,00 (seis mil reais), tendo reconhecido ofensa à legislação consumerista, alicerçada em falha no serviço oferecido pelo promovido no tocante à prestação das devidas informações acerca da demora para a realização do exame pretendido pelos requerentes, pois embora tenha informado a inexistência de atendimento de emergência em obstetrícia e pediatria,

aceitou a paciente para a realização da ultrassonografia, cabendo-lhe prestar o serviço de forma adequada e com a urgência que o caso exigia.

Insatisfeitos, Carlos André Gondim Pereira e Aline Barbosa Caetano Pereira apresentaram recurso apelatório (págs.268/295), reprisando os fatos e fundamento alinhados na exordial, sustentando que a negligência no atendimento da gestante agravou seu quadro clínico, pondo em risco a sua vida e a de seu concepto, impossibilitando a realização oportuna do diagnóstico e o consequente tratamento, o que causou o abortamento do feto, razão pela qual defende a necessidade de majoração do valor da indenização a quantia compreendida entre 300 (trezentos) e 500 (quinhentos) salários-mínimos para cada um dos autores.

O HOSPITAL MONTE KLINIKUM S/S LTDA apresentou contrarrazões ao apelo às págs. 318/327, e, também irresignado com a sentença, manejou Recurso Adesivo (págs.329/344), reafirmando a matéria de defesa apresentada na peça contestatória, e, enfatizando que: a) o hospital não deixou de prestar qualquer informação aos autores, cuidando em expor as atividades que ofertava, tendo os requerentes consentido permanecer no hospital ainda que informados de que o nosocômio não dispunha de atendimento nas especialidades médicas de obstetrícia e pediatria; b) o exame pretendido pelo casal não foi realizado imediatamente por se encontrar o médico plantonista responsável prestando atendimento a outro paciente da UTI do hospital, porém, cuidou-se em preparar a segunda requerente para a realização do exame, tendo os autores decidido não mais aguardar e deixar o hospital para procurar um centro especializado, de modo que não há que se falar em inadequada prestação de serviço; c) a conduta do hospital não expõe qualquer ato ilícito a fim de ensejar o pagamento da indenização imposta pela decisão primeva, pois, inexistiram danos de ordem moral.

É o breve relato.

VOTO

Atendidos os requisitos de admissibilidade insertos nos artigos 500, *caput* e inciso I, 506 e 513, todos do Código de Processo Civil, recebo os recursos.

Sem preliminares ou prejudiciais, passo à análise meritória das irresignações recursais.

Inicialmente, para uma melhor compreensão da controvérsia posta em desate, impõe-se alinhar breves considerações, mormente, no sentido de destacar que o cerne da quizila representada nos autos atine ao atendimento prestado pelo HOSPITAL MONTE KLINIKUM S/S LTDA, promovido/recorrente adesivo, ao casal Carlos André

Gondim Pereira e Aline Barbosa Caetano Pereira, autores/apelantes, na madrugada do dia 05 de novembro de 2008, ocasião em que a segunda apelante, grávida, chegou àquele hospital, supostamente às 3 (horas) e 30 (trinta) minutos da manhã, sentindo-se mal e com sangramento vaginal (metrorragia) pretendendo realizar com urgência uma ultrassonografia por determinação através de contato telefônico de seu médico obstetra particular.

Contrapõem-se as partes com maior vigor no ponto em que defendem os autores a existência de falhas na prestação do serviço que resultaram na não realização do exame com a devida urgência, impossibilitando a efetivação de tratamento que evitaria o abortamento do feto, ao passo em que sustenta o nosocômio que o serviço foi efetivamente disponibilizado, tendo na ocasião sido fornecidas todas as informações relevantes, inclusive que não dispunha de atendimento de emergência em obstetrícia e pediatria, chegando a sugerir aos autores que se dirigissem a outros hospitais dotados dos aludidos atendimentos emergenciais, e, ainda, que se dispôs a realizar a ultrassonografia, mas informou que o médico plantonista se achava atendendo paciente da UTI.

Pertinente, ainda, salientar que, segundo os apelantes, mesmo tendo chegado ao hospital às 3 (horas) e 30 (trinta) minutos, somente às 5 (cinco) horas da manhã a recepcionista cuidou em encaminhar a gestante para consulta a ser realizada pela Dra. Luciana Santana, CRM-CE 9628, a qual, sem realizar qualquer avaliação clínica, determinou a realização do exame de ultrassonografia reclamado pelos autores desde o momento em que chegaram àquele hospital, tendo aguardado o médico responsável pelo exame, Dr. Geovani Calixto de Alencar Azevedo, que estaria na UTI realizando um exame, até 6 (seis) horas, quando, depois de contactarem o médico particular da segunda demandante, resolveram não mais esperar, realizando o exame apenas às 07 (sete) horas 30 (trinta) minutos no consultório do aludido médico, quando restou constatado um "*abortamento em curso, com ausência de batimentos cardiofertais e deslocamento de placenta*".

Sob tal panorama, expõem-se as duas situações que alicerçam o pleito indenizatório formulado pelos autores/apelantes: 1) a má prestação do atendimento médico em ofensa à legislação consumerista, não tendo o hospital prestado as devidas informações acerca do tempo necessário para a realização da ultrassonografia, nem, tampouco, cuidado em realizar o exame com a urgência de que necessitava a paciente e 2) o abortamento do feto que teria decorrido da impossibilidade de realizar um diagnóstico rápido, e efetivar o respectivo tratamento, em razão da demora na realização da ultrassonografia.

É imperativo destacar que incide na espécie a legislação consumerista, enquadrando-se as partes nos conceitos de consumidores e fornecedor, nos moldes firmados nos artigos 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor, sendo objetiva a responsabilidade civil do hospital, porquanto regulada pelo artigo 14, também, do CDC, de modo que para a aferição dessa responsabilidade é necessário perquirir acerca da existência de defeito na prestação desse serviço, sendo o nexo causal e o dano suficientes para a materialização do dever reparatório, independentemente da demonstração de culpa, salvo se demonstrada pelo fornecedor a inexistência de defeito ou a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, nos termos do parágrafo 3º, incisos I e II, do aludido artigo 14 do CDC.

Sérgio Cavalieri Filho esclarece que "os estabelecimentos hospitalares são fornecedores de serviços e, como tais, respondem objetivamente pelos danos causados aos seus pacientes. Esta responsabilidade, como se constata da leitura do próprio texto legal, tem por fundamento o fato gerador do serviço, que, fornecido ao mercado, vem dar causa a um acidente de consumo. O serviço é defeituoso quando, diz o § 1º do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, não oferece a segurança necessária que o consumidor do produto pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais o modo do seu fornecimento, o resultado e os riscos que razoavelmente dele se espera e a época em que foi fornecido".

Nesse sentido já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

> RECURSO ESPECIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO MOVIDA CONTRA CLÍNICA MÉDICA. ALEGAÇÃO DE DEFEITO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. INTELIGÊNCIA DO ART. 14 DO CDC.
> 1. Demanda indenizatória proposta pelo marido de paciente morta em clínica médica, alegando defeito na prestação dos serviços médicos.
> **2. A regra geral do art. 14, "caput", do CDC, é a responsabilidade objetiva dos fornecedores pelos danos causados aos consumidores.**
> 3. (…)
> 4. (...)
> **5. O ônus da prova da inexistência de defeito na prestação dos serviços médicos é da clínica recorrida por imposição legal (inversão "ope legis"). Inteligência do art. 14, 3º, I, do CDC.**
> 6. (...)
> 7. (…)
> (REsp 986.648/PR, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/05/2011, DJe 02/03/2012) Grifo nosso.

In casu, tem especial relevo o horário em que os autores chegaram ao hospital para que o atendimento fosse iniciado, ponto em que divergem as partes, isto é, na exordial afirmam os autores que ali chegaram às 3 (horas) e 30 (trinta) minutos do já referido dia 05 de novembro de 2008, enquanto o promovido sustenta na peça contestatória que o horário de ingresso seria "*precisamente às 4:30"*. Nesse azo, o depoimento das testemunhas arroladas pelo hospital trazem esclarecimentos relevantes ao caso, conforme denotam os trechos a seguir destacados:

> **QUE trabalha na recepção da emergência, QUE se encontrava na emergência no dia em que a autora procurou os serviços do hospital, QUE a promovente chegou ao hospital por volta das 3:30/4:00 da manhã**, QUE a promovente demorou pouco tempo no hospital e foi atendida pela Dra. Luciana, QUE o hospital não possui serviços emergência ginecológica, todavia que dispõe de sistema de imagem, mais precisamente de serviços de ultrassonografia, QUE o hospital não possui emergência obstétrica, QUE não podia perceber se a autora apresentava sangramento, QUE a promovente apenas estava com dores; QUE tentou encaminhar a autora para hospitais que tenham suporte para serviços de emergência e **que o exame não foi realizado porque o hospital não realiza esse exame e que o médico no momento do ocorrido se encontrava na UTI realizando exames em pacientes internos** (…) (Grifo nosso) –
> (Regina do Nascimento Melo – Depoimento testemunhal – págs. 211/212)
>
> **QUE trabalha no setor de imagem do hospital promovido, QUE a promovente chegou na parte da imagem por volta das 4:30 da manhã; que não sabe se a promovente demorou no atendimento até chegar à imagem**; QUE o exame requisitado era o de ultrassom de abdome; QUE o exame foi prescrevido pela Dra. Luciana; QUE quando o paciente chega liga para o convênio, pede autorização e após autorizado encaminha ao plantonista e **que o exame solicitado para a promovente foi devidamente autorizado e informado ao plantonista; QUE o plantonista era o Dr. Giovane e que o mesmo informou que quando terminasse os procedimentos de emergência viria para realizar o exame**; (…) QUE na parte da imagem somente se encontrava a promovente aguardado para ser atendida; **QUE o Dr. Giovane demorou bastante para deixar a UTI do hospital** (…) (Grifo nosso) –
> (Cilvanilda Balduino dos Santos – Depoimento testemunhal – págs. 213/214)
>
> **QUE trabalha no hospital na parte de gerência de atendimento; QUE no dia do fato estava de plantão e que Cilvanilda relatou que a paciente /promovente chegou a recepção da imagem 4:30; QUE recebeu uma ligação de Cilvanilda por volta de 5:00 da manhã dizendo que a promovente aguardava um exame de ultrassom e que solicitou sua presença, pois o esposo da promovente queria falar-lhe sobre a demora no atendimento**; QUE nesse momento o médico que estava na

> UTI realizando procedimento em um paciente, mas em sistema de sobre-aviso; (…) **QUE conversou com o esposo da promovente que estava bastante chateado que não ouvia suas argumentações e que saíram voltando para a saída de emergência** (…) (Grifo nosso) – (Maria Edvilma de Alcântara Rufino – Depoimento testemunhal – págs. 215/216)

Dessarte, a análise dos elementos probatórios anexados ao caderno processual, aliada às informações prestadas pelas testemunhas, permite concluir que os autores realmente chegaram à recepção da emergência do nosocômio por volta das 3 (horas) e 30 (trinta) minutos daquele dia e, embora seja incontroverso que foram advertidos pela recepcionista Regina do Nascimento Melo de que o hospital não dispunha de emergência obstétrica, haja vista que os próprios autores declaram na exordial que lhes teria sido dito: "*Neste hospital não há credenciado para atendimento de obstetrícia, portanto não podemos realizar o exame de ultrassonografia, melhor vocês procurarem outro hospital, eu sugiro o Hospital Angeline ou Hospital Antônio Prudente"*, após informarem que não pretendiam obter uma consulta ginecológica de emergência, mas realizar apenas uma ultrassonografia requisitada com urgência pelo médico particular que acompanhava a gestante, o hospital admitiu a paciente para a realização do exame, encaminhando-a para consulta (destinada apenas à requisição do multicitado exame) com a Dr. Luciana Santana somente às 5 (cinco) da manhã, conforme revela a guia de atendimento de págs.76.

Vê-se, pois, que se passou, aproximadamente, 1 (uma) hora e 30 (trinta) minutos entre a chegada da segunda demandante à emergência e o seu encaminhamento para a realização do atendimento que simplesmente possibilitaria a realização do exame, até porque restou explicitado que o ingresso desta no setor de imagem do hospital somente se deu às 4 (quatro) horas e 30 (trinta) minutos, conforme informou a atendente Cilvanilda Balduino dos Santos em seu supramencionado depoimento testemunhal, restando, contudo, frustrado o exame pelo fato de não estar o médico plantonista, Dr. Geovani Calixto, disponível para realizar a ultrassonografia, pois, supostamente, uma vez que nos autos não há qualquer comprovação, estaria atendendo pacientes na UTI do hospital, de modo que às 6 (seis) horas os promoventes deixaram o nosocômio, após receber do médico particular da gestante, via telefone, a determinação de que se dirigissem imediatamente ao seu consultório para a realização do pretendido examDiante de tal quadro, soa absurdo reputar admissível a conduta do hospital em permitir que a segunda demandante, grávida, sentido-se mal e com sangramento vaginal – situação capaz, por si só, de evidenciar um risco ao concepto e à gestante – aguardasse das 3 (três) horas e 30 (trinta) minutos às 6 (seis) horas pela realização de um exame urgente

que sequer foi concretizado, sem informar com efetividade acerca da possibilidade da demora exacerbada do médico responsável, vez que é, para dizer o mínimo, irrazoável acreditar, mormente se nos autos inexiste qualquer elemento probatório nesse sentido, que os autores, cientes do estado da gestante e da urgência do exame, permaneceriam no hospital mesmo cônscios de que o atendimento demoraria tanto, para depois de esperar por aproximadamente 3 (três) horas, simplesmente, procurar um centro médico que dispusesse de emergência ginecológica, como alega o recorrente adesivo.

Assim, resta, a meu sentir, evidenciado o defeito na prestação do serviço pelo recorrente adesivo, agredindo, mormente, o direto básico à informação daqueles consumidores, encartado no artigo 6º[1], inciso III, do Código de Defesa do Consumidor, informação esta que constitui parte integrante do serviço prestado, importando em danos de ordem moral aos autores ante a lesividade da falha, considerando a necessidade de atendimento urgente, e, o estado de fragilidade emocional que se abatia sobre os autores, principalmente sobre a gestante ante o seu quadro clínico.

Nesse sentido, destaco julgado do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

> APELAÇÃO. DANO MORAL. PARTO. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. ESTADO DE URGÊNCIA. DANO EXISTENTE.
> **Configura dano moral a falha na prestação do serviço à gestante em estado de urgência, como a demora no atendimento e como o fornecimento de informações equivocadas.** O quanto compensatório deve ser fixado de acordo com as peculiaridades da hipótese dos autos.
> (Apelação Cível 1.0024.09.516771-4/001, TJMG, 15ª Câmara Cível, Rel. Des. Tiago Pinto, julgamento em 17/02/2011, publicação em 30/03/2011) Grifo nosso.

No tocante à tese defendida pelos autores no sentido de que a demora na realização do exame teria impedido um diagnóstico rápido e, consequentemente, a efetivação do tratamento a fim de evitar o aborto sofrido pela segunda apelante, percebe-se que é reclamada a incidência da chamada "teoria da perda de uma chance", a qual teve seu objeto bem sistematizado pela Ministra Nancy Andrighi na ocasião do

1 Art. 6º São direitos básicos do consumidor:
omissis
III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;
omissis

julgamento do REsp 1254141/PR[2]: "*A perda da chance, em verdade, consubstancia uma modalidade autônoma de indenização, passível de ser invocada nas hipóteses em que não se puder apurar a responsabilidade direta do agente pelo dano final.* ***Nessas situações, o agente não responde pelo resultado para o qual sua conduta pode ter contribuído, mas apenas pela chance de que ele privou a paciente. A chance em si – desde que seja concreta, real, com alto grau de probabilidade de obter um benefício ou de evitar um prejuízo – é considerada um bem autônomo e perfeitamente reparável.***" (Grifo nosso).

Dentro do contexto trazido pelos autos, no momento em que a segunda demandante acordou, às 3 (três) horas da manhã do dia 05 de novembro de 2008, passando mal e com sangramento vaginal, já passava por um processo de aborto espontâneo, chamado "precoce" por contar a gestação com menos de 20 (vinte) semanas, possuindo diversas causas possíveis, não sendo o simples fato de possuir boas condições de saúde, como sustentaram os requerentes através da apresentação de exames realizados pouco tempo antes do malsinado evento, suficiente para afastar a possibilidade de um abortamento espontâneo precoce e inevitável, dada a multiplicidade de eventos capazes de implicar na interrupção da gravidez. Nesse sentido, ilustrativamente, destaco trechos do texto "*Aborto espontâneo*[3]" extraído do sítio virtual de compilação de artigos médicos "Brasil Medicina":

> O aborto espontâneo também pode ser chamado de aborto involuntário ou "falso parto". Calcula-se que 25% das gestações terminam em aborto espontâneo, sendo que 3/4 ocorrem nos três primeiros meses de gravidez.
> A causa do aborto espontâneo no primeiro trimestre, são distúrbios de origem genética. Em cerca de 70% dos casos, esses embriões são portadores de anomalias cromossômicas incompatíveis com a vida, no qual o ovo primeiro morre e em seguida é expulso. Nos abortos do segundo trimestre, o ovo é expulso devido a causas externas a ele (incontinência do colo uterino, mal formação uterina, insuficiência de desenvolvimento uterino, fibroma, infecções do embrião e de seus anexos).

Ao analisar caso semelhante destacou o Tribunal de Justiça de São Paulo no julgamento da Apelação Cível nº 0030122-86.2009.8.26.0161[4] que: "*o aborto é a*

2 REsp 1254141/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/12/2012, DJe 20/02/2013

3 CLINICAL REFERANCE SYSTEMS. Aborto Espontâneo. Disponível em: <http://www.brasilmedicina.com.br/especial/gine_t11s1.asp>. Acesso em: 23 maio 2014.

4 Apelação Cível nº 0030122-86.2009.8.26.0161, TJSP, 8ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Theodureto Camargo, julgado em 06/11/2013, publicado em 29/11/2013

perda do concepto antes da 20ª semana de gravidez; em alguns casos, com menos de 20 semanas, ocorre um sangramento acompanhado ou não de cólicas que pode não evoluir para o aborto; o aborto espontâneo ocorre em 15 a 20% das gestações conhecidas, mas acredita-se que o percentual seja maior, pois em muitos casos o abortamento ocorre sem que seja feito o diagnóstico de gravidez; as causas mais comuns desses abortos espontâneos seriam genéticas, malformações uterinas, alterações hormonais, infecções, fatores imunológicos e nutricionais".

Dormita à pág.82 o relatório médico elaborado pelo Dr. Francisco José Costa Eleutério, CRM nº 1604, ginecologista e obstetra que acompanhava a gestação da autora, documento este que apresenta conclusões relevantes, tanto que o próprio demandado, ora recorrente adesivo, citou trechos de suas disposições em sua contestação, merecendo maior atenção o excerto a seguir transcrito:

> Às 6:00h do dia 05.11.2008, a Sra. Aline, bastante apreensiva, retornou a ligação acusando a mesma queixa – sangramento vaginal – e relatando que no período entre as suas ligações telefônicas estaria em uma emergência hospitalar aguardando o dito exame, e que não teria conseguido realizá-lo por falta de atendimento médico.
> Diante do possível risco de vida materno – fetal e em decorrência da demora do atendimento médico, sugeri que a Sr.a Aline procurasse a clínica onde atendo em horário comercial – 8:00h às 19:00h – pedindo agora que a minha secretária chegasse antes do horário convencional com vistas a realizar o ultra-som sob meus cuidados.
> **Ao exame ultrassonográfico realizado no meu consultório, constatei abortamento em curso (ausência de batimentos cardiofetais e deslocamento de placenta)**. Imediatamente encaminhei a Sra. Aline para a Gastroclínica de Fortaleza com fins de proceder uma curetagem uterina. Este procedimento foi realizado na mesma manhã, tendo a paciente uma evolução favorável, com alta hospitalar e orientação médica para o caso. O resultado do exame histopatológico revelou restos ovulares, sem indícios de ovopatia e infecção. (Grifo nosso)

Nessa esteira, inexiste nos autos qualquer comprovação de que fosse evitável o aborto sofrido pela segunda requerente, cuidando o relato do médico particular da gestante em evidenciar o quadro clínico da gestante – "*abortamento em curso (ausência de batimentos cardiofetais e deslocamento de placenta)"* – identificado após a ultrassonografia, não havendo indicação no caderno processual de que tenha existido um quadro diverso em momento anterior, isto é, não se percebe uma evolução de piora, um indicativo de que tenha o estado da autora passado de um episódio de ameaça de abortamento (o chamado aborto evitável) para um abortamento espontâneo inevitável, porquanto a sintomologia apresentada pela segunda demandante, conforme o que indica

o caderno processual, manteve-se a mesma, qual seja, um mal-estar acompanhado de sangramento vaginal (metrorragia).

É imperativo destacar que não se está aqui a minimizar a importância da realização com brevidade e urgência do exame de ultrassonografia, vez que hábil para elucidar o quadro clínico da gestante, haja vista a ameaça de abortamento (aborto evitável) e o abortamento inevitável/incompleto revelarem características bastante semelhantes, conforme denotam as disposições acerca do tema lançadas em valoroso trabalho do Ministério da Saúde[5]:

> Ameaça de abortamento
> O sangramento genital é de pequena a moderada intensidade, podendo existir dores, tipo cólicas, geralmente pouco intensas. O colo uterino (orifício interno) encontra-se fechado, o volume uterino é compatível com o esperado para a idade gestacional, e não existem sinais de infecção. O exame de ultrassom mostra-se normal, com feto vivo, podendo encontrar pequena área de descolamento ovular.
>
> Abortamento inevitável/incompleto
> O sangramento é maior que na ameaça de abortamento, que diminui com a saída de coágulos ou de restos ovulares, as dores costumam ser de maior intensidade que na ameaça, e o orifício cervical interno encontra- se aberto. **O exame de ultrassom confirma a hipótese diagnóstica, embora não seja imprescindível.** (Grifo nosso)

Há de se pontuar, contudo, que, na espécie, não reúne condições de prospero a alegativa dos autores no sentido de que caso tivesse sido efetivado o exame ultrassonográfico com brevidade no nosocômio requerido poder-se-ia ter evitado o abortamento, vez que, conforme já dito, o único quadro clínico auferível é o de aborto inevitável/incompleto, até porque, a meu sentir, não se revela crível que durante o lapso temporal [aproximadamente 4 (quatro) horas] entre o momento em que os autores chegaram à emergência e do HOSPITAL MONTE KLINIKUM S/S LTDA e a realização da ultrassonografia na clínica do médico particular da gestante tenha ocorrido a evolução de uma ameaça de abortamento (aborto evitável) para um abortamento inevitável/incompleto.

Dessarte, não resta demonstrado que a conduta do hospital tenha induzido o agravamento do estado de saúde da segunda demandante a importar no abortamento, como defendido pelos promoventes/apelantes, afastando do caso em tela a incidência

5 MINISTÉRIO DA SAÚDE (Brasil). Atenção Humanizada ao Abortamento – Norma Técnica. Brasília - DF: Ministério da Saúde, 2011. p.29-30.

da mencionada "teoria da perda de uma chance", ante a ausência de seu elemento essencial, qual seja, a "chance", a real possibilidade de um melhor resultado, escorando-se o argumento dos autores na irresignação compreensível que a dor da perda abrupta de um filho esperado e desejado motiva, mormente, na esperança de que mais pudesse ter sido feito para evitar o abortamento, contudo, em que pese a carga emocional que tal expectativa frustrada produz, não se pode com base exclusivamente nela impor o dever indenizatório pela teoria ora em comento, pois, somente "**a *perda de uma chance séria e real é hoje considerada uma lesão a uma legitima expectativa suscetível de ser indenizada*** *da mesma forma que a lesão a outras espécies de bens ou qualquer outro direito subjetivo tutelado pelo ordenamento*[6]" (Grifo nosso).

A Corte Superior já se manifestou acerca do tema, conforme denotam os julgados a seguir ementados:

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. PREJUÍZOS DECORRENTES DE DESAPROPRIAÇÃO. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. REVISÃO DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.
> 1. **A jurisprudência desta Corte admite a responsabilidade civil e o consequente dever de reparação de possíveis prejuízos com fundamento na denominada teoria da perda de uma chance, "desde que séria e real a possibilidade de êxito, o que afasta qualquer reparação no caso de uma simples esperança subjetiva ou mera expectativa aleatória"** (REsp 614.266/MG, DJe de 2/8/2013).
> [...]
> (REsp 1354100/TO, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/10/2013, REPDJe 06/03/2014, DJe 24/10/2013) Grifo nosso.

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E DIREITO CIVIL. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. PRESSUPOSTOS INDENIZATÓRIOS. ALEGADA VIOLAÇÃO DO ART. 159 DO CÓDIGO CIVIL. DANO MATERIAL HIPOTÉTICO. IMPOSSIBILIDADE. DANO MORAL. ACÓRDÃO A QUO BASEADO NO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. REVISÃO DE FATOS E PROVAS. SÚMULA Nº 07/STJ.
> [...]
> **A pretensão não encontra amparo na "teoria da perda de uma chance" (perte d'une chance) pois, ainda que seja aplicável quando o ato ilícito resulte na perda da oportunidade de alcançar uma situação futura melhor, é preciso, na lição de Sérgio Cavalieri Filho, que: "se trate de uma chance real e séria, que proporcione ao lesado efetivas condições**

6 SAVI, Sérgio. Responsabilidade Civil por perda de uma chance. São Paulo: Atlas, 2006. p.101.

> **pessoais de concorrer à situação futura esperada"** (Programa de Responsabilidade Civil, 4ª ed., São Paulo: Malheiros, p. 92).
> [...]
> (AgRg no REsp 1220911/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/03/2011, DJe 25/03/2011) Grifo nosso.

Assim, superadas tais questões, resta analisar o valor da indenização aplicado pelo *decisum* vergastado, considerando, apenas, os danos decorrentes da deficiente prestação do serviço pelo hospital, ora apelante adesivo. Convém, no entanto, asseverar que a condenação em danos morais sempre se impõe para o julgador como uma tarefa extremamente difícil, pois, tem caráter sócio-educativo de finalidade meramente punitiva, isto é, destina-se a impor uma reprimenda àquele que causar lesão à esfera moral do indivíduo, agregando o intuito de coibir a repetição da conduta indesejada, não sendo a finalidade efetiva do instituto proporcionar uma compensação pecuniária ou econômica, uma vez que não há parâmetros capazes de abalizar a dor psíquica ou o desconforto emocional causados pelos referidos danos, e, ainda, tendo em vista o fato de ser inviável o retorno ao *status quo ante*.

O valor da indenização referente aos danos morais suportados deve, pois, ser arbitrado com observância aos critérios de proporcionalidade e razoabilidade, consideradas as circunstâncias que envolvem o caso bem como a extensão dos danos suportados, visto que seu fim não é enriquecer o ofendido, nem, tampouco, incentivar o ofensor a ignorar a vedação legal, estimulando a repetição da conduta em razão de uma indenização cujo valor seja irrisório, entendimento este já assentado por esta 6ª Câmara Cível, em consonância com o posicionamento adotado por este Sodalício:

> AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – EMPRÉSTIMO NÃO AUTORIZADO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA – FORTUITO INTERNO – DANOS MATERIAIS E MORAIS CARACTERIZADOS – INDEVIDA A REPETIÇÃO DO INDÉBITO ANTE A NÃO COMPROVAÇÃO DE MÁ-FÉ PELA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA – REDUÇÃO DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS PARA FINS DE ADEQUAÇÃO AOS CRITÉRIOS DE PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE – APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.
> [...]
> **O valor da indenização referente aos danos morais suportados deve ser arbitrado com observância aos critérios de proporcionalidade e razoabilidade, consideradas as circunstâncias que envolvem o caso bem como a extensão dos danos suportados, visto que seu fim não é enriquecer o ofendido, nem, tampouco, incentivar o ofensor a ignorar a vedação legal, estimulando a repetição da conduta em razão de uma indenização cujo valor seja irrisório.**

> [...]
> (APELAÇÃO CÍVEL nº Apelação 0004689-70.2011.8.06.0160, TJCE, Rel. Desa. Sérgia Maria Mendonça Miranda, 6ª Câmara Cível, julgado em 27/11/2013, publicado em 05/12/2013) Grifos nossos.
>
> APELAÇÃO. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESCISÃO DE CONTRATO. DANOS MATERIAIS E DANOS MORAIS. SENTENÇA PARCIALMENTE PROCEDENTE. PRELIMINARES DE FALTA DE CONGRUÊNCIA DA SENTENÇA E NULIDADE PELA NÃO APLICAÇÃO DAS DISPOSIÇÕES DO § 2º, DO ART. 331, DA LEI ADJETIVA. AFASTADAS. MÉRITO. EXCESSO DE VALORAÇÃO DOS DANOS MATERIAIS. INEXISTÊNCIA. APELAÇÃO CONHECIDA, MAS DESPROVIDA.
> [...]
> **No que pertine aos danos morais, o Superior Tribunal de Justiça possui o entendimento, ao qual me filio, de que o seu quantum deve ser definido levando em conta os parâmetros da proporcionalidade e da razoabilidade, de tal sorte que haja uma condenação eficaz, mas sem que ocorra o enriquecimento sem causa da parte.** [...]
> (APELAÇÃO CÍVEL nº Apelação 70998-75.2005.8.06.0001/1, TJCE, Rel. Des. Ademar Mendes Bezerra, 2ª Câmara Cível, julgado em 24/04/2013, publicado em 02/05/2013) Grifos nossos.

Nessa esteira, diante da análise das circunstâncias que envolvem a lide, notadamente a amplitude do constrangimento suportado pelos apelados, não vislumbro razão para modificação do *quantum* indenizatório estipulado pelo Juízo de planície, isto é, R$ 6.000,00 (seis mil reais).

Pelo exposto, conheço dos recursos, contudo, para desprovê-los, mantendo inalterada a sentença objurgada.

É como voto.

Fortaleza, 11 de junho de 2014.

PROCESSO Nº 0178810-98.2013.8.06.0001
APELAÇÃO CÍVEL.
APELANTE: CERTA SERVIÇOS EMPRESARIAIS E REPRESENTAÇÕES LTDA.
APELADOS: INSTITUTO DR. JOSÉ FROTA – IJF
MUNICÍPIO DE FORTALEZA
RELATOR: DESEMBARGADOR CLÉCIO AGUIAR DE MAGALHÃES.

EMENTA: ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO. LICITAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTOS DO RECURSO AFASTADA. PRELIMINAR DE PERDA DO OBJETO. INOCORRÊNCIA. MÉRITO. ALEGAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA TÉCNICA DA LICITANTE VENCEDORA. DEMONSTRAÇÃO DE PRÉVIA EXPERIÊNCIA NOS QUANTITATIVOS E QUALITATIVOS DO OBJETO A SER CONTRATADO. COMPATIBILIDADE COM A EXIGÊNCIA EDITALÍCIA. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. APELO CONHECIDO E DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

1- Trata-se de Apelação Cível interposta por empresa licitante em face de sentença proferida que denegou a segurança requerida pela apelante, que contesta a arrematação do objeto de Pregão Eletrônico à empresa que não teria demonstrado capacidade técnica.

2 - **DA PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTOS DO RECURSO.** O polo passivo aponta o desatendimento aos pressupostos da apelação, por não ter havido ataque direto da apelante aos fundamentos da sentença, mas mera reiteração dos termos e do pedido inicial. No entanto, não merece acolhimento referida arguição, pois não é vedado à parte reiterar os fundamentos expendidos na inicial, desde que eles sejam suficientes para infirmar os termos da sentença recorrida. Essa insurgência consubstancia-se na enumeração dos motivos pelos quais o apelante reputa como injustiça ou inválida a decisão singular, bem como na demonstração

do interesse na reforma da mesma, o que foi empreendido pela recorrente no caso em comento. Precedentes do STJ. **Preliminar afastada.**

3 – <u>DA PRELIMINAR DE PERDA DO OBJETO.</u> Ainda preliminarmente, os recorridos mencionam a perda do objeto do mandado de segurança originário, pois o objeto do Pregão Eletrônico já foi adjudicado à empresa vencedora do certame, inclusive o contrato de prestação de serviços já foi assinado e está vigorando. Merece reproche referida alegação, pois a jurisprudência do STJ é firme no sentido de que "a superveniente homologação/adjudicação do objeto licitado não implica a perda do interesse processual na ação em que se alegam nulidades no procedimento licitatório, aptas a obstar a própria homologação/adjudicação." (AgRg na SS 2.370/PE, Rel. Min. Ari Pargendler, Corte Especial, DJe 23.9.2011). **Preliminar afastada.**

4 - **<u>DO MÉRITO.</u>** Em suma, a insurgência refere-se à arrematação do objeto do Pregão eletrônico nº 045/2013, qual seja, a "contratação de empresa pessoa jurídica para prestação de serviços de mão de obra terceirizada cujos empregados sejam regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, incluindo o fornecimento de Equipamentos de Proteção Individual – EPI's para atender às necessidades do IJF, pelo período de 12 (doze) meses, de acordo com as especificações e quantitativos previstos no Anexo I (…)"

5- A apelante noticia que a empresa arrematante do referido certame não apresentou a documentação exigida pelo edital no item 15.4, quanto aos atestados de capacidade técnica, particularmente no tocante à exigência das especificações e quantitativos dos profissionais necessários, número não observado pela empresa contratada.

6- Compete à Administração estabelecer os critérios adequados a serem adotados no procedimento de Licitação, objetivando atender às suas necessidades e ao interesse público, de modo a conduzir à escolha das empresas que melhor atendam aos requisitos essenciais à consecução da finalidade pretendida pelo Poder Público.

7 - Desta feita, resta saber se a seleção realizada no Pregão Eletrônico nº 045/2013, como ato administrativo que é, satisfez de modo legítimo ou legal os requisitos do ato, sendo defeso, na presente análise, adentrar no juízo de mérito proferido pela referida Administração Pública.

8 - O item do edital que não teria sido atendido pela empresa arrematante refere-se aos quantitativos a serem contratados. Os cargos para os quais a empresa citada não teria comprovado prévia experiência e disponibilidade na quantidade necessária seriam os de Copeira, Auxiliar de Transporte – Maqueiro e Auxiliar de Radiologia.

9 - Constata-se que o objeto da contratação refere-se a 73 (setenta e três) categorias profissionais diferentes, expondo a empresa arrematante larga experiência na quase totalidade delas. Assim, pode-se considerar que a comprovação de experiência na área exigida pelo edital é compatível com a demonstrada pela vencedora do certame; pois, apesar de não possuir previamente em seus quadros três das categorias solicitadas em absoluta identidade, é patente que a empresa atua no ramo de prestação de serviços, no mínimo, similares. Além disso, ressalte-se que a exigência editalícia refere-se a serviços "compatíveis", não "idênticos".

10 - Sabe-se que o Edital é lei entre as partes, estabelecendo regras às quais estão vinculadas tanto a Administração como as empresas participantes do certame. No entanto, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, norteadores da Administração Pública, também devem ser aplicados na interpretação do instrumento editalício. Conclui-se, portanto, que haveria excesso de formalismo do pregoeiro se impossibilitasse a habilitação da empresa que findou sagrando-se vencedora do processo de licitação.

11 - Destarte, o rigor despropositado seria contrário ao interesse público e à finalidade do ato, pois prejudicaria a ampla concorrência e, por conseguinte, a escolha da melhor proposta.

12 - Registre-se que as categorias que a empresa arrematante ainda não possuía em seus quadros em número suficiente não possuem elevada complexidade, e nos termos da Súmula nº 263/2011 do TCU, a comprovação da capacidade técnico-operacional das licitantes, embora seja possível, deve ser limitada, simultaneamente, às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado; bem como a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes deve guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado.

13 - Ademais, a empresa vencedora do certame já vem cumprindo adequadamente o contrato há mais de 06 (seis) meses, ou seja, mais da metade do seu tempo de vigência, atestando que de fato possui a capacidade necessária para prestar o serviço objeto do Pregão Eletrônico.

14 - Destaque-se que os interesses particulares das empresas participantes que não obtiveram êxito na licitação não devem sobrepor-se ao interesse público, sendo muito mais prejudicial a este a anulação do certame e a consequente dispensa de todos os terceirizados atualmente lotados no IJF do que a continuidade da execução do contrato.

15 - No tocante ao fato de a garantia contratual ter sido dada apenas dois dias após a assinatura do contrato e não antes, como determinava o edital, tem-se que a finalidade do ato foi atingida, qual seja, a segurança no que se refere ao cumprimento das obrigações contratuais.

16 - Apelação conhecida e desprovida. Sentença mantida.

ACÓRDÃO

Acordam os integrantes da Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por uma de suas Turmas, unanimemente, em conhecer do apelo interposto, mas para negar-lhe provimento, mantendo incólume a sentença recorrida, tudo de conformidade com o voto do eminente Relator.

Fortaleza, 19 de fevereiro de 2014

Relatório às fls.

VOTO

Trata-se de Apelação Cível interposta por CERTA SERVIÇOS EMPRESARIAIS E REPRESENTAÇÕES LTDA nos autos do Mandado de Segurança de nº 0178810-98.2013.8.06.0001, em face de sentença proferida pelo Douto Juízo da 8ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza, que denegou a segurança requerida pela apelante

Impondo-se um juízo antecedente de admissibilidade, conheço do apelo interposto, encontrando-se, pois, presentes, os chamados requisitos intrínsecos e extrínsecos ao transpasse para o juízo de mérito.

DA PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTOS DO RECURSO

O polo passivo aponta o desatendimento aos pressupostos da apelação, por não ter havido ataque direto da apelante aos fundamentos da sentença, mas mera reiteração dos termos e do pedido inicial.

Acerca do assunto, dispõe o Código de Processo Civil:

> Art. 514 - A apelação, interposta por petição dirigida ao juiz, conterá:
> I - os nomes e a qualificação das partes;
> **II - os fundamentos de fato e de direito;**
> III - o pedido de nova decisão. GN.

É cediço que o princípio da dialeticidade impõe ao recorrente que apresente o recurso com os fundamentos de fato e de direito que ensejaram o inconformismo com a decisão combatida, do contrário, a súplica não deve ser nem analisada.

Todavia, realizando uma interpretação sistemática do dispositivo acima elencado, bem como observando os princípios norteadores do ordenamento jurídico pátrio, que prestigia o acesso ao duplo grau de jurisdição, tem-se que não é vedado à parte reiterar os fundamentos expendidos na inicial ou em outras peças processuais, desde que eles sejam suficientes para infirmar os termos da sentença recorrida. Essa insurgência consubstancia-se na enumeração dos motivos pelos quais o apelante reputa como injustiça ou inválida a decisão singular, bem como na demonstração do interesse na reforma da mesma, o que foi empreendido pela recorrente no caso em comento.

A propósito, a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça é no mesmo sentido:

> PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. APELAÇÃO. ART. 514 DO CPC. REQUISITOS. REPETIÇÃO DOS ARGUMENTOS DEDUZIDOS NA INICIAL. POSSIBILIDADE. 1. **A repetição dos argumentos deduzidos na inicial não impede, por si só, o conhecimento do recurso de apelação, notadamente quando suas razões estão condizentes com a causa de pedir e deixam claro o interesse pela reforma da sentença.** (c.f.: AgRg no Ag 990.643/RS, Terceira Turma, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI DJ de 23/5/2008). 2. Agravo regimental não provido. (STJ - AgRg no AREsp: 341906 SP 2013/0146090-9, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 07/11/2013, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/11/2013). GN.
>
> AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. APELAÇÃO. ART. 514 DO CPC. REQUISITOS. OBSERVÂNCIA. NÃO-CONHECIMENTO. RIGOR EXCESSIVO. 1. **O STJ consolidou entendimento segundo o qual a reprodução, na apelação, dos argumentos já lançados na petição inicial ou na contestação não é, por si só, motivo bastante para negar conhecimento ao recurso.** 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ - AgRg no AREsp: 97905 PB 2011/0295476-3, Relator: Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Data de Julgamento: 14/05/2013, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 21/05/2013). GN.

Confiram-se, ainda, os seguintes precedentes: Resp 341.479/MS, Terceira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 25/2/2004; Resp 200.308/PR, Terceira Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ de 27/5/2002; Resp 493.484/PR, Quarta Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ de 27/6/2005.

Destarte, impõe-se o afastamento da referida arguição.

DA PRELIMINAR DE PERDA DO OBJETO

Ainda preliminarmente, os recorridos mencionam a perda do objeto do mandado de segurança originário, pois o objeto do Pregão Eletrônico 045/2013 já foi adjudicado à empresa FORTAL EMPREENDIMENTOS LTDA., inclusive o contrato de prestação de serviços já foi assinado e está vigorando.

Merece reproche referida alegação, pois a jurisprudência do STJ é firme no sentido de que "a superveniente homologação/adjudicação do objeto licitado não implica na perda do interesse processual na ação em que se alegam nulidades no procedimento

licitatório, aptas a obstar a própria homologação/adjudicação, como é o caso dos autos." (AgRg na SS 2.370/PE, Rel. Min. Ari Pargendler, Corte Especial, DJe 23.9.2011).

Importante destacar que, caso as alegações quanto à inabilitação técnica da vencedora do certame trazidas na inicial do *writ* forem acolhidas, isto resultará inevitavelmente na irregularidade da homologação do certame e da consequente adjudicação do objeto licitado. Assim, se o procedimento licitatório estiver eivado de nulidades, estas também corrompem a celebração do contrato.

No mesmo sentido : REsp 1278809/MS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/09/2013, DJe 10/09/2013, AgRg no REsp 1.223.353/AM, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 18/03/2013; AgRg no AREsp 141.597/MA, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 31/10/2012; AgRg no RMS 37.803/PR, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 29/06/2012; REsp 1.228.849/MA, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 09/09/2011; REsp 1.059.501/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 10/09/2009; REsp 279.325/MG, Rel. Min. Francisco Falcão, Rel. p/ Acórdão Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 16/10/2006.

Corroborando com o raciocínio exposto, colaciono julgado deste órgão julgador:

> ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. LICITAÇÃO NA MODALIDADE PREGÃO. RECURSO VOLTADO CONTRA LIMINAR QUE IMPEDIU A EXCLUSÃO DE EMPRESA CONCORRENTE EM SELEÇÃO PÚBLICA PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS NO ÂMBITO DA SEFAZ/CE.AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E PROVIDO PARA CASSAR A INTERLOCUTÓRIA.- - **Não há falar em perda do objeto do *mandamus* decorrente da conclusão do certame. Isto porque o fim do processo licitatório não convalida eventuais nulidades nele praticadas, de forma que a validade do certame depende de forma indissociável da resolução da presente lide. Assim, o interesse, em sua faceta da utilidade, resta evidenciado na medida em que não decorreu o prazo de cinco anos para a estabilização dos efeitos do ato administrativo, podendo a licitação ser desfeita caso constatada nulidade insanável.** Preliminar afastada. - Sobre a preliminar de nulidade do feito por ausência de formação do litisconsórcio passivo necessário entre a ora agravante e a vencedora do certame, não procede a irresignação estatal. (…) Recurso conhecido e provido. (TJ-CE, Agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo 11054142006806000000, Relator(a): FRANCISCO DE ASSIS FILGUEIRA MENDES, Órgão julgador: 2ª Câmara Cível, Data de registro: 14/06/2013). GN.

Além disso, é cediço que a modalidade de Licitação denominada Pregão Eletrônico possui um procedimento bastante célere, e se a assinatura do contrato

impossibilitasse a parte de recorrer ao Judiciário, na prática, dificilmente as eventuais nulidades que corrompessem o certame poderiam ser reconhecidas e sanadas, e os vícios perpetuar-se-iam; o que não se coaduna com o princípio do livre acesso à jurisdição tampouco com o interesse público e com a transparência na gestão pública, como bem pontou o magistrado *a quo*.

Dessa forma, afasta-se também essa preliminar, passando-se a análise de mérito.

DO MÉRITO

Em suma, a insurgência refere-se à arrematação do objeto do Pregão Eletrônico nº 045/2013, qual seja, a "contratação de empresa pessoa jurídica para prestação de serviços de mão de obra terceirizada cujos empregados sejam regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, incluindo o fornecimento de Equipamentos de Proteção Individual – EPI's para atender às necessidades do IJF, pelo período de 12 (doze) meses, de acordo com as especificações e quantitativos previstos no Anexo I – Termo de Referência do edital".

A apelante noticia que a empresa arrematante no referido certame não apresentou a documentação exigida pelo edital no item 15.4, quanto aos atestados de capacidade técnica, o que deveria resultar na inabilitação da empresa, de acordo com o edital e a Lei nº 8.666/93. Além disso, haveria exigência das especificações e quantitativos dos profissionais necessários, número não observado pela empresa arrematante.

Cumpre ressaltar desde logo que a lei confere liberdade ao agente público na edição de determinados atos para que, no caso concreto, a atuação da Administração Pública seja a mais adequada à satisfação do interesse público, além de evitar possíveis injustiças, convergindo para o mérito administrativo, assim definido pelo ilustre doutrinador Hely Lopes Meireles:

> **O mérito do ato administrativo consubstancia-se, portanto, na valoração dos motivos e na escolha do objeto do ato, feitas pela Administração incumbida de sua prática, quando autorizada a decidir sobre a conveniência, oportunidade e justiça do ato a realizar.** Daí a exata afirmativa de Seabra Fagundes de que 'o merecimento é aspecto pertinente apenas aos atos administrativos praticados no exercício de competência discricionária". Fonte: Meirelles, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo. Malheiros, 2003. GN.

Assim, em regra, é vedada a aferição do Mérito Administrativo pelo Poder Judiciário, pois seria contrário ao interesse público facultar sempre a um magistrado,

distante das necessidades e realidades administrativas, decidir o que melhor satisfaz o interesse público. Caso isso ocorresse, o juiz estaria substituindo o administrador no exercício da atividade discricionária, poder esse conferido somente ao administrador, em respeito ao princípio da separação dos poderes.

Todavia, apesar da vedação para a apreciação pelo Judiciário do Mérito Administrativo, mostra-se possível a fiscalização da legalidade ou legitimidade dos atos administrativos, quer sejam vinculados ou discricionários. Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, acerca do tema, prelecionam:

> "Quando se diz que o mérito administrativo não está sujeito ao controle judicial – e tal asserção está correta-, deve-se bem entender essa afirmação: controle de mérito e sempre controle de oportunidade e conveniência; portanto, controle de mérito resulta na revogação ou não do ato, nunca em sua anulação; o Poder Judiciário, no exercício de função jurisdicional, não revoga atos administrativos, somente os anula, se houver ilegalidade ou ilegitimidade."(ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente, "Direito Administrativo Descomplicado", 20º ed. São Paulo: Editora Método, 2012)

Salienta-se que o Judiciário somente poderá atuar se provocado. Pode ele controlar a legitimidade ou legalidade quanto a qualquer dos elementos supracitados deste ato, inclusive quanto ao motivo e objeto, estes constituintes do Mérito Administrativo dos atos discricionários. Entretanto, essa averiguação será para analisar se a administração, ao exercer seu poder de discricionariedade, extrapolou os limites legais, mas nunca para verificar se o ato foi inconveniente ou inoportuno.

Destarte, o controle judicial é possível para evitar que a Administração ultrapasse os limites da discricionariedade e legitime arbitrariedades sob a alegação de juízo de conveniência e oportunidade, inclusive podendo invalidar o ato que não observou o campo da legalidade.

Pormenorizando essas peculiaridades no âmbito da Licitação, tem-se que compete à Administração estabelecer os critérios adequados a serem adotados neste procedimento objetivando atender às suas necessidades e ao interesse público, de modo a conduzir à escolha das empresas que melhor atendam aos requisitos essenciais à consecução da finalidade pretendida pelo Poder Público.

Na modalidade Pregão Eletrônico, como é o caso dos autos, cabe ao pregoeiro, observando os ditames do edital, selecionar a empresa que se enquadra nas condições estabelecidas e melhor satisfaça o interesse público.

A propósito:

> **A licitação é um procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando- se pelo princípio da isonomia. Está voltada a um duplo objetivo: o de proporcionar à Administração a possibilidade de realizar o negócio mais vantajoso - o melhor negócio - e o de assegurar aos administrados a oportunidade de concorrerem, em igualdade de condições, à contratação pretendida pela Administração.** [...]
> Procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia, a função da licitação é a de viabilizar, através da mais ampla disputa, envolvendo o maior número possível de agentes econômicos capacitados, a satisfação do interesse público. A competição visada pela licitação, a instrumentar a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, impõe-se seja desenrolada de modo que reste assegurada a igualdade (isonomia) de todos quantos pretendam acesso às contratações da Administração. [...] (grifo nosso) (STF – Pleno – Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.716-6 - Rondônia, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 29-11-07, *DJE* de 7-3-08). GN.
>
> "Pregão é o procedimento administrativo mediante o qual a pessoa obrigada a licitar, seleciona para a aquisição de bens comuns ou para a contratação de serviços comuns, dentre as propostas escritas, quando admitidas, melhoráveis por lances verbais ou virtuais, apresentadas pelos pregoantes em sessão pública presencial ou virtual, em fase de julgamento que ocorre antes da habilitação"
> DALLARI Adilson Abreu. Fase Preparatória. GASPARINI, Diógenes (Coord.). Pregão presencial e eletrônico. Belo Horizonte: Fórum.

Por se tratar de mérito administrativo, descabe ao Poder Judiciário, a princípio, apreciar as exigências adotadas pela Administração como sendo adequadas para promover a escolha da empresa apta a desempenhar os serviços solicitados.

Desta feita, resta saber se a seleção realizada no Pregão Eletrônico 045/2013, como ato administrativo que é, satisfez de modo legítimo ou legal os requisitos do ato, sendo defeso, na presente análise, adentrar no juízo de mérito proferido pela referida Administração Pública.

O item do edital (fl. 41) que não teria sido atendido pela empresa arrematante FORTAL EMPREENDIMENTOS LTDA. seria o 15.4, que refere-se aos quantitativos a serem contratados e que, segundo a apelante, deveriam fazer parte dos quadros da empresa a ser contratada. Os cargos para os quais a empresa citada não teria

comprovado prévia experiência e disponibilidade na quantidade necessária seriam os de: a) copeira, em que o edital exigia o preenchimento de 48 (quarenta e oito) vagas, enquanto foram apresentadas 05 (cinco); b) Auxiliar de Transporte – Maqueiro, em que havia a imposição de 83 (oitenta e três) vagas, não tendo sido oferecida nenhuma e c) Auxiliar de Radiologia, em que a determinação era de 8 (oito) vagas, também não possuindo nenhum profissional dessa categoria em seus quadros.

O item dispõe o seguinte, *in verbis:*

> 15.4 DA QUALIFICAÇÃO TÉCNICA
> 15.1. Comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente, **atestando que a empresa prestou serviços compatíveis em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação**, cujo(s) atestado(s) será(ão) fornecido(s) por pessoa(s) jurídica(s) de direito público ou privado, devidamente registrado(s) na entidade profissional competente. GN.

Do mesmo modo, a Lei 8.666/93 determina que:

> Art. 30 - A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:
> I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;
> II - **comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação,** e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;
> III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação; GN.

Observando o item 03 do Anexo I do edital, constata-se que o objeto da contratação refere-se a 73 (setenta e três) categorias profissionais diferentes, expondo a empresa arrematante larga experiência na quase totalidade delas, conforme atestados de capacidade técnica na área de prestação de serviços de limpeza e manutenção para importantes entidades, como CHESF, CAGECE, Banco do Nordeste do Brasil (BNB), Secretaria de Saúde do Estado do Ceará, Prefeitura de Fortaleza, Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, METROFOR, Procuradoria Geral de Justiça, JUCEC, CEASA, Delegacia da Receita Federal de Juazeiro do Norte; entre outras.

Assim, pode-se considerar que a comprovação de experiência na área exigida pelo edital é compatível com a demonstrada pela vencedora do certame; pois,

apesar de não possuir previamente em seus quadros três das categorias solicitadas em número suficiente em absoluta identidade, é patente que a empresa atua no ramo de prestação de serviços, no mínimo, similares. Frise-se que a exigência editalícia refere-se a serviços "compatíveis", não "idênticos".

Sabe-se que o Edital é lei entre as partes, conforme se infere do art. 37, XXI, da CF/88 e dos arts. 3º, 41 e 43, V, da Lei n. 8.666/93; estabelecendo regras às quais estão vinculadas tanto a Administração como as empresas participantes do certame. No entanto, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, norteadores da Administração Pública, também devem ser aplicados na interpretação do instrumento editalício. Conclui-se, portanto, que haveria excesso de formalismo do pregoeiro se impossibilitasse a habilitação da empresa que findou sagrando-se vencedora do processo de licitação.

Destarte, o rigor despropositado seria contrário ao interesse público e à finalidade do ato, pois prejudicariam a ampla concorrência e, por conseguinte, a escolha da melhor proposta.

Consoante entendimento firmado pelo STJ, "repudia-se o formalismo quando é inteiramente desimportante para a configuração do ato", (RMS n. 15.530/RS, relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 1º.12.2003.) e "os preceitos contidos nas diversas cláusulas do edital devem ser procurados com os olhos voltados para os dois objetivos que inspiram o procedimento: isonomia entre os licitantes e **escolha da proposta mais vantajosa para o Estado.** [...] **Por isso, os preceitos do edital não devem funcionar como negaças, para abater concorrentes.**" (MS 5281/DF, Ministro Gomes de Barros). GN.

A propósito, leciona Celso Antônio Bandeira de Mello:

> "Enuncia-se com este princípio que a Administração, ao atuar no exercício de discrição, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida. Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas – e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis –, as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discrição manejada.
> (…)
>
> Deveras: se com outorga de discrição administrativa pretende-se evitar a prévia adoção em lei de uma solução rígida, única – e por isso incapaz de servir adequadamente para satisfazer, em todos os casos, o interesse público

> estabelecido na regra aplicada – é porque através dela visa-se à obtenção da medida ideal, ou seja, da medida que, em cada situação, atenda de modo perfeito à finalidade da lei.
> **É óbvio que uma providência administrativa desarrazoada, incapaz de passar com sucesso pelo crivo da razoabilidade, não pode estar conforme a finalidade da lei. Donde, se padecer deste defeito, será, necessariamente, violadora do princípio da finalidade. Isto equivale a dizer que será ilegítima, conforme visto, pois a finalidade integra a própria lei. Em consequência, será anulável pelo Poder Judiciário, a instâncias do interessado.**
> (...)Não se imagine que a correção judicial baseada na violação do princípio da razoabilidade invade o 'mérito' do ato administrativo, isto é, o campo de 'liberdade' dentro da lei, vale dizer, segundo as possibilidades nela comportadas. Uma providência desarrazoada, consoante dito, não pode ser havida como comportada pela lei. Logo, é ilegal: é desbordante dos limites nela admitidos.
>
> (Curso de Direito Administrativo. 18ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005). GN.

Vejamos o entendimento jurisprudencial do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. OMISSÃO AFASTADA. LICITAÇÃO. SERVIÇOS DE OXIGENOTERAPIA. AUTORIZAÇÃO DE FUNCIONAMENTO ANVISA. EDITAL. NÃO-EXIGÊNCIA.
>
> (...)
> 3. **Não se deve exigir excesso de formalidades capazes de afastar a real finalidade da licitação, ou seja, a escolha da melhor proposta para a Administração em prol dos administ**6. Recurso especial não provido. (STJ, REsp 1190793/SC, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/08/2010, DJe 08/09/2010). GN.
>
> **ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. ALEGADA VIOLAÇÃO DO ART. 41 DA LEI 8.666/93. NÃO-OCORRÊNCIA. SESSÃO PÚBLICA DE RECEBIMENTO DOS ENVELOPES. ATRASO NÃO-VERIFICADO. DOUTRINA. PRECEDENTE. DESPROVIMENTO.**
> **1. A Administração Pública não pode descumprir as normas legais, tampouco as condições editalícias, tendo em vista o princípio da vinculação ao instrumento convocatório (Lei 8.666/93, art. 41).**
> **(...)**
> **3. Rigorismos formais extremos e exigências inúteis não podem conduzir a interpretação contrária à finalidade da lei, notadamente em se tratando de concorrência pública, do tipo menor preço, na qual**

a existência de vários interessados é benéfica, na exata medida em que facilita a escolha da proposta efetivamente mais vantajosa (Lei 8.666/93, art. 3º).
Recurso especial desprovido (STJ, REsp 797.179/MT, Rel. Min. Denise Arruda, DJ 07/11/2006 p. 253) GN.

MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PROPOSTA TÉCNICA. INABILITAÇÃO. ARGÜIÇÃO DE FALTA DE ASSINATURA NO LOCAL PREDETERMINADO. ATO ILEGAL. EXCESSO DE FORMALISMO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE.
A interpretação dos termos do Edital não pode conduzir a atos que acabem por malferir a própria finalidade do procedimento licitatório, restringindo o número de concorrentes e prejudicando a escolha da melhor proposta. (…) (STJ, MS 5.869/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/09/2002, DJ 07/10/2002, p. 163) GN.

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TOMADA DE PREÇOS. IMPETRAÇÃO QUE SE FUNDA EM PRETENSA INSUFICIÊNCIA TÉCNICA DA EMPRESA VENCEDORA. CONTRATO EM ANDAMENTO, COM DESEMPENHO SATISFATÓRIO. PREVALÊNCIA DO INTERESSE PÚBLICO.
1. Verificação de que a empresa vitoriosa na tomada de preços cumpriu integralmente o contrato, satisfazendo as obrigações adimplidas e, via de consequência, o interesse público, tendo-se passados mais de três anos desde a assinatura da avença, com a efetiva entrega dos equipamentos contratados, bem como a correta prestação de assistência técnica, refletindo, a situação, características de fato consumado.
2. **Não é sensato, a essa altura, infligir prejuízo à recorrida, com fulcro em excessiva formalidade, ou mesmo, no rigor da lei, fazendo com que perca o tempo dedicado e o aproveitamento obtido. Tal acabaria por vulnerar o princípio da proporcionalidade, esvaziando, per se, a pretensão aqui deduzida.**
3. Argumentação da pretensão baseada em aspectos técnicos do edital, impróprios à estreiteza da via mandamental escolhida.
4. Não se pode perder de vista que a licitação é instrumento posto à disposição da Administração Pública para a seleção da proposta mais vantajosa. Portanto, selecionada esta e observadas as fases do procedimento, prescinde-se do puro e simples formalismo, invocado aqui para favorecer interesse particular, contrário à vocação pública que deve guiar a atividade do administrador.
Recurso não provido. (STJ, RMS 12.210/SP, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/02/2002, DJ 18/03/2002, p. 174) GN.

Na mesma toada é o entendimento deste Tribunal de Justiça:

> CIVIL. PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO.[1] LICITAÇÃO. INSUFICIÊNCIA TÉCNICA DA LICITANTE VENCEDORA. NÃO CARACTERIZADA. SUSPENSÃO DO PREGÃO. EXCESSO DE FORMALIDADE. PREVALÊNCIA DO INTERESSE PÚBLICO. DECISÃO A QUO CONCESSIVA. SUSPENSÃO EM LIMINAR AD QUEM . RECURSO PROVIDO.
> (…) 3. Tais normas não demonstram com clareza as imposições alegadas pela agravada, recaindo, os fundamentos da liminar *a quo*, em excesso de formalismo, contrários ao interesse público. 4. ***Decisum*** interlocutório suspenso e alterado in totum. Recurso PROVIDO. (TJ-CE, Agravo de Instrumento 3297150201080600000, Relator(a): FRANCISCO SUENON BASTOS MOTA, Órgão julgador: 5ª Câmara Cível, Data de registro: 01/11/2011) GN.

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INABILITAÇÃO DE LICITANTE. DECLARAÇÃO DE CREDENCIAMENTO. **RIGOR EXCESSIVO. NÃO OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO INTERESSE PÚBLICO**. 1. **A vinculação à lei de regência e ao edital de licitação não justifica excessivo rigor, admitindo-se, inclusive, a correção de defeitos secundários nas propostas dos licitantes, já que o objetivo maior do procedimento licitatório é o alcance do interesse público**.(...) E mais, a doutrina mais autorizada assenta que **o princípio da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade dele derivado instruem o exercício do poder discricionário do agente público.** (TJ-CE, Agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo 3174753200580600000 Relator(a): ANTÔNIO ABELARDO BENEVIDES MORAES Órgão julgador: 3ª Câmara Cível Data do julgamento: 16/11/2009 Data de registro: 18/11/2009). GN.

Registre-se que as categorias que a empresa arrematante ainda não possuía em seus quadros em número suficiente não possuem elevada complexidade, e nos termos da Súmula nº 263/2011 do TCU, a comprovação da capacidade técnico-operacional das licitantes, embora seja possível, deve ser limitada, simultaneamente, às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado; bem como a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes deve guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado.

A propósito:

> LICITAÇÃO. MEDIDA CAUTELAR PARA SUSPENSÃO DE PREGÃO. AUSÊNCIA DE PARCELAMENTO DO OBJETO. RESTRIÇÃO DO

1 ("Direito Administrativo Brasileiro", Ed. RT, S.Paulo, 3ª ed., 1975, p. 590)

> CARÁTER COMPETITIVO DA LICITAÇÃO. CONCESSÃO. 1. Presentes a plausibilidade do direito invocado e a urgência, cabe a adoção de medida cautelar para sustar procedimento licitatório em curso. 2. **As exigências previstas na fase de habilitação devem ser suficientes para selecionar o licitante capacitado a prestar o serviço, fazer a obra ou fornecer o bem, sem impor restrições desnecessárias que venham a comprometer o caráter competitivo do certame.** 3. O parcelamento do objeto da licitação é obrigatório quando técnica e economicamente viável, devendo a Administração, em qualquer caso, fundamentar sua opção. (Acórdão TCU 410/2006, Data 29/03/2006). GN.

Ademais, a empresa vencedora do certame já vem cumprindo adequadamente o contrato há mais de 06 (seis) meses, ou seja, mais da metade do seu tempo de vigência, atestando que de fato possui a capacidade necessária para prestar o serviço objeto do Pregão Eletrônico.

Destaque-se que os interesses particulares das empresas participantes que não obtiveram êxito na licitação não devem sobrepor-se ao interesse público, sendo muito mais prejudicial a este a anulação do certame e a consequente dispensa de todos os terceirizados atualmente lotados no IJF do que a continuidade da execução do contrato.

No tocante ao fato de a garantia contratual ter sido dada apenas dois dias após a assinatura do contrato e não antes, como determinava o edital, tem-se que a finalidade do ato foi atingida, qual seja, a segurança no que se refere ao cumprimento das obrigações contratuais; aplicando-se o mesmo raciocínio já exposto quanto à necessidade de observância dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, não se vislumbrando nenhuma nulidade contratual.

Por todo o exposto, firme nos propósitos acima delineados, **conheço** do recurso interposto, para **negar-lhe provimento,** confirmando a sentença de 1º grau nos termos em que lançada.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO Nº: 0742237-66.2000.8.06.0001
ORIGEM: 4ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE FORTALEZA
APELANTE: ESTADO DO CEARÁ
APELADO: JOHNSON LIRA COELHO
RELATORA: DESA. SÉRGIA MARIA MENDONÇA MIRANDA
ÓRGÃO JULGADOR: 6ª CÂMARA CÍVEL

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. REMESSA NECESSÁRIA. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. PROMOTOR DE JUSTIÇA. FÉRIAS NÃO-GOZADAS. INTERESSE DO SERVIÇO PÚBLICO. APOSENTADORIA. INDENIZAÇÃO DEVIDA DECORRENTE DO ART. 37, § 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DESNECESSIDADE DE PREVISÃO LEGAL. IMPOSTO DE RENDA. NÃO INCIDÊNCIA. SÚMULA 125 DO STJ. PRECEDENTES DESTA CORTE. RECURSO IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA EM GRAU DE REEXAME NECESSÁRIO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da apelação cível nº **0742237-66.2000.8.06.0001**, em que figuram como partes o **ESTADO DO CEARÁ (APELANTE)** e **JOHNSON LIRA COELHO (APELADO)**. Acorda a 6ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer do apelo e da remessa necessária para lhes NEGAR provimento, mantendo, no mais, a incólume decisão apelada por não reclamar retoque, nos termos do voto da Relatora.

RELATÓRIO

Tratam-se de reexame necessário e apelação cível oferecida pelo Estado do Ceará contra a sentença (fls.92/100) prolatada pelo Juízo da 4ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza, que determinou ao Estado do Ceará o pagamento dos períodos de férias não gozadas pelo apelado/autor, no quinquênio imediatamente anterior ao

ajuizamento da ação (julho/2000, julho/2001, janeiro/2002 e julho/2002, acrescidos dos juros e correção monetária, desprovido de qualquer desconto previdenciário e de Imposto de Renda, levando-se em consideração o valor de seus vencimentos na data da interposição da presente lide.

O recorrido perpetrou ação ordinária de indenização sustentando que na qualidade de Promotor de Justiça do Estado do Ceará faz jus ao benefício denominado férias não gozadas, em razão da necessidade do serviço. Alegou que, quando da homologação de sua aposentadoria, em fevereiro de 2003, ainda dispunha de 04 (quatro) períodos de férias, em razão da carência de membros do *Parquet* no interior do Estado do Ceará.

Fundamenta seu pedido nos arts. 153 *caput e* § 2º, 155 e 157 da Lei 10. 675/82 (Código do Ministério Público do Estado do Ceará); art. 51 da Lei Orgânica do Ministério Público e art. 7º, inciso XVII, da Constituição Federal.

Em seguida, cola diversos precedentes do Supremo Tribunal Federal que demonstram que a matéria já está pacificada perante nossa Egrégia Corte, no sentido de garantir o pagamento de tal indenização, sendo inclusive citado em petitório de fls. 76/79 dos autos, a edição do Provimento 82/2008, da Procuradoria Geral de Justiça o qual passou a prevê expressamente o pagamento de indenização de férias não gozadas.

Por fim, postulou pela procedência da ação indenizatória, a fim de condenar o Estado do Ceará ao pagamento das férias não gozadas, acrescido dos juros e correção monetária, sem qualquer desconto previdenciário e de imposto de renda.

O autor juntou documentos às fls.20/31.

Devidamente citado, o Estado do Ceará contestou (fls.32/42) a ação tempestivamente, oportunidade em que rechaçou o pleito exordial com fulcro na inexistência de previsão legal de pagamento de indenização de férias a servidor por período de férias por ele não gozadas.

Colacionou ainda, diversos precedentes que rechaçam o pedido autoral e concluiu pedindo a improcedência do pedido em razão do princípio constitucional da legalidade que submete a Administração Pública.

O autor replicou contestação às (fls.47/60).

Adiante, manifestou-se o representante do Ministério Público opinando pela procedência do pedido.

O Juízo de planície julgou (fls.92/100) procedente a demanda, o que ensejou a interposição de apelação (103/111), onde o Estado do Ceará argumentou a suposta violação aos princípios da legalidade e da irretroatividade das normas, dando-lhe provimento ao recurso apelatório, reformando a sentença em sua totalidade.

Apelo recebido no duplo efeito.

Contrarrazões (fls.114/128) do apelado refutando o apelo e pugnando pela mantença do mandamento sentencial.

Encaminhados os autos a este Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, foram originariamente distribuídos a esta Relatoria em 6/9/2013, e conclusos em, 6/9/2013, conforme se vê às fls. 137/138.

Ouvida a douta Procuradoria Geral da Justiça, às fls. 141/145, esta opinou pelo conhecimento da apelação cível, porém deixou de emitir parecer quanto ao mérito, por entender ausente o interesse público relevante na matéria versada.

É o relatório.

VOTO

Presente os pressupostos de admissibilidade intrínsecos (legitimidade, interesse, cabimento e inexistência de fato impeditivo ou extintivo) e extrínsecos do recurso (tempestividade e regularidade formal), conheço da apelação e do reexame necessário, pois evidentes todos os pressupostos recursais.

Sem preliminares, passo ao mérito.

Consta nos autos que o autor, ora apelado, é Promotor de Justiça aposentado, conforme ato de aposentadoria n-338/2002, de 30/12/2002 e que, ao passar para inatividade, deixou de gozar quatro períodos de férias ressalvadas administrativamente (conforme certidão nº 075/2003 à fl. 23) em razão de imperiosa necessidade do serviço público.

Devem-se destacar que tais atos, expressamente asseguram a fruição das férias ressalvadas administrativamente em época oportuna, a critério da administração pública, ou seja, da Procuradoria Geral de Justiça.

Considerando que o período de férias é um direito legalmente previsto constitucionalmente, e que os atos de ressalvas foi praticado por imperiosa necessidade da própria administração, não há o que se falar em perda do direito de ação do autor.

A Lei Complementar 72/2008, em seu artigo 193, § 6º, prevê que em caso de aposentadoria ou exoneração, os membros do Ministério Público farão jus a indenização relativa ao período de férias a que tiver direito, conforme se infere no art. 193, § 6º:

> Art. 193(...)
>
> § 6º – Em caso de aposentadoria ou exoneração, o membro do Ministério Público, aposentado ou exonerado, e seus dependentes, em caso de falecimento, farão jus a indenização relativa ao período de férias a que tiver

> direito, e ao incompleto, na proporção de 1/12(um doze avos) por mês de efetivo exercício ou fração superior a 14 (catorze dias), calculada com base no subsídio do mês em que foi publicado o respectivo ato.
> (Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do Ceará).

Além do mais o Conselho Nacional do Ministério Público, através de Procedimento de Controle Administrativo (PCA) nº 0.00.000.000652/2006-48, sob a relatoria do Conselheiro Sandro Neis, deduziu que a Constituição Federal permite a possibilidade de conversão em pecúnia de férias não gozadas aos integrantes do Ministério Público quando de sua inatividade ou outra causa de extinção do vínculo.

Tratando-se de responsabilidade civil do Estado, a regra é a responsabilidade civil objetiva, assim considerada a que não exige a perquirição de culpa. A Constituição Federal de 1988 adotou a responsabilidade civil objetiva, na modalidade de risco administrativo, conforme determina o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, com a seguinte redação:

> 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."

Por sua vez, o Código Civil de 2002, com a tendência em aumentar as hipóteses de responsabilidade civil objetiva, assim dispôs em seu artigo 43:

> Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo."

É induvidosa, portanto, a responsabilidade objetiva do Estado do Ceará, quando da averiguação de conduta que gere prejuízo a particular, nos precisos termos do multicitados artigos 37, § 6º, da Constituição Federal e 43 do Código Civil.

Via de consequência, aplica-se ao caso a teoria do risco administrativo que faz surgir a obrigação de indenizar na ocorrência de lesão causada ao particular por ato do ente estadual.

Na precisa lição do saudoso Hely Lopes Meirelles, "*na teoria do risco administrativo exige-se, apenas, o fato do serviço. Naquela, a culpa é presumida da falta administrativa; nesta, é inferida do fato lesivo da Administração.*"1

Sobre a natureza jurídica da conversão das férias não gozadas em pecúnia, não usufruídas pelo autor quando de sua atividade, é notório o entendimento de que, à luz do disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, cuida-se fundamentalmente de indenização pelos serviços prestados à Administração Pública, a qual não pode se enriquecer indevidamente, devendo, entretanto, ser responsabilizada objetivamente.

Nesse sentido, colacionam-se as jurisprudências do STF e do STJ respectivamente:

> ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. LICENÇA-PRÊMIO. INTERPRETAÇÃO DE DIREITO LOCAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 280/STF. CONVERSÃO EM PECÚNIA. REQUERIMENTO. DESNECESSIDADE. PRINCÍPIO QUE VEDA O ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DA ADMINISTRAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO. CARACTERIZAÇ4. A indigitada violação do artigo 884 do CC não é passível de ser conhecida, porquanto envolve interpretação de direito local (Lei Complementar Estadual n. 10.098/94), atraindo a incidência da Súmula 280/STF, segundo a qual por ofensa à direito local não cabe recurso extraordinário, entendido aqui em sentido amplo.
> 2. Este Superior Tribunal, em diversos julgados, consolidou a orientação de que é cabível a conversão em pecúnia da licença-prêmio e/ou férias não gozadas, independentemente de requerimento administrativo, sob pena de configuração do enriquecimento ilícito da Administração. Precedentes.
> 11. Agravo regimental não provido.
> 12. (STJ - AgRg no AREsp: 434816 RS 2013/0384774-3, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 11/02/2014, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/02/2014).
>
> ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. LICENÇA-PRÊMIO. CONVERSÃO EM PECÚNIA. EXPRESSA. PERÍODO NÃO GOZADO EM FACE DA NECESSIDADE DE SERVIÇO. PREVISÃO LEGAL. REQUERIMENTO. DESNECESSIDADE. PRINCÍPIO QUE VEDA O ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DA ADMINISTRAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.
> 1. Este Superior Tribunal, em diversos julgados, consolidou a orientação de que é cabível a conversão em pecúnia da licença-prêmio e/ou férias não gozadas, em razão do serviço público, sob pena de configuração do enriquecimento ilícito da Administração.
> 2. Agravo regimental não provido.
> (STJ - AgRg no REsp: 1360642 RS 2012/0274546-2, Relator: Ministro

> MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 16/05/2013, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 22/05/2013)

Imperioso admitir, portanto, que não dúvida de que a conversão em valor pecuniário das férias não gozadas possui caráter indenizatório, devendo, no caso, por se tratar de responsabilidade do Estado, ser considerada como responsabilidade civil objetiva, nos exatos termos do art. 37, § 6º , da Constituição Federal.

Cumpre consignar, nesse ponto, as palavras do doutrinador Alexandre de Morais[1]

> A Constituição Federal prevê que 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. Assim, a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público baseia-se no risco administrativo, sendo objetiva. Essa responsabilidade objetiva exige a ocorrência dos seguintes requisitos: ocorrência do dano; ação ou omissão administrativa; existência de nexo causal entre o dano e a ação ou omissão administrativa e ausência de causa excludente da responsabilidade estatal.

Além do mais, ressalte-se que o fato de o poder público conceder diretamente um direito ao administrado não ofende o princípio da legalidade, uma vez que está baseada em norma constitucional, mais precisamente o já mencionado art. 37, § 6, da Constituição Federal.

Com efeito, o princípio de legalidade não se restringe às hipóteses em que administrador público age de acordo com o que a lei (*stricto sensu)* determina, porém em obediência a algum comando normativo, de qualquer espécie, notadamente se for ele de índole constitucional.

Cumpre-se notar que a ausência de previsão legal para o pagamento de férias não gozadas não obsta o recebimento de referida verba, visto que esta possui caráter indenizatório.

Sobre a desnecessidade da existência de previsão legal expressa para indenização em virtude das férias não desfrutadas seguem os seguintes precedentes do STJ:

1 Moraes, Alexandre de. Direito Constitucional. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 346.

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. LICENÇA-PRÊMIO. CONVERSÃO EM PECÚNIA. EXPRESSA. PERÍODO NÃO GOZADO EM FACE DA NECESSIDADE DE SERVIÇO. PREVISÃO LEGAL. REQUERIMENTO. DESNECESSIDADE. PRINCÍPIO QUE VEDA O ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DA ADMINISTRAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.
1. Este Superior Tribunal, em diversos julgados, consolidou a orientação de que é cabível a conversão em pecúnia da licença-prêmio e/ou férias não gozadas, em razão do serviço público, sob pena de configuração do enriquecimento ilícito da Administração.
2. Agravo regimental não provido.
(STJ - AgRg no REsp: 1360642 RS 2012/0274546-2, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 16/05/2013, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 22/05/2013)

ADMINISTRATIVO. MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. EXONERAÇÃO. INGRESSO NA MAGISTRATURA. LICENÇA-PRÊMIO NÃO GOZADA. CONVERSÃO EM PECÚNIA. DIREITO DO SERVIDOR. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. PRECEDENTES. DESNECESSIDADE DE PREVISÃO LEGAL PARA A CONVERSÃO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE E DA SUPREMA CORTE.
1. O acórdão recorrido está em consonância com o entendimento desta Corte Superior, no sentido de que o servidor público que não gozou licença-prêmio a que fazia jus, por necessidade do serviço, tem direito à indenização em razão da responsabilidade objetiva da Administração.
2. É cabível a conversão em pecúnia da licença-prêmio não gozada, em razão do serviço público, sob pena de configuração do enriquecimento ilícito da Administração.
3. Agravo desprovido.
(STJ - AgRg no REsp: 1116770 SC 2009/0007132-0, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 15/10/2009, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 09/11/2009.)

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. APOSENTADORIA. VIOLAÇÃO AO ART. 459 DO CPC. LEGITIMIDADE PARA A ARGÜIÇÃO DA NULIDADE. AUTOR. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO PARA O RÉU. CONVERSÃO EM PECÚNIA. LICENÇA-PRÊMIO NÃO GOZADA. DIREITO DO SERVIDOR. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. PRECEDENTES. DESNECESSIDADE DE PREVISÃO LEGAL. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE E DA SUPREMA CORTE.
1. O julgador pode remeter os autos à liquidação, em face do princípio do livre convencimento, na hipótese de pedido de indenização de férias ou licença-prêmio não gozadas, sem que tal procedimento implique ofensa ao

> art. 459 do Código de Processo Civil, sendo certo que a legitimidade para se argüir a sua violação é apenas do Autor.
> 2. A conversão em pecúnia das licenças-prêmios não gozadas, em razão do interesse público, independe de previsão legal, uma vez que esse direito está calcado na responsabilidade objetiva do Estado, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, e não no art. 159 do Código Civil, que prevê a responsabilidade subjetiva. Precedentes do STF.
> 3. É cabível a conversão em pecúnia da licença-prêmio não gozada, em razão do serviço público, sob pena de configuração do enriquecimento ilícito da Administração. Precedentes desta Corte.
> 4. Recurso especial conhecido e desprovido.
> (STJ - REsp: 631858 SC 2004/0023951-1, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 15/03/2007, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 23.04.2007 p. 291.).

Assim sendo, não há que se falar, no caso, conforme bem assentado na decisão primevo, ofensa ao princípio da legalidade pela inexistência de legislação que autorize à Administração indenizar diretamente o autor, visto que seu ato encontra embasamento constitucional (art. 37, § 6º), consoante reiterado reconhecimento jurisprudencial, inclusive do STJ e do STF.

Por outro bordo, a tese sustentada pelo Estado do Ceará, centra-se na suposta violação ao princípio da irretroatividade das normas, vez que o Provimento nº 82/2008 da PGJ/CE, bem como a Lei Complementar nº 72/2008, não poderiam ser utilizados como fundamento a concessão do pedido autoral, eis que o regime funcional a que o autor se submetia não previa a conversão das férias não gozadas em pecúnia.

A lei, em regra, tem sua aplicabilidade reservada para regular as situações futuras, pois o efeito retroativo é excepcional no ordenamento jurídico nacional, só permitido em situações excepcionais ditadas pela supremacia do interesse público sem importar em afronta a direito adquirido.

Sobre o tema, assim se manifesta o ilustre professor Roberto Barcelos de Magalhães, comentando o inciso XXXVI do art. 5º , da CF/88, assim se pronunciou: "*regra salutar do sistema legislativo de uma democracia é a da irretroatividade das leis. Legisla-se para o futuro sem ferir fatos pretéritos constituídos sob a vigência de outras leis. Retroagindo, a lei suprime as garantias que a anterior assegurava ao indivíduo, dentro da ordem social preestabelecida, pois este, embora tenha agido de acordo com a lei vigente, é surpreendido pela norma podendo vir a ser, inesperadamente, punido e prejudicado injustamente."*[2]

2 Magalhães, Roberto Barcellos de . Comentários à Constituição Federal, Ed. Liber Juris -1993 – 1º vol. 55

Cumpre consignar, nesse ponto, as palavras do ilustre professor Pinto Ferreira:

> A irretroatividade é um princípio de direito pelo qual a lei nova não pode retroagir os seus efeitos ao passado com relação ao direito adquirido, à coisa julgada e aos atos jurídicos perfeitos. [3]

O Estado pode fixar leis retroativas, por conseguinte as circunstâncias sociais e históricas se alteram. Os entes estatais podem editar normas com eficácia retroativa ou com efeito retro operante, mas desde que não firam o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico protegidos constitucionalmente pela *lex legum* .

As normas têm geralmente eficácia prospectiva, pois o Estado edita regras jurídicas futuras. Os fatos passados ou pretéritos fogem normalmente ao domínio normativo da lei (RT, 299:478). Não se presume por consequência a eficácia retroativa da lei, que nunca pode lesar o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito, pois tal eficácia é excepcional (RT, 218:247; 102:72; 153:695 e 144:166) (fls. 143/144).

No direito brasileiro, pela legislação vigente, domina o princípio da irretroatividade, pois a lei só é retroativa quando assim o declara expressamente, mas nunca poderá ferir o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito.

Desse modo, estando consolidado no patrimônio jurídico do autor o direito ao gozo das férias não gozadas e tendo ele sido colocado em inatividade, não poderia lei posterior impedir a conversão em dinheiro dos períodos não usufruídos.

Note-se que o Promotor de Justiça somente deixou de usufruir as férias devidas dos períodos de 07/00; 07/01; 01/02 e 07/02 por imperiosa necessidade do serviço e por interesse da administração, conforme consta do processo administrativo por ele ajuizado em 7 de julho de 2003 do SP/PGJ.

Verifica-se cristalinamente a culpa da Administração pela não fruição das férias a que tinha direito o Promotor de Justiça quando dos documentos às fls.20/24 dos presentes autos.

Ressalta-se que, ainda que não houvesse a imperiosa necessidade do serviço público, teria direito à indenização o Promotor de Justiça: às férias não gozadas, que correspondem a direitos de natureza patrimonial que passam a integrar o acervo individual e familiar do autor, tornando-se direito adquirido que não pode ser desconsiderado ou expropriado pela Administração, sob pena de enriquecimento ilícito.

3 Comentários à Constituição Brasileira, 1º volume, Saraiva, 1989.

In casu, com a aposentadoria, incorporou-se definitivamente ao patrimônio individual do autor o direito à percepção, em pecúnia, das férias não gozadas *oportuno tempore* .

Desta forma, não há falar em ausência de responsabilidade civil por parte do apelante, eis que a não fruição das férias pleiteadas pelo autor se deu por imperiosa necessidade da administração pública, competindo, por isso, a esta o ressarcimento ao apelado, em pecúnia, no que pertine ao prejuízo decorrente do trabalho exercido por aquele sem a devida remuneração.

Nesse sentido:

> ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO. INTEMPESTIVIDADE. AFASTADA.EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INTERRUPÇÃO DO PRAZO PARA TODAS AS PARTES.DECADÊNCIA. NÃO CONFIGURADA. TERMO INICIAL DO PRAZO: CIÊNCIA DO ATOIMPUGNADO. LICENÇA-PRÊMIO NÃO GOZADA. CONVERSÃO EM PECÚNIA. DIREITODO SERVIDOR. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. PRECEDENTES.DESNECESSIDADE DE PREVISÃO LEGAL PARA A CONVERSÃO. PROMOTOR DEJUSTIÇA ESTADUAL APOSENTADO. TEMPO DE SERVIÇO EM OUTROS CARGOSPÚBLICOS. POSSIBILIDADE DE INCLUSÃO NA CONTAGEM PARA O QUINQUÊNIO DEAQUISIÇÃO DO DIREITO À LICENÇA ESPECIAL. CONVERSÃO EM PECÚNIA.AUSÊNCIA DE RESTRIÇÃO LEGAL.
>
> 1. Afastada a preliminar de intempestividade porque a oposição deembargos de declaração, por qualquer das partes, interrompe o prazorecursal para todas as demais.
>
> 2. O prazo de 120 (cento e vinte) dias para que seja impetrado omandado de segurança, na forma prescrita pelo art. 18 da Lei n.º 1.533/51 – vigente à época em que ocorreram os fatos –, tem iníciocom a ciência, por parte do interessado, do ato impugnado.Precedentes.
>
> 3. A conversão em pecúnia das licenças-prêmios não gozadas, em razãodo interesse público, independe de previsão legal, uma vez que essedireito, como acima apresentado, está calcado na responsabilidadeobjetiva do Estado, nos termos do art. 37, § 6º, da ConstituiçãoFederal, e não no art. 159 do Código Civil, que prevê aresponsabilidade subjetiva.
>
> 4. A legislação de regência determina a contagem, para todos osfins, do tempo de serviço prestado em outros cargos públicos e naadvocacia, apenas este último restrito a 15 anos, prevendo ainda odireito à indenização pela licença especial não gozada ou nãocomputada em dobro para fins de aposentadoria.
>
> 5. Recurso ordinário conhecido e provido.
>
> (STJ - RMS: 19395 MA 2004/0182432-7, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 02/03/2010, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/03/2010)

> MINISTÉRIO PÚBLICO. LICENÇAS-PRÊMIOS NÃO GOZADAS. NECESSIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO. APOSENTADORIA POSTERIOR. CONVERSÃO EM PECÚNIA. DIREITO ADQUIRIDO. ADMISSIBILIDADE COMO INDENIZAÇÃO, VEDANDO-SE LOCUPLETAMENTO INDEVIDO DO ESTADO. PEDIDO PROCEDENTE. INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DE RENDA E DOS DESCONTOS PREVIDENCIÁRIOS. IMPOSSIBILIDADE. SENTENÇA NESSE ASPECTO REFORMADA.
> A fruição da licença-prêmio constitui direito potestativo do servidor que adimpliu seus requisitos, impondo-se ao Estado a obrigação de indenizá-lo quando da sua aposentadoria em caso de impossibilidade de gozo daquele benefício por necessidade da própria Administração, sob pena de configuração de locupletamento indevido da Fazenda Pública, beneficiada com o trabalho daquele.
> A lei, de regra, tem sua aplicabilidade reservada para regular situações futuras, sendo excepcional o efeito retroativo, somente permitido em situações também excepcionais ditadas pela supremacia do interesse público, sem importar em afronta ao direito adquirido.
> Em se tratando de verba de natureza indenizatória e não estipendial, por visar a recompor o patrimônio do servidor, sobre ela não incidem os descontos tributários (STJ, Súmula 136) e previdenciários
> (AC n. 98.013669-5, da Capital, Rel. Des. Nilton Macedo Machado, j. 27/6/2000).

Deve, portanto o Estado, para não se locupletar indevidamente à custa do trabalho do apelado, indenizá-lo pelas férias, cujo direito adquiriu e não gozou em atividade por conveniência da Administração.

Ademais, está correta a decisão que entendeu pela não incidência do imposto de renda sobre as verbas de caráter indenizatório, bem como de qualquer desconto previdenciário. Isto porque é matéria sumulada no Superior Tribunal de Justiça, devendo esta Corte nortear-se no mesmo sentido.

Vejam a Súmula 125 do STJ:

> "O pagamento de férias não gozadas por necessidade do serviço não esta sujeito a incidência do imposto de renda".

Bem como o precedente abaixo:

> TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. VERBAS INDENIZATÓRIAS. RESCISÃO DE CONTRATO SEM JUSTA CAUSA. FÉRIAS NÃO-GOZADAS. LICENÇA-PRÊMIO. INDENIZAÇÃO LIBERALIDADE. IMPOSTO DE RENDA. NÃO-INCIDÊNCIA. SÚMULAS N. 125 E 136/STJ. 1. As verbas percebidas em decorrência de rescisão sem justa causa de contrato trabalhista por iniciativa do empregador e efetivamente

> caracterizadas como indenizatórias – férias não-gozadas e licença-prêmio – não sofrem incidência de imposto de renda. 2. As verbas recebidas a título de férias e licenças-prêmios não gozadas por necessidade de serviço ou mesmo por opção do empregado possuem caráter indenizatório, de modo que não sofrem incidência de imposto de renda (Súmulas n. 125 e 136/STJ). 3. A Jurisprudência da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que é devida a incidência de imposto de renda sobre verbas recebidas por ocasião de rescisão contratual de trabalho a título de indenização liberalidade. Precedentes.
> 4. Recurso especial parcialmente provido
> (STJ - REsp: 886085 SP 2006/0201862-7, Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Data de Julgamento: 27/02/2007, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJ 16.03.2007 p. 339.)

DISPOSITIVO

DIANTE DO EXPOSTO, conheço do recurso e do reexame necessário, para lhes negar provimento, mantenho incólume a decisão apelada por não reclamar retoque.

É como voto.

Fortaleza, 2 de julho de 2014.

PROCESSO Nº 114747-40.2008.8.06.0001/1
APELAÇÃO DA 20ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE FORTALEZA-CE
APELANTE: SOCIEDADE BENEFICENTE PORTUGUESA DOUS DE FEVEREIRO
APELADA: CONSTRUTORA MARQUISE S/A
ÓRGÃO JULGADOR: 3ª CÂMARA CÍVEL
RELATOR: DES. FRANCISCO GLADYSON PONTES

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C PERDAS E DANOS. ALEGAÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS NA DEFESA. INOCORRÊNCIA. AUTORIZADOS CANCELAMENTO DA HIPOTECA E ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA. DANO MATERIAL INCABÍVEL QUANDO NÃO DEMONSTRADO OCORRÊNCIA DE PREJUÍZO. AUSÊNCIA DE DANO MORAL POR MERO INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Tendo a Construtora/apelada provado o adimplemento do objeto da Escritura Pública de Compra e Venda de Imóvel, com pagamento a ser realizado através de Dação em Pagamento, Hipoteca e outras avenças, cabível o cancelamento do gravame hipotecário em favor da Sociedade/apelante, da parte do imóvel (terreno), onde edificadas duas torres residenciais.

2. Adjudicação compulsória do restante do imóvel (terreno) em favor da Sociedade/apelante, onde construído o prédio comercial *(shopping),* objeto da dação em pagamento.

3. A Autora/recorrida não comprovou o alegado prejuízo de natureza material, portanto, incabível indenização nesse sentido.

4. O mero inadimplemento contratual não gera indenização por danos morais.

5. Recurso conhecido e parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, em conhecer do recurso apelatório e dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Relator, que faz parte desta decisão.

Fortaleza, 13 de outubro de 2014.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação manejada por **SOCIEDADE BENEFICENTE PORTUGUESA DOUS DE FEVEREIRO**, adversando a sentença proferida pelo juízo da 20ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza-CE, que, nos autos da **Ação de Obrigação de Fazer c/c Perdas e Danos e Pedido de Antecipação de Tutela** proposta em seu desfavor pela **CONSTRUTORA MARQUISE**, julgou o pedido procedente (fls. 212/222).

Na **inicial** (fls. 03/26), a Construtora/apelada aduz que firmou com a Sociedade/apelante, "em 06/08/1998, a Escritura Pública de Compra e Venda de Imóvel, com pagamento a ser realizado através de Dação em Pagamento, Hipoteca e outras avenças (…) tendo por objeto um terreno alodial, situado na cidade de Fortaleza, Ceará, com uma área de 5.945,20 m² (…), limitando-se pela Rua Andrade Furtado e pelas Avenidas Pe. Antônio Tomás e Sebastião de Abreu, antes Dr. Otávio Lobo", conforme Certidão, fls. 44/51, e Registro de Imóveis da 5ª Zona, fls. 52/57.

Relata, ainda, que "referida aquisição tinha como objetivo edificar, no local, duas torres residenciais, denominadas Portal do Leste e Portal do Parque", para sua comercialização, "**bem como edificar no remanescente do imóvel"** em uma área de 2.963,48 m² (…), "**um prédio comercial (shopping)** constituído de subsolo, térreo, pavimento superior, com uma área construída de 3.742,54 m² (…), o qual seria - **como efetivamente já foi** – entregue à vendedora/promovida, **como parte do pagamento pelo imóvel (terreno)**, como se vê do item 2.1.1, da referida Escritura" (fls. 45/46).

Como restante do pagamento pela aquisição do "imóvel (terreno)", a Construtora Marquise/promovente obrigou-se a construir "uma **'cobertura' da quadra esportiva com arquibancada de três pisos e do sistema de iluminação da quadra coberta, bem como de dois vestiários próprios para os usuários das piscinas, no imóvel sede da vendedora**" (Sociedade/promovida), localizado na Av. Dioguinho, nº

2493, Fortaleza-CE (item 2.1.2 da Escritura, fl. 46), cujo **adimplemento "se deu ainda no ano de 2000, e sobre a qual não paira qualquer questionamento!".**

Informa que, "para salvaguardar o direito da vendedora/promovida em relação à construção e entrega do shopping", **constituiu-se hipoteca (item VIII da Escritura, fl. 49) sobre o próprio imóvel (terreno)**, a "ser liberada tão logo cumpridas as obrigações da promovente/compradora, pertinentes à dação em pagamento consistente na construção do prédio comercial".

Ressalta que o "imóvel (terreno)" pactuado foi regularizado, apenas, em **03/03/2000** e, somente daí, após "superadas as barreiras jurídicas e técnicas", a Construtora/promovente registrou, em **08/07/2002**, a incorporação do empreendimento (verso fls. 52/55). Assim, "em meados de 2003", iniciou a construção do prédio comercial/shopping (objeto da dação em pagamento) e das duas torres residenciais, que passaram a ter suas unidades autônomas (apartamentos) ofertadas "para entrega futura a terceiros interessados", firmando vários Contratos de Promessa de Compra e Venda inerentes a tais apartamentos dos prédios residenciais.

Desse modo, encerradas as edificações referidas, "a promovida recebeu fisicamente a obra (shopping) conforme termo assinado pelos representantes legais da Sociedade, ainda em **02/08/2006**", fls. 59/63, inciando seu "funcionamento logo após tal data, como também faz prova os registros fotográficos em anexo (…), devidamente acompanhados dos negativos", fls. 64/69. Com isso, a autora providenciou a averbação da construção na matrícula do imóvel, conforme elemento "AV. 06/4667" (verso fls. 55/57).

Diante disso, a **requerente** afirma que **cumpriu suas obrigações** para com a **Sociedade/requerida**, estando esta "obrigada a, primeiro, proceder a **liberação da hipoteca** que recai sobre o imóvel e, consequentemente, também sobre as unidades autônomas já construídas, bem como de **receber, agora juridicamente, através da outorga de escritura definitiva, o imóvel onde foi edificado o shopping".** Mas, "mesmo após incansáveis e sucessivos apelos, bem como do **envio de Notificação Extrajudicial** com esse propósito" (fls. 70/72), em **19/09/2007**, a Sociedade Beneficente Dous de Fevereiro **se nega** "sem mais nem que, **a conceder a liberação da hipoteca** que recai também sobre as unidades autônomas (apartamentos), o que vem causando severos transtornos à própria promovente e seus clientes", por estar inviabilizada de regularizar o "empreendimento, haja vista o fato de que a incorporadora-vendedora se obriga a outorgar a respectiva escritura de compra e venda aos compradores". E estes "desejam registrar suas unidades livres e desembaraçadas de quaisquer ônus ou gravame, haja vista que não existe qualquer outra pendência existente sobre o imóvel em alusão".

Por isso, buscou o judiciário e **pleiteou: (1) "medida liminar *initio litis inaudita altera pars***, para antecipar os efeitos da sentença a ser prolatada no presente feito, para fins de determinar a liberação do gravame hipotecário (R.02/4667) pendente sobre a Matrícula nº 4667, do Registro de Imóveis da 5ª Zona da Comarca de Fortaleza-CE, nos termos do Art. 273, I, II do CPC, determinando, para cumprimento da medida, a expedição do competente Mandado ao Sr. Oficial de Registro Imobiliário da 5ª Zona da Comarca de Fortaleza-CE" e caso necessário, a promovente prestará caução fidejussória.

No mérito, requereu a procedência da ação para **(2)** "**declarar devidamente cumpridas as obrigações contratuais** constantes da Escritura Pública de Compra e Venda de Imóvel (…), **liberando-se em definitivo a garantia prestada** no âmbito deste"; **(3)** "**determinar a adjudicação compulsória** da fração ideal correspondente a área de 2.963,48 m² (…), onde se encontra edificado um **prédio comercial** (…), com uma área construída de 3.742,54 (…), **objeto da dação em pagamento** (item '2.1.1' da Escritura)", considerando sua entrega, em 02/08/2006, "responsabilizando a promovida por todos os encargos incidentes sobre a unidade comercial em apreço" e **(4)** "condenar a promovida, em face da mora injustificada, nas perdas e **danos materiais** a ser quantificado em liquidação de sentença e **danos morais** a serem arbitrados em sentença, e custas e honorários de 20% (vinte por cento) sobre o valor auferido".

Às fls. 84/91, **antecipação dos efeitos da tutela concedida parcialmente** determinando:

> "(...) **a liberação de parte do gravame hipotecário instituído** pelo R.02/4667 da Matrícula Nº. 4667, do Registro de Imóveis da 5ª Zona da Comarca de Fortaleza-CE, devendo ser liberada a hipoteca sobre a fração ideal do imóvel correspondente a todas as áreas privativas e comuns, (…) do **Edifício Portal do Parque – Bloco A,** localizado na Rua Andrade Furtado, 1.100, (…), **do Edifício Portal do Leste – Bloco B,** localizado na Av. Pe. Antônio Tomás, 3655, (…) tudo conforme descrição constante da referida matrícula, **devendo permanecer inalterada a hipoteca que recaí sobre o Bloco Comercial,** situado na Rua Otávio Lobo, nº. 755**, até ulterior deliberação deste Juízo.**
>
> Para cumprimento da medida, determino a expedição, em caráter de urgência, do competente mandado dirigido a Senhora Oficiala do Registro Imobiliário da 5ª Zona da Comarca de Fortaleza-CE (...)".

Tal decisão foi **agravada de instrumento** (nº 0004962-49.2008.8.06.0000/0) pela Sociedade/requerida, fls. 157/194, cujo julgamento restou prejudicado, segundo pesquisa no *site* do TJ/CE.

A Sociedade Beneficente Portuguesa Dous de Fevereiro apresentou **contestação** (fls. 114/126), alegando que **(1)** "a Construtora Marquise deixou de cumprir com sua obrigação, atrasando a obra, (…) não a entregou de forma regular, sequer restando expedido o habite-se, isso porque fora verificado uma série de irregularidades na obra, conforme atesta laudo técnico", fls. 135/156; **(2)** "que está impedida de alugar a totalidade das salas comerciais, pois sem o habite-se os possíveis locatários não podem ter o alvará de funcionamento"; **(3)** que "nada adianta a promovente ter entregue a obra fisicamente", (…) em 02/08/2006, se não o fez em perfeito estado; **(4)** que a obra foi entregue com atraso de quase 3 (três) anos, incorrendo na obrigação de pagar multa; **(5)** "se pretende ter liberada a hipoteca, que honre com a obrigação contratualmente estipulada", ou seja, a regularização da obra e o pagamento da multa por atraso da obra; **(6)** ausência de dano moral e material e **(7)** inexistência do requisitos para concessão da tutela antecipada. **Ao final requer: (8)** a reconsideração da concessão da tutela antecipada por ausência dos requisitos autorizadores e **(9)** "a improcedência do pedido autoral, em todos os seus requerimentos, mantendo o registro da hipoteca, a pontuar que a promovente ainda não honrou com sua obrigação contratual de entregar a obra regular e pagar a multa pelo atraso".

A Sociedade/promovida apresentou notificação e contranotificação elaboradas em face da mora da Construtora/promovente na entrega da obra e laudos técnicos que apontam suas irregularidades (fls. 127/156).

Réplica à contestação, fls. 195/210, reitera o dito e os pedidos da exordial, ressaltando que há "ilícita e abusiva negativa" da promovida em liberar a hipoteca, que não houve descumprimento contratual pela promovente, e "mesmo que tivesse havido (…) a ensejar, p. ex., **aplicação de multa ou cobrança de eventuais perdas e danos, estas não estão asseguradas pela hipoteca, já que a mesma destinava-se tão somente a garantir a entrega do objeto da dação** (vide item '8' da Escritura – doc. 44/55), qual seja, a coberta e o shopping (...)".

Na **sentença,** fls. 212/222, a magistrada *a quo* julgou procedentes os pedidos autorais, **(1)** declarando cumpridas as obrigações contraídas pela Construtora Marquise em face da Sociedade Beneficente Portuguesa Dous de Fevereiro, através da Escritura Pública de fls. 44/51; **(2)** confirmou "a antecipação de tutela concedida consoante decisão de fls 84/91, liberando-se, em definitivo, o gravame hipotecário (...)"; **(3)** determinou "a adjudicação compulsória em favor da promovida da fração ideal correspondente à área de 2.963,48 m² (…), inerente ao prédio comercial objeto da dação em pagamento da Escritura (…)"; **(4)** condenou "a promovida em perdas e danos materiais a ser quantificado em liquidação de sentença por arbitramento e danos morais,

os quais arbitro o valor de R$ 100.000,00 (cem mil reais)" e **(5)** honorários advocatícios em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa.

A Sociedade/requerida apresentou embargos de declaração julgados improcedentes (fls. 223/226 e fls. 235/236).

Inconformada com a decisão *a quo*, a Sociedade/requerida interpôs a presente **apelação**, fls. 238/248, utilizando-se dos mesmos argumentos da contestação, pugnando pela reforma integral da decisão do magistrado *a quo*.

Nas **contrarrazões**, fls. 252/265, a apelada postula a ratificação da decisão exarada pelo juízo singular.

É o relatório.

À douta revisão.

Fortaleza, 17 de setembro de 2014.

VOTO

Conheço do recurso apelatório, eis que presentes os pressupostos de admissibilidade.

Trata a controvérsia sobre o cumprimento de obrigação estabelecida na Escritura Pública de Compra e Venda de Imóvel, com pagamento a ser realizado através de Dação em Pagamento, Hipoteca e outras avenças, fls. 44/51, firmada entre as partes litigantes.

Do Levantamento da Hipoteca

A requerente/apelada informa haver adimplido sua parte no contrato, pois concluiu a construção das benfeitorias e do prédio comercial, restando a requerida/apelante proceder à liberação da hipoteca que recai sobre o imóvel. Por sua vez, a promovida alega assim não haver procedido, porque a promovente entregou a obra de forma irregular, sem o habite-se, impossibilitando-a de alugar as salas comerciais e, ainda, com atraso de quase 3 (três) anos, incorrendo na obrigação de pagar multa.

Sobre à realização das benfeitorias contratadas é inconteste o seu adimplemento. A celeuma reside sobre o prédio comercial (*shopping*).

Da análise dos documentos juntados aos autos, constato que o prédio comercial (*shopping*) foi devidamente entregue, inclusive, tendo a promovida o recebido fisicamente, em **02/08/2006,** conforme termo assinado pelos seus representantes

legais, fls. 59/63, acrescentando-se o fato de que o empreendimento está em pleno funcionamento, tal como se vê das fotografias anexadas às fls. 64/69.

Com efeito, da Escritura Pública pactuada, resta consignado no item "8.3 - Após a entrega do objeto da dação, se compromete a, incontinentemente, liberar a hipoteca". Portanto, a requerida deveria ter procedido ao cancelamento da hipoteca sobre o imóvel, pois, como dito, o objeto da dação foi devidamente cumprido pela Construtora/apelada, fato inconteste.

Quanto ao alegado pela recorrente, que não levantou a hipoteca devido a entrega da obra, de forma irregular, sem o habite-se e com atraso de quase 3 (três) anos, incorrendo na obrigação de pagar multa, destaco trechos da sentença recorrida que acrescento às presentes razões de decidir (fls. 218/219):

> "A promovida faz referência, ainda, à irregularidade das obras, bem como a necessidade de expedição de habite-se pelo promovente. Ocorre que em nenhum momento o instrumento contratual traz como obrigação da Construtora o fornecimento do habite-se, de forma que o não fornecimento do mesmo não poderia ser utilizado pela promovida como justificativa para a não retirada do gravame hipotecário.
> Ademais, a ausência do habite-se, ainda que não tivesse sido concedido, não impediu nem está impossibilitando o funcionamento do prédio comercial da promovida, haja vista que ela mesma afirma já possuir algumas salas alugadas (fl. 116).
> Noutro passo, e a respeito da suposta demora na entrega ou eventuais defeitos na construção, entendo que, ainda que eventualmente existam, não podem ser colocados como óbice para a recusa na liberação da hipoteca, já que, do prisma contratual, ou seja, entrega do shopping em condições de utilização, restou devidamente cumprida pela promovente, como, aliás, confessa a promovida.
> Mister salientar, nesse sentido, que a hipoteca fixada no instrumento contratual visava assegurar tão somente a dação em pagamento, ou seja, a entrega a construção da quadra na sede da promovida, bem como a do prédio comercial, de forma que não há previsão contratual (na escritura) no sentido de que referida garantia poderia ser estendida a acontecimentos diversos, tais como os alegados atrasos na entrega e irregularidades na obra que, eventualmente, poderiam até cominar em perdas e danos, entretanto, os pedidos deveriam ser formulados em ação própria".

Isso posto, não há razão para reforma nesse capítulo da sentença, pois verifico que houve cumprimento contratual por parte da Construtora/apelada.

Dos Danos Materiais e Morais

Nesse capítulo prospera a insurgência recursal.

Entendo que cabe ser revista a sentença o que diz respeito à fixação de indenização por danos materiais e morais.

Do Dano Material

Em se tratando de pedido de ressarcimento por danos materiais, a mera alegação genérica não é suficiente, para ser deferida a indenização, exige-se demonstração eficaz e precisa do prejuízo experimentado pela parte.

É consabido que danos materiais são aqueles que atingem diretamente o patrimônio das pessoas físicas ou jurídicas. A indenização pelo dano material depende de demonstração efetiva da existência do dano, do montante da perda e da relação de causa e efeito, ou seja, da prova de que o prejuízo decorreu por ação ou omissão indevida de terceiros, ou ainda, pelo que se deixou de auferir em razão de tal conduta, a ensejar reparação material dos chamados lucros cessantes.

Alega a autora/apelada que, devido o óbice liberatório da hipoteca sobre o imóvel respectivo, experimentou "prejuízos em face da impossibilidade de recebimentos de valores dos adquirentes das unidades residenciais (…), causando assim inúmeros prejuízos de ordem material a serem apurados em eventual liquidação de sentença (...)", fl. 19/20.

Ocorre que somente essa afirmação não se presta para comprovar o prejuízo alegado. Nesse aspecto, o art. 333, I, do Código de Processo Civil, assevera:

> Art. 333. O ônus da prova incumbe:
> I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

Registre-se que a autora, na exordial, postula o julgamento antecipado da lide (fl. 25), a denotar desinteresse na instrução do processo com outras provas aptas à comprovação dos denunciados prejuízos. Com efeito, desmerece acolhido o pleito de indenização por alegação aleatória sem respaldo probante.

Com isso, nos termos da lei, tratando-se de indenização por dano material, cabia à Construtora/recorrida o ônus de demonstrar o prejuízo sofrido; e, compulsando os autos, não há prova correspondente, o que impõe a reforma da decisão recorrida, nesse ponto.

Nesse sentido, colaciono julgados deste Tribunal:

> Ementa: AÇÃO CAUTELAR CONVERTIDA EM ORDINÁRIA. PRELIMINAR DE ALEGAÇÃO DE NULIDADE DE CITAÇÃO.

AUSÊNCIA DE PROVAS. COBERTURA SECURITÁRIA DEVIDA. **DANOS MATERIAL** E MORAL **NÃO CONFIGURADOS.** RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.
1. Não se pode pretender o decreto de nulidade, medida grave e que acarreta o refazimento de todos os atos subseqüentes, sem prova do vício apontado.
2. A responsabilidade da seguradora pelos danos causados ao veículo segurado não é elidida pela simples argumentação de que as informações prestadas pela consumidora no boletim de ocorrência eram inconsistentes, a fim de evitar o enriquecimento ilícito da recorrente e em atenção ao princípio da boa-fé. a teor do art. 333, II, do CPC, incumbe a ré/recorrente o ônus da prova quanto aos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito da autora, encargo do qual não se desincumbiu, uma vez que não há provas nos autos suficientes para afastar a responsabilidade contratual da seguradora pela cobertura securitária. (TJDFT, RI 447382120118070001 DF 0044738-21.2011.807.0001).
3. Não há falar em danos morais pela demora da seguradora em pagar o seguro contratado. Não porque aqui se debate uma questão estritamente contratual, como afirmou a apelada em contrarrazões. Mas, porque não houve prova cabal da má fé da seguradora ou que tenha ela cometido qualquer ilícito.
4. Caberia a indenização por dano material se o autor comprovasse os gastos que efetivamente dispendeu em face da negativa de cobertura securitária, conforme dispõe o artigo 333, I do CPC. 5. Recurso conhecido e parcialmente provido.
(Apelação 5453927200780600011 Relator(a): JUCID PEIXOTO DO AMARAL Comarca: Fortaleza Órgão julgador: 6ª Câmara Cível Data de registro: 25/06/2012).

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DO CONSUMIDOR. TRANSPORTE RODOVIÁRIO. PERDA DE PERTENCES. **ALEGAÇÃO NÃO COMPROVADA. ÔNUS DA PROVA QUE PERTENCE AO AUTOR. ART. 333, I, DO CPC. DANOS MATERIAIS INDEVIDOS.** ATRASO EXCESSIVO. ÔNIBUS RETIDO PELA POLÍCIA RODOVIÁRIA FEDERAL. VEÍCULO LOTADO. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DANO MORAL CARACTERIZADO. DANO *IN RE IPSA*. SENTENÇA REFORMADA.
1 - Não se verifica nos autos a existência de provas da alegada subtração de pertences, nem ao menos por amostragem, porquanto o autor sequer tratou de descrever os bens que, supostamente, importariam no dano material solicitado na exordial, o qual, como sabido, requer a comprovação de uma perda mensurável.
2 - Em sendo incontroverso o atraso exagerado na presente contenda, ao passo que a responsabilidade da prestadora de serviço é objetiva, devida a indenização pelos danos morais suportados pela parte apelante, mormente quando faz prova de que o veículo trafegava com excesso de passageiros.
3 - É preciso se ter em mente que a companhia transportadora comprovou que tinha autorização do DERT para transportar com excesso de passageiro, mas não fez prova do *quantum*, isto é, não fez prova de que respeitou o limite

máximo permitido no art. 38, § 3º do Decreto nº 26.103/2001. Obviamente, mesmo munida de autorização, deve a transportadora respeitar o percentual previsto, sob pena de ter seu veículo retido, ocasionando danos injustos à terceiros, como no presente caso.
4 - Incabível atribuir ao agente rodoviário a culpa do transtorno experimentado pelo autor, ante os depoimentos das testemunhas que atestam, de forma uníssona, que o veículo trafegava com lotação excessiva, em desrespeito ao percentual permitido.
5 - Apelação conhecida e parcialmente provida. Sentença reformada.
(Apelação 77002810200080600011 Relator(a): CLÉCIO AGUIAR DE MAGALHÃES Comarca: Fortaleza Órgão julgador: 5ª Câmara Cível Data de registro: 28/03/2012).

E do STJ, ressaem:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MATERIAIS E MORAIS. INSCRIÇÃO INDEVIDA NOS SERVIÇOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. **DANOS MATERIAIS NÃO COMPROVADOS. AFASTAMENTO.** DANOS MORAIS. VALOR EXAGERADO. REDUÇÃO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO DE R$ 50.000,00 PARA R$ 10.000,00 PARA CADA AUTOR.
1.- Para deferimento dos danos materiais pleiteados, necessária sua comprovação pelos Autores (CPC, art. 333, I).
2.- As circunstâncias da lide não apresentam nenhum motivo que justifique a fixação do *quantum* indenizatório em patamar especialmente elevado, devendo, portanto, ser reduzido para R$ 10.000,00, a cada um dos autores, se adequar aos valores aceitos e praticados pela jurisprudência desta Corte.
3.- A orientação das Turmas que compõem a Segunda Seção deste Tribunal, nos casos de indenização por danos morais, é no sentido de que a correção monetária deve incidir a partir do momento em que fixado um valor definitivo para a condenação.
Recurso Especial parcialmente provido.
(REsp 1094444/PI, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/04/2010, DJe 21/05/2010).

PROCESSO CIVIL. DECISÃO MONOCRÁTICA. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL. CONTRARIEDADE AOS ARTIGOS 159 DO CPC E 1.539 DO CC. **DANOS MATERIAIS NÃO-COMPROVADOS.** IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO NO STJ. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA N. 7/STJ.
1. Admitem-se como agravo regimental embargos de declaração opostos a decisão monocrática proferida pelo relator do feito no Tribunal, em nome dos princípios da economia processual e da fungibilidade.
2. Em sede de reparação por danos materiais, exige-se que haja comprovação de perda de patrimônio, seja de danos emergentes ou de lucros cessantes, não bastando alegações genéricas de perda salarial
3. Aplica-se a Súmula n. 7 do STJ na hipótese em que a tese versada no recurso especial reclama a análise dos elementos probatórios produzidos ao longo da demanda.

> 4. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento.
> (EDcl no REsp 809.594/PR, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 23/02/2010, DJe 08/03/2010).

Do Dano Moral

No que se refere ao dano moral, embora não se desconheça algum incômodo suportado pela recorrida, o mero inadimplemento contratual (no caso atraso na liberação de gravame sobre o imóvel, o qual era necessário para permitir efetiva outorga da escritura do bem), por si só, não dá azo à reparação por dano moral, mormente quando não comprovada ofensa efetiva à honra, à moral ou à imagem da parte que se sentiu prejudicada.

Destaco ementas do STJ nesse sentido:

> RESPONSABILIDADE CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. ATRASO EM VOO DOMÉSTICO NÃO SIGNIFICATIVO, INFERIOR A OITO HORAS, E SEM A OCORRÊNCIA DE CONSEQUÊNCIAS GRAVES. COMPANHIA AÉREA QUE FORNECEU ALTERNATIVAS RAZOÁVEIS PARA A RESOLUÇÃO DO IMPASSE. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO.
> 1. O cerne da questão reside em saber se, diante da responsabilidade objetiva, a falha na prestação do serviço - atraso em voo doméstico de aproximadamente oito horas - causou dano moral ao recorrente.
> **2. A verificação do dano moral não reside exatamente na simples ocorrência do ilícito, de sorte que nem todo ato desconforme o ordenamento jurídico enseja indenização por dano moral. O importante é que o ato ilícito seja capaz de irradiar-se para a esfera da dignidade da pessoa, ofendendo-a de maneira relevante. Daí porque doutrina e jurisprudência têm afirmado, de forma uníssona, que o mero inadimplemento contratual - que é um ato ilícito - não se revela, por si só, bastante para gerar dano moral.**
> (...)
> 7. Agravo regimental não provido.
> (AgRg no REsp 1269246/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 20/05/2014, DJe 27/05/2014).

> DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. COMPRA PELA INTERNET. PRESENTE DE NATAL. NÃO ENTREGA DA MERCADORIA. VIOLAÇÃO A DIREITO DE PERSONALIDADE NÃO COMPROVADA NO CASO CONCRETO. DANOS MORAIS INDEVIDOS.
> **1.- A jurisprudência desta Corte tem assinalado que os aborrecimentos comuns do dia a dia, os meros dissabores normais e próprios do convívio social não são suficientes para originar danos morais indenizáveis.**

> 2.- A falha na entrega de mercadoria adquirida pela internet configura, em princípio, **mero inadimplemento contratual, não dando causa a indenização por danos morais. Apenas excepcionalmente, quando comprovada verdadeira ofensa a direito de personalidade, será possível pleitear indenização a esse título.**
> (...)
> (REsp 1399931/MG, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/02/2014, DJe 06/03/2014).

> AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO (ARTIGO 544 DO CPC) - DEMANDA POSTULANDO O PAGAMENTO DE SEGURO DE VEÍCULO FURTADO C/C PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - DECISÃO MONOCRÁTICA NEGANDO PROVIMENTO AO RECLAMO, MANTIDA A INADMISSÃO DO RECURSO ESPECIAL. INSURGÊNCIA DA SEGURADA.
> 1. Pretensão da segurada voltada à condenação da seguradora ao pagamento de indenização por dano moral decorrente do atraso no embolso do seguro de veículo furtado. **Nos termos da jurisprudência do STJ, o mero dissabor ou aborrecimento, experimentado em razão de inadimplemento contratual, não configura, em regra, prejuízo extrapatrimonial indenizável. Incidência da Súmula 83/STJ.**
> A verificação da existência de circunstância excepcional ensejadora de reparação a título de dano moral reclama a reapreciação do contexto fático-probatório dos autos, providência inviável no âmbito do julgamento de recurso especial, em razão do óbice inserto na Súmula 7/STJ.
> 2. Agravo regimental desprovido.
> (AgRg no AREsp 77.069/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 06/02/2014, DJe 14/02/2014).

E desta Corte, colaciono as ementas a seguir:

> Ementa: apelação CÍVEL. DIRIETO CIVIL. **AÇÃO ORDINÁRIA DE INDENIZAÇÃO POR DANOS** MATERIAIS E **MORAIS.** SENTENÇA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. OBSERVÂNCIA DO ART. 93, IX da CRFB. QUESTÃO PRELIMINAR REJEITADA. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. RESOLUÇÃO. ART. 475 DO CC. DEVOLUÇÃO DAS QUANTIAS PAGAS, SOB PENA DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. **DANOS MORAIS NÃO CONFIGURADOS. MERO INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO PELO STJ.** RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO A FIM DE EXCLUIR A CONDENAÇÃO POR DANOS MORAIS.
> 1. O cerne da questão controvertida consiste em averiguar a ocorrência de danos materiais e morais, supostamente sofridos pela parte autora, ora recorrida, em razão da inadimplência contratual do promovido/apelante que, ao receber a quantia avençada, não disponibilizou a unidade condominial adquirida pelo demandante.
> 2. Ao se analisar a decisão em tablado, verifica-se que esta se encontra em plena consonância com a redação do art. 93, IX da CRFB uma vez que, ao

analisar a querela judicial, o Juiz singular analisou os elementos carreados aos autos, bem como as alegações autorais, formando seu convencimento de forma coerente e clara. QUESTÃO PRELIMINAR REJEITADA.
3. A relação contratual entabulada entre as partes restou satisfatoriamente comprovada nos autos. Deveras, os comprovantes de pagamento acostados aos autos demonstram a adimplência do adquirente. Outrossim, o próprio demandado confirma a existência da avença, não obstante asseverar que a ocupação da loja não se dera por mera desídia do recorrido. Como bem ponderou o Magistrado singular, a parte autora se desincumbiu do ônus que lhe competia: a existência e validade da avença e inadimplência da parte adversa. Por outro lado, o insurgente não demonstrou a resistência do adquirente em receber o imóvel. Assim, ante a não comprovação de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, incide na espécie o art. 333, II do CPC.
4. Uma vez demonstrado o cumprimento da obrigação pela parte adquirente e a inadimplência da parte contrária, mister se faz declarar a resolução da avença, nos termos do art. 475 do Código Civil, retornando as partes ao "status quo ante", devendo a parte em mora restituir as quantias pagas sob pena de enriquecimento ilícito.
5. **Entrementes, no que tange aos danos morais, há que se frisar que o mero inadimplemento contratual não enseja reparação, vez que não atinge a esfera moral do contratante prejudicado - em regra, exceto em casos excepcionais - o que não se verifica o caso em jaez, haja vista não restar demonstrada qualquer ofensa à honra subjetiva do demandante/ apelado.**
6. RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO, A FIM DE EXCLUIR A CONDENAÇÃO POR DANOS MORAIS.
(Apelação 55822429200080600011 Relator(a): PAULO FRANCISCO BANHOS PONTE Concelho: Fortaleza Órgão julgador: 1ª Câmara Cível Registro de dados: 07/03/2013).

Ementa: DIREITO DO CONSUMIDOR. REPARAÇÃO DE DANOS. ALEGAÇÃO DO CONSUMIDOR DE QUE ADQUIRIU RAMAIS TELEFÔNICOS, PENSANDO ESTAR COMPRANDO LINHAS TELEFÔNICAS. ALEGAÇÃO DE INADIMPLEMENTO DO DEVER DE INFORMAÇÃO. LESÃO À BOA-FÉ OBJETIVA NÃO CONFIGURADA. INDENIZAÇÃO NÃO CONFIGURADA. ÔNUS PROBATÓRIO. ART. 333, I, DA LEGISLAÇÃO ADJETIVA CIVIL. **DANOS MORAIS. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. INOCORRÊNCIA EM REGRA. SITUAÇÃO EXTRAORDINÁRIA NÃO VERIFICADA.** APELO DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.
1 - Nos termos do art. 333, I, do CPC, incumbe à parte autora carrear aos autos provas demonstrativas de seu direito, não tendo os autores logrado êxito em se desincumbir de tal mister, seja pela inexistência de prova documental, seja pelos depoimentos das partes, que indicam que as mesmas tinham conhecimento de estarem adquirindo ramais telefônicos e, não, linhas telefônicas, como alegam. Ademais, tem aplicação o princípio de que a boa-fé é sempre presumida.

> 2 - A inversão do ônus da prova, em se tratando de direito do consumidor, pressupõe hipossuficiência (técnica, jurídica ou econômica) ou verossimilhança das alegações formuladas pelo consumidor, possibilidade que, pelo envoltório jurídico carreado aos autos, é forçoso excluir. Além do que, exigir que a empresa apelada produzisse prova de que não emitiu informação tendenciosa era fazer com que a mesma produzisse prova negativa, de impossível realização.
> **3 - Em relação aos danos morais, sobreleva anotar que, ainda que considerássemos a narrativa autoral fidedigna, o mero inadimplemento contratual - que é um ato ilícito - não é, em si, bastante para gerar dano moral. É preciso se ter em mente que somente quando do próprio descumprimento contratual puderem extrair-se consequências para além do inadimplemento, a atingir mesmo os atributos axiológicos da personalidade da pessoa, é que há de se vislumbrar dano moral indenizável.**
> 4 - Apelação conhecida e desprovida. Sentença mantida.
> (Apelação 6783200080601751 Relator(a): CLÉCIO AGUIAR DE MAGALHÃES Concelho: Fortaleza Órgão julgador: 5ª Câmara Cível Registro de dados: 25/10/2011).

Ante o exposto, **conheço** do recurso de Apelação, para **dar-lhe parcial provimento**, afastando a incidência da condenação em danos materiais e morais, subsistindo a sentença nos demais termos.

É como voto.

Fortaleza, 13 de outubro de 2014.

PROCESSO: 0120105-15.2010.8.06.0001 - APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO
APELANTE: ESTADO DO CEARÁ
REMETENTE: JUIZ DE DIREITO DA 6ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE FORTALEZA
APELADO: JOSÉ OLAVO MORAIS
RELATORA: DESA. MARIA NAILDE PINHEIRO NOGUEIRA

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO. SERVIDOR PÚBLICO. DESVIO DE FUNÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE REENQUADRAMENTO. DIFERENÇAS SALARIAIS DEVIDAS. SÚMULA 378 DO STJ. PRECEDENTES. SENTENÇA MANTIDA.

1. O Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento no sentido de que o servidor público desviado de função não tem direito ao reenquadramento, mas faz jus aos vencimentos correspondentes à função de fato exercida.

2. O enunciado da súmula 378 do STJ que pacificou a matéria, possui o seguinte teor: "Reconhecido o desvio de função, o servidor faz jus às diferenças salariais decorrentes".

3. Impende ressaltar que o pagamento das diferenças salariais relativas ao período em que o servidor esteve desempenhando função diversa daquela para a qual foi admitido não viola o artigo 37, inciso II, da CF/88, uma vez que não se trata de reenquadramento, mas tão somente no pagamento, como indenização, evitando-se o locupletamento ilícito por parte da Administração Pública.

4. Reexame Necessário e Apelação Cível conhecidos, mas desprovidos, mantendo-se incólume a sentença vergastada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade de votos, em conhecer do reexame necessário e do apelo, mas para negar-lhes provimento, nos termos do voto da relatora.

Fortaleza, 1º de outubro de 2014

RELATÓRIO

Cuidam os autos de reexame necessário bem como apelação cível interposta pelo Estado do Ceará contra a sentença proferida pelo Juízo da 6ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza, que julgou procedente o pleito constante na ação ordinária movida por José Olavo Morais em face do ente público estadual.

Na exordial, alegou o autor ser servidor público estadual lotado na Secretaria de Justiça, com cargo originário de Auxiliar de Serviços Gerais, porém exercendo de fato todas as funções próprias de Agente Penitenciário, há pelo menos 05 (cinco) anos, sem que o mesmo receba pela função efetivamente exercida, implicando em locupletamento indevido por parte do Estado do Ceará.

Requereu, ao final, o recebimento dos seus vencimentos com base na função de Agente Penitenciário, inclusive o pagamento das diferenças existentes entre os salários percebidos como Auxiliar de Serviços Gerais e o exercido atualmente nos meses anteriores, respeitada a prescrição quinquenal.

Indeferido o pleito de antecipação de tutela às fls. 90/92.

Regularmente citado, o Estado do Ceará apresentou contestação às fls. 98/102, alegando, preliminarmente, ocorrência da prescrição quinquenal e, no mérito, a impossibilidade de aumento de vencimentos por equiparação (Súmula 339 do STF); ofensa ao princípio do concurso público, insculpido no art. 37, incisos I e II, da CF/88; inexistência de prova inconteste do desvio funcional.

Réplica às fls. 106/111.

Deixou o Ministério Público oficiante no primeiro grau de apresentar manifestação meritória, por entender inexistente o interesse público autorizador de tal intervenção (fl. 118).

O magistrado singular, sentenciando o feito às fls. 119/122, julgou procedente a ação, reconhecendo o direito à percepção vencimental com base na função de Agente Penitenciário e enquanto perdurar a situação de desvio de função no referido cargo, além das diferenças remuneratórias atrasadas entre o cargo de Auxiliar de Serviços Gerais e o efetivamente exercido, ressalvadas aquelas atingidas pela prescrição.

Irresignado, o Estado do Ceará interpôs apelação às fls. 125/140, apresentando, em síntese, os mesmos argumentos lançados em sede de contestação.

Apelo recebido em seus regulares efeitos, bem como determinada a intimação da parte apelada para apresentar contrarrazões (fl. 141).

Contrarrazões às fls. 144/151.

Cumpridas todas as formalidades, vieram os autos para esta e. Corte de Justiça.

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça às fls. 163/165, pelo conhecimento do recurso, mas para negar-lhe provimento, mantendo-se inalterada a sentença monocrática.

É o relatório, no essencial.

À douta revisão.

VOTO

Presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, conheço do reexame necessário e do recurso apelatório.

Inicialmente, cumpre registrar que um dos argumentos expostos no apelo objetivando a reforma do *decisum* monocrático gira em torno de eventual ausência de documentos que comprovem que o autor está exercendo função diversa da qual foi contratada.

Nesse tocante, entendo não assistir razão ao Estado do Ceará, pelos motivos detalhados adiante.

Como prova do desvio de função questionado, a título exemplificativo, podemos citar a declaração da própria Administração Pública constante à fl. 16 dos autos, em que é mencionado o seguinte:

> "Declaro para os devidos fins de direitos que o servidor José Olavo Morais matrícula 91463-1-5 vem exercendo normalmente a função de Agente Penitenciário até a presente data."

Observa-se, portanto, que a documentação acostada aos autos entremostra-se suficiente para o convencimento do julgador. Outrossim, o Estado do Ceará não refutou a legitimidade e a veracidade do teor da declaração supratranscrita que, diga-se de passagem, constitui-se em documento público, que goza de presunção de veracidade.

A esse respeito, assim dispõe o art. 219 do Código de Processo Civil: "*As declarações constantes de documentos assinados presumem-se verdadeiras em relação aos signatários.*"

Ante tais considerações, considero válidas as provas carreadas aos autos, mormente porque não contestado o seu conteúdo pela parte adversa, que se limitou a asseverar que aquelas seriam insuficientes.

Restando comprovado, portanto, que o servidor estava desviado de suas funções originais, forçoso reconhecer que a Fazenda Pública Estadual possui a obrigação de ajustar os vencimentos do servidor com base na função exercida de fato, qual seja, de Agente Penitenciário, bem como de arcar com o pagamento das diferenças salariais pretéritas entre o cargo originário e aquele cuja atividade passou efetivamente a desenvolver, ressalvada a prescrição quinquenal, sob pena de acarretar enriquecimento ilícito da Administração Pública, na medida em que explora a mão-de-obra especializada sem a contraprestação financeira correspondente ao cargo efetivamente exercido, o qual possui vencimentos superiores.

O entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça é justamente no sentido de que o servidor público desviado de função não tem direito ao reenquadramento, mas faz jus aos vencimentos correspondentes à função desempenhada.

Tal matéria restou pacificada no STJ com a edição da súmula nº 378, *in verbis*:

> "Reconhecido o desvio de função, o servidor faz jus às diferenças salariais decorrentes".

Impende ressaltar que, *in casu*, não se trata de reenquadramento nem tampouco majoração de vencimentos, mas apenas no recebimento, como indenização, de diferença salarial decorrente de desvio de função, sob pena de locupletamento indevido do Estado do Ceará, sendo inaplicáveis, desse modo, as súmulas 339 e 685 do Supremo Tribunal Federal que dispõem sobre a majoração indevida de vencimentos pelo Poder Judiciário e a vedação de reenquadramento de servidor público, respectivamente.

Nesse sentido, colaciono os seguintes precedentes do STJ:

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. DESVIO DE FUNÇÃO. DIREITO AO RECEBIMENTO DA DIFERENÇA REMUNERATÓRIA, SOB PENA DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DA ADMINISTRAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.
> - Não destoa da jurisprudência do STF o entendimento do STJ de que, uma vez reconhecido o desvio de função, o servidor público faz jus às diferenças salariais dele decorrentes, sob pena de se locupletar indevidamente a Administração. Precedentes.
> - Agravo regimental desprovido.

> (AgRg no REsp 1081484 / RS, Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), SEXTA TURMA, julgamento em: 27/03/2014)
>
> AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DESVIO DE FUNÇÃO. DIREITO À PERCEPÇÃO DAS DIFERENÇAS SALARIAIS.
> - Embora não tenha direito ao reenquadramento funcional, o servidor público que, em desvio de função, presta atividades diversas daquelas relativas às atribuições de seu cargo efetivo, faz jus à percepção das diferenças salariais existentes entre os respectivos vencimentos, a título de indenização, sob pena de enriquecimento ilícito do Estado. Incidência da Súmula n. 378/STJ. Agravo regimental improvido.
> (AgRg no AREsp 44344/MG, Ministro CESAR ASFOR ROCHA, SEGUNDA TURMA, 24/04/2012)

Tal entendimento também já se encontra pacificado no STF, como se dessume dos seguintes arestos colacionados:

> E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO (LEI Nº 12.322/2010) – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO RECURSO DE AGRAVO – SERVIDOR PÚBLICO MILITAR – DESVIO DE FUNÇÃO – DIREITO AO RECEBIMENTO DA DIFERENÇA DAS REMUNERAÇÕES, SOB PENA DE INACEITÁVEL ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DO PODER PÚBLICO – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.
> (ARE 686203 ED / SP, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Órgão Julgador: Segunda Turma, Julgamento: 25/06/2013)
>
> EMENTA: ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. DESVIO DE FUNÇÃO. INDENIZAÇÃO. POSSIBILIDADE. I. - O servidor público desviado de suas funções, após a promulgação da Constituição, não pode ser reenquadrado, mas tem direito ao recebimento, como indenização, da diferença remuneratória entre os vencimentos do cargo efetivo e os daquele exercido de fato. Precedentes. II. - A análise dos reflexos decorrentes do recebimento da indenização cabe ao juízo de execução. III. - Agravo não próvido
> (RE 486184 AgR/SP, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Órgão Julgador: Primeira Turma, Julgamento: 12/12/2006)

Não é outro o entendimento perfilhado por este e. Tribunal de Justiça:

> CONSTITUCIONAL ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO. PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE DOCUMENTOS INDISPENSÁVEIS. NÃO OCORRÊNCIA. SERVIDORA PÚBLICA. DESVIO DE FUNÇÃO. REENQUADRAMENTO.

IMPOSSIBILIDADE. DIFERENÇAS SALARIAIS DEVIDAS. CUSTAS PROCESSUAIS. ISENÇÃO. LEI ESTADUAL Nº 12.381/94. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA.

1. A alegada preliminar de ausência de documentos indispensáveis à propositura da ação restou afastada, vez que a documentação acostada aos autos da Ação Cautelar Preparatória em apenso foi suficiente para o convencimento do magistrado a quo.

2. Com o advento da Constituição Federal de 1988, a forma de investidura em cargo ou emprego público passou a depender essencialmente de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos.

3. A pretensão de passar a ocupar um cargo diferente do qual fora nomeada e empossada vai de encontro com as normas constitucionais, razão pela qual não merece, nesse aspecto, reconhecimento.

4. Por outro lado, a situação irregular de desvio de função, mantendo a servidora no exercício de atividades estranhas às que deveria desempenhar, acarreta enriquecimento ilícito por parte da Administração Pública, na medida em que explora a mão-de-obra especializada sem efetuar a contraprestação financeira correspondente ao cargo efetivamente exercido.

5. *In casu*, a municipalidade deve arcar com o pagamento das diferenças salariais, à título de indenização, entre o cargo ocupado e aquele cuja atividade passou a desenvolver. Precedentes do STF.

6. Indevida a condenação do Município de Fortaleza ao pagamento das custas processuais, face à isenção prevista no art. 10, inciso I da Lei Estadual nº 12.381/94 (Regimento de Custas do Estado do Ceará).

7. O arbitramento da verba honorária deve ter como referencial o art. art. 20, § 4º c/c art. 21 do Código de Processo Civil, considerando tanto a sucumbência recíproca como o fato de que a Fazenda Pública restou parcialmente vencida.

8. Reexame necessário e apelo conhecidos e parcialmente providos. Sentença reformada em parte.

(Apelação nº 465168-42.2000.8.06.0000/0, Relator Antônio Abelardo Benevides Moraes, 3ª Câmara Cível, registrado em 18/03/2010)

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL. DESVIO DE FUNÇÃO. CABÍVEL INDENIZAÇÃO. DIREITO SOMENTE DE RECEBER A DIFERENÇA ENTRE O QUE FOI PAGO E O SERVIÇO PRESTADO. SÚMULA 378 DO STJ.

1. A controvérsia a ser dirimida neste recurso versa sobre desvio de função da autora/recorrida, por exercer atribuições de um cargo, mas perceber remuneração de outro, menos especializado, ocasionando o direito de receber as diferenças remuneratórias entre o que efetivamente lhe foi pago e o serviço prestado.

2. É inegável que a promovente prestou serviço "mais valioso" e recebeu de acordo com o seu cargo, de menor complexidade e, por consequência, com remuneração diminuta. Sendo assim, o ente estatal se aproveitou deste problema, obtendo vantagem indevida, a qual deve ser reparada nesta oportunidade, razão pela qual o Estado do Ceará deverá pagar a diferença entre o valor do serviço prestado e a remuneração que foi adimplida.

3. Aplicação da Súmula 378 do STJ. - Apelação conhecida e improvida. - Sentença mantida. - Unânime.
(Apelação nº 29874-23.2002.8.06.0000/0, Relatora Maria Iracema Martins do Vale, 4ª Câmara Cível, registrado em 24/08/2009)

Assim, comprovado o exercício de função diversa daquela correspondente ao cargo de origem do apelado, impõe-se seu direito de receber as devidas diferenças salariais, respeitado o prazo prescricional quinquenal, consoante assentado na sentença vergastada.

Diante do exposto e, em consonância com o parecer ministerial, conheço do reexame necessário e do recurso voluntário, mas para negar-lhes provimento, mantendo-se incólume a sentença recorrida.

É como voto.

Fortaleza, 1º de outubro de 2014.

PROCESSO Nº 0000170-38.2000.8.06.0160
REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CÍVEL DA COMARCA DE SANTA QUITÉRIA
REMETENTE: JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DA COMARCA DE SANTA QUITÉRIA
APELANTE: MUNICÍPIO DE SANTA QUITÉRIA
APELADOS: NILZA FARIAS MACEDO, ROSANGELA BARBOSA DE OLIVEIRA, QUITÉRIA FARIAS DA SILVA, MARIA DA CONCEIÇÃO RODRIGUES MARTINS, MARIA GOMES DE FARIAS CARVALHO e FRANCISCA RODRIGUES FREIRE
ÓRGÃO JULGADOR: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL
RELATOR: DES. FRANCISCO GLADYSON PONTES

EMENTA: REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. AÇÕES CAUTELARES E ORDINÁRIA DE NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO. PRELIMINARES DE CERCEAMENTO DE DEFESA, SENTENÇA *EXTRA PETITA* E *ULTRA PETITA* REJEITADAS. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. EXONERAÇÃO. AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. NULIDADE. CONCESSÃO DE LIMINAR CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE. ANÁLISE PELO PODER JUDICIÁRIO. VIABILIDADE. RECURSOS OFICIAIS E APELATÓRIOS CONHECIDOS E IMPROVIDOS. SENTENÇAS MANTIDAS.

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

II – O cotejo entre as razões de defesa e os fundamentos utilizados na sentença denota a congruência do *decisum* face

às questões postas, não se caracterizando o julgamento *extra petita*.

III – Declarado nulo o processo administrativo disciplinar e o seu consequente ato de exoneração (Decreto Municipal), o pagamento dos vencimentos e vantagens referentes ao período de afastamento do servidor, desde o afastamento até sua reintegração ao serviço público é medida que se impõe. Sentença *ultra petita* afastada.

IV – "O servidor reintegrado faz jus ao ressarcimento dos vencimentos atrasados, porquanto não percebidos à época devida em decorrência de ato irregular, posteriormente anulado em sede judicial." ((STJ - 6ª Turma, AgRg na RCDESP no AgRg no REsp nº 648988/SC (2004/0060319-7), Ac. Unân. J. 29/11/2005, publ. DJ 06/02/2006, p. 377, Rel. Min. Paulo Medina).

V – Tratando-se de ato administrativo que determinou a exoneração de servidor, mostra-se necessário o regular processo administrativo, realizado com observância do devido processo legal, bem como das garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, nos termos do art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, requisitos sem os quais o ato exoneratório torna-se nulo.

VI – Se a administração tem o poder dever de rever seus atos, quando eivados de ilegalidade, este não pode ser arbitrário, vez que, noutro passo, há o direito fundamental individual do servidor ao devido processo legal.

VII – Muito embora a regra legal que impede a concessão de medida liminar por esgotamento total ou parcial do objeto da ação, conforme dispõe o art. 1º, § 3º, da Lei 8.437/92, há ponderar, em juízo de proporcionalidade, a relação entre o prejuízo de uma parte e o risco de irreversibilidade em relação à outra quando da concessão da medida, não sendo absoluta, portanto, a restrição legal.

VIII – Não há demonstração de irregularidade na análise da questão pelo Poder Judiciário que se limitou a verificar a ocorrência ou não de ilegalidade no trâmite do processo

administrativo que culminou com a exoneração das autoras/recorridas.
IX – RECURSOS CONHECIDOS, para rejeitar as preliminares e, no mérito, negar-lhes provimento. Sentenças mantidas.

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 Oficiais e Apelatórios, para rejeitar as preliminares e, no mérito, negar-lhes provimento, nos termos do voto do Relator, que faz parte desta decisão.

Fortaleza, 1 de setembro de 2014.

RELATÓRIO

Trata-se de Remessas Necessárias e Apelações Cíveis interpostas pelo **MUNICÍPIO DE SANTA QUITÉRIA**, contra decisões do juízo da 1ª Vara da Comarca de Santa Quitéria, fls. 525/553 e fls. 193/214, que, nos autos das Ações Cautelar e Ordinária, respectivamente, propostas por **NILZA FARIAS MACEDO e OUTRAS**, julgou os pedidos deduzidos nas iniciais, para:

CAUTELAR:

a) ratificar a liminar apenas no tocante à ordem de reintegração dos autores no serviço público, determinando a imediata intimação do Prefeito Municipal para, no prazo de dez (10) dias, assegurar-lhes o pleno exercício de suas funções, nos cargos que ocupavam ao tempo da malsinada exoneração, incluindo seus nomes na folha de pagamento, sob pena de incidência de multa diária, em desfavor do requerido, fixada em 50% (cinquenta por cento) do salário mínimo.
b) aplicar, ao atual representante legal do Município, multa no importe de R$ 200,00 (duzentos reais), pela violação do art. 14, inciso V, do CPC, sem prejuízo das sanções criminais, cíveis e processuais cabíveis, com fundamento no art. 14, parágrafo único, do CPC.
c) condenar o requerido ao pagamento de verba sucumbencial, esta fixada em R$ 1.000,00 (um mil reais), baseada no art. 20, § 4º, do CPC.

ORDINÁRIA

"**a)** declarar nulo o Decreto Municipal nº 010, de 02 de março de 2001, como consequência lógica da nulidade do Processo Administrativo nº 001/2001, que ora também declaro, ficando, assim, garantida a reintegração definitiva dos autores no serviço público municipal, e bem assim o pleno exercício dos cargos públicos que outrora ocupavam, com o consentâneo pagamento de suas remunerações, pelo que ratifico, em todos os seus termos, o provimento constante do processo cautelar apenso;
b) condenar o Município requerido a pagar aos autores todas as suas remunerações em atraso, desde a data de sua exoneração, em 02-03-2001, até a sua efetiva reintegração (retorno ao exercício de seus cargos públicos), tudo com atualização monetária a partir dos respectivos vencimentos, observada a mesma forma quanto à incidência dos juros legais moratórios sobre o capital corrigido (cf. antigo CC, art. 960 e novo CC, art. 397).
2. Em respeito ao princípio da sucumbência, condeno o réu no pagamento da verba honorária, a qual fixo, segundo apreciação equitativa (CPC, art. 20, § 4º), em 8% (oito por cento) sobre o *quantum* pertinente à condenação pecuniária."

Nas iniciais, fls. 07/22 e 07/21, alegam as autoras que, em 31/08/1997, "o Município de Santa Quitéria, tomando as providências legais, realizou **Concurso Público** para o preenchimento de 339 vagas," contratando, para isso, a empresa **A. SOARES PONTES – ME**, com responsabilidade para executar todo o certame. Realizado o evento público, foi entregue, à Prefeitura Municipal, relação com os nomes dos aprovados e suplentes, com posterior publicação do resultado e consequentes nomeações e posses.

Ocorre que, em janeiro de 2002, através de Comissão criada pela Portaria nº 001/2001, o Município baixou edital de citação nominando os concursados de indiciados, e cientificando os mesmos para apresentar defesa em Procedimento Administrativo instaurado com objetivo de apurar irregularidades no concurso realizado em 1997. Após, as autoras foram surpreendidas por informações trazida por meio do Jornal Diário do Nordeste, dando ciência que fora decretada a nulidade do concurso, sob o fundamento de existência de irregularidades da empresa responsável por sua feitura.

Mencionam, em síntese, que a administração pública municipal desrespeitou os Princípios Constitucionais da Legalidade, da Impessoalidade, da Moralidade, da Publicidade e da Eficiência, assim como do Contraditório e da Ampla Defesa, pois, de forma arbitrária, afastando-se ainda do Princípio da Motivação, proferiu decisão distanciando-se da lei e emprestando satisfação política aos aliados, em prejuízo das promoventes. Diante dos fatos, buscam, **na cautelar**, ser reintegradas, liminarmente, em seus cargos, com percebimento dos respectivos salários, até que o direito seja discutido

na ação principal. **Na ordinária**, que seja anulado o ato administrativo questionado, bem como efetivada a reintegração definitiva das promoventes, com percebimento dos respectivos salários.

Contestação ofertada pelo Município de Santa Quitéria, fls. 181/232, destacando, em síntese, que a tutela **cautelar** requerida, possui caráter satisfativo, infringindo, com isso, o § 3º, do art. 1º, da Lei nº 8.437/92 c/c art. 100, § 1º, da Carta Magna, bem como a irreversibilidade, vez que o ente público municipal não irá recuperar os salários efetivamente pagos. Alega, ainda, que não houve pedido expresso da concessão da liminar, inexistindo, para tanto, os requisitos ensejadores da tutela (*periculum in mora* e *fumus boni iuris*). Faz uma breve consideração sobre o trâmite aplicado ao procedimento administrativo, asseverando que respeitou todos os princípios constitucionais e processuais inerentes ao caso. Elucida que o edital de citação existente no procedimento administrativo, convocando os concursados e interessados, respeitou o princípio da publicidade, inclusive com publicação em jornal de grande circulação (Diário do Nordeste). Resumiu os fatos e acontecimentos de cada promovente, excluindo a tese de direito adquirido. Por fim, pugnou pelo indeferimento acautelatório postulado, com a posterior improcedência do pedido.

Igualmente respondendo a **ação principal**, fls. 30/60, o município destaca, repetidas vezes, que a pretensão autoral é ver anulado, apenas, o Decreto Municipal. Aduz que, para ver declarada a nulidade do ato pelo Poder Judiciário, indispensável que o mesmo esteja desprovido dos requisitos legais que autorizam sua vigência e eficácia, o que não correu na espécie. Esclarece, também, que o objetivo do Processo Administrativo, era, tão somente, apurar irregularidades ocorridas na realização do certame, não subsistindo o intuito de punir os investigados, respeitando aquele, todos os princípios constitucionais e processuais inerentes ao caso. Informa que a certidão do Tribunal de Contas dos Municípios – TCM, confirma a ilegalidade do concurso público, concedendo aos interessados, oportunidade ampla de defesa. Elucida que o edital de citação existente no procedimento administrativo, convocando os concursados e interessados, respeitou o princípio da publicidade, inclusive com publicação em jornal de grande circulação (Diário do Nordeste). Resumiu os fatos e acontecimentos de cada promovente, excluindo a tese de direito adquirido. Por fim, requereu a improcedência do pedido.

Deferida a liminar acautelatória, fls. 301/306 e 368/370, com oposição de Embargos Declaratórios, fls. 373/377, e posterior rejeição, fls. 431/432.

Decidiu o juízo singular as 02 (duas) lides, na mesma oportunidade, como narrado anteriormente, pela parcial procedência da cautelar e provimento integral do pedido contido na exordial da ordinária.

Recurso Apelatório proposto pelo MUNICÍPIO DE SANTA QUITÉRIA, fls. 562/589, na **Ação Cautelar**, repetindo os fundamentos delineados na contestação. Busca, finalmente, o conhecimento e provimento do recurso, com o fim de ser reformada a decisão recorrida.

Recurso Apelatório proposto pelo MUNICÍPIO DE SANTA QUITÉRIA, fls. 223/253, na **Ação Ordinária**, sustentando, inicialmente, nulidade da sentença por **cerceamento de defesa**, vez que não foi oportunizada a produção de provas testemunhal e pericial. Ainda, em sede de preliminar, aponta o julgamento ***extra petita***, porquanto considerado nulo, também, o Processo Administrativo, quando o pedido inicial, resumia-se na nulidade do Decreto, e ***ultra petita***, em razão da inclusão dos pagamentos das remunerações em atraso, na condenação. Quanto ao mérito, repete os fundamentos delineados na contestação. Busca, finalmente, sejam acolhidas as preliminares acatadas e, acaso ultrapassadas, o provimento do recurso.

Contrarrazões apresentadas às fls. 593/598 e 257/262, refutando as preliminares e, no mérito, repisando as teses apontadas, com o objetivo de que sejam mantidas as sentenças.

Pareceres da Procuradoria-Geral de Justiça, fls. 615/621 e 282/287, opinando pelo conhecimento e improvimento dos apelos.

É o relatório.

Revistos e incluídos em pauta de julgamento.

VOTO

Preenchidos os requisitos intrínsecos e extrínsecos, conheço dos recursos tempestivamente impostos, passando a analisá-los.

DAS PRELIMINARES DA ORDINÁRIA

CERCEAMENTO DE DEFESA

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

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

> Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.
>
> Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que Ihe formaram o convencimento.

Nesse sentido, colaciona-se:

> "PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO. REEXAME NECESSÁRIO - LEI MUNICIPAL DE DOAÇÃO DE TERRRENO. CONDIÇÃO RESOLUTIVA. CUMPRIMENTO. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO - PROVA. VALORAÇÃO. PRODUÇÃO DEFERIDA. APELO PROVIDO. 1. Trata-se de recurso de apelação cuja sentença julgou procedente a ação ordinária de cancelamento de escritura de doação de terreno em favor do Estado do Ceará que não teria cumprido condição resolutiva consistente na edificação de um ginásio no local. **2. Cabe ao magistrado a valoração da prova e da necessidade de sua produção em audiência. Artigo 330 CPC. Não afigura cerceamento de defesa se o Juiz considera despicienda a prova requerida. Precedentes.** 3. A inspeção judicial anulada por decisão desta Corte não pode servir de fundamento a qualquer decisão posterior, mormente se não foi repetida para operar sua revalidação. 4. Discussão acerca da condição resolutiva contida no corpo da lei municipal, pela qual os litigantes emitem afirmações contraditórias, remete à fase instrutória para a devida comprovação de seu cumprimento. RECURSO PROVIDO." (Apelação Cível nº 447502-28.2000.8.06.0000/0, Rel. Des. Francisco Auricélio Pontes, 2ª Câmara Cível, julgamento em 25/01/2013).
>
> "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO RETIDO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. NÃO INDICAÇÃO DE PROVAS. INDEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. PRELIMINAR REJEITADA. CIVIL. DIREITO AUTORAL. ÁLBUM CONTRAFEITO. MÚSICA SEM PERMISSÃO AUTORAL. VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. LEI N. 5.988/73. INDENIZAÇÃO PROPORCIONAL. APELO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE. 1. Preliminar em agravo retido ratificado em apelação aduzindo a ocorrência de cerceamento de defesa tendo em vista o julgamento antecipado realizado; 2. Recorrente que não indica a prova que pretende produzir e sua finalidade, tampouco se demonstrando prejuízo advindo do julgamento antecipado, imperando a máxima *pars de nullité sans grief*; **3. Sendo o juiz destinatário da prova, é seu dever julgar antecipadamente a lide quando não houver necessidade de produção probatória em audiência, sem que isso configure cerceamento de defesa. Precedentes. Agravo retido desprovido;**

> **4. No mérito, aduz o recorrente que embora tenha se utilizado da música "Placa de venda" na produção do álbum da Banda Boi com Abóbora, não houve demonstração de dano aos autores da obra, o que conduziria ao improvimento do pedido indenizatório; 5. Reparação do dano que se baseia no princípio do não enriquecimento ilícito, já que não demonstrou a gravadora, nem tampouco suscitou, a efetiva anuência dos artistas sobre o uso de sua música, sendo-lhes garantida a propriedade intelectual; 6. Fixação de primeiro grau em R$25.000,00 (vinte e cinco mil reais) que refoge aos padrões legais, mostrando-se necessária a adequação aos parâmetros da proporcionalidade entre as páginas musicais utilizadas e o valor obtido nas vendas dos álbuns contrafeitos, que atingiu pouco mais de 5.500 (cinco mil e quinhentos) cópias, entre fitas K7, vinil e CD''s 7. Apelo conhecido e provido em parte, para reduzir o quantum à proporção das vendas obtidas."**
> (Apelação Cível nº 38897-56.2003.8.06.0000/0, Rel. Des. Paulo Francisco Banhos Ponte, 1ª Câmara Cível, julgamento em 19/07/2012).

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

SENTENÇA *EXTRA PETITA* E *ULTRA-PETITA*

Sustenta o ente público municipal, que o pedido formulado na inicial, restringia-se a nulidade do Decreto, equivocando-se o magistrado "ao inserir no texto do julgamento a necessidade de anulação também do Processo Administrativo", configurando, assim, o julgamento *extra petita*, eis que se trata de causa de pedir diversa da pretendida na petição inicial.

Na verdade, no caso em espécie, o magistrado declarou nulo o Processo Administrativo nº 001/2001 e, como decorrência lógica, anulou também o Decreto nº 010/2001. Vejamos o dispositivo da sentença:

> "a) **declarar nulo o Decreto Municipal nº 010, de 02 de março de 2001, como consequência lógica da nulidade do Processo Administrativo nº 001/2001**, que ora também declaro, ficando, assim, garantida a reintegração definitiva dos autores no serviço público municipal, e bem assim o pleno exercício dos cargos públicos que outrora ocupavam, com o consentâneo pagamento de suas remunerações, pelo que ratifico, em todos os seus termos, o provimento constante do processo cautelar apenso;"

Com efeito, a higidez adotada no procedimento administrativo, tendo como base o uso de todas as garantias constitucionais, foi utilizada como defesa, pelo réu, em suas peças contestatórias. É o que se observa dos excertos abaixo transcritos, colhidos a título exemplificativo:

> "Por outro lado, **o referido processo administrativo que buscam os promoventes dar-lhe ilegalidade**, respeitou os trâmites atribuídos a espécie, de acordo com os fólios daqueles autos."
> "Salientamos, novamente, **que o processo administrativo atacado pelos promoventes** não teve cunho punitivo ou acusatório, e sim inquisitório e de controle, como já explicado."

Concluo, entretanto, ciente o apelante do objetivo das autoras (reintegração em suas funções), seria necessário, consequentemente, a anulação de ambos (Processo Administrativo e, em decorrência, o Decreto Municipal).

Assim, ao se debruçar sobre a fundamentação lançada na decisão apelada, acertadamente concluiu o juízo *a quo*:

> "Igualmente **não convence a argumentação do réu no sentido de que não é cabível a anulação daquele ato consequente (o Decreto Municipal) pela só omissão de pedido expresso de anulação do processo administrativo que lhe deu causa,** eis que, da leitura da inicial e dos pedidos ali expressamente deduzidos, **e ainda pela interpretação sistemática das peças vestibulares nos dois processos apensados entre si (cautelar e principal), considerando que o primeiro é preparatório do segundo, resta evidente que os autores perseguem a declaração de nulidade de todos os atos que se opõem às suas reintegrações nos cargos públicos que ocupavam**. Não obstante este aspecto, entendo que, **embora não requerido expressamente, o desfazimento do procedimento administrativo em tela deve ser tido como embutido no conjunto petitório formulado na vestibular, afinal a tutela jurisdicional acerca da anulação do decreto em causa acaba necessariamente se espraiando na seara do multireferido processo administrativo em face de sua estreita correlação, eis que aquele é ato-consequência deste**. É a denominada **cumulação implícita**, para quem a jurisprudência, em diversos casos semelhantes, recomenda tal solução."

O cotejo entre as razões de defesa e os fundamentos utilizados na sentença denota a congruência do *decisum* com as questões postas nos autos, não se caracterizando o julgamento *extra petita*. Nesse sentido, impende concluir que a lide foi julgada dentro das balizas propostas pelas partes, não avultando nulidade na sentença.

De mais a mais, o fato de determinada tese jurídica não ter sido declinada na petição inicial, não impede o julgador de acatar as alegações do demandante com resultado diverso, desde que ligados ao "fato-base" narrado na peça vestibular. A propósito:

> "A decisão extra petita é aquela inaproveitável por conferir à parte providência diversa da almejada, mercê do deferimento de pedido diverso ou baseado em *causa petendi* não eleita. **Consectariamente, não há decisão extra petita quando o juiz examina o pedido e aplica o direito com fundamentos diversos dos fornecidos na petição inicial ou mesmo na apelação, desde que baseados em fatos ligados ao fato-base**."
> (REsp 1107219/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/09/2010, DJe 23/09/2010).

Noutro giro, aduz o apelante, em suas razões, que a sentença é *ultra petita* por ter incluído os pagamentos das remunerações em atraso das apeladas, na condenação.

Da mesma forma, não se vislumbra o referido vício de inconformidade entre os limites da lide e o julgamento realizado.

A decorrência da invalidade do ato exoneratório, é a reintegração do servidor no cargo e o reconhecimento do seu direito de receber, a título de indenização, os vencimentos atrasados.

Nessa senda, os ensinamentos dos doutrinadores pátrios, transcrevendo-se a título exemplificativo:

> "**Reintegração** é o reingresso do funcionário demitido, quando seja invalidada por sentença judicial a sua demissão, **sendo-lhe assegurado ressarcimento das vantagens ligadas ao cargo**."
> (Maria Sylvia Zanella Di Pietro, in Direito Administrativo, 15ª edição, Editora Atlas, 2003, p. 481).

> "5.6.4.3. Reintegração
> Estabelece a Constituição Federal, no § 2º do art. 41, que, invalidada por decisão judicial a demissão de servidor estável, será ele reintegrado. A reintegração é o retorno, por força de decisão judicial, do servidor estatutário estável ao cargo que ocupava, **com plena restauração dos direitos violados e integral ressarcimento dos prejuízos sofridos, dado que ilegalmente demitido.** Embora o dispositivo mencione apenas decisão judicial, cremos que também por decisão administrativa pode o servidor ilegalmente demitido ser reintegrado, salvo se vedado por lei, já que, pelo princípio da autotutela, cabe à Administração Pública invalidar seus próprios atos quando praticados em desacordo com a lei e responder pelos prejuízos decorrentes. Em qualquer das hipóteses, reconhecida a nulidade da demissão, a reintegração é direito do servidor. Na dicção desse

> parágrafo parece que só aos estáveis assiste direito à reintegração, o que não é verdade. Os não estáveis, se nula a demissão, hão de ser reintegrados, visto que a primordial conseqüência do reconhecimento de nulidade de um ato é a volta ao status quo ante, o retorno à situação existente antes do ato anulado."
> (Diogenes Gasparini, in Direito Administrativo, 8ª edição, Editora Saraiva, p. 197).
>
> "A reintegração é a recondução do servidor ao mesmo cargo de que fora demitido, **com o pagamento integral dos vencimentos e vantagens do tempo em que esteve afastado, uma vez reconhecida a ilegalidade da demissão em decisão judicial ou administrativa.** Como a reabilitação funcional, a reintegração acarreta, necessariamente, a restauração de todos os direitos de que foi privado o servidor com a ilegal demissão. Nessa reparação, entretanto, só entram as vantagens decorrentes do cargo, auferidas no âmbito administrativo." (grifei)
> (Hely Lopes Meirelles, in Direito Administrativo, 27ª edição, Editora Malheiros, 2002, p. 437).

Nesse diapasão, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria:

> "AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR. ADESÃO AO PDV. NULIDADE. REINTEGRAÇÃO. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 535. NÃO OCORRÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. VALOR ARBITRADO RAZOÁVEL E PROPORCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE MODIFICAÇÃO DA VIA RECURSAL ELEITA. COMPROVAÇÃO DA COAÇÃO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO E PROBATÓRIO CONSTANTE DOS AUTOS. SÚMULA 7/STJ. PAGAMENTO DOS VENCIMENTOS ATRASADOS. CABIMENTO.
> 1. O agravante não trouxe argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada, razão que enseja a negativa de provimento ao agravo regimental.
> 2. A Corte de origem resolveu a controvérsia de maneira sólida e fundamentada, apenas não adotando a tese do recorrente, razão pela qual fica afastada a afronta ao art. 535 do CPC.
> 3. O Tribunal de origem da análise dos fatos e provas constantes dos autos, entendeu pela comprovação da coação no ato de adesão do recorrido ao PDV, sendo que a alteração da fundamentação do aresto recorrido é tarefa que demandaria, necessariamente, incursão no acervo fático-probatório dos autos o que é vedado ante o óbice preconizado na Súmula 7 deste Tribunal.
> 4. A revisão do valor dos honorários advocatícios arbitrado, é, em princípio, vedado nesta instância, à luz da Súmula 7/STJ. Como cediço, é admitida sua revisão por esta Corte quando o valor arbitrado extrapola os limites da razoabilidade, o que, todavia, não se verifica no presente caso.

5. A reintegração do servidor, em decorrência da ilegalidade de seu desligamento, tem como conseqüência o pagamento dos vencimentos atrasados, contados da data do seu desligamento.
6. Agravo regimental não provido."
(AgRg no REsp 1373077/PI, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/05/2013, DJe 28/05/2013).

"ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 458, II, E 535, II, DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. REEXAME DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. REINTEGRAÇÃO. SALÁRIOS ATRASADOS. PAGAMENTO. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. NÃO OCORRÊNCIA. PRECEDENTE DO STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.
1. Tendo o Tribunal de origem se pronunciado de forma clara e precisa sobre as questões postas nos autos, assentando-se em fundamentos suficientes para embasar a decisão, não há falar em afronta aos arts. 458, II, e 535, II, do CPC, não se devendo confundir "fundamentação sucinta com ausência de fundamentação" (REsp 763.983/RJ, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, DJ 28/11/05).
2. Reconhecia a coação dos servidores públicos para que celebrassem o termo de adesão ao desligamento voluntário, com base nas provas produzidas por Comissão Parlamentar de Inquérito e de depoimento de testemunhas, não há falar em inversão do ônus da prova. Por sua vez, rever o entendimento firmado pelo Tribunal de origem encontra óbice na Súmula 7/STJ.
3. A anulação do ato de demissão "voluntária" do servidor, porquanto maculado pelo vício da coação, e sua reintegração ao serviço, dá ensejo ao pagamento das parcelas remuneratórias que deixou de perceber durante o período de afastamento, o que não importa em enriquecimento ilícito. Nesse sentido: REsp 1.276.927/PR, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, DJe 14/2/12.
4. Agravo regimental não provido."
(AgRg no AREsp 274.826/PI, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/05/2013, DJe 23/05/2013).

"ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. GRATIFICAÇÃO DE ATIVIDADE DE DESEMPENHO DE GESTÃO - GCG. REINTEGRAÇÃO AO SERVIÇO PÚBLICO EM RAZÃO DE DECISÃO JUDICIAL. RETORNO AO STATUS QUO ANTE.
1. Cuida-se, na origem, de Ação Ordinária ajuizada por Raimundo Dantas Lavor, ora agravado, visando a assegurar o direito de receber retroativamente parcelas devidas a título de incorporação de Gratificação de Atividade de Desempenho de Gestão - GCG, em razão de decisão judicial transitada em julgado que determinou a sua reintegração ao serviço público, bem como o recebimento de todos os atrasados referentes à CGC.
2 Não se está a discutir a extensão da Gratificação de Desempenho de Atividade do Ciclo de Gestão - CGC aos servidores inativos e pensionistas,

> mas sim a existência ou não do direito de o servidor público demitido ilegalmente receber retroativamente parcelas devidas a título de incorporação da referida gratificação, em razão de decisão judicial transitada em julgado.
> **3. A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que o servidor público reintegrado ao cargo, em virtude da declaração judicial de nulidade do ato de demissão, tem direito aos vencimentos e às vantagens que lhe seriam pagos durante o período de afastamento.**
> 4. Agravo Regimental não provido."
> (AgRg no REsp 1372643/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/05/2013, DJe 22/05/2013)

Isto posto, rejeito as preliminares, passando a analisar o mérito das demandas.

MÉRITO

Os autos registram que, em 1997, o Município de Santa Quitéria, ora apelante, promoveu concurso público para provimento de cargos de seu quadro de pessoal, certame do qual participaram as apeladas, aprovadas em cargos diversos.

Uma vez procedida a classificação, nomeação e posse dos aprovados, e na vigência do mandato de outro Prefeito, a Municipalidade entendeu por bem, mediante a instauração de processo administrativo, anular o referido concurso público ao argumento de que teriam ocorrido fraudes que o macularam.

Como é cediço, constitui entendimento consolidado no seio da jurisprudência que os servidores públicos concursados, nomeados, empossados e que estejam em estágio probatório, ou não, não podem ser exonerados em razão de anulação de concurso público, sem que lhes seja assegurada a observância dos princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, por meio de processo administrativo, nos termos da Súmula nº 20 do Supremo Tribunal Federal, que dispõe: *"É necessário processo administrativo, com ampla defesa, para demissão de funcionário admitido por concurso."*

A referida Súmula está em pleno vigor, mantendo-se inalterado o entendimento nela cristalizado, conforme se vê do julgamento abaixo transcrito, da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, julgado em 22/11/2005:

> "1. Recurso Extraordinário. 2. Concurso Público. 3. Edital que não previu prazo de validade. Inexistência de ato de prorrogação. Alegação de validade de ato de anulação da nomeação realizada pelo Governador do Estado do Mato Grosso. Precedentes invocados pelo recorrente: RE no 201.634-BA, 1ª Turma, Red. Para acórdão Min. Moreira Alves, DJ de 17.05.2002 e RE

> no 352.258-BA, 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 14.05.2004. 4. Nomeação posterior de 25 defensores públicos dentro do número de vagas originariamente previstos no edital. Precedentes: RE no 192.568-PI, Rel. Min. Marco Aurélio, 2ª Turma, DJ de 13⁄06⁄1996; e RE no 199.733, Rel. Min. Marco Aurélio, 2ª Turma, DJ de 30.04.1999. 5. **Inobservância dos princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal** (CF, art. 5º LIV e LV). Revogação, por ato unilateral e sem a devida audiência, de situação constituída com relação a defensores públicos em estágio probatório. **Impossibilidade de anulação arbitrária dos atos de nomeação dos defensores pelo Governador do Estado do Mato Grosso**. Precedente: MS no 24.268-MG, Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 17.09.2004. 6. **Inadmissibilidade de exoneração *ad nutum* de funcionários públicos em estágio probatório. Aplicação da Súmula n.º 21⁄STF**. Precedente: RE no 378.041-MG, 1ª Turma, Rel Min. Carlos Brito, DJ de 11.02.2005. 7. Repercussão social, política e jurisdicional. Defensoria Pública Estadual. Essencialidade e relevância nos termos do art. 134, da Constituição Federal. Precedentes: HC no 76.526-RJ, 2ª Turma, Rel Min. Mauricio Corrêa, DJ de 17⁄03⁄1998 e RE nº 135.328-SP, Pleno, Rel Min. Marco Aurélio, DJ de 20.04.2001. Recurso desprovido."
> (STF - 2.ª Turma, Ac. Unân. J. 22⁄11⁄2005, publ. DJ 03⁄02⁄2006, pág. 90, Rel. Min. Gilmar Mendes) .

Modo igual, preconiza o art. 41 da Constituição Federal:

> "Art. 41. **São estáveis** após 3 (três) anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.
> **§1º O servidor público estável só perderá o cargo:**
> **I – em virtude de sentença judicial transitada em julgado;**
> **II – mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa;**
> III – mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.
> (...)".

Nesse passo, a fim de possibilitar a participação de todos os interessados (candidatos aprovados no aludido certame) no referido procedimento, foi publicado, no Jornal Diário do Nordeste, fl. 65, edital convocando os candidatos nomeados e empossados a apresentarem as razões de defesa suficientes à manutenção do resultado final do certame.

O cerne da questão, precisamente, reside em apurar, neste caso concreto, se teriam sido observadas, ou não, as formalidades necessárias à edição de ato administrativo exoneratório, atentando-se, em favor das autoras, para o exercício da ampla defesa e do contraditório, no âmbito do Processo Administrativo instaurado para os fins de apuração de eventuais irregularidades no certame.

Na presente hipótese, a meu sentir, não foram lembradas as regras garantidoras do devido processo legal, sendo açodado e precipitado todo o procedimento municipal, como bem salientou o julgador, fl. 541, *in verbis*:

> "**Uma visão panorâmica desse furacão administrativo nos dá a idéia do porquê de procedimentos tão desencontrados e ferinos das mais comezinhas garantias constitucionais:** por forma da Portaria nº 010/2001, baixada pelo Prefeito Municipal, a Comissão Processante teria o prazo de 30 (trinta) dias para concluir os trabalhos e apresentar um relatório final, isto a partir de 30-01-2001. Um processo dessa complexidade e magnitude, que acabou por reunir cerca de 2.150 folhas, com 339 interessados, não poderia obviamente ser resolvido em trinta dias. Bastaria que se respeitasse o prazo de defesa dessa multidão para extrapolar o trintídio. Pois bem, decorridos 28 dias desse prazo de 30, não havia ainda nos autos a artificial defesa da defensora dativa dos mais de 230 servidores sem advogado no processo. Assim, às pressas, tal defesa foi apresentada no dia 28-02-2001 e bem no último dia do prazo, em **1º/03**, com uma velocidade talvez nunca dantes vista em atos da Administração Municipal ou de qualquer outra Administração Pública do mundo, foram elaborados, diante de 2.000 folhas, um extenso relatório final, de 23 folhas; um circunstanciado parecer jurídico, de 10 folhas;e a decisão final do Prefeito, em três laudas. Tudo isso entre o nascer e o pôr do sol."

Nesse sentido, oportuno citar Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

> "O princípio da ampla defesa é aplicável em qualquer tipo de processo que envolva situações de litígio ou o poder sancionatório do estado sobre as pessoas físicas ou jurídicas. É o que decorre do artigo 5º, LV, da Constituição e está também expresso no artigo 2º, parágrafo único, inciso X, da Lei nº 9.784/99, que impõe, nos processos administrativos, sejam assegurados os "direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio."
> (*In* Direito Administrativo, 19ª edição, Editora Atlas, 2006, p. 608).

É de se registrar, de logo, que não se apresentou correta a forma (citação por edital) como procedeu a Administração Municipal ao convocar os candidatos para a apresentação de suas respectivas defesas.

A citação (ou intimação) por edital deve, tanto no processo judicial quanto no administrativo, ser o último recurso a ser utilizado, máxime quando conhecido o local onde possa ser encontrado o destinatário de tal ato processual.

O domicílio de servidor público, na dicção do art. 37 do Código Civil de 1916, vigente à época da anulação do certame, era o local onde exerciam as suas

funções, de modo que bastava a Administração Municipal notificar as promoventes, pessoalmente, em seus próprios locais de trabalho, a fim de se resguardar de eventual alegação de ferimento aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

O exercício do direito constitucional à defesa (de direitos) deverá ser amplo e dotado de caráter substancial, com aptidão para exercer influência na formação do convencimento daquele que detém o poder de decidir, e não ficar adstrito a aspecto meramente formal, satisfazendo-se com o simples oferecimento de argumento de proteção destituído de poder de persuasão.

Hely Lopes Meirelles, em seu "Direito Administrativo Brasileiro", comentando sobre o processo administrativo disciplinar, ressalta a importância, inclusive concedida pela Constituição, da ampla defesa ao infrator, dizendo:

> "Por ampla defesa, no caso, deve-se entender a vista do processo, com a faculdade de resposta e de produção de provas contrárias à acusação. O processo administrativo disciplinar não é tão formal quanto o judicial, penal ou não, nem tão rigoroso no contraditório. O essencial é que se conceda ao acusado a oportunidade de ilidir a acusação, sem o que a punição administrativa é nula."
> (Editora Revista dos Tribunais, 16ª edição, p. 386).

Além dessa falha, há outra, também grave, lembrada pelo magistrado sentenciante, fl. 539:

> "No entanto, o que vemos nos autos, por simples cotejo entre os documentos de fls. 74/75 e 283/285, é que a publicação do edital de citação no jornal "Diário do Nordeste" se deu **no mesmo dia em que foi iniciada a instrução!** Com efeito, o depoimento de cópias às fls. 283/285, datado de **02 de fevereiro de 2001**, é do Sr. ADAUTO SOARES PONTES, que foi a **primeira** testemunha a ser ouvida segundo o extenso relatório final da Comissão Processante (v. fls. 84). Ora, foi exatamente nesse mesmo dia (**02-02-2001**) que foi publicado o referido edital (v. fls. 74/75)! Ou seja, além de totalmente irregular, como vimos, aquela citação se deu de forma irremediavelmente extemporânea, em plena fase de instrução do processo. O resultado disso não poderia ser outro: o citado depoimento, como seria óbvio ocorrer, não foi sequer assistido pelos "indiciados", que, de outra banda, não foram jamais notificados para comparecer àquele importante ato."

Importante destacar que a sistemática constitucional evoluiu de forma bastante expressiva para que preceitos, até então vinculados estritamente à seara processual penal, fossem também estendidos ao processo civil, bem como ao processo administrativo.

Por certo, não se mostra razoável cogitar que, no âmbito das relações entre o Estado, da sua forma mais ampla, e seus súditos, em especial, naquelas em que a controvérsia é palpável e iminente, viessem a ser adotadas certas posturas estatais que violassem o direito de defesa constitucionalmente garantido.

Oportuno deixar consignado os precedentes jurisprudenciais específicos sobre a controvérsia aqui instaurada, desta Egrégia Corte de Justiça, a seguir:

> "DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL EM SEDE DE AÇÃO ORDINÁRIA. PRELIMINARES DE CERCEAMENTO DE DEFESA E DE JULGAMENTO EXTRA E ULTRA PETITA REJEITADAS. *MERITUM CAUSAE*. EXONERAÇÃO DE SERVIDORES PÚBLICOS APROVADOS EM CONCURSO PÚBLICO. HOMOLOGAÇÃO DO CERTAME E CONSEQUENTES NOMEAÇÕES, POSSES E EXERCÍCIOS FUNCIONAIS. INSTAURAÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO COM CITAÇÃO DOS INTERESSADOS PELA VIA EDITALÍCIA. HIPÓTESE QUE NÃO SE ENQUADRA EM QUAISQUER DOS INCISOS DO ART. 231 DO CPC A FIM DE JUSTIFICAR A VIA ELEITA. EXISTÊNCIA DE VÍCIO QUANTO À CITAÇÃO. INCIDÊNCIA DAS REGRAS CONSTANTES NOS ARTS. 247 E 248 DO CPC. MÁCULA AOS PRINCÍPIOS DO DUE PROCESS OF LAW, DO CONSTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA DOS RECORRIDOS. NULIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO E, CONSEQUENTEMENTE, DO ATO QUE CULMINOU NA ANULAÇÃO DO CERTAME E NA EXONERAÇÃO DOS PROMOVENTES/APELADOS. REEXAME NECESSÁRIO E RECURSO APELATÓRIO CONHECIDOS, PORÉM DESPROVIDOS. PRECEDENTES DESTA EG. CORTE DE JUSTIÇA. I. Nas razões declinadas em seu recurso apelatório, o município insurgente, a princípio, sustenta a prejudicial de cerceamento de defesa, decorrente do julgamento antecipado da lide (art. 330, inciso I, CPC). No entanto, em sendo o julgador o destinatário da prova e, entendendo este que o processo se encontra suficientemente instruído, inexiste óbice legal para o indeferimento das diligências que sejam consideradas inúteis ou meramente protelatórias (art. 130 CPC). Precedentes do STJ. Com efeito, uma vez que a documentação carreada aos presentes autos apresenta-se suficiente para a ampla compreensão e apreciação da lide, não há, *in casu*, de se falar em imprescindibilidade da prova testemunhal requerida pelo apelante e, tampouco, em cerceamento de defesa. Preliminar afastada. II. A segunda prejudicial de mérito diz respeito a existência de julgamento extra e ultra petita. Neste ponto, razão também não assiste ao apelante, haja vista que da simples leitura do pedido formulado pelos promoventes, ora apelados, frente ao conteúdo da parte dispositiva da v. sentença atacada, é possível concluir que o nobre julgador respeitou os ditames contidos nos arts. 128 e 460 do Código de Processo Civil, na medida em que se ateve estritamente aos termos do requesto autoral. Preliminar rejeitada. III. **No mérito, percebe-se, de um estudo acurado dos fólios processuais, que o núcleo da *questio uiris* escandida na vertente espécie gravita acerca da inobservância aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e**

do contraditório, quando da realização do expediente citatório relativo ao Processo Administrativo nº 001/2001, que culminou com a exoneração dos servidores públicos recorridos dos seus respectivos cargos junto à Administração Pública Municipal, conquistados por intermédio de aprovação em concurso público realizado pelo ente federativo apelante no ano de 1997. **IV. *In casu*, iniciado o procedimento administrativo, a municipalidade apelante, conquanto detentora de todas as informações pessoais dos interessados, entendeu por bem optar pela citação, por edital, de aproximadamente 300 (trezentos) servidores, dentre os quais estão inseridos os ora recorridos, para apresentarem defesa. Ora, tal medida, de plano, já se apresenta como uma afronta ao due process of law, posto que tal hipótese não encontra guarida nos incisos do art. 231 da Lei Adjetiva Civil. V. Em verdade, deveria a Comissão processante ter determinado a citação pessoal dos apelados, para, somente após frustrada tal diligência, recorrer à citação pela via editalícia.** VI. Logo, dessume-se que a Administração Pública Municipal se olvidou de conferir regular aplicação aos comandos constitucionais essenciais à legitimação do Processo Administrativo nº 001/2001, em especial aqueles que consagram os princípios do devido processual, do contraditório e da ampla defesa. **VII. E, por via de consequência, como bem apontado pelo douto magistrado primevo, se mostra indiscutível que, ante ao mencionado vício na citação, o ato que determinou a exoneração dos servidores apelados, não obstante ser considerado formalmente perfeito sob a perspectiva do recorrente, encontra-se eivado por vício insanável quanto à sua formação, devendo, assim, ser tido como nulo, ex vi dos arts. 247 e 248 do CPC.** VIII. A nulidade do ato combatido na hipótese sub examine, cumpre ressaltar, já fora inclusive reconhecida em precedentes desta Eg. Corte Alencarina, exarados por ocasião julgamento de processos idênticos, movidos pelos demais servidores que, assim como os ora apelados, também foram aprovados naquele concurso público e exonerados pelo mesmo ato da Chefia do Poder Executivo Municipal. IX. REEXAME NECESSÁRIO E RECURSO APELATÓRIO CONHECIDOS E DESPROVIDOS."
(Reexame Necessário e Apelação Cível nº 169-53.2000.8.06.0160/1, Rel. Des. Francisco Sales Neto, 1ª Câmara Cível, julgamento em 07/02/2012).

"CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. PRELIMINARES DE CERCEAMENTO DE DEFESA E JULGAMENTO EXTRA E ULTRA PETITA AFASTADAS. SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS APROVADOS EM CONCURSO PÚBLICO, REGULARMENTE NOMEADOS E DETENTORES DE ESTABILIDADE NO SERVIÇO. EXONERAÇÃO. DECRETO EXECUTIVO. INOBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STF, STJ E DESTE TRIBUNAL. REINTEGRAÇÃO. DIREITO AOS VENCIMENTOS INERENTES AO CARGO DURANTE O PERÍODO DE AFASTAMENTO. APELO E REEXAME CONHECIDOS E DESPROVIDOS. SENTENÇA MANTIDA. 1. Observando os princípios do livre convencimento do juiz e da livre admissibilidade da prova, a preliminar de cerceamento de defesa restou afastada, vez que a volumosa documentação acostada aos autos foi suficiente para o convencimento

> do magistrado a quo. 2. Superada igualmente as demais preliminares de julgamento extra e ultra petita, na medida em que a nulidade do Processo Administrativo tem como consequência a anulação do Decreto Municipal nº 10/2001, ao qual estava vinculado, bem como a condenação do promovido ao pagamento das remunerações não percebidas no período de afastamento, revelando-se, pois, mero reflexo do conteúdo decisório da sentença. Precedente STJ. **3. O servidor aprovado em concurso público e em efetivo exercício de suas funções, ainda que não estável, não pode ser exonerado sem a observância das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa apurados em procedimento administrativo. (Inteligência do art. 5º, inciso LV, da CF/88 e Súmula 20 do STF). Precedentes do STF, STJ e desta Corte de Justiça. 4. No caso, ainda que a Administração Municipal tenha verificado a existência de suposta ilegalidade nos atos de posse dos recorridos, não poderia anulá-los, sem a observância do devido processo legal, considerando que os servidores detinham estabilidade no serviço público**. 5. Reintegrados ao cargo, pelo reconhecimento da nulidade do ato que os afastaram do serviço público, têm os servidoras públicos direito ao recebimento dos vencimentos relativos ao período de afastamento. Precedentes do STJ. 6. Apelo e reexame conhecidos e não providos. Sentença mantida."
> (Apelação Cível nº 192-96.2000.8.06.0160/1, Rel. Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes, 3ª Câmara Cível, julgamento em 16/12/2009).

Prosseguindo, relativamente ao reconhecimento de irregularidades no processo administrativo pela sentença, declarando a sua nulidade, de fato, a decisão *a quo* não merece reparos. Ao contrário, é digna de elogios, concatenando todos os fatos, provas e alegações, em conclusões juridicamente abonáveis.

A questão também restou bem analisada pelo ilustre Procurador de Justiça, a quem peço vênia para agregar excerto do seu parecer às razões de decidir, *in verbis*:

> "De outra banda, como verificou o julgador de primeira instância, **o processo administrativo que rendeu ensejo à anulação do concurso público em tela está conspurcado de nulidades, como, por exemplo, a citação por edital dos indiciados sem que se configurasse qualquer da hipóteses autorizadoras dessa forma de citação** (o Administrador Municipal tem à sua disposição, na ficha funcional dos servidores, seus endereços) **e a efetivação da mencionada citação já na fase instrutória do procedimento** (o edital foi publicado no dia da oitiva de uma das testemunhas do processo, inviabilizando a participação dos servidores na colheita dessa prova)." - fl. 286.

Em relação à ausência de pedido da liminar, deve ser desconsiderada essa alegação, vez que o requerimento existe, e é expresso, como se verifica à fl. 21, transcrevendo nessa oportunidade:

> "Assim sendo, Douto Julgador, se faz necessária a medida hoje requestada para que os suplicantes sejam reintegrados aos seus cargos no local de origem e recebam seus salários."

Destaco, ainda, que não prospera a arguição no sentido da impossibilidade de concessão de liminar contra a Fazenda Pública, que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação, baseada no art. 1º, § 3º, da Lei nº 8.437/92. *In casu*, deve ser ponderado, em juízo de proporcionalidade, a relação entre o prejuízo de uma parte e o risco de irreversibilidade em relação a outra quando da concessão da medida, não sendo absoluta, portanto, a restrição legal.

Transcrevo, por oportuno, excerto contido na Reclamação nº 1696 do Supremo Tribunal Federal:

> "A Lei nº 9.494/97, ao dispor sobre o tema ora em análise, assim disciplinou a questão pertinente à antecipação da tutela relativamente aos órgãos e entidades do Poder Público: 'Art. 1º - Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil, o disposto no art. 5º e seu parágrafo único e art. 7º da Lei nº. 4.348, de 26/6/1964, e no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 9/6/1966, e **nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº. 8.437, de 30/6/1992'**. **O exame dos diplomas legislativos mencionados no preceito em questão evidencia que o Judiciário, em tema de antecipação de tutela contra o Poder Público, somente não pode deferi-la nas hipóteses que importem em: (a) reclassificação ou equiparação de servidores públicos; (b) concessão de aumento ou extensão de vantagens pecuniárias; (c) outorga ou acréscimo de vencimentos; (d) pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias a servidor público; ou (e) esgotamento, total ou parcial, do objeto da ação, desde que tal ação diga respeito, exclusivamente, a qualquer das matérias acima referidas**."

Tais preceitos possuem uma interpretação restritiva, não se aplicando na hipótese em que se pretende restabelecer verba ou vencimento que estava sendo percebido pelo servidor.

Nesse sentido, confira-se o seguinte precedente do egrégio Superior Tribunal de Justiça, em caso assemelhado:

> "PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. TUTELA ANTECIPADA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. RESTABELECIMENTO DE VANTAGEM. POSSIBILIDADE. HIPÓTESE QUE NÃO SE ENQUADRA NAS EXCEÇÕES PROIBITIVAS.
> 1. A decisão agravada foi baseada na jurisprudência assente desta Corte, a qual entende não ser possível a antecipação de tutela contra a Fazenda

> Pública nos casos de aumento ou extensão de vantagens a servidor público, nos termos da vedação contida no art. 1.º e art. 2º-B da Lei n. 9.494/97. **Entretanto, tal entendimento não se aplica às hipóteses, como a dos autos, em que se busca o restabelecimento de remuneração que já vinha sendo percebida pela autora**.
> 2. Agravo regimental não provido."
> (AgRg no Ag 1361195/DF, 2ª Turma, Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 22/03/11).

Assim, resta patente que a norma mencionada pelo apelante (art. 1º, § 3º, da Lei nº 8.437/92), não pode ter uma interpretação ampliativa, a ponto de impedir a reintegração das servidoras aos cargos, com a consequente percepção dos vencimentos.

Ademais, diante da possível ocorrência de desvio de finalidade, a anulação do processo administrativo se mostra necessária também para salvaguardar a moralidade e a impessoalidade da Administração Pública, abaladas, ao que tudo indica, pelo uso do aparato estatal para atender interesses, a meu ver, particulares, com contornos de revanche.

Noutro norte, não há, na espécie, demonstração de invasão de poder na análise da questão pelo Judiciário, que se limitou a verificar a ocorrência ou não de ilegalidades no trâmite do processo administrativo que culminou com a exoneração das autoras, verificando a ocorrência de irregularidades no procedimento realizado, estas, inclusive, reconhecidas pelo apelante:

> "Se algumas falhas porventura tenham existido, foram de conteúdo meramente formal, não prejudicando de nenhuma forma os requerentes." - fls. 35 e 233.

> "(...) não há como macular o processo, que, poderá ter algumas falhas, muito pela inexperiência dos membros da Comissão, que não tinham qualquer formação jurídica, e que estão amparados pelo princípio da informalidade." - fl. 237

Ressalto, por fim, que deve ser aplicada com temperamentos a Súmula nº 473 do STF, utilizada pelo Município apelante para justificar o ato de anulação do concurso e consequente exoneração das apeladas, segundo a qual: "*A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.*"

Isso porque, ainda que a Administração Pública possa anular seus próprios atos, não pode esquivar-se de fazê-lo através de prévio processo administrativo, no qual os interessados exerçam a mais ampla defesa por meio de contraditório pleno.

Esse também é o entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça, consoante se vê do aresto abaixo:

> "ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. ANULAÇÃO. CANDIDATOS APROVADOS E NOMEADOS. EXONERAÇÃO. DEVIDO PROCESSO LEGAL E AMPLA DEFESA. INEXISTÊNCIA. SUM. 20 E SUM. 21/STF.
> - **O pensamento construído no verbete da Súmula 473 do colendo Supremo Tribunal Federal, deve ser concebido com certa ponderação, pois, ainda que a Administração Pública tenha o poder de anular seus próprios atos, de ofício, quando eivados de ilegalidade, deve, no entanto, examinar as circunstâncias e conseqüências, com observância de requisitos formais e de conteúdo**.
> - É tema pacífico na doutrina e na jurisprudência assentada dos Tribunais que a exoneração de servidor público concursado e nomeado para cargo efetivo, mesmo no curso de estágio probatório, **deve ser efetuada com observância do devido processo legal e do princípio da ampla defesa, não podendo a Administração "ad nutum", anular concurso publico realizado, desconsiderando a situação dos candidatos em exercício, sem a instauração do procedimento administrativo próprio**.
> - **Incidência das Súmulas n.º 20 e 21 do STF**.
> - Recurso especial não conhecido."
> (STJ - 6.ª Turma, REsp 162.424/ES (1998/0005708-0), Ac. Unân. J. 14/04/1998, publ. DJ 11/05/1998, p. 173, rel. Min. Vicente Leal; **no mesmo sentido**: REsp 623.027/BA; j. 18/10/2005, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima; REsp 125.406/RS, j. 17/12/1998, rel. Min. Edson Vidigal; REsp. 106.818/PR, j. 04/03/1997, rel. Min. José Dantas; RMS 71/MA, j. 09/05/1990, rel. Min. José de Jesus Filho).

Assim, diante das Súmulas mencionadas, de plena aplicação nos dias atuais, corroboradas, inclusive, por remansosa doutrina e jurisprudência sobre a matéria, conheço dos Recursos Oficiais e Apelatórios, para rejeitar as preliminares suscitadas e, no mérito, negar-lhes provimento, mantendo as sentenças em todos os seus termos.

É como voto.

Fortaleza, 1 de setembro de 2014.

PROCESSO Nº 21728-56.2003.8.06.0000/1
APELAÇÃO CÍVEL DA COMARCA DE FORTALEZA
APELANTE/RECORRIDA ADESIVA: LATICÍNIOS BETÂNIA S/A INDÚSTRIA, PECUÁRIA E AGRICULTURA
APELADA/RECORRENTE ADESIVA: GUILHERMINA PEREIRA DE BRITO
ÓRGÃO JULGADOR: 3ª CÂMARA CÍVEL
RELATOR: DES. FRANCISCO GLADYSON PONTES

EMENTA: CIVIL. EXCLUSÃO DE LITISCONSORTES ATIVOS ULTERIORES. AFRONTA AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL E MORAL. MORTE ACIDENTAL DO EX-MARIDO DA AUTORA, OCORRIDA SOB A ÉGIDE DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. RESPONSABILIDADE FUNDADA NA PRESUNÇÃO DE CULPA DO EMPREGADOR. COMPROVAÇÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE. TEORIA DA CAUSALIDADE DIRETA E IMEDIATA. INEXISTENTES CAUSAS EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR. PENSIONAMENTO MENSAL ATÉ A IDADE EM QUE A VÍTIMA COMPLETARIA 70 ANOS DE IDADE, SEM INCIDÊNCIA DE 13º SALÁRIO, DADO O CARÁTER FIXO DA PENSÃO, NOS MOLDES DA SENTENÇA. PREJUDICADA A CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL, EM RAZÃO DA SUPERVENIÊNCIA DO TERMO FINAL DO PENSIONAMENTO. SEM RESGATE DE SEGURO DE VIDA, ATRELADO À OBRIGAÇÃO DO EMPREGADOR. DANO MORAL FIXADO DE ACORDO COM A RAZOABILIDADE. RECONHECIMENTO DE SUCUMBÊNCIA MÍNIMA. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E PROVIDO, EM PARTE. RECURSO ADESIVO CONHECIDO, EM PARTE, E PROVIDO PARCIALMENTE.

1. Litisconsórcio Ativo Ulterior. O ingresso posterior de litisconsortes facultativos fere a livre distribuição, na medida em que as novas partes estarão escolhendo o juiz para o

processamento e julgamento da causa, o que é vedado no nosso sistema processual. No caso, além disso, admitir os herdeiros (filhos) da vítima, da forma em que entraram nos autos, consistiria em burla à regular formação da relação processual, visto que não se ativeram aos requisitos da petição inicial, à disciplina da distribuição do ônus sucumbencial, mitigando o devido processo legal.

2. Responsabilidade Civil. Na vigência do Código Civil de 1916, criou-se a tese da culpa presumida do empregador para justificar sua responsabilidade. Assim, comprovado o nexo de causalidade, direto e imediato, da conduta do preposto do empregador ter resultado no evento danoso, sem a existência de excludentes de responsabilidade, restará configurado o dever de indenizar do empregador. No caso, o nexo de causalidade encontra-se devidamente comprovado, a partir das provas colacionadas aos autos, mormente pelo laudo pericial médico. Também não se desincumbiu a pessoa jurídica de comprovar qualquer causa excludente de sua responsabilidade.

3. Indenização pelo Dano Material. Pensionamento arbitrado na sentença em valor fixo até a data em que a vítima completaria 70 (setenta) anos de idade, por ser mais consentâneo à realidade atual de expectativa de vida do brasileiro, segundo dados do IBGE. Impossibilidade de acréscimo de valores, tais como 13º salário, por afronta à coisa julgada. Desnecessária a constituição de capital a fim de assegurar o pagamento da pensão arbitrada, em razão da superveniência do termo final do pensionamento. Indevido o seguro de vida, como obrigação do empregador, à viúva que, inclusive, afirma receber pensão do INSS.

4. Indenização pelo Dano Moral. Nas situações de perda de ente querido, a dor sofrida e amargada por aqueles que ficam é indizível e incomensurável, de forma que a doutrina e a jurisprudência pátrias concluíram que o dano moral advindo dela constitui-se *in re ipsa*, isto é, insuscetível de comprovação, mas deduzido, tão somente, pela regra de experiência do julgador, a indicar como consequência natural de um fato tão

grave, o sofrimento daqueles diretamente atingidos. Nesse passo não se mostra desarrazoado *quantum* indenizatório arbitrado pela juíza sentenciante, dadas as particularidades do caso concreto.

5. Reconhecida a sucumbência mínima, deverá a pessoa jurídica demandada arcar com as custas e honorários advocatícios.

6. Recurso de Apelação conhecido e provido, em parte. Recurso Adesivo conhecido, em parte, e parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, em conhecer do Recurso de Apelação, para rejeitar a preliminar e dar-lhe parcial provimento, e conhecer, em parte, do Recurso Adesivo, dando-lhe parcial provimen

Trata-se de Apelação Cível e Recurso Adesivo interpostos, respectivamente, por LATICÍNIOS BETÂNIA S/A INDÚSTRIA, PECUÁRIA E AGRICULTURA e GUILHERMINA PEREIRA DE BRITO, contra sentença, oriunda do Juízo da 9ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza, na Ação de Restauração dos Autos de Indenização por Danos Morais e Materiais, deduzida por Guilhermina Pereira de Brito contra Laticínios Betânia S/A Indústria, Pecuária e Agricultura, em razão de acidente de trabalho que teve como vítima fatal o esposo da autora da ação, Arnaldo Fernandes de Brito.

Na peça inicial, Guilhermina Pereira de Brito narra que era esposa de Arnaldo Fernandes de Brito, outrora auxiliar de expedição na sociedade acionada. Informa que seu marido faleceu no dia 30/01/1992, vítima de acidente no ambiente de trabalho, tendo sofrido traumatismo abdominal fechado com rotura de artéria aorta abdominal, em razão de ter sido esmagado por um caminhão, contra uma plataforma.

Defende a responsabilidade civil de indenizar da sociedade empresária demandada, ante a comprovada culpa do motorista que dirigia o caminhão no pátio do estabelecimento, sendo este empregado da pessoa jurídica. Afirma que tal responsabilidade decorre diretamente do art. 7º, inciso XXVIII da Constituição Federal de 1988.

Conclui que se a pessoa jurídica acionada não cumpriu com a sua obrigação de garantir segurança no ambiente de trabalho, terá o dever de indenizar, a quem de direito, pelos danos materiais e morais advindos de seu comportamento (fls. 08/14; 16/18).

Em sua peça contestatória, a sociedade acionada nega a relação empregatícia mantida com a vítima do acidente, Arnaldo Fernandes de Brito, afirmando que o incidente fora ocasionado, exclusivamente, por imprudência do falecido esposo da autora (fl. 68).

No curso do processo, tomaram parte na ação filhos menores do falecido (fls. 170/180).

Na sentença, a magistrada de piso reconheceu a responsabilidade civil da sociedade acionada, visto restar devidamente comprovado o nexo de causalidade entre a conduta culposa do empregado (motorista do caminhão) da pessoa jurídica e a morte do marido da autora.

Acrescentou a juíza ser desimportante o fato de comprovar-se ou não o vínculo empregatício da vítima fatal, tendo em vista que a fatalidade ocorreu dentro do estabelecimento empresarial.

Nesses termos, condenou a sociedade empresária ao pagamento R$ 30.000,00 (trinta mil reais), a título de danos morais, e de 01 (um) salário mínimo, a ser repartido, meio a meio, entre a autora e os filhos menores do falecido (litisconsortes), estabelecendo como limite temporal para estes últimos, a idade de 25 (vinte e cinco) anos e, para a viúva, o momento em que a vítima completar 65 (sessenta e cinco) de idade (fls. 208/212).

Nas razões da apelação, a sociedade empresária ressente-se pela condenação imposta na sentença, na medida em que diz não ter sido comprovada a relação empregatícia do motorista do caminhão em relação à pessoa jurídica, nem afastada a culpa exclusiva da vítima no evento danoso.

Assevera que o montante pecuniário da condenação atinente aos danos morais é demasiado, a considerar que a autora da ação não convivia com a vítima há mais de 20 (vinte) anos.

Em arremate, aduz inviável a admissão do litisconsórcio ativo ulterior, a partir da integração de mais três filhos menores da vítima, após a estabilização da relação processual. Assinala que tal ato configura afronta ao princípio do juiz natural.

Requer o provimento do recurso para julgar improcedentes os pedidos formulados na inicial, e, caso assim não entendido, que seja reduzido o valor da indenização (fls. 213/218).

Nas contrarrazões da apelação, a autora requer a apreciação da controvérsia objeto do agravo retido de fls. 120/123.

No mérito, acentua a tese recorrida, a afirmar que o nexo de causalidade entre a conduta (culposa) do preposto da sociedade acionada e o dano ocorrido (morte

da vítima) restou sobejamente comprovado nos autos, a partir do laudo pericial médico, dos depoimentos testemunhais, além de não ter sido infirmado pela parte autora.

Quanto ao dano moral, reafirma que o dano ocasionou-lhe intenso abalo emocional, na medida em que se trata de um ente querido, pai de seus filhos.

Por outro lado, acentua que a admissão do litisconsórcio ativo ulterior, de fato, constitui-se em burla ao sistema processual civil, até porque a situação dos referidos litisconsortes sequer fora cotejada durante a instrução processual.

Requer o improvimento do recurso apelatório (fls. 221/230).

Em sede de recurso adesivo, a autora da ação assinala a ocorrência de julgamento *citra petita*, isto é, aquém do que se encontra formulado na peça inicial. Ressente-se pela ausência de apreciação dos pedidos (ou de parte deles) formulados nas alíneas "a", "b", "c", "d" e "e", da petição inicial.

Assim, apregoa a necessidade de apreciação dos seguintes pedidos: a) inserção do décimo terceiro salário a ser auferido em seu favor; b) pensão de alimentos até o momento em que a vítima completasse 70 (setenta) anos de idade; c) determinação de garantia de um capital, na forma do art. 602 do CPC; d) pagamento de seguro; e) elevação da verba sucumbencial para 20% (vinte por cento) do valor da condenação.

Requer a reforma parcial da sentença (fls. 231/239).

Em contrarrazões, a sociedade empresária demandada corrobora as suas razões recursais, requerendo o improvimento do recurso adesivo (fls. 242/246).

É o relatório.

Incluídos em pauta para julgamento.

VOTO

Presentes os pressupostos extrínsecos e intrínsecos dos recursos, passo à análise da controvérsia.

Agravo Retido

Ressente-se a autora da ação pelo fato de a magistrada de piso ter desdobrado a audiência de instrução, a fim de ouvir o depoimento de testemunha da parte adversa, que, segundo a demandante, seria levada para a audiência, por conta da parte ré. Assim, defende que tal testemunha, por não ter comparecido ao ato audiencial, não poderia mais ser ouvida, a teor do § 1º do art. 412, do CPC, que diz: *"A parte pode comprometer-se a levar à audiência a testemunha, independentemente de intimação; presumindo-se, caso não compareça, que desistiu de ouvi-la."*

Ademais, entende que houve afronta ao princípio da audiência una, nos termos do art. 455, do CPC, a afirmar que a audiência de instrução será una e contínua.

Ora, tal questionamento formulado pela autora é, decerto, despiciendo. Primeiro, porque o próprio art. 455, do CPC, em sua segunda parte autoriza a extensão da audiência de instrução, quando for o caso, nos seguintes termos: *"Não sendo possível concluir, num só dia, a instrução, o debate e o julgamento, o juiz marcará o seu prosseguimento para dia próximo."*

Em segundo lugar, a desconsideração da oitiva da testemunha em questão em nada interferirá para modificar a condenação da parte ré, como adiante se verá, razão pela qual inexiste, mesmo, interesse jurídico da autora em pleitear nesse sentido, até porque saiu vencedora na lide. Aliás, há de preponderar, sempre, a garantia fundamental conferida às partes de produzir as provas necessárias em busca da verdade real, em detrimento de simples regra processual, excepcionada pelo próprio sistema processual civil.

Assim, não conheço do agravo retido.

Litisconsórcio Ativo Ulterior

A respeito do momento processual adequado para formação do litisconsórcio ativo facultativo, é válida a transcrição dos ensinamentos de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade: *"Formação do litisconsórcio ativo facultativo. Momento processual adequado: petição inicial. Deve ocorrer no momento do ajuizamento da ação. Proposta a ação, não é mais possível a formação do litisconsórcio ativo facultativo. Não se admite o litisconsórcio facultativo ulterior, que ofenderia o princípio do juiz natural (CF 5°, XXXVII e LIII)."* (Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante, 8ª ed., São Paulo: Ed. Rev. dos Tribunais, 2004, p. 472).

Também se manifesta pela impossibilidade da intervenção litisconsorcial facultativa ulterior o processualista Alexandre Freitas Câmara: *"Embora venha sendo aceita na prática, e encontre respaldo em boa doutrina, sempre nos pareceu que a intervenção litisconsorcial voluntária não poderia ser aceita no direito brasileiro. Tal impossibilidade decorre, a nosso juízo, do fato de que, com esta intervenção, o interveniente estaria escolhendo o juízo onde tramitaria seu processo, elegendo livremente o juiz a que sua causa será submetida, o que viola o princípio do juiz natural."* (Lições de Direito Processual Civil, 9ª ed, Ed. Lumen Juris, 2003, pg. 179/180).

Evidentemente, o ingresso posterior de litisconsortes facultativos fere a livre distribuição, na medida em que as novas partes estarão escolhendo o juiz para o processamento e julgamento da causa, o que é vedado no nosso sistema processual.

Nesse sentido, cito os seguintes precedentes do STJ:

> ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LITISCONSÓRCIO ATIVO FACULTATIVO. FORMAÇÃO APÓS A DISTRIBUIÇÃO DA AÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. PRECEDENTES.
> 1. **Não é admissível a formação de litisconsórcio ativo facultativo após o ajuizamento da ação, sob pena de violação ao princípio do juiz natural, em face de propiciar ao jurisdicionado a escolha do juiz.**
> 2. **A admissão de litisconsortes ativos facultativos deve ser requerida no momento adequado, sob pena de tumultuar a marcha do processo com a renovação de fase já superada, no caso o pedido de informações.**
> 3. Recurso provido." (REsp 24.743/RJ, 5ª Turma, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ de 14.9.1998) A questão tem sido julgada inclusive por decisões monocráticas, a exemplo das seguintes: Ag 550.335/RJ, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 11.4.2005 e Ag 550.187/RJ, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 16.2.2004.
> 3. À vista do exposto, com fundamento no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso especial.
> 4. Publique-se. Intimem-se.
> (REsp 658.174/RJ, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJ de , 21.08.2007).
>
> MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ADMINISTRADORES, AUTÔNOMOS E AVULSOS. INCONSTITUCIONALIDADE. PRESCRIÇÃO. TESE DO "CINCO MAIS CINCO". LITISCONSÓRCIO ATIVO FACULTATIVO POSTERIOR AO AJUIZAMENTO DA AÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO.
> I - **A inclusão de litisconsortes ativos facultativos em momento ulterior ao ajuizamento da ação fere o princípio do juiz natural, insculpido no art. 5º, incisos XXXVII e LIII, da CF/88, independentemente da apreciação da liminar e da efetivação da citação do réu. Precedente: REsp nº 24.743/RJ, Rel. Min. EDSON VIDIGAL, DJ de 14/09/98.**
> II - Não há que se falar em incompetência absoluta do juízo, seja material, seja funcional, suficiente para determinar a redistribuição do feito ao juiz competente (art. 113, § 2º, do CPC), na hipótese de o julgador indeferir a inclusão de litisconsortes ativos na lide, pois ocorreu, na verdade, distribuição irregularmente dirigida.
> (...)
> (REsp 931.535/RJ, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25.10.2007, DJ 05.11.2007 p. 238).

Frente a tais considerações, entendo completamente inapropriada a formação de litisconsórcio ativo ulterior, na presente ação manejada pela viúva da vítima, por significar afronta direta ao princípio constitucional do juiz natural, plasmado no art. 5º, inciso LIII, da Constituição Federal de 1988, que reza assim: *"Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente"*.

Com efeito, a situação dos autos não reclama habilitação de herdeiros da vítima, a se beneficiarem com o resultado da ação, nos termos dos arts. 1060 e seguintes do Código de Processo Civil, pois não se cuida, em absoluto, de sucessão processual. Na espécie, a pretensão dos litisconsortes, embora legítima, é inteiramente autônoma, isto é, separada da pretensão da autora, viúva do falecido trabalhador. Nessa esteira, se não houve litisconsórcio ativo inicial (art. 46, incisos II e III, do CPC), inaceitável a sua formação ulterior, de acordo com a abalizada jurisprudência supra mencionada.

É bem certo que a jurisprudência recente do STJ aponta desiderato interessante, exatamente nesses casos de indenização por danos morais, a entes queridos que têm em comum vínculo afetivo com a pessoa vitimada, a atribuir-lhes indenização de forma global. A solução proposta e aplicada em alguns casos daquela Corte Superior sopesa, a um só tempo, a extensão do dano e a conduta de seu causador, sem olvidar que tal conduta é única, e sua reprovabilidade é igualmente uma só. Dessa forma, evita-se que o causador do dano seja obrigado à compensação ilimitada e irrestrita, a partir do acionamento de múltiplas ações, com o mesmo viso ressarcitório, nos casos de famílias numerosas (REsp 1.127.913-RS, Rel. originário Min. MARCO BUZZI, Rel. para acórdão Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, julgado em 20/9/2012).

Nem por isso aqueles que não sejam abarcados pelos efeitos da sentença deixam de poder pleitear indenização em outro momento, na medida em que, nem sempre, todos os legitimados deduzirão suas pretensões a um só tempo. Assim, tendo sido a indenização fixada em valor reduzido em uma primeira ação, como na espécie, nada impede que, futuramente, outros legitimados proponham sua pretensão, de modo que a soma atingida pelas demandas – se bem conduzidas as condenações – não atinja patamares desarrazoados.

Portanto, no meu entendimento, a solução acima proposta (indenização global) somente tem cabimento quando se tem a oportunidade de julgar, por exemplo, diversas ações conexas ou de autoria múltipla (art. 46, incisos II e III, do CPC), intentadas por vários legitimados, atingidos pelo dano moral de origem comum. Fora disso, estar-se-ia a admitir burla à necessária e regular formação da relação processual, como no caso presente, em que determinados parentes da vítima simplesmente pousam de paraquedas no processo, sem se ater aos requisitos da petição inicial, à disciplina da distribuição do ônus sucumbencial, mitigando o devido processo legal. Além disso, se a admissão dos litisconsortes, na situação dos autos, fosse bem sucedida, melhor seria que ficassem apenas esperando o resultado da sentença e, ao final, exigir parcela da indenização alcançada pela autora da ação, o que seria, de todo, inadmissível, tendo em vista que a coisa julgada tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas (arts. 468 e 472, do CPC).

Nesse contexto, excluo os litisconsortes Carlos Eduardo Lima, Luiz Carlos de Lima e Fernando Henrique de Lima da lide processual.

3. Elementos da Responsabilidade Civil

No caso, o evento danoso ocorreu sob a égide do Código Civil de 1916, porém quando em vigor a Constituição Federal de 1988 que, em seu art. 7º, inciso XXVIII, atribui ao empregador a responsabilidade civil por acidente do trabalho, quando incorrer em dolo ou culpa, ainda que de natureza leve.

A responsabilidade do empregador por ato do preposto possui matriz normativa no art. 1.521, inciso III, do Código Civil de 1916:

> Art. 1.521. São também responsáveis pela reparação civil:
> [...]
> III. O patrão, amo ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou por ocasião dele.

Na vigência do Código Civil de 1916, criou-se a tese da culpa presumida do empregador para justificar sua responsabilidade, lançando-se mão também das teorias da *culpa in vigilando* e da *culpa in eligendo*, entendimento sedimentado na Súmula 341 do STF: *"É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto"*.

Dessa forma, com amparo na lei civil ao tempo da morte de Arnaldo Fernandes de Brito (1992), a responsabilidade do empregador era, em regra, subjetiva, fundada em presunção relativa de sua culpa. Nessa senda, tem-se que à autora incumbe o ônus de provar o nexo causal entre o acidente que vitimou seu falecido esposo e a conduta (culposa) do preposto (motorista) da pessoa jurídica, para quem prestava serviço, por se tratar de fato constitutivo de seu direito (art. 333, inciso I, do CPC). Por sua vez, à sociedade empresária acionada compete afastar ou mitigar o elemento da culpa, incumbindo-lhe o ônus de comprovação de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da autora (art. 333, inciso II, do CPC).

Não é o caso, portanto, de se discutir a respeito de eventual aplicação da responsabilidade objetiva prevista no art. 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002, baseada no risco da atividade econômica.

Com efeito, é suficiente "*ao autor provar o nexo causal entre o sinistro e o exercício da atividade, para que se investigue, aí sim, a hipótese de exclusão de culpa do empregador, ou, caracterizada esta, qual a sua dimensão, já que esta 4ª Turma admite*

que ela possa inclusive ser apenas concorrente, minimizando-se a responsabilidade pela indenização. Todavia, suficiente, para o autor, para a viabilização do pedido, provar tal fato, qual seja, o aludido nexo causal. Se o empregador não tem culpa alguma, ou a tem apenas parcialmente, esse ônus é seu, ou seja, de provar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, ex vi do disposto no art. 333, II, do CPC" (REsp 316.058/RJ, Quarta Turma, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, DJ de 7/10/2002).

A respeito da temática, há precedentes do STJ consagrando a orientação de que, em regra, a responsabilidade do empregador por acidente de trabalho é subjetiva, fundada em presunção relativa de culpa. A propósito, confiram-se os seguintes julgados:

> AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL E TRABALHO. ACIDENTE DE TRABALHO. **RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO EMPREGADOR. CULPA PRESUMIDA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.** MOMENTO PROCESSUAL. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SUMULAS 282 E 356 DO STF.
> 1 - **Nos acidentes de trabalho, cabe ao empregador comprovar o cumprimento das obrigações legais de preservação da integridade física do trabalhador e respeito à normas de segurança e medicina do trabalho.** Precedente específico.
> 2 - Não se conhece do recurso especial quando a decisão recorrida deixa de se manifestar acerca da questão federal suscitada.
> 3 - Agravo regimental não provido.
> (AgRg no REsp 856.791/RS, Terceira Turma, Rel. Min. PAULO DE TARSO SANSEVERINO, DJe de 26/5/2011)

> DIREITO CIVIL. ACIDENTE DO TRABALHO. INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR. NATUREZA. PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE FÍSICA DO EMPREGADO. PRESUNÇÃO RELATIVA DE CULPA DO EMPREGADOR. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.
> - O art. 7º da CF se limita a assegurar garantias mínimas ao trabalhador, o que não obsta a instituição de novos direitos – ou a melhoria daqueles já existentes – pelo legislador ordinário, com base em um juízo de oportunidade, objetivando a manutenção da eficácia social da norma através do tempo.
> - A remissão feita pelo art. 7º, XXVIII, da CF, à culpa ou dolo do empregador como requisito para sua responsabilização por acidentes do trabalho, não pode ser encarada como uma regra intransponível, já que o próprio *caput* do artigo confere elementos para criação e alteração dos direitos inseridos naquela norma, objetivando a melhoria da condição social do trabalhador.
> - Admitida a possibilidade de ampliação dos direitos contidos no art. 7º da CF, é possível estender o alcance do art. 927, parágrafo único, do CC/02

> – que prevê a responsabilidade objetiva quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para terceiros – aos acidentes de trabalho.
> - A natureza da atividade é que irá determinar sua maior propensão à ocorrência de acidentes. O risco que dá margem à responsabilidade objetiva não é aquele habitual, inerente a qualquer atividade. Exige-se a exposição a um risco excepcional, próprio de atividades com elevado potencial ofensivo.
> **- O contrato de trabalho é bilateral sinalagmático, impondo direitos e deveres recíprocos. Entre as obrigações do empregador está, indubitavelmente, a preservação da incolumidade física e psicológica do empregado no seu ambiente de trabalho.**
> **Nos termos do art. 389 do CC/02 (que manteve a essência do art. 1.056 do CC/16), na responsabilidade contratual, para obter reparação por perdas e danos, o contratante não precisa demonstrar a culpa do inadimplente, bastando a prova de descumprimento do contrato. Dessa forma, nos acidentes de trabalho, cabe ao empregador provar que cumpriu seu dever contratual de preservação da integridade física do empregado, respeitando as normas de segurança e medicina do trabalho. Em outras palavras, fica estabelecida a presunção relativa de culpa do empregador.** Recurso especial provido.
> (REsp 1.067.738/GO, Terceira Turma, Rel. Min. SIDNEI BENETI, Rel. p/ acórdão Min. NANCY ANDRIGHI, DJe de 25/6/2009)

Na hipótese, é incontroverso o nexo de causalidade entre o acidente que vitimou Arnaldo Fernandes de Brito (dano) e o trabalho que, na ocasião, desenvolvia certo motorista em favor da sociedade demandada (conduta). De fato, restou fartamente identificado que a morte da vítima foi ocasionada pela conduta (culposa) do motorista que prestava serviços à pessoa jurídica, no momento em que manobrava caminhão no pátio do estabelecimento da sociedade empresária, vindo a atingi-la, de forma fatal.

Por outro lado, a pessoa jurídica acionada não se desincumbiu de comprovar a culpa exclusiva ou concorrente da vítima, de forma que, pelos depoimentos testemunhais colhidos durante a instrução probatória, verifico que o evento danoso decorreu do fato de não terem sido tomadas as cautelas necessárias à realização da manobra do veículo guiado pelo referido motorista (fls. 99/100; 111; 124; 128).

À vista desses elementos de prova, inobstante a possibilidade de o sinistro ter ocorrido em função de displicência (descuido) cometida pelo motorista que prestava serviços à pessoa jurídica demandada, essa hipótese seria absorvida pela incontestável responsabilidade civil da sociedade empresária, vez que, como dito, provado que está o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso, é presumida a sua culpa, a partir da atuação do motorista que lhe prestava serviço, tudo em razão do seu dever de garantir a segurança daqueles que trabalham em seu benefício.

Na legislação civil brasileira, houve adoção da teoria da causalidade direta e imediata. Previa o art. 1.060 do Código Civil de 1916 que, *"ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direta e imediato."* Esse dispositivo foi reproduzido pelo art. 403 do Código Civil de 2002.

Portanto, somente estará configurado o nexo de causalidade a ensejar a responsabilidade civil do agente quando a conduta ou omissão por ele (ou seu preposto) perpetrada for determinante e diretamente ligada ao dano.

Na lição de CAVALIERI FILHO:

> 12 A teoria acolhida pelo nosso Direito Civil
>
> "Os nossos melhores autores, a começar por Aguiar Dias, sustentam que, enquanto a teoria da equivalência das condições predomina na esfera penal, **a da causalidade adequada é a prevalecente na órbita civil. Logo, em sede de responsabilidade civil, nem todas as condições que concorrem para o resultado são equivalentes (como no caso da responsabilidade penal), mas somente aquela que foi a mais adequada a produzir concretamente o resultado. Além de se indagar se uma determinada condição concorreu concretamente para o evento, é ainda preciso apurar se, em abstrato, ela era adequada a produzir aquele efeito.** Entre duas ou mais circunstâncias que concretamente concorreram para a produção do resultado, causa adequada será aquela que teve interferência decisiva.
> (...)
> De se ressaltar que a expressão **'efeito direito e imediato' não indica a causa cronologicamente mais ligada ao evento, temporalmente mais próxima, mas sim aquela que foi a mais direta, a mais determinante segundo o curso natural e ordinário das coisas.** Com frequência a causa temporalmente mais próxima do evento não é a mais determinante, caso em que deverá ser desconsiderada, por se tratar de mera concausa".
> (*in* Programa de Responsabilidade Civil, 9ª ed., rev. e ampl., São Paulo: Atlas, 2010, pp. 49-52 - grifou-se)

In casu, resta claro, a partir do Auto de Exame de Acidente no Trabalho (Morte), que Arnaldo Fernandes de Brito morreu em razão de traumatismo abdominal fechado com rotura de artéria aorta abdominal, resultado direto do acidente, por si só (fl. 81).

Nesse contexto, reconheço o nexo de causalidade entre a conduta (culposa) do motorista (preposto da pessoa jurídica) e o resultado danoso que vitimou Arnaldo Fernandes de Brito, sem excludentes de ilicitude, razão pela qual é de direito a fixação de justa indenização, material e moral, em favor da viúva do falecido trabalhador.

Dano Material

Quanto ao pensionamento mensal, a instância de primeiro grau o reconheceu, tendo a magistrada *a quo* fixado pensão mensal de 01 (um) salário mínimo, até a data em que a vítima completasse 65 (sessenta e cinco) anos de idade.

Nesse grau recursal, impõe-se, entrementes, modificação parcial desse capítulo da sentença. Ora, tendo em vista a exclusão dos litisconsortes ativos, tal pensão deverá reverter-se, integralmente, em benefício da autora da ação, até a data em que Arnaldo Fernandes de Brito completaria 70 (setenta) anos de idade.

A jurisprudência do STJ tem, paulatinamente, abandonado a presunção de que a vítima viveria até os 65 (sessenta e cinco) anos de idade, em vista a notória elevação da expectativa de vida do brasileiro.

Assim ficou estabelecido no REsp 164.824/RS, Rel. MIN. SALVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 06/05/1999:

> Não obstante ter a jurisprudência desta Corte, na maioria dos casos, fixado, para fins de indenização, como tempo provável de vida do falecido, a idade de 65 anos, certo é que tal orientação não é absoluta, servindo apenas como referência, não significando que seja tal patamar utilizado em todos os casos, notadamente naqueles em que a vítima já possua idade avançada.

Tem-se, de regra, adotado tabela de expectativa de vida elaborada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE - para se estimar o tempo de sobrevida a partir de determinada idade.

Nesse sentido, confira-se, a título de exemplo, o REsp 268265/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 04/04/2002, DJ 17/06/2002 p. 268, e mais recentemente o REsp 503.046/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 28/04/2009, DJe 25/05/2009.

No caso ora em exame, o *de cujus* faleceu aos 54 (cinquenta e quatro) anos de idade, em 1992, e, segundo a tabela elaborada pelo IBGE, a expectativa de sobrevida de indivíduos dessa faixa etária, supera 70 (setenta) anos de idade. Porém, no caso concreto, o pensionamento mensal deve ser pago até a data em que o falecido completaria 70 (setenta) anos de idade, porque foi esse o pedido deduzido na inicial.

Relativamente à percepção de 13º salário, não merece razão a tese da autora. Isso porque a fixação da pensão de alimentos mensal foi arbitrada com base no salário mínimo. Assim, no caso em que os alimentos tenham sido arbitrados pela juíza

em valor fixo correspondente a 01 (um) salário mínimo a ser pago em periodicidade mensal, a alimentanda não tem direito a receber, com base na sentença, que, no ponto, transitou em julgado, quaisquer acréscimos não previstos no título judicial.

Se a magistrada sentenciante arbitrou os alimentos em valor fixo à luz das circunstâncias do caso concreto, há de se presumir que esse foi o método por ela considerado como o mais adequado, inclusive previsto pelo art. 475-Q, § 4º, do CPC. Assim, o débito alimentar arbitrado em valor fixo — por sentença cujo capítulo transitou em julgado — deve ser pago pelo montante e na exata periodicidade constante no título judicial, revelando-se ofensa à coisa julgada a determinação para que o valor arbitrado seja pago a propósito do recebimento de outras verbas. Nesse sentido: REsp 1.091.095-RJ, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, julgado em 16/4/2013.

Ainda sobre a temática do adequado pensionamento, observo que a vítima, se viva fosse, contaria, atualmente, 76 (setenta e seis) anos de idade (fl. 106), portanto, a autora não mais faz jus ao benefício mensal telado, razão pela qual julgo prejudicado o pedido relacionado à constituição de capital, capaz de assegurar o pagamento do valor mensal da pensão (arts. 462, 475-Q e 602, do CPC).

Improcede a alegação de que cabia à ré manter um seguro de vida em favor de seu empregado. O seguro contra acidentes de trabalho, mencionado no art. 7º, XXII, da Constituição Federal de 1988, constitui-se na contribuição à Previdência Social, visando à percepção de benefícios junto a esta última. No caso em tela, a autora, como afirmado na resposta à fl. 77 dos autos, obteve pensão junto ao INSS, decorrente do falecimento do esposo.

Nesses termos, deverá prevalecer, a título de pensionamento mensal, o valor de 01 (um) salário mínimo, devido a partir da data do falecimento até a data em que a vítima completaria 70 (setenta) anos de idade, sendo os valores atrasados pagos com correção monetária e juros moratórios de 0,5% ao mês, desde a data do evento danoso até a entrada em vigor do Código Civil de 2002 (Súmulas 43 e 54 do STJ), quando, então, submeter-se-ão à regra contida no art. 406 deste último Diploma Legal, a qual, de acordo com precedente do STJ, corresponde à Taxa Selic, ressalvando-se que a correção monetária, que incidiria a partir desta data de fixação, está abrangida na Selic, pois é fator que já a compõe.

Nesse diapasão, confiram-se os seguintes precedentes: REsp 717.425/SP, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJ 31.03.2008; REsp 240.406/RJ, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, DJ 01.02.2006; , REsp 569.351/MG, Rel. Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, DJ 04.04.2005; REsp 286.337/RJ, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, DJ 02.08.2004.

Dano Moral

Aduz a sociedade empresária demandada ser exacerbado o *quantum* indenizatório, arbitrado a título de dano moral, sofrido pela viúva da vítima, autora da ação. Para tanto, afirma que as partes estiveram separadas por cerca de 20 (vinte) anos, antes da morte do trabalhador vitimado, razão pela qual não haveria de se falar em dano moral, ou, ainda que admissível, deveria ser mínimo.

Ora, é cediço que nas situações que tais, de perda de ente querido, a dor sofrida e amargada por aqueles que ficam é indizível e incomensurável, de forma que a doutrina e a jurisprudência pátrias concluíram que o dano moral advindo dela (da perda do ente querido) constitui-se *in re ipsa*, isto é, insuscetível de comprovação, mas deduzido, tão somente, pela regra de experiência do julgador, a indicar como consequência natural de um fato tão grave, o sofrimento daqueles diretamente atingidos.

Nesse aspecto o STJ decidiu que, "*quanto ao dano moral não há que se falar em prova, deve-se, sim, comprovar o fato que gerou a dor, o sofrimento, sentimentos íntimos que o ensejam. Provado o fato, impõe-se a condenação"* (cf. AGA 356447-RJ, DJ 11.6.2001). Também nesse sentido: (AgRg no AREsp 513.872/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/06/2014, DJe 25/06/2014).

No caso, como alhures mencionado, restou fartamente comprovada a morte acidental do ex-esposo da autora, vitimado a partir da conduta de preposto, vinculado, ainda que indiretamente, à pessoa jurídica, sem comprovação de qualquer causa de excludente da responsabilidade da sociedade acionada. Dessa forma, em face das circunstâncias do caso concreto, é presumida a dor sentida pela autora, mãe de 08 (oito) filhos com o falecido trabalhador.

Inobstante, convém analisar, a partir das circunstâncias do caso telado, se o *quantum* indenizatório arbitrado, a título de danos morais, é razoável e proporcional.

A propósito, é a lição de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA (*in* Responsabilidade Civil, 4ª ed., 1993, p. 60), nos seguintes termos:

> **"A vítima de uma lesão a algum daqueles direitos sem cunho patrimonial efetivo, mas ofendida em um bem jurídico que em certos casos pode ser mesmo mais valioso do que os integrantes de seu patrimônio, deve receber uma soma que lhe compense a dor ou o sofrimento, a ser arbitrada pelo juiz, atendendo às circunstâncias de cada caso, e tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido. Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva."**

Verifico, nesse contexto, bem aplicada a quantificação do dano, pois não se mostra exacerbada, considerando o fato de que, eventualmente, se ainda houver tempo, poderão demandar outros legitimados, em busca da reparação dos danos morais.

Outrossim, é bem de se ver que a autora não requereu aumento da verba indenizatória. Por outro lado, é comum verificar, mormente na jurisprudência do STJ, fixação de 300 (trezentos) a 500 (quinhentos) salários mínimos, em casos semelhantes, em que parentes experimentam a dor da perda de ente querido. Assim, é que entremostra-se irreprochável a fixação do *quantum* indenizatório, plasmado na decisão recorrida, que deverá reverter inteiramente em prol da autora, dada a exclusão dos litisconsortes ativos.

Quanto ao termo inicial de incidência dos consectários legais sobre o montante fixado de R$ 30.000,00 (trinta mil reais), deverá incidir juros moratórios de 0,5% ao mês, desde a data do falecimento da vítima até a entrada em vigor do Código Civil de 2002 (Súmulas 43 e 54 do STJ), quando, então, submeter-se-ão à regra contida no art. 406 deste último Diploma Legal, a qual, de acordo com precedente do STJ, corresponde à Taxa Selic, ressalvando-se que a correção monetária, que incidirá a partir da data desta decisão (Súmula 362 do STJ), está abrangida na Selic, pois é fator que já a compõe.

Honorários Advocatícios

Eis o capítulo da sucumbência: *"... verba honorária da ordem de 10% sobre o valor da condenação, vale dizer, todas as vencidas e um ano das vincendas, além da indenização moral, sobre a qual também deve recair o mesmo percentual."* (fls. 208/212).

O juiz *a quo* arbitrou verba sucumbencial de 10% (dez por cento) sobre o valor (parcial) da condenação, significando quantia razoável e proporcional ao trabalho desenvolvido pelo advogado da parte sucumbente, nos termos do § 3º do art. 20, do CPC, que assenta:

> **Art. 20 [...]**
> **§ 3º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação, atendidos:**
> **a) o grau de zelo do profissional;**
> **b) o lugar de prestação do serviço;**
> c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

Acontece que, no atual momento processual, não existem mais parcelas a vencer, relativamente ao pensionamento mensal fixado, que, como visto, é parte da base de cálculo da verba honorária. Dessa forma, sendo razoável o arbitramento em comento, e mínima a sucumbência da autora (art. 21, parágrafo único, do CPC), apenas reajusto o capítulo da sucumbência, a teor do art. 462, do CPC, devendo prevalecer os honorários advocatícios, na base de 10% (dez por cento) sobre o valor das parcelas vencidas até 01 (um) ano após a data da sentença, incidindo, ainda, sobre o montante da indenização fixada a título de dano moral.

Dispositivo

Diante do exposto:

1) REJEITO A PRELIMINAR consubstanciada no pedido contido no Agravo Retido, interposto pela autora da ação;

2) CONHEÇO do Recurso de Apelação, para:

a) excluir da lide os litisconsortes ativos ulteriores, Carlos Eduardo Lima, Luiz Carlos de Lima e Fernando Henrique de Lima;

b) confirmar a responsabilidade civil da sociedade empresária Laticínios Betânia S/A Indústria, Pecuária e Agricultura, em razão da morte acidental do ex-marido da autora da ação, Guilhermina Pereira de Brito;

c) manter a indenização arbitrada a título de dano moral, devendo incidir sobre o montante fixado na sentença juros moratórios de 0,5% ao mês, desde a data do falecimento da vítima até a entrada em vigor do Código Civil de 2002 (Súmulas 43 e 54 do STJ), quando, então, submeter-se-ão à regra contida no art. 406 deste último Diploma Legal, a qual, de acordo com precedente do STJ, corresponde à Taxa Selic, ressalvando-se que a correção monetária, que incidirá a partir da data desta decisão (Súmula 362 do STJ), está abrangida na Selic, pois é fator que já a compõe.

3) CONHEÇO, EM PARTE, do Recurso Adesivo, para:

a) excluir da lide os litisconsortes ativos ulteriores, Carlos Eduardo Lima, Luiz Carlos de Lima e Fernando Henrique de Lima;

b) estender a indenização pelo dano material sofrido pela autora, no valor de 01 (um) salário mínimo, até a data em que a vítima completaria 70 (setenta) anos de idade, sendo os valores atrasados pagos com correção monetária e juros moratórios de 0,5% ao mês, desde a data do evento danoso até a entrada em vigor do Código Civil de

2002 (Súmulas 43 e 54 do STJ), quando, então, submeter-se-ão à regra contida no art. 406 deste último Diploma Legal, a qual, de acordo com precedente do STJ, corresponde à Taxa Selic, ressalvando-se que a correção monetária, que incidiria a partir desta data de fixação, está abrangida na Selic, pois é fator que já a compõe;

c) indeferir os pedidos de resgate de seguro de vida e adicionais de 13º salário;

d) julgar prejudicada a constituição de capital a fim de garantir o pagamento do pensionamento mensal (art. 462, do CPC).

Reconhecida a sucumbência mínima da autora (art. 21, parágrafo único, do CPC), mantenho os honorários advocatícios na base de 10% (dez por cento), porém sobre o valor das parcelas vencidas do pensionamento mensal até 01 (um) ano após a data da sentença, incidindo, ainda, sobre o montante da indenização fixada a título de dano moral.

É como voto.

Fortaleza, 18 de agosto de 2014.

PROCESSO Nº 376768-49.2000.8.06.0001/1
APELAÇÃO DA COMARCA DE FORTALEZA
APELANTE: ESTADO DO CEARÁ
APELADO: JOAQUIM ARIALDO SOUSA CAFÉ
RELATOR: DES. FRANCISCO GLADYSON PONTES

EMENTA: ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. EXAME PSICOTÉCNICO. CRITÉRIOS OBJETIVOS NÃO DEMONSTRADOS. PLENA POSSIBILIDADE DE RECURSO. INEXISTENTE. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. NULIDADE DA AVALIAÇÃO PSICOLÓGICA DO CANDIDATO, QUE DEVERÁ SE SUBMETER A NOVO EXAME, OPORTUNAMENTE. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. É legítima a realização de exame psicotécnico em concurso público, desde que haja previsão legal e editalícia de sua exigência, emprego de critérios objetivos e decisão fundamentada, com expressa disposição de cabimento de recurso. Todavia, no caso, o apelado foi excluído do certame, após a realização da Avaliação Psicológica, sem a observância do dever de fundamentação do ato administrativo, dificultando, desse modo, a interposição de recurso contra a suposta inaptidão, o pleno exercício das garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Precedentes do STJ.

2. Sentença mantida no sentido de tornar nulo o exame psicotécnico do recorrido, devendo ser submetido a novo exame, oportunamente, desde que comprovada a sua aprovação nas demais etapas do certame. Precedentes do STJ.

3. Recurso de Apelação conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, em conhecer do Recurso

de Apelação, negando-lhe provimento, nos termos do voto do desembargador Relator, parte desta decisão.

Fortaleza, 18 de agosto de 2014.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta pelo ESTADO DO CEARÁ, contra sentença oriunda do Juízo da 6ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza, proferida nos autos da Ação Ordinária nº 376768-49.2000.8.06.0001/0, deduzida por JOAQUIM ARIALDO SOUSA CAFÉ, que julgou procedente o pedido inicial, tornando nulo o Exame Psicotécnico, relativamente ao autor, referente ao Concurso Público para Provimento de Agente Penitenciário do Estado do Ceará, ano 1998.

Narra o autor, na peça inaugural, que foi desclassificado na segunda etapa do concurso público em liça, por ter sido considerado inapto na Avaliação Psicológica, prevista no Edital de Abertura do certame.

Insatisfeito, alega que tentou recorrer administrativamente, porém afirma que a Administração sequer recebeu o pleito recursal, razão pela qual manejou a presente ação, buscando provimento judicial no sentido de obter a nulidade do Exame Psicotécnico, tendo em vista a ausência de contraditório e ampla defesa, contra o ato administrativo que o eliminou do concurso, insuficientemente fundamentado (fls. 02/06).

Nesse contexto, o juízo *a quo* concedeu a tutela antecipada, em favor do recorrido, autorizando a sua inclusão no Curso de Treinamento Específico na Área, que faz parte da segunda etapa do concurso público (fls. 23/26).

Na sentença, o juiz de piso confirmou a antecipação da tutela. Consignou a legalidade da previsão do exame psicotécnico nos editais dos concursos públicos, desde que observados critérios de avaliação objetivos, os quais não foram evidenciados no caso telado (fls. 123/126).

Irresignado, o Estado do Ceará argui, preliminarmente, impossibilidade jurídica do pedido, a considerar que o Poder Judiciário apenas poderá imiscuir-se nos atos da Administração quando eivados de ilegalidade, situação inocorrente na espécie, vez que o Exame Psicotécnico questionado encontra-se previsto no Edital do concurso, não podendo o Judiciário substituir-se à Banca Examinadora do certame, a fim de considerar apto o recorrido, na indigitada Avaliação Psicológica.

Sustenta, outrossim, que não poderia o apelado discutir normas editalícias após a sua reprovação no concurso público, cujas regras foram por ele aceitas, a partir da sua inscrição no certame.

No mérito, aponta a legalidade da Avaliação Psicológica nos concursos públicos para provimento de cargos no âmbito do Estado do Ceará, vez que o Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado (Lei Estadual nº 9.826/74) não veda tal proceder, enumerando requisitos não taxativos, necessários à consecução dos diversos certames públicos. Nesse sentido, afirma que a lei conferiu plena discricionariedade à Administração, ao eleger as formas de admissão ao serviço público, atentas às idiossincrasias de cada cargo.

Defende a observância aos princípios da vinculação ao edital e da isonomia, não sendo legítima a pretensão do autor em ver anulado seu Exame Psicotécnico, quando vários candidatos, também reprovados, não serão alcançados.

Requer o provimento do recurso para que seja inteiramente reformada a sentença (fls. 127/144).

O Procurador de Justiça, na linha do que restou decidido na sentença, pugnou pelo improvimento da apelação.

É o relatório.

Incluídos em pauta para julgamento.

VOTO

Presentes os pressupostos extrínsecos e intrínsecos do recurso, passo à análise da controvérsia.

De saída, afirmo que as preliminares apontadas pelo Estado do Ceará, em verdade, se confundem com o mérito recursal, razão pela qual serão analisadas em conjunto com a controvérsia posta.

O STJ consolidou o entendimento de que a legalidade do exame psicotécnico ou avaliação psicológica em provas de concurso público está submetida à previsão legal, objetividade dos critérios adotados e possibilidade de revisão do resultado obtido pelo candidato.

Cito precedentes:

> ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. EXAME PSICOTÉCNICO. CRITÉRIOS SUBJETIVOS. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE EM MANDADO DE SEGURANÇA.
> 1. **O STJ firmou o entendimento de que a legalidade do exame psicotécnico em provas de concurso público está submetida a previsão legal, objetividade dos critérios adotados e possibilidade de revisão do resultado obtido pelo candidato.**

2. *In casu*, não há nos autos prova pré-constituída capaz de averiguar a alegação do impetrante/recorrente de que os métodos utilizados no teste psicológico não foram objetivos.
3.Recurso Ordinário não provido.
(RMS 33.650/PA, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/06/2011, DJe 01/09/2011)

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. EXAME PSICOTÉCNICO. CARÁTER SUBJETIVO DO EXAME. ANULAÇÃO. NECESSIDADE DE NOVO EXAME.
1. **Declarada a nulidade do teste psicotécnico, em razão de falta de objetividade, deve o candidato submeter-se a novo exame.**
2. O STJ tem se firmado no sentido de que, tendo em vista o estado de flagrante ilegalidade consistente em nomeação direta a cargo público de candidato que não preencheu todos os requisitos legais e exigidos no edital, e a finalidade precípua do concurso, que é de possibilitar a admissão dos mais capacitados e a candidatura de todos os administrados ao exercício dos cargos públicos em igualdade de condições, em observância princípio da isonomia.
3. Há entendimento consolidado nesta Corte de que, quando a divergência pretoriana for notória, ou seja, o acórdão recorrido esteja colidindo de modo frontal com a jurisprudência dominante na Corte, abrandam-se as exigências regimentais.
Agravo regimental improvido.
(AgRg no REsp 1198162/DF, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/12/2010, DJe 14/12/2010)

AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. EXAME PSICOTÉCNICO. ILEGALIDADE NO EDITAL DO CERTAME. DECADÊNCIA CONFIGURADA. EXAME DE CARÁTER OBJETIVO E RECORRÍVEL. PREVISÃO LEGAL. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.
1. Não há como abrigar agravo regimental que não logra desconstituir os fundamentos da decisão atacada.
2. Consoante o entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça, tratando-se de mandado de segurança cujo fundamento se dirige contra as disposições do instrumento convocatório, o termo inicial para a impetração é a data de publicação do edital.
3. **O acórdão recorrido encontra-se em conformidade com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que é legítima a realização de exame psicotécnico em concurso público, desde que haja previsão legal e editalícia de sua exigência, emprego de critérios objetivos e decisão fundamentada, com expressa disposição de cabimento de recurso.**
4. Agravo regimental improvido.
(AgRg no RMS 29.979/MS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 04/12/2012, DJe 14/12/2012).

Aliado a tais requisitos, aquela Corte Superior também considera que uma vez declarada a nulidade do teste psicotécnico, deve o candidato se submeter a outro exame (Precedentes: REsp 1.321.247/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 14.8.2012; AgRg no AgRg no REsp 1.197.852/DF, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe 22.3.2011; AgRg no REsp 1.198.162/DF, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe 14.12.2010; e REsp 1.250.864/BA, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, DJe 1º.7.2011).

No caso em tablado, a sentença mostra-se, pois, irreprochável.

Com efeito, não se está a falar da inadmissibilidade do exame psicotécnico, propriamente, mas da ausência de legítima oportunização de defesa aos candidatos quanto aos pontos de insurgência relativos ao Exame Psicotécnico ao qual foi submetido o recorrido, exigido no edital. Realmente, a Avaliação Psicológica em voga encontra apoio no edital, cujas regras vinculam tanto a Administração Pública quanto os candidatos (Precedentes: AgRg no RMS 40.615/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 07.09.2013, DJe 25.09.2013; EDcl no AgRg no REsp 1.285.589/CE, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, Rel. P/ Acórdão Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11.06.2013, DJe 01.07.2013).

Acontece que, muito embora afirme o ente estatal acerca da existência de critérios objetivos, plasmados no edital, para aferição das condições de adaptabilidade dos candidatos, o certo é que a realidade dos fatos não demonstra tal assertiva. Malgrado aponte a oportunização de recurso administrativo por parte do apelado, a satisfazer o seu direito de recorrer, verifico, em verdade, debilidade na fundamentação aposta pela Administração Pública, ao considerar a inaptidão do apelado para o cargo de Agente Penitenciário.

Isso porque o Laudo Psicológico divulgado (fls. 51/52) não é específico, relativamente aos critérios utilizados para aferição da adaptabilidade do candidato, a ponto de lhe possibilitar pleno contraditório quanto aos pontos de insurgência. Dessa feita, o recorrido não teve nem como se defender ou contra-argumentar, dada a natureza genérica do laudo conclusivo.

Nesse particular, cito os seguintes arestos do STJ:

> EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL. ADMINISTRATIVO. APLICAÇÃO DA SÚMULA N.º 7 DO STJ. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. MATÉRIA NÃO VENTILADA NAS

RAZÕES DO AGRAVO REGIMENTAL. CONCURSO PÚBLICO. EXAME PSICOTÉCNICO. PREVISÃO LEGAL. EXISTÊNCIA. CARÁTER SUBJETIVO E SIGILOSO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE NOVO EXAME, MEDIANTE A OBSERVÂNCIA DE CRITÉRIOS OBJETIVOS. PRECEDENTES.

1. Impróprio alegar-se, em sede de embargos de declaração, omissão quanto à matéria não ventilada pelo agravo regimental. Desse modo, não prosperam os embargos de declaração, no que se prende à tese de aplicação da Súmula n.º 7 do STJ.

2. O Superior Tribunal de Justiça firmou compreensão segundo a qual é inadmissível a prevalência de sigilo e subjetivismo nos exames de avaliação psicológica, sob pena de o candidato idôneo ficar à mercê do avaliador, em clara ofensa aos princípios da legalidade e da impessoalidade. Precedentes.

3. **Reconhecida a existência de vícios na realização do exame psicotécnico, necessária a recomendação de que o candidato se submeta a nova avaliação. Nesse sentido: "Declarada a nulidade do teste psicotécnico, em razão da falta de objetividade, deve o candidato submeter-se a novo exame. Agravo regimental parcialmente provido".** (AgRg no Ag 1.291.819/DF, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 8/6/2010, DJe 21/6/2010).

4. Embargos declaratórios parcialmente acolhidos para acrescer ao *decisum* a determinação de realização de novo exame psicotécnico, por parte do recorrente, avaliação esta que deverá se basear em critérios objetivos previamente estabelecidos pela Administração, sendo o resultado passível, ainda, de recurso pelo interessado.

(EDcl no AgRg no REsp 1100517/PE, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 26/10/2010, DJe 22/11/2010)

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. PERITO CRIMINAL E TÉCNICO. PRETENSÃO DE DECLARAÇÃO DE NULIDADE DO EXAME PSICOTÉCNICO. NOMEAÇÃO DA RECORRENTE EM RAZÃO DO DEFERIMENTO DA MEDIDA LIMINAR. EXTINÇÃO DO PROCESSO, SEM JULGAMENTO DO MÉRITO, COM FUNDAMENTO NA PERDA DO OBJETO. SUBSISTÊNCIA DO INTERESSE DE AGIR. INSTABILIDADE DA NOMEAÇÃO. PRECARIEDADE DA DECISÃO JUDICIAL EMERGENCIAL. CAUSA MADURA. APLICAÇÃO DO ART. 515, § 3º. DO CPC. RECURSO PROVIDO.

1. A nomeação da recorrente em razão do deferimento da medida liminar, que permitiu a sua participação no Curso de Formação, no qual logrou aprovação em 1º. lugar, não revela a superveniente falta de interesse de agir, haja vista que a ação mandamental não se exaure com a decisão precária, nem o decurso do tempo é causa extintiva do direito vindicado.

2. No caso, somente se poderia considerar perecido o objeto se a Administração, por ato geral, tivesse extinguido a causa da impetração, a dizer, caso tivesse declarado a nulidade em abstrato do ato que excluiu a recorrente do certame (exame psicotécnico), de modo a cessar todos os seus efeitos.

> 3. O mérito deve ser examinado, após a cognição exauriente, para conferir estabilidade e definitividade ao direito invocado, em caso de concessão da segurança, ou para restabelecer o *status quo ante*, na hipótese de indeferimento do pedido. A ausência de declaração formal da nulidade do psicoteste, torna instável e precária a situação jurídica da recorrente, que pode vir a ser exonerada e ter de recorrer, novamente, ao Judiciário.
> 4. Por se tratar de Mandado de Segurança, cujo deslinde pressupõe a existência de prova pré-constituída, cabível a aplicação do disposto no art. 515, § 3º. do CPC, que permite ao Tribunal manifestar-se desde logo acerca da questão de fundo da lide quando exclusivamente de direito ou, se de fato, não houver necessidade de produção de novas provas.
> 5. **Admite-se a exigência de aprovação em exame psicotécnico para preenchimento de cargo público, desde que claramente previsto em lei e pautado em critérios objetivos, possibilitando ao candidato o conhecimento da fundamentação do resultado, a fim de oportunizar a interposição de eventual recurso. A ausência de fundamentação do ato administrativo que declarou a inaptidão da candidata para o cargo acarreta sua nulidade por ofensa aos princípios constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa.**
> 6. Recurso Ordinário provido para afastar a extinção do processo sem julgamento de mérito em relação a ora Recorrente e, desde já, conceder-lhe a segurança da mesma forma como deferida aos demais impetrantes.
> (RMS 28536/BA, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 14/05/2009, DJe 15/06/2009)

Decerto que o candidato reprovado tem o direito de saber, exatamente, porque foi tido como não recomendado para o prosseguimento no concurso público. Faltou, pois, a imprescindível motivação do ato administrativo que eliminou o recorrido do mencionado concurso público.

Tenho, assim, que a ausência de fundamentação do indigitado ato que declarou a inaptidão do apelado para o cargo de Agente Penitenciário acarreta sua nulidade por ofensa aos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, sendo certo que deverá ser submetido a nova avaliação, pautada por critérios objetivos e assegurada a ampla defesa, tal como disposto na sentença objurgada.

No tocante à alegada afronta ao princípio da igualdade, em relação aos demais candidatos reprovados, é de se ter em mente a clara ausência de interesse de agir de tais candidatos, que, da mesma forma que teve chance o apelado, também poderiam ter batido às portas do Poder Judiciário para fazer valer pretenso direito (art. 5º, XXXV, da CF/88).

Diante do exposto, **CONHEÇO** do Recurso de Apelação, **NEGANDO-LHE PROVIMENTO**, para confirmar a sentença recorrida, no sentido de tornar nulo o Exame Psicotécnico ao qual se submeteu o apelado, devendo o candidato submeter-se a nova Avaliação Psicológica, pautada por critérios objetivos e assegurada ampla defesa, condicionada à comprovação cabal de sua aprovação nas demais fases do concurso público.

É como voto.

Fortaleza, 18 de agosto de 2014.

PROCESSO: 0527027-56.2000.8.06.0001 - APELAÇÃO
APELANTE: ESTADO DO CEARÁ
APELADOS: RAQUEL CARNEIRO DE SOUZA, MARIA JOSÉ ALVES, MARIA CONSUELA DA SILVA REPRESENTADO POR
FABIA SUDERLY DA SILVA CARLOS E MARIA BERNARDETE DE SOUZA MONTEIRO
RELATORA: DESA. MARIA NAILDE PINHEIRO NOGUEIRA

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. ADMINISTRATIVO. POLICIAL MILITAR. PENSÃO POR MORTE. VIÚVAS PUGNANDO POR ASSEGURAR REVERSÃO ÀS FILHAS MAIORES. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA REJEITADA. APLICAÇÃO DA LEI ESTADUAL Nº 10.972/84, EM VIGOR NA DATA DO ÓBITO DO MILITAR SEGURADO. SÚMULA Nº 340 DO STJ. PRECEDENTES. SENTENÇA MANTIDA. APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDA E DESPROVIDA.

1.Inicialmente, rejeita-se a preliminar de ilegitimidade ativa, por entender-se que há interesse jurídico das demandantes em ver reconhecido e declarado direito de cunho previdenciário, hoje titularizado por aquelas, às suas filhas.

2.No mérito, é cediço que o direito à pensão por morte de ex-militar é regido pela Lei em vigor à época do óbito do segurado. Súmula nº 340 do STJ.

3.*In casu,* tratando-se de reversão da pensão às filhas maiores de ex policial militar, o benefício deverá ser regido pela Lei Estadual nº 10.972/84, vigente quando do falecimento daquele, que elenca as filhas em qualquer condição como aptas a herdar a pensão. Inaplicável, portanto, a Lei Complementar Estadual nº 21/2000, uma vez que posterior à data do óbito do segurado.

4.Apelação Cível conhecida, mas desprovida, com a manutenção da sentença que declarou, nos termos do art. 4º, do CPC, que as pensões hoje titularizadas pelas promovidas, ora recorridas, são regidas pela Lei nº 10.972/84.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível**,** em que são partes as acima mencionadas, **ACORDA** a Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em julgamento de Turma e votação unânime, conhecer do recurso, mas para negar-lhe provimento, nos termos do voto da Relatora.

Fortaleza, 1º de outubro de 2014

RELATÓRIO

Cuidam os autos de apelação cível interposta pelo Estado do Ceará contra a sentença proferida pelo Juízo da 6ª Vara da Fazenda Pública de Fortaleza, nos autos da ação ordinária manejada por Raquel Carneiro de Souza e Outras, que julgou procedente referida ação, para unicamente declarar *"nos termos do art. 4º, do Código de Processo Civil, que as pensões hoje titularizadas pelas promoventes, são regidas pela Lei nº 10.972/84, uma vez prevalecer o entendimento de que, em casos tais, aplica-se a lei vigente ao tempo do falecimento do instituidor"*.

Nas razões do apelo (fls. 125/139), sustenta o recorrente, preliminarmente, a ilegitimidade ativa das autoras, uma vez que o pretenso direito a ser resguardado pertence às filhas dos ex-militares e não das viúvas. No mérito, aduz, em síntese, que as filhas das promoventes teriam apenas mera expectativa de direito à percepção da pensão militar, não significando existência de direito adquirido. Requer, ao final, o conhecimento da preliminar e consequente extinção do processo ou, caso assim não entenda, pugna pela total improcedência dos pedidos formulados na exordial.

Recurso recebido em seus regulares efeitos, bem como determinada a intimação da parte contrária para, querendo, apresentar contrarrazões (fl. 141).

Contrarrazões recursais às fls. 145/147, aduzindo que o magistrado singular agiu com acerto, não merecendo reforma a sentença vergastada.

Subiram os autos a essa Egrégia Corte de Justiça, onde foram encaminhados à douta Procuradoria Geral de Justiça que, em parecer lançado às fls. 160/169, opinou pelo desprovimento do recurso, com a manutenção da sentença.

É o sucinto relatório.

À douta revisão.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do presente recurso.

Da preliminar de ilegitimidade ativa das autoras

Quanto à suposta ilegitimidade ativa das autoras para propor a demanda, por entender o recorrente que somente as filhas poderiam ingressar em juízo, peço vênia para transcrever trecho do lúcido parecer oriundo da douta Procuradora de Justiça, cujos argumentos comungo:

> "Rechaçamos este primeiro ponto, pois ao nosso sentir, há interesse jurídico das demandantes em deixarem um direito de cunho previdenciário às suas descendentes do sexo feminino, como se fosse um legado de sobrevivência".

Desse modo, não vejo óbice à pretensão das promoventes em ver reconhecido e declarado direito à pensão policial-militar, hoje titularizado por aquelas, às filhas.

Assim, rejeita-se tal preliminar.

Do mérito

A controvérsia reside em definir qual a legislação aplicável no caso de pensão por morte de ex-militar, bem como o reconhecimento do direito de reversão desta às filhas maiores, quando do falecimento de suas genitoras, atuais beneficiárias, uma vez que o atual regramento, a LC nº 21/00, não mais o permite.

A questão em exame não me parece revestida de grande dificuldade, não merecendo prosperar o inconformismo do apelante, consoante será demonstrado a seguir.

É cediço na jurisprudência pátria que as normas que regem a concessão de benefício previdenciário são aquelas vigentes na época da instituição da pensão.

No presente caso, extrai-se que os policiais militares faleceram na vigência da Lei Estadual nº 10.972/84, originando, portanto, a concessão do benefício em favor das respectivas viúvas. Com o falecimento destas últimas, a pensão passará a ser devida às descendentes do autor do pensionamento, uma vez que detêm a condição prevista no mencionado diploma legal.

O art. 7º da Lei supracitada, o qual estabelece os membros da família aptos a herdar a pensão-policial militar bem como a ordem de precedência, assim dispunha:

> Art. 7º. A pensão policial-militar defere-se na seguinte ordem de precedência:
> 1- à viúva;
> 2 – aos filhos de qualquer condição, exclusive os maiores do sexo masculino que não sejam inválidos ou interditados;
> (…)

A seguir, o art. 19 do mesmo diploma legal dispõe sobre a reversão da pensão, vejamos:

> Art. 19 – A morte do beneficiário que estiver no gozo da pensão, bem como a cessação do seu direito, em qualquer dos casos mencionados no artigo 21 desta lei, importará na transmissão de pensão ou do direito à mesma:
> a) por transferência, sentido horizontal, quando se tratar de beneficiários da mesma ordem;
> **b) por reversão, sentido vertical, quando os novos beneficiários forem das ordens subsequentes.**

Aplica-se, no caso, o princípio *tempus regit actum*, restando pacificado o entendimento consoante o qual a lei de regência da pensão previdenciária é aquela vigente no momento do falecimento do instituidor da pensão, e não por aquela aplicável quando do falecimento da viúva, por gozar esta do benefício apenas em decorrência do vínculo instituído pelo segurado, o real contribuinte, com a Previdência.

A questão acerca da lei aplicável à concessão de pensão por morte, encontra-se, inclusive, pacificada por meio da Súmula nº 340 do Superior Tribunal de Justiça, que assim estabelece:

> Súmula 340 - A lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado.

Nesse sentido, colho os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

> ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. MILITAR ESTADUAL. PENSÃO POR MORTE. FILHAS MAIORES. LEI DE REGÊNCIA. DATA DO ÓBITO. SÚMULA 340/STJ. APLICAÇÃO ANALÓGICA.

> 1. É pacífico no STF e no STJ de que o direito à pensão por morte de militar é regido pela lei vigente à época do óbito do instituidor do benefício. Aplicação, por analogia, da Súmula 340 do STJ.
> 2. No caso, o policial militar faleceu em 29/5/2003, quando já vigia a Lei Complementar Estadual n.º 21/2000, que estabeleceu o Sistema de Previdência dos Militares do Estado do Ceará, o qual considera, como dependentes, somente os filhos menores ou inválidos, de modo que as recorrentes, filhas maiores e capazes, não fazem jus à pensão vindicada.
> 3. A parte agravante não trouxe tese jurídica capaz de modificar o posicionamento anteriormente firmado, razão pela qual mantém-se, por seus próprios fundamentos, a decisão agravada.
> 4. Agravo regimental a que se nega provimento.
> (AgRg no RMS 29125/CE, Relator(a) Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, data do julgamento 16/02/2012)

> DIREITO ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. POLICIAL MILITAR. PENSÃO POR MORTE. FILHAS MAIORES. LEGISLAÇÃO VIGENTE NA DATA DO ÓBITO. SÚMULA 340/STJ. RECURSO ORDINÁRIO IMPROVIDO.
> 1. "A lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado" (Súmula 340/STJ).
> 2. Recurso ordinário improvido.
> (RMS 26627/CE, Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, Data do Julgamento 20/08/2009)

Não é outro o entendimento perfilhado por esta Egrégia Corte de Justiça, como se dessume dos seguintes arestos colacionados:

> **Ementa:** MANDADO DE SEGURANÇA. INDICAÇÃO DA AUTORIDADE COATORA. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. DECADÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. MONTEPIO MILITAR. MORTE DA VIÚVA BENEFICIÁRIA. DIREITO DE REVERSÃO. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL. ÓBITO DO INSTITUIDOR. FILHAS DE QUALQUER CONDIÇÃO. NOVO SISTEMA DE PREVIDÊNCIA. DIREITO ADQUIRIDO. SEGURANÇA CONCEDIDA.
> 1. A despeito de serem as autoridades impetradas capazes de modificar o ato praticado sob a pecha de abusividade e ilegalidade, ao prestarem as informações, defendendo o mérito da questão ventilada, acabaram por encampar a presente tese, tornando-se, via de consequência, plenamente legítimas para figurar no polo passivo da presente ação.
> 2. Afastada a possibilidade de ocorrência do instituto da decadência, uma vez que observado o prazo de 120 (cento e vinte) dias para o manejo da impetração do *writ*.
> 3. Entendimento consolidado de que o fato gerador para a concessão do benefício de pensão por morte é o óbito do segurado, devendo ser aplicada à lei vigente à época de sua ocorrência (Súmula nº 340, do STJ).
> 4. Reconhecimento do direito adquirido à reversão da pensão montepio

a impetrante, por implementar as condições para receber o benefício na vigência da Lei nº 897/50, legislação vigorante à data do óbito de seu instituidor, e não por aquela aplicável à época do falecimento da viúva. Precedentes do STF, do STJ e desta Corte.
5. Segurança concedida.
(Mandado de Segurança 216707200780600000, Rel. Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 27/08/2009)

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. PENSÃO POR MORTE. REVERSÃO. FILHAS DE EX-MILITAR. APLICAÇÃO DA NORMA VIGENTE À ÉPOCA DO ÓBITO DO MILITAR. LEI ESTADUAL Nº 897/50. ORDEM CONCEDIDA.
1.Tratando-se de reversão da pensão de ex-militar às filhas, em razão do falecimento da mãe destas, que era beneficiária de pensão *post mortem*, o benefício deve ser regido pelas normas vigentes ao tempo do óbito do ex-segurado, consoante o enunciado na Súmula nº 340 do Superior Tribunal de Justiça. Precedente do STF e do STJ;
2.Hipótese que não se confunde com a aquisição de direito a regime jurídico, vez que o objeto da proteção mandamental não se coaduna com a qualificação abstrata referente ao exercício do direito colimado nem a uma expectativa quanto ao ser ou ao modo de ser deste mesmo direito.
3.Segurança concedida.
(Mandado de Segurança 1461172200780600000, Rel. Des. Francisco Sales Neto, Tribunal Pleno, julgado em 30/10/2008)

Ementa: ADMINISTRATIVO. REVERSÃO DE PENSÃO DEIXADA EM RAZÃO DA MORTE DO PAI, EX-POLICIAL MILITAR REFORMADO. FALECIMENTO DA MÃE. APLICAÇÃO DAS LEIS ESTADUAIS Nº 897/1950 E Nº 10.972/1984 VIGENTES À ÉPOCA DO ÓBITO DO SEGURADO. SÚMULA Nº 340 STJ. PRECEDENTES DESTA CORTE.
1. Adota-se a lei vigente à época do óbito do segurado para regular o direito à pensão por morte. Súmula nº 340 do STJ.
2. *In casu*, tratando-se de concessão/reversão da pensão às filhas de ex-policial militar, o benefício deve ser regido pelas Leis estaduais nº 897/1950 (art. 18, 2, e art. 32, a) e nº 10.972/1984 (art. 7º, item 2), vigentes ao tempo do óbito daquele, que elencam as filhas em qualquer condição como aptas a perceber a pensão.
3. Segurança concedida.
(Mandado de Segurança 2618473200880600000, Rel. Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha, Tribunal Pleno, julgado em 08/04/2008)

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. MONTEPIO MILITAR. ÓBITO DA VIÚVA BENEFICIÁRIA. REVERSÃO DO BENEFÍCIO ÀS FILHAS MAIORES. DIREITO ALBERGADO PELA LEI ESTADUAL N. 897/50, APLICÁVEL À ÉPOCA DO FALECIMENTO DO INSTITUIDOR DO BENEFÍCIO. SÚMULA 340 DO STJ. PRINCÍPIO DO *TEMPUS REGIT ACTUM*. AGRAVO IMPROVIDO. DECISÃO MANTIDA.

1 - Cogita-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto em face da decisão que concedeu tutela antecipada, com o fulcro de determinar a imediata inscrição das requerentes como beneficiárias da pensão de montepio militar, tendo em vista a morte da sua genitora, no ano de 2005, que recebia originariamente o benefício do seu cônjuge, real instituidor do benefício, o qual faleceu em 1983, ano no qual vigorava a lei n. 897/50, que autorizava a reversão da pensão percebida pelo beneficiário falecido em favor de outro.
2 - A alegação de que houve prescrição do fundo de direito em primeira instância, para fins de demonstrar que não existe o *fumus boni iuris* do direito das recorridas não merece acolhida. A prescrição quinquenal (Decreto-Lei n. 20.910/32, art. 1º) não se configurou, tendo em vista que o seu termo inicial deu-se com a negativa por parte da Administração Pública em conceder o benefício, a qual, *in casu*, ocorreu no dia 15 de dezembro de 2005 (fls. 122/124), aproximadamente 4 (quatro) anos e 7 (sete) meses depois do cômputo inicial do prazo.
3 - Ocorrendo o óbito, em 2005, da beneficiária, cônjuge do instituidor do benefício e genitora das agravadas, deve a pensão reverter-se para as recorridas, por serem estas filhas, maiores, constantes da segunda ordem de preferência estabelecida pelo art. 18 da lei n. 897, de 6 de dezembro de 1950; bem como por restar aplicado o instituto da reversão, o qual dispõe que tal concessão se dá da mãe para os filhos menores e as filhas em qualquer estado, bem como para filhos maiores incapazes física e mentalmente (art. 32 do mesmo dispositivo legal).
4 - A lei aplicável à espécie, portanto, não deve ser a vigente na data do falecimento da mãe (Lei Complementar estadual n. 21/2000 e Lei n. 10.972/84, que não garantiram o direito de percebimento da pensão aos filhos maiores não inválidos), posto ser esta dependente e não segurada; mas a do óbito do instituidor real do benefício, qual seja o pai das recorridas, falecido em 1983. Entendimento pacificado pelo STJ, previsto em súmula (n. 340), a qual trata do princípio do "tempus regit actum". Direito consolidado. Verossimilhança do pleito recursal não presente.
5 - Fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação para as recorridas, posto tratar o pleito de verba de natureza alimentar.
6 - A decisão na Ação Direta de Constitucionalidade nº 4, a qual entendeu haver restrições quanto ao deferimento de concessão antecipada contra o Poder Público (Lei n. 9.494/97, art. 1º) não se aplica à antecipação de tutela em causa de natureza previdenciária (súmula 729 do STF).
7 - Não resultou a decisão de primeiro grau em lesão grave e de difícil reparação ao agravante, visto que não restaram demonstrados os pressupostos necessários elencados para o deferimento do efeito distendido no art. 558 do CPC.
8 - Agravo improvido. Decisão mantida.
(Agravo de Instrumento 4632375201080600000, Rel. Des. Clécio Aguiar de Magalhães, 5ª Câmara Cível, Data de registro 02/05/2011)

Na hipótese vertente, os militares, instituidores do benefício, faleceram na vigência da Lei Estadual nº 10.972/84, que previa a concessão de pensão por morte

às filhas em qualquer condição (art. 7º, item 2), sendo inaplicável, portanto, a Lei Complementar Estadual nº 21/2000 e legislações posteriores.

Assim, não merece reproche a sentença monocrática que apenas reconheceu a existência de uma determinada relação jurídica, declarando, nos termos do art. 4º, do CPC, que as pensões hoje titularizadas pelas promoventes, são regidas pela Lei nº 10.972/84.

Diante do exposto, conheço do presente recurso, mas para negar-lhe provimento, com a manutenção da sentença vergastada em todos os seus termos.

É como voto.

Fortaleza, 1º de outubro de 2014

PROCESSO Nº 0621222-33.2000.8.06.0001
APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO
REMETENTE: JUÍZO DA 2ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE FORTALEZA
APELANTE: ESTADO DO CEARÁ
APELADO: IDELFONSO RAIMUNDO DA SILVA
ÓRGÃO JULGADOR: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL
RELATOR: DES. FRANCISCO GLADYSON PONTES

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR. CONTRATAÇÃO SEM CONCURSO PÚBLICO. ILEGALIDADE. DESVIO DE FUNÇÃO. OCORRÊNCIA. PAGAMENTO DAS DIFERENÇAS DE REMUNERAÇÃO REFERENTES AO PERÍODO DE EFETIVO EXERCÍCIO. HIPÓTESE CONFIGURADA. FUNDAMENTO. VEDAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. EXCLUSÃO DAS PARCELAS FULMINADAS PELA PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. SENTENÇA REFORMADA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a TERCEIRA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, à unanimidade, em CONHECER DA APELAÇÃO, para DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO, e do REEXAME NECESSÁRIO, para REFORMAR a decisão de primeira instância.

Fortaleza, 8 de setembro de 2014.

RELATÓRIO

Trata-se de Reexame Necessário e de Apelação Cível interposta pelo ESTADO DO CEARÁ contra sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara da Fazenda

Pública da Comarca de Fortaleza que, nos autos da ação ordinária nº 0621222-33.2000.8.06.0001, julgou o pedido inicial *"parcialmente procedente, condenando o Estado do Ceará a pagar ao autor, como verbas trabalhistas devidas, as verbas salariais referentes ao desempenho da função de vigilância, bem como os consectários daí advindos, além do adicional noturno e da nora extra, relativamente ao período entre o mês de maio de 1997 até o mês de maio de 1998"*.

Consta da petição inicial da ação proposta na origem que o autor foi contratado pelo Estado do Ceará para exercer a função de vigia, em 17 de dezembro de 1980, exercendo-a por mais de vinte anos, período durante o qual sempre recebeu apenas o salário mínimo, trabalhando das 18:00 horas às 6:00 horas do dia seguinte, sem a percepção de horas extras ou de adicional noturno. Após vários anos do ingresso, sua função foi alterada e seu salário reduzido, *"tudo para o reclamante se desgostar e pedir demissão"*, até ser impedido de entrar no local de trabalho *"desde novembro de 2001"* e, na sequência, injustamente demitido, fato esse ocorrido em 17 de maio de 2002. Postula a condenação do Estado do Ceará a pagar diferenças mensais de salário, aviso prévio, décimo terceiro salário de 2001, cinco férias vencidas, com o acréscimo de um terço, multa rescisória, salários em dobro dos meses de outubro/2001 a maio/2002, FGTS dos meses dezembro/80 a setembro/90, horas extras e adicional noturno, no total de R$ 73.321,00 (setenta e três mil, trezentos e vinte e um reais).

Em sede de contestação, o Estado do Ceará aduz que, após edição da Lei nº 11.712/90, ou seja, após a implantação *"do regime jurídico único (estatutário), tornou-se inconciliável o pagamento de verbas trabalhistas em prol do servidor público"* e do promovente, que *"é servidor público estatutário, posto que pela análise das Fichas funcionais do mesmo, constata-se que percebe vantagens próprias e exclusivas do servidor estatutário"*, razão pela qual *"vislumbra-se a manifesta carência de uma das condições de ação, qual seja a possibilidade jurídica do pedido, haja vista que um servidor público, pertencente ao regime jurídico estatutário está a pleitear benefícios próprios dos empregados regidos pela CLT"*. Afirma que o autor foi *"enquadrado na função de auxiliar em 05.10.1981, há mais de vinte anos, pelo que qualquer diferença SUPOSTAMENTE devida encontra-se prescrita há muito tempo" e que "o fato do promovente não mais estar recebendo o salário decorre do seu ABANDONO DO CARGO, que segundo o próprio requerente, ocorreu porque fora rebaixado da função de vigilante para a de auxiliar de serviços gerais"*, em 05 de outubro de 1981. Postula a extinção do processo, sem resolução do mérito, ou a improcedência da demanda.

O juízo *a quo* reconheceu a prescrição do direito postulado pelo promovente que tenha por fundamento o exercício de função de vigia e o enquadramento propriamente dito, por estar provado nos autos que ele *"desde a data de 1º de outubro de 1981 foi enquadrado como auxiliar de serviços gerais"*, pois *"qualquer pretensão formulada*

em face da Fazenda Pública está sujeita a um prazo prescricional de 5 (cinco) anos". Todavia, na compreensão de que a *"situação irregular de desvio de função, mantendo o servidor no exercício de atividades estranhas às que deveria desempenhar, acarreta enriquecimento ilícito por parte da Administração Pública, na medida em que explora a mão-de-obra especializada sem efetuar a contraprestação financeira correspondente ao cargo e função efetivamente exercidos, que possui vencimentos superiores",* a sentença recorrida considerou devidas *"as verbas salariais referentes ao desempenho da função de vigilância, bem como os consectários daí advindos, além do adicional noturno e da hora extra, relativamente ao período compreendido entre o mês de maio de 1997 até o mês de maio de 1998"*.

Houve apelação do Estado do Ceará.

Nas razões do pedido de reforma da decisão do juízo de primeira instância, o recorrente afirma não estar provado "que o apelado exerceu, de maneira continuada, as funções específicas de vigilante no período apontado na petição inicial" e que "receber as diferenças salariais entre a função supostamente exercida e a função paradigma e para a qual não prestou concurso público, caracteriza-se como uma forma de violar frontalmente a norma constitucional insculpida no sobredito art. 37, inciso II". Acrescenta que não está provada a prestação de serviços extraordinários e durante o período noturno. Assinala, ainda, a existência de sucumbência recíproca e que os honorários devem ser reduzidos. Postula, ao final, a reforma da sentença e a improcedência do pedido inicial.

Não foi apresentada resposta ao recurso.

O Ministério Público não vislumbrou interesse jurídico justificador da intervenção ministerial.

É o relatório.

Revistos e incluídos em pauta de julgamento.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso e do reexame necessário.

Observo, inicialmente, que a presente demanda foi ajuizada em 29 de maio de 2002, mais de vinte anos após o enquadramento formal do autor na função de auxiliar de serviços, por ato publicado no Diário Oficial do Estado de 05 de outubro de 1981 (fls. 04 e 87).

É imediata a constatação de que, ao tempo em que proposta a presente demanda, há muito estava prescrito o direito de o autor questionar em juízo seu

enquadramento na função de auxiliar de serviços, enquanto ato único de efeitos concretos e permanentes, nos termos do art. 1º do Decreto nº 20.910/32, *verbis:*

> 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.

A sentença recorrida julgou parcialmente procedente o pedido inicial, para condenar o Estado do Ceará a pagar *"as verbas salariais referentes ao desempenho da função de vigilância, bem como os consectários daí advindos, além do adicional noturno e da hora extra, relativamente ao período compreendido entre o mês de maio de 1997 até o mês de maio de 1998",* período não fulminado pela prescrição.

É pertinente lembrar que o Superior Tribunal de Justiça pacificou jurisprudência segundo a qual o desvio de função não gera direito subjetivo ao enquadramento do servidor na função ou no cargo por ele efetivamente exercido.

Destaque-se, a esse propósito, o AGA nº 27.528, relator Ministro Valdemar Zveiter, DJ 14.11.94, o REsp nº 442.967, relator Ministro Fernando Gonçalves, DJ 11.11.2003 e o REsp nº 47.614, relatado pelo Ministro Paulo Gallotti, DJ 24.2.2003, *verbis:*

> ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. DESVIO DE FUNÇÃO. ENQUADRAMENTO. DIFERENÇAS SALARIAIS.
> 1. **Pacífico o entendimento jurisprudencial desta Corte no sentido de que o servidor desviado da função inerente ao cargo para o qual foi investido não tem direito a reenquadramento, mas, somente, às diferenças remuneratórias.**
>
> **Recurso conhecido e provido.**

Há, entretanto, enunciado própria de súmula editado sobre a matéria pelo STJ, reconhecendo em tal situação apenas o direito do servidor às diferenças remuneratórias decorrentes do exercício irregular do cargo ou função, *verbis:*

> *Reconhecido o desvio de função, o servidor faz jus às diferenças salariais decorrentes. (Súmula 378)*

No âmbito deste egrégio Tribunal de Justiça, prevalece igual orientação, *verbis:*

CONSTITUCIONAL ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO. PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE DOCUMENTOSINDISPENSÁVEIS.NÃOOCORRÊNCIA.SERVIDORA PÚBLICA. DESVIO DE FUNÇÃO. REENQUADRAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. DIFERENÇAS SALARIAIS DEVIDAS. CUSTAS PROCESSUAIS. ISENÇÃO. LEI ESTADUAL Nº 12.381/94. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA.

1. A alegada preliminar de ausência de documentos indispensáveis à propositura da ação restou afastada, vez que a documentação acostada aos autos da Ação Cautelar Preparatória em apenso foi suficiente para o convencimento do magistrado a quo.

2. Com o advento da Constituição Federal de 1988, a forma de investidura em cargo ou emprego público passou a depender essencialmente de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos.

3. A pretensão de passar a ocupar um cargo diferente do qual fora nomeada e empossada vai de encontro com as normas constitucionais, razão pela qual não merece, nesse aspecto, reconhecimento.

4. **Por outro lado, a situação irregular de desvio de função, mantendo a servidora no exercício de atividades estranhas às que deveria desempenhar, acarreta enriquecimento ilícito por parte da Administração Pública, na medida em que explora a mão-de-obra especializada sem efetuar a contraprestação financeira correspondente ao cargo efetivamente exercido.**

5. ***In casu*, a municipalidade deve arcar com o pagamento das diferenças salariais, à título de indenização, entre o cargo ocupado e aquele cuja atividade passou a desenvolver. Precedentes do STF.**

6. Indevida a condenação do Município de Fortaleza ao pagamento das custas processuais, face à isenção prevista no art. 10, inciso I da Lei Estadual nº 12.381/94 (Regimento de Custas do Estado do Ceará).

7. O arbitramento da verba honorária deve ter como referencial o art. art. 20, § 4º c/c art. 21 do Código de Processo Civil, considerando tanto a sucumbência recíproca como o fato de que a Fazenda Pública restou parcialmente vencida.

8. Reexame necessário e apelo conhecidos e parcialmente providos. Sentença reformada em parte.

(Apelação nº 465168-42.2000.8.06.0000/0, Relator Antônio Abelardo Benevides Moraes, 3ª Câmara Cível, registrado em 18/03/2010)

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL. DESVIO DE FUNÇÃO. CABÍVEL INDENIZAÇÃO. DIREITO SOMENTE DE RECEBER A DIFERENÇA ENTRE O QUE FOI PAGO E O SERVIÇO PRESTADO. SÚMULA 378 DO STJ.

1. A controvérsia a ser dirimida neste recurso versa sobre desvio de função da autora/recorrida, por exercer atribuições de um cargo, mas perceber remuneração de outro, menos especializado, ocasionando o direito de

> receber as diferenças remuneratórias entre o que efetivamente lhe foi pago e o serviço prestado.
> 2. **É inegável que a promovente prestou serviço "mais valioso" e recebeu de acordo com o seu cargo, de menor complexidade e, por consequência, com remuneração diminuta. Sendo assim, o ente estatal se aproveitou deste problema, obtendo vantagem indevida, a qual deve ser reparada nesta oportunidade, razão pela qual o Estado do Ceará deverá pagar a diferença entre o valor do serviço prestado e a remuneração que foi adimplida.**
> 3. **Aplicação da Súmula 378 do STJ. - Apelação conhecida e improvida. - Sentença mantida. - Unânime.**
> (Apelação nº 29874-23.2002.8.06.0000/0, Relatora Maria Iracema Martins do Vale, 4ª Câmara Cível, registrado em 24/08/2009)

Gize-se, inclusive, que o Pretório Excelso também afirma ser devido o pagamento das diferenças remuneratórias relativas ao período em que o servidor desempenha função diversa daquela para a qual foi admitido como forma de impedir o enriquecimento sem causa da Administração Pública.

Note-se:

> DESVIO DE FUNÇÃO – CONSEQUÊNCIA AFASTAMENTO.
> **O sistema da Constituição Federal obstaculiza o enriquecimento sem causa, especialmente o do Estado. Longe fica de vulnerar a Carta Política acórdão que, diante de desvio de função, implica o reconhecimento do direito à percepção, como verdadeira indenização, do valor maior, sem estampar enquadramento no cargo, para o que seria indispensável o concurso público.**
> (RE 275840/RS, Relator p/acórdão Ministro Marco Aurélio, in DJ 1º/6/2001).
>
> AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. DESVIO DE FUNÇÃO. DIREITO À REMUNERAÇÃO. REENQUADRAMENTO FUNCIONAL. IMPOSSIBILIDADE.
>
> **Funcionário público. Atribuições. Desvio de função. Direito à percepção do valor da remuneração devida como indenização. Reenquadramento funcional. Impossibilidade, dada a exigência de concurso público. Agravo regimental não provido.**
> (AgRE 314973/DF, Relator Ministro Maurício Corrêa, in DJ 25/4/2003).

O desvio e o exercício da função pelo período e nas condições descritas na petição estão sobejamente demonstrados através do acerto de prova testemunhal existente nos autos, como bem registrado na sentença recorrida, inclusive com a transcrição parcial dos depoimentos prestados em juízo.

Improcede, portanto, o fundamento recursal de que não está provado *"que o apelado exerceu, de maneira continuada, as funções específicas de vigilante no período apontado na petição inicial"*.

No mais, há de ser consignado que *"receber as diferenças salariais entre a função supostamente exercida e a função paradigma"*, tem por fundamento exclusivo e suficiente o princípio que veda o enriquecimento sem causa, considerado apenas o fato objetivo da efetiva prestação do serviço, o que constitui matéria em tudo e por tudo diversa do reconhecimento da legalidade ou não da forma de ingresso no serviço público, em si mesma considerada.

É intuitivo que a indenização a ser paga ao autor deve corresponder às diferenças entre o que efetivamente lhe foi pago, nos meses de maio/97 a maio/98, a título de contraprestação específica pelo exercício da função de auxiliar de serviços e a quantia devida no mesmo período ao titular da função de vigia, acrescida das horas extras e do adicional noturno a que fazia jus, em igual período, na forma do art. 7º, XVI c/c art. 39, § 3º, da Constituição Federal, e dos arts. 1º, 2º e 3º do Decreto nº 22.458/93.

Por fim, cumpre reconhecer a sucumbência recíproca, o que faço para reformar no particular a sentença recorrida, distribuindo igualmente entre as partes a condenação nos honorários advocatícios e nas despesas do processo, aplicando-se-lhes a devida compensação.

Ante o exposto, conheço da apelação, para dar-lhe parcial provimento, e do reexame necessário, para reformar parcialmente a sentença recorrida.

É como voto.

Fortaleza, 8 de setembro de 2014.

PROCESSO Nº 0671162-64.2000.8.06.0001 - APELAÇÃO CÍVEL
COMARCA: FORTALEZA
REMETENTE: 1ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE FORTALEZA
APELANTE ESTADO DO CEARÁ
APELADO UNITEXTIL UNIÃO INDUSTRIAL TEXTIL S A
ÓRGÃO JULGADOR: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL
RELATOR: Des. FRANCISCO GLADYSON PONTES

EMENTA: CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. ICMS. PARCELAMENTO. DISCIPLINA NORMATIVA. LEI ESTADUAL Nº 13.065/2000. CONTRIBUINTE BENEFICIÁRIO DO FAVOR LEGAL. PEDIDO ULTERIOR DE AMPLIAÇÃO DO BENEFÍCIO EM RELAÇÃO A OUTROS DÉBITOS DE IGUAL NATUREZA. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO INICIAL. APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO. POSSIBILIDADE DE PARCELAMENTO EXPRESSAMENTE PREVISTA EM LEI. PRAZO. AUSÊNCIA. DIREITO SUBJETIVO. CONFIGURAÇÃO. SENTENÇA CONFIRMADA. APELAÇÃO DESPROVIDA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Reexame Necessário e Apelação Cível, em que figuram as partes acima indicadas, acorda a TERCEIRA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, à unanimidade, em conhecer da apelação, para negar-lhe provimento, e do reexame necessário, para confirmar a sentença, nos termos do voto do relator, que faz parte desta decisão.

Fortaleza, 15 de setembro de 2014.

RELATÓRIO

Trata-se de Reexame Necessário e de Apelação Cível interposta pelo ESTADO DO CEARÁ contra a sentença proferida pelo Juiz da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza, nos autos da Ação Ordinária nº 0671162-64.2000.8.06.0001,

proposta UNITEXTIL UNIÃO INDUSTRIAL TEXTIL S A, que julgou procedente o pedido de inclusão dos *"débitos representados pelos autos de infração nºs 000341579, 000341580 e 200112882 no programa de recuperação de créditos fiscais Refis-2000 regido pela Lei 13.063/2000"* formulado na inicial.

Ao propor a ação, a autora afirma que, em 31 de outubro de 2000, aderiu ao programa especial de parcelamento instituído pela Lei nº 13.063/2000 e, ao formular novo pedido de parcelamento de outros débitos tributários que foram identificados após a adesão antes mencionada, em 22 de janeiro de 2002, o pleito foi indeferido administrativamente, com fundamento no art. 1º, § 2º, da mesma Lei 13.063/2000. Aduz que é titular do direito ao parcelamento indeferido em sede administrativa, por força da disciplina normativa que se contém na lei de regência. Postula o julgamento procedente do pedido inicial, *"para o fim de tornar definitiva a inclusão dos débitos aqui indicados no REFIS e condenado o suplicado nos ônus sucumbenciais e honorários advocatícios"*.

Ao contestar o pedido autoral, o Estado do Ceará aduz que o indeferimento do pedido formulado pelo autor ocorreu em estrita observância da Lei nº 13.063/2000, que fixou prazo final para adesão ao parcelamento em 31 de outubro de 2000 (art. 1º) e atribuiu ao contribuinte o ônus da incluir todos os créditos a serem parcelados (art. 9º, I). Assinala, ainda, que o auto de infração nº 200112882 foi formalizado em 07 de dezembro de 2001, data essa posterior ao termo final fixado na referida Lei.

O pedido inicial foi julgado procedente em primeira instância.

Houve apelação.

Nas razões recursais, o Estado do Ceará afirma "*que o ato de indeferimento do pedido de inclusão no REFIS do crédito aludido é perfeitamente legal, sendo, na verdade, uma imposição da lei: a SEFAZ, diante das circunstâncias do caso em tela, cujo prazo para obtenção dos benefícios do REFIS já havia terminado, indeferiu o pedido da recorrida*" e *"evidente que a SEFAZ agiu nos estritos limites da legalidade"*, vez que *"não há, pela objetividade da norma, qualquer margem de flexibilidade quando ao direito sustentado pela autora"*. Postula, por fim, o provimento do apelo *"para reformar a sentença totalmente e julgar improcedente o pedido contido na exordial"*.

O recurso foi recebido no efeito devolutivo.

Houve resposta ao apelo.

Hipótese de duplo grau de jurisdição obrigatória.

A douta Procuradoria Geral de Justiça não vislumbrou a presença de interesse justificador da intervenção ministerial no feito.

É, no essencial, o que havia a relatar.

Revistos e incluídos em pauta para julgamento.

VOTO

Consoante noticiado no relatório, tem-se Reexame Necessário e Apelação Cível interposta pelo ESTADO DO CEARPA contra sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza que julgou procedente o pedido de inclusão dos débitos fiscais de que tratam os "*autos de infração nºs 000341579, 000341580 e 200112882 no programa de recuperação de créditos fiscais Refis-2000 regido pela Lei 13.063/2000"*.

A relação jurídica de direito material em litígio nos autos tem por objeto o suposto direito do apelado a incluir os débitos anteriormente mencionados no parcelamento de créditos tributários de que trata a Lei nº 13.065/2000, direito esse que foi reconhecido em primeira instância, sob o fundamento de que *"não há sentido para a demandante parcelar apenas parte de seus débitos fiscais passíveis de inclusão no Refis, visto que continuaria devedora e, consequentemente, não iria auferir nenhum benefício prático"* e de que *"os débitos fiscais em questão atendem as exigências legais, inclusive o de nº 200112882, pois tem, da mesma forma, fato gerador anterior a 31 de dezembro de 1999, como exigido pela lei"*.

A matéria a ser analisada está disciplinada por inteiro na Lei nº 13.065/2000, *verbis:*

> Art. 1º - Os créditos tributários decorrentes do Imposto sobre Circulação de Mercadorias (ICM) e do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Trans- porte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) relativos a fatos geradores ocorridos até 31 de dezembro de 1999, inscritos ou não na dívida ativa, ajuizados ou não, parcelados ou não, poderão ser pagos em até 120 (cento e vinte) parcelas mensais e sucessivas, desde que a solicitação do parcelamento seja protocolizada até 31 de outubro de 2000.
> §1º - O parcelamento será concedido uma única vez, abrangendo todos os créditos tributários relativos aos fatos geradores ocorridos até 31 de dezembro de 1999, devendo ser apresentado requerimento distinto, na forma prevista no Art.9º desta Lei, para cada tipo de crédito especificado no *caput.*
> §2º - Na hipótese de ser constatada em data posterior à concessão do parcelamento a que se refere o caput, a existência de crédito tributário decorrente de ICMS relativo a fato gerador ocorrido até 31 de dezembro de 1999, este poderá ser reparcelado observando-se as disposições contidas nesta Lei.
>
> Art.9º - Ao requerer o benefício, a que se refere esta Lei, o contribuinte deverá adotar os seguinte procedimentos:
> I - discriminar, individualizadamente, todos os créditos tributários existentes

> na data da solicitação, resultantes de fatos geradores ocorridos até 31 de dezembro de 1999;
> II - indicar o número de parcelas em que se compromete a proceder a liquidação do crédito tributário, observados os seguintes limites:
> a) para créditos tributários decorrentes do ICM/ICMS: até 120 (cento e vinte) parcelas, não podendo o valor de cada uma ser inferior àqueles valores definidos no artigo seguinte; e,
> b) para créditos tributários decorrentes do IPVA: até 10 (dez) parcelas, não podendo o valor de cada prestação ser inferior a R$50,00 (cinquenta reais);
> III - efetuar o recolhimento da 1ª parcela:
> a) até 31 de outubro de 2000, nas hipóteses previstas nos Arts.1º ou 3º, devendo o valor da referida parcela corresponder, no mínimo, ao resultado da divisão do crédito tributário apurado na forma desses artigos, conforme o caso, pela quantidade de parcelas solicitadas pelo requerente;
> b) até 30 de novembro de 2000, na hipótese prevista no parágrafo único do Art.5º.
> Parágrafo único - O requerimento de que trata este artigo deverá ser protocolizado, até 31 de outubro de 2000.

Nota-se que a Lei de regência do benefício fiscal em cogitação nos autos autorizou o parcelamento dos créditos do Imposto sobre Circulação de Mercadorias (ICM) e do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) que tenham por objeto fatos geradores ocorridos até 31 de dezembro de 1999, uma única vez, em até 120 (cento e vinte) parcelas mensais e sucessivas, mediante requerimento do contribuinte ao Fisco, a ser formalizado até o dia 31 de outubro de 2000, data final também para o pagamento da primeira parcela, discriminando todos os créditos a serem incluídos no parcelamento e o número de parcelas em que a liquidação ocorrerá.

Sucede que a própria Lei que disciplina a matéria em litígio nos autos autoriza o contribuinte que, após aderir e ter concedido o parcelamento, nos termos ali estabelecidos, constatar a existência de outras dívidas de ICMS referentes ao mesmo período, a requerer idêntico favor legal, sem mencionar ou restringir o exercício de tal direito a um específico prazo.

In casu, a prova dos autos dá a conhecer que o apelado aderiu ao parcelamento autorizado pela Lei nº 13.065/2000, no último dia do prazo para tanto ali fixado, optando por pagar a dívida de ICMS em 120 (cento e vinte) parcelas, a revelar que a última parcela a ser paga tem data de vencimento em 30 de setembro de 2010 (fls 54, 113 e 116).

É certo ainda que, em 22 de janeiro de 2002, o recorrido protocolizou requerimento de inclusão de outros débitos tributários de sua titularidade no parcelamento previsto na Lei nº 13.065/2000, além daqueles que foram discriminados no pedido

formalizado em 31 de outubro de 2000, pleito que foi indeferido administrativamente, sob o argumento de que o prazo para fazê-lo havia expirado.

Observo que os débitos tributários a que se referem o pedido formulado na ação proposta na instância de origem correspondem aos *"autos de infração nº 000341579, 000341580 e 200112882"*, que têm por objeto aproveitamento de créditos indevidos de ICMS nos meses de fevereiro a maio de 1994, nos meses de setembro a novembro de 1994 e no ano de 1999, é dizer, todos anteriores a 31 de dezembro de 1999 e, portanto, sob o aspecto temporal, abrangidos pelo parcelamento previsto na Lei nº 13.065/2000 (fl 19, 51, 52 e 53).

Impõe-se, então, definir se a Lei em referência é aplicável ou não ao pedido subsequente de parcelamento formulado pelo recorrido, em 22 de janeiro de 2002.

Registre-se, a esse propósito, que a Lei nº 13.065/2000 fixou o dia 31 de outubro de 2000 como data final para a formalização do pedido de parcelamento e para o pagamento da primeira parcela respectiva, mas nada mencionou sobre a data ou o lapso temporal a serem observados pelo contribuinte que, tendo aderido ao benefício, posteriormente constatasse *"a existência de crédito tributário de ICMS relativo a fato gerador ocorrido até o dia 31 de dezembro de 1999"* e optasse por inclui-lo no parcelamento a que se refere o pedido inicialmente formulado.

Frise-se, inclusive, que a Lei disciplinadora da matéria não faz menção a essa ou aquela circunstância, a esse ou aquele motivo para a não inclusão do débito no pedido de parcelamento originário, como requisito ou condição para a subsequente concessão de igual benefício, mencionando apenas o fato objetivo da constatação de sua existência após concedido o parcelamento inicial.

Se não há, como efetivamente está a demonstrar a própria literalidade da norma de regência, previsão expressa de data ou prazo final para a formulação de pedido de parcelamento que tenha por objeto outros débitos do contribuinte, identificados posteriormente à anterior concessão de igual benefício, o indeferimento daquele viola direito subjetivo que lhe é assegurado por lei.

Não é ocioso lembrar que ao intérprete é vedado distinguir onde o legislador não o faz, notadamente quando de tal expediente resulta restrição ao direito do contribuinte, considerando que no âmbito da tributação incide o princípio da legalidade estrita.

Firme em tais supedâneos, conheço da apelação, para negar-lhe provimento, e do reexame necessário, para confirmar a sentença recorrida.

É como voto.

Fortaleza, 15 de setembro de 2014.

PROCESSO Nº 0009038-16.2008.8.06.0001/1
APELAÇÃO CÍVEL DA COMARCA DE FORTALEZA
APELANTE: NAIZA MINEIRO DE ANDRADE
APELADO: CARTÓRIO DE REGISTRO CIVIL DA COMARCA DE CHORÓ
ÓRGÃO JULGADOR: 3ª CÂMARA CÍVEL
RELATOR: DES. FRANCISCO GLADYSON PONTES

EMENTA: CIVIL E PROCESSO CIVIL. SERVIÇOS NOTARIAS E DE REGISTRO. TABELIONATO. ILEGITIMIDADE PASSIVA RECONHECIDA. AUSÊNCIA DE PERSONALIDADE JURÍDICA. ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA. SUSPENSÃO DE COBRANÇA. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E PROVIDO PARCIALMENTE.

1. Os Cartórios Extrajudiciais não possuem personalidade jurídica e, portanto, não podem ser caracterizados como entidade. Dessa forma, consideram-se partes ilegítimas a figurarem no polo passivo de ação indenizatória, por faltar-lhe personalidade jurídica.

2. Por outro lado, merece acolhido o pedido de reforma do capítulo pertinente aos ônus de sucumbência, vez que a apelante goza do benefício da Justiça Gratuita.

3. Recurso de Apelação conhecido e parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, em conhecer do Recurso de Apelação, para dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Relator, que faz parte desta decisão.

Fortaleza, 20 de outubro de 2014.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta por NAIZA MINEIRO DE ANDRADE contra sentença proferida pelo Juízo da 10ª Vara Cível da Comarca de

Fortaleza, nos autos da Ação de Indenização por Danos Materiais e Morais nº 0009038-16.2008.8.06.0001/0, deduzida contra o CARTÓRIO DE REGISTRO CIVIL DA COMARCA DE CHORÓ, que julgou improcedente o pedido indenizatório, com honorários advocatícios.

Na inicial, a apelante aduz ter sofrido prejuízos de ordem material e moral, em razão de suposta falha no serviço prestado pelo Cartório de Registro Civil da Comarca de Choró, que deixara de emitir Certidão de Casamento da recorrente, sem inserção do sobrenome de seu esposo no nome de casada.

Alega que em razão de tal falha, apressou-se em constituir advogado para alcançar a ordem judicial de alteração de seu nome, no citado Ofício, exigência proclamada pelo Oficial do Cartório. Desta feita, afirma ter despendido a quantia de R$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) com honorários advocatícios contratuais, os quais pretende restituição, a título de danos materiais.

Explica que somente com a Certidão de Casamento retificada, poderia solicitar nova via de sua identidade, a qual havia perdido, e necessitava, urgentemente, para resgate de sua aposentadoria, única fonte de renda. Diante desse quadro fático, pois, assevera ter sofrido abalo psicológico, passível de indenização, no importe de R$ 12.000,00 (doze mil reais) (fls. 01/11).

Em sua resposta, a representante legal do Cartório apelado alega que não constava, da Certidão de Casamento da recorrente, o sobrenome de seu marido, agregado ao nome da apelante, sendo necessária a intervenção judicial para a almejada alteração de seu nome (art. 109, da Lei de Registros Públicos) (fls. 68/72).

Instruído o processo, o magistrado de piso proferiu sentença, julgando improcedentes os pedidos, por entender não configurada hipótese ensejadora de indenização, seja a título de danos morais, seja de danos materiais, a consignar a inexistência de obrigação do apelado em ressarcir a verba honorária, de natureza contratual, avençada entre a apelante e seu procurador, na aludida Ação de Retificação de Registro Civil (fls. 104/105).

Em suas razões recursais, a apelante insiste que houve falha na prestação de serviços do Cartório de Registro Civil acionado, na medida em que emitiu duas certidões a constar dois nomes diversos para a recorrente, um com o sobrenome de solteira, o outro, com o de casada, causando-lhe transtornos, porquanto necessitava urgentemente de segunda via da Certidão de Casamento, com o nome de casada, sendo que lhe foi entregue uma com o nome de solteira.

Afirmando-se abalada emocionalmente, requer a reforma da sentença para que sejam julgados procedentes os pedidos indenizatórios, formulados na inicial,

devendo ser isenta do pagamento de quaisquer despesas processuais, por ser beneficiária da Justiça Gratuita (fls. 111/115).

Instado a se manifestar, o apelado corrobora a tese inicial, requerendo o improvimento do apelo (fl. 119).

É o relatório.

À douta revisão.

VOTO

Presentes os pressupostos extrínsecos e intrínsecos do recurso.

Como cediço, registro que os Cartórios Extrajudiciais não possuem *personalidade jurídica* e, portanto, não podem ser caracterizados como entidade. Dessa forma, consideram-se partes ilegítimas a figurarem no polo passivo de ação indenizatória, por faltar-lhe personalidade jurídica. Com essa orientação, cito a seguinte ementa:

> RECURSO ESPECIAL - NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - NÃO OCORRÊNCIA - SERVIÇOS NOTARIAIS E DE REGISTRO - NATUREZA JURÍDICA - ORGANIZAÇÃO TÉCNICA E ADMINISTRATIVA DESTINADOS A GARANTIR A PUBLICIDADE, AUTENTICIDADE, SEGURANÇA E EFICÁCIA DOS ATOS JURÍDICOS - PROTESTO - PEDIDO DE CANCELAMENTO - OBRIGAÇÃO DE FAZER - TABELIONATO - ILEGITIMIDADE DE PARTE PASSIVA RECONHECIDA - AUSÊNCIA DE PERSONALIDADE - RECURSO IMPROVIDO.
> I (...)
> III - **Os cartórios extrajudiciais - incluindo o de Protesto de Títulos - são instituições administrativas, ou seja, entes sem personalidade, desprovidos de patrimônio próprio, razão pela qual, bem de ver, não possuem personalidade jurídica e não se caracterizam como empresa ou entidade, afastando-se, dessa forma, sua legitimidade passiva *ad causam* para responder pela ação de obrigação de fazer.**
> IV - Recurso especial improvido.
> (REsp n. 1.097.995/RJ, desta Relatoria, DJe de 06/10/2010).

Dessa forma, eventual demanda indenizatória deverá ser aforada em desfavor do Oficial titular do Cartório de Registros, à época do fato danoso. Em outras palavras: a responsabilidade civil, administrativa ou mesmo criminal por atos praticados no âmbito do Cartório Extrajudicial é de seu Titular, à época do evento danoso.

Nesse sentido, ensina a doutrina especializada que *"assim sendo, somente podem ser dirigidas as eventuais demandas em face da pessoa física do Oficial e, mesmo assim, somente em face daquele que estava em exercício à época dos fatos."* (FABRIS,

Sérgio Antônio. Registros Públicos e Notas - Natureza Jurídica do Vinculo Laboral de Prepostos e Responsabilidade de Notários e Registradores. IRIB, p. 109).

Igualmente, em caso análogo, a Terceira Turma do STJ chegou à seguinte conclusão, *in verbis*:

> RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. RECONHECIMENTO DE FIRMA MEDIANTE ASSINATURA FALSIFICADA. RESPONSABILIDADE CIVIL. OFÍCIO DE NOTAS. ILEGITIMIDADE PASSIVA. AUSÊNCIA DE PERSONALIDADE JURÍDICA E JUDICIÁRIA
> 1. **Consoante as regras do art. 22 da Lei 8.935/94 e do art. 38 da Lei n.º 9.492/97, a responsabilidade civil por dano decorrente da má prestação de serviço cartorário é pessoal do titular da serventia à época do fato, em razão da delegação do serviço que lhe é conferida pelo Poder Público em seu nome.**
> (...)
> 5. Recurso especial provido.
> (REsp 1.177.372/RJ, Rel. Min. Sidnei Beneti, rel. p/acórdão, Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe de 01/02/2012).

E ainda: AgRg no REsp 624.975/SC, Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, DJe de 11/10/2010; REsp 545.613/MG, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ de 29/06/2007, p. 630.

No caso, considerando que a ação foi direcionada, equivocadamente, ao Cartório de Registro Civil, desprovido de personalidade, forçoso é reconhecer a carência da ação, por manifesta ausência de ilegitimidade passiva.

Por outro lado merece acolhido pedido de reforma do capítulo pertinente aos ônus de sucumbência, vez que a apelante goza do benefício da Justiça Gratuita (art. 4º, da Lei nº 1.060/50).

Diante do exposto, **CONHEÇO** do Recurso de Apelação, **DANDO-LHE PARCIAL PROVIMENTO**, apenas para determinar a suspensão de cobrança das custas e honorários advocatícios arbitrados na sentença, por força do art. 12, da Lei nº 1.060/50.

No azo, reconheço, de ofício, a carência da ação, ao tempo em que julgo extinta a demanda, sem exame de mérito, nos termos do art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil.

É como voto.

Fortaleza, 20 de outubro de 2014.

APELAÇÃO CÍVEL N. 967-05.2005.8.06.0171/1 (06)
APELANTE: ESTADO DO CEARÁ
APELADO: MARTA MARIA DANTAS NUNES E OUTRO
RELATOR: DES. PAULO FRANCISCO BANHOS PONTE

EMENTA: CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. REEXAME NECESSÁRIO. NEGATIVA DA FAZENDA PÚBLICA EM PROCEDER A ALTERAÇÃO CADASTRAL POR FORÇA DO ART. 94, RICMS. SÓCIOS REQUERENTES COM DÉBITOS DEVIDAMENTE INSCRITOS NA DÍVIDA ATIVA ESTADUAL. IMPOSSIBILIDADE. OFENSA À LIVRE INICIATIVA (ART. 1º, IV C/C ART. 170, AMBOS DA CF) E AO DEVIDO PROCESSO LEGAL (ART. 5º, LIV, CF). RECURSO TOTALMENTE IMPROVIDO.

1. No Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, CF), a Fazenda Pública não pode se recusar a proceder a alteração cadastral pleiteada.

2. No presente caso, há ofensa à livre iniciativa (art. 1º, IV c/c art. 170, ambos da CF), pois há impedimento flagrante ao exercício da empresa.

3. Igualmente, malfere-se o direito fundamental relativo ao devido processo legal (art. 5º, LIV, CF), uma vez que a Lei n. 6.830/1980 garante os meios para a cobrança judicial dos débitos da Fazenda Pública.

4. Apelação totalmente improvida.

ACÓRDÃO

Acordam os integrantes da Primeira Câmara Cível, por julgamento de Turma, unanimemente, em conhecer do apelo negar-lhe total provimento, de acordo com o voto do Relator.

Fortaleza, 5 de dezembro de 2011.

RELATÓRIO

Tratam os presentes autos de Apelação Cível, interposta pelo **ESTADO DO CEARÁ**, tendo em vista que o nobre juiz da 1ª Vara da Comarca de Tauá julgou procedente o pleito autoral no sentido de permitir a a alteração cadastral requerida junto à Secretária da Fazenda Estadual, mesmo que os ora apelantes tivessem débitos devidamente inscritos na dívida ativa estadual (fls. 36/38).

Inicialmente, fora impetrado Mandado de Segurança c/c Pedido de Liminar, a fim de ser garantido o direito líquido e certo dos ora apelados em procederem a alteração cadastral.

O ato da autoridade coatora repousa à fl. 16.

A concessão da liminar se encontra à fl. 19, tendo em vista, em suma, que o indeferimento do pedido de alteração cadastral compromete o funcionamento da empresa, por isso ser imprescindível que seja dada a liminar.

Posteriormente, as informações da autoridade coatora afirmam que o ato expedido encontra amparo na legalidade administrativa, tendo em vista as prescrições constantes no art. 70, Lei n. 12.670/1996 c/c art. 94, Decreto n. 24.569/1997, as quais permitem o indeferimento do pleito, quando o sócio da empresa pleiteante estiver inscrito na dívida ativa estadual (fls. 24/29).

O membro do Ministério Público atuante no 1º Grau opinou pela concessão da segurança (fls. 33/35).

Na sentença de fls. 33/38, o magistrado *a quo* ratificou a liminar concedida, ao determinar que se proceda a alteração cadastral, tendo em vista o caráter ilegal do ato abusivo de fl. 16.

O Estado do Ceará, por meio do recurso apelatório interposto a fls. 45/52, alega, em suma: **a)** a legalidade do ato combatido, uma vez que estaria amparado pelas disposições que regem o ICMS; **b)** a supremacia do interesse público, tendo em vista que a legalidade do ato protege a própria sociedade e **c)** a possibilidade do exercício do poder de polícia pela Administração Pública.

O prazo das contrarrazões transcorreu *in albis* (fl. 55).

No mesmo sentido, o membro do *Parquet* de 2º Grau se manifestou pela manutenção em todos os termos da sentença ora recorrida (fls. 56/57).

Eis o relatório. Decido.

VOTO

Inicialmente, presentes os pressupostos de admissibilidade recursal, conheço o apelo interposto, bem como o reexame necessário.

A querela posta em juízo versa, essencialmente, acerca da legalidade ou não do ato praticado pela Secretaria da Fazenda Estadual que indeferiu o pedido de alteração cadastral no Cadastro Geral da Fazenda (CGF), devido ao fato de os sócios da empresa pleiteante possuírem débitos devidamente inscritos na dívida ativa estadual (fls. 30/33), consoante é permitido pelo art. 94, IV, Decreto n. 24.569/2007 (RICMS), que dispõe acerca dos casos de indeferimento da inscrição no referido Cadastro, *in verbis*:

> **art. 94, RICMS**. A inscrição não será concedida nos seguintes casos:
> (…)
>
> IV – quando o titular ou o sócio da empresa pleiteante estiver inscrito na Dívida Ativa do Estado ou partícipe de outra que esteja cassada, suspensa ou baixada de ofício.

Antes de adentrarmos ao *meritum causae*, é de extrema relevância destacar que o Estado Fiscal, na sábia lição de José Casalta Nabais, "tem nos impostos o seu principal suporte financeiro" (NABAIS, José Casalta. *A face oculta dos direitos fundamentais*: os deveres e os custos do direito), por isso a importância da função arrecadatória e a necessidade de resguardo dessa receita pública, a ser utilizada, futuramente, em prol da coletividade.

No entanto, **a Fazenda Pública, no Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, CF), não pode, sob pena de malferir os direitos fundamentais, sobretudo, o devido processo legal (art. 5º, LIV, CF), privilegiar excessivamente a arrecadação estatal**.

Dessa forma, é inegável que o indeferimento da alteração cadastral, baseado no art. 94, IV, RICMS, não encontra amparo no ordenamento jurídico pátrio, pois tanto ofende o princípio relativo à livre iniciativa (art. 1º, IV, CF c/c art. 170, CF), já que impede flagrantemente o funcionamento da empresa, ao não permitir a mudança dos sócios, quanto o devido processo legal (art. 5º, LIV, CF), tendo em vista que a Fazenda, por força da Lei n. 6.830/1980, dispõe de mecanismos próprios para a cobrança judicial de seus débitos.

Aliado a isso, ao lembrar os ensinamentos de Kant acerca de que o Estado tem como fim a realização integral da pessoa humana, não há que se falar que a norma em comento reforça a supremacia do interesse público, porque, friso, como há patente ofensa a direitos fundamentais, os quais emanam da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), não seria tolerável pela sociedade brasileira tal comportamento estatal.

Ressalta-se, finalmente, que não se está a discutir a possibilidade que os agentes fazendários possuem para exercerem o poder de polícia, pois, embora esse poder se caracterize pela limitação no exercício de certos direitos individuais (PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 104), não não pode, de forma alguma, ser considerado razoável quando houver completo comprometimento da livre iniciativa e do devido processo legal, consoante já esboçado acima.

Nesse sentido, é a dicção ilustrada abaixo colacionada que se adequa perfeitamente ao caso analisado, senão vejamos:

> Reexame Necessário e Apelação Cível. Mandado de Segurança. Tributário. Negativa de Alteração de dados cadastrais para Inscrição Estadual de empresa em razão da existência de débito fiscal em nome dos sócios. Impossibilidade. Cerceamento ao livre exercício da atividade da agravada. Afronta ao art. 170 da CF. Para exigir o pagamento de débitos tributários, dispõe a autoridade fiscal de meios próprios e bastante eficazes, constituindo ato arbitrário e eivado de abuso de poder o da inibição do exercício da atividade comercial lícita como forma indireta de forçá-lo. **A negativa de alteração cadastral da empresa, na hipótese dos sócios encontrarem-se em débito com o Fisco implica em cerceamento ao livre exercício da atividade da agravada, o que lhe é assegurado no artigo 170 da Constituição Federal**.
> (TJMG, Ap. Cível n. 1037081-47.2006.8.013.0024, Rel. Des. p/ Acórdão Heloísa Combat, j. 23/out/2007).

> Finalmente, já foi declarada a inconstitucionalidade de tal dispositivo, consoante o posicionamento abaixo transcrito:

> CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL. IRREGULARIDADE. INOCORRÊNCIA. INSCRIÇÃO NO CGC DO ESTADO. EXIGÊNCIA DE REGULARIZAÇÃO DE SÓCIO DA EMPRESA POSTULANTE JUNTO AO FISCO ESTADUAL. PRÁTICA QUE OFENDE OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE REGEM A ORDEM ECONÔMICA. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 94 (DECRETO ESTADUAL N.º 24.596/97) DECLARADA PELO PLENO DO TJCE.
> (1) Constando dos autos substabelecimento passado pelo titular do instrumento de procuração, em nome, dentre outros, da causídica signatária

da petição de ingresso, basta à eficácia da capacidade postulatória da impetrante.
(2) **Consoante já remansoso entendimento dos tribunais superiores, inclusive do STF, constitui prática inconstitucional violadora dos princípios da ordem econômica o indeferimento de inscrição de nova empresa junto ao cadastro geral de contribuintes, a pretexto de existirem pendências tributárias em nome de um dos sócios, decorrentes de participação sua em outra empresa, ainda devedora do Fisco.**
(3) Inconstitucionalidade declarada do art. 94 do DECRETO ESTADUAL N.º 24.596/97.
(4) Segurança concedida.
(TJCE, Tribunal Pleno, MS n. 1789593200480600000, Des. José Arísio Lopes, j. 14/mai/2009).

À vista do exposto, **conheço o presente apelo, mas para negar-lhe total provimento**.

É como voto.

Agravo de Instrumento

PROCESSO: 0130695-83.2012.8.06.0000 – AGRAVO DE INSTRUMENTO
AGRAVANTE: F.J.M.S.
AGRAVADA: S.M.C.M.
RELATOR: DESEMBARGADOR DURVAL AIRES FILHO
ORIGEM: 3ª VARA DE FAMÍLIA DA COMARCA DE FORTALEZA

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. A INDICAÇÃO DE BENS A PENHORA É DIREITO DO ALIMENTANTE. COLEÇÃO DE CARROS ANTIGOS. INDICAÇÃO DESAUTORIZADA PELÃ INSERÇÃO NA ESFERA EMOCIONAL, QUANDO HÁ EM ABUNDÂNCIA BENS LIVRES E DE MAIS FÁCIL EXECUÇÃO.

1 - Decisão interlocutória que: a) Determinou a apuração e atualização do débito alegado pela parte ora agravada, ignorando a apresentação nos autos, de recibos capazes de demonstrar improcedência de considerável parte do débito demandado; b) Ignorou a existência anterior de sentença transitada em julgado que acolheu pleito revisional de alimentos para menos; c) acolheu pedido de penhorasobre bens de coleção de valor sentimental inestimável ao executado e de difícil avaliação pecuniária, quando existiam outros passíveis de constrição de mais fácil avaliação. vislumbre, nesse ponto, de utilização da lide para atingir a esfera emocional do executado, mais que a busca de satisfação de direitos; d) Aplicou multa de 1% sobre o valor da causa, em face de embargos de declaração supostamente protelatórios, quando tinham por objeto sanar as contradições e omissões mencionadas.

2 - Recurso conhecido e provido, no sentido de que seja determinado ao próprio executado, ora agravante, indicar bens à penhora, e, assim, lhe proporcionar o ajuizamento da competente ação de embargos à execução, bem como para desconstituir a decisão que determinou a aplicação da multa, em face dos aclaratórios opostos, por não se sustentar a alegação de má fé nas razões levantadas.

ACÓRDÃO

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

Fortaleza, 29 de julho de 2014

RELATÓRIO

Cuida-se de Agravo de Instrumento com Pedido de Efeito Suspensivo interposto por Francisco José Motta Sá, contra decisões interlocutórias do Juízo da 3ª Vara de Família da Comarca de Fortaleza, na Ação de Execução de Alimentos, Processo de nº. 0048638-44.2008.8.06.0001, tendo, na primeira, determinado à Contadoria a apuração e atualização do débito alegado pela parte ora Agravada, e, na segunda, aplicado multa de 1% sobre o valor da causa em face de embargos de declaração que considerou protelatórios.

Inconformado, o executado interpôs o presente Agravo de Instrumento alegando que não foi dirimida a controvérsia sobre a existência ou inexistência da dívida exequenda; que seria necessário fazê-lo antes da determinação de envio dos autos a Contadoria para realização do cálculo de apuração e atualização do débito, uma vez que teria sido demonstrado recibos que comprovariam o pagamento, aos filhos em comum, do débito alegado.

Quanto a segunda decisão, alega que não houve má fé na interposição dos aclaratórios, uma vez que levantou questão relevante à lide e que viu vício de contradição na decisão.

Decisão interlocutória, às fls. 532/535, prolatada por esta Relatoria concedendo a antecipação da tutela recursal, nos termos da alínea E do pedido do recurso, desconstituindo a decisão interlocutória de fls. 181, para que seja determinado ao próprio exequendo, ora agravante, indicar bens à penhora, e, assim, ensejar a propositura da competente ação de embargos à execução. Ademais, suspendemos a decisão que determinou a aplicação da multa, já que não vislumbramos má fé nas razões levantadas pelo agravante, mas, ao contrário, relevante fundamento, não havendo que se falar em embargos de declaração com caráter protelatório.

Contrarrazões, às fls. 537/541, que, em suma, reforçam os argumentos da decisão agravada.

Instado a se manifestar, o Ministério Público opinou, às fls. 547/549, pelo conhecimento e provimento do presente agravo de instrumento.

É o que importa relatar.

Feito que prescinde revisão.

VOTO

Juízo de admissibilidade já realizado quando da prolação da decisão interlocutórios de fls. 532/535.

Como dito no relatório, os argumentos trazidos nas contrarrazões ofertadas pela parte agravada tendem, em suma, ir na esteira dos fundamentos utilizados na decisão ora agravada, de modo que, logicamente, não conseguem afastar as razões adotadas por esta Relatoria, quando da decisão interlocutória acima referida.

Por isso, insistimos na mesma linha, com o reforço dos dizeres do parecer ministerial de fls. 547/549, que se manifesta no sentido do conhecimento e provimento do recurso, com base nos mesmos argumentos nossos.

No caso dos autos, cuidou, a *priori*, o agravante, da demonstração do dano eminente ou de difícil reparação, autorizadores da concessão da tutela recursal ao presente agravo.

O *fumus boni iuris* reside no fato de que o executado, ora agravante, trouxe aos autos, documentos que teriam o condão de demonstrar que o débito alegado pela parte exequenda inexistiria. Tais elementos consistiriam nos recibos de pagamento assinados pelos filhos em comum do casal, que evidenciariam que os alimentos teriam sido prestados efetivamente e diretamente a cada um dos alimentandos. Portanto, vislumbra-se, sem dúvida, uma alegação com fundamentação de evidente relevância, ainda mais quando difícil seria conceber filhos, hoje plenamente independentes, agindo de má fé, em prejuízo de sua própria genitora.

O *periculum in mora* reside também em dois fatos: o primeiro, consiste no próprio *quantum* que, por ser vultoso, vindo a ser levantado, ainda mais com potencial chance de ter sido calculado de maneira injusta, poderia causar graves consequências de desordem financeira e pessoal ao agravante.

A exequente, ora agravada, recebe aposentadoria, exerce atividade profissional como autônoma, e ainda continua, desde o ano de 2006, a receber a parte inconteste dos alimentos, de maneira que se tem por de difícil concebimento, que venha passando privações, ou corra eminente risco de prejuízo de ordem financeira, com a espera, ao menos enquanto a fumaça do bom direito não restar cristalina ao mérito que

pretende, ainda mais, quando já existe decisão em ação revisional de alimentos que, em razão da renúncia dos filhos alimentandos - hoje, adultos independentes -, o que teria modificado a relação do binômio capacidade/necessidade, reduziu os alimentos de 10 para 2 salários mínimos.

As razões aqui expostas, por si só, já seriam suficientes para vislumbrar justiça na irresignação do agravante, no que concerne ao cálculo, tendo em vista a falta de certeza evidente em relação ao *quantum* considerado.

Contudo, ainda vislumbra-se perigo de dano eminente, quando se percebe que os bens indicados à penhora pela exequente - carros antigos recuperados e conservados originais - são objetos de inestimável valor sentimental para o agravante, ora executado, não por seu valor de mercado - uma vez que, pela própria peculiaridade desses bens, é muito relativo - mas porque consistem em verdadeiros objetos raros de coleção, que, mais que dinheiro, levam anos de dedicação na sua restauração, motivo pelo qual, sua perda seria, com certeza, de impossível reparação.

Ora, fazendo grosseira comparação, apenas à título de ilustrar a situação *sub oculis*, seria como indicar a penhora, um animal doméstico de grande estimação, por parte de seu dono, apenas visando ao valor que o mesmo, por conta de sua raça, poderia alcançar no mercado, ignorando que por trás, existe demasiada carga sentimental, envolvendo a questão, que supera, sob qualquer perspectiva, o aspecto material pertinente.

Por isso, é até mesmo de se estranhar que a exequente tenha indicado tais bens à penhora, uma vez que, conforme mesmo alega, o exequendo seria pessoa de riqueza evidente, de maneira que evidenciaria facilmente e publicamente outros bens passíveis de serem constritos e, ainda, de mais fácil valoração à preço de mercado. Enxerga-se aí, talvez, uma tentativa de atingir além do aspecto material pertinente ao débito alegado, de maneira que seja direcionado o ato a atingir o agravante, também na sua esfera passional, papel esse que o Judiciário não pode se prestar a fazer.

Todavia, no que concerne a evidência de falta de certeza em relação ao débito que ora se executa, cumpre ter presente que na "exceção de pré-executividade", não se abre oportunidade para ampla produção de provas, pois as matérias arguíveis devem estar suficientemente demonstradas. Tal imposição se faz necessária, tendo em vista que se assim não o fosse, o instituto dos embargos à execução não teria fundamento em existir, levando o processo executivo como um todo, a mais completa ineficácia.

Por oportuno, devo destacar que a falta de certeza só desaparece com o devido processo legal que, com o direito à defesa, a aplicação do princípio da inocência (no sentido de que ninguém deve ser condenado antecipadamente, no caso, penalizado

através de seus bens), os recursos a ele inerentes, removerá qualquer dúvida ou incerteza quanto aos destinos das partes na disputa patrimonial.

À vista do exposto, voto pelo provimento do presente agravo de instrumento, no sentido de acolher os termos da alínea e do pedido do recurso, desconstituindo a decisão interlocutória de fls. 181, para que seja determinado ao próprio exequendo, ora agravante, indicar bens à penhora, e, assim, ensejar a propositura da competente ação de embargos à execução.

Ademais, desconstituo a decisão que determinou a aplicação da multa, por não vislumbrar má fé nas razões levantadas pelo agravante, mas, ao contrário, relevante fundamento, não havendo que se falar em embargos de declaração com caráter protelatório.

É como me posiciono.

Fortaleza, 29 de julho de 2014

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 22283-34.2007.8.06.0000/0
AGRAVANTE: O ESTADO DO CEARÁ
AGRAVADO: NORTMOTOS COMERCIAL DE MOTOCICLETAS LTDA.
RELATOR: DES. PAULO FRANCISCO BANHOS PONTE

EMENTA: CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. NEGATIVA DA FAZENDA PÚBLICA. SÓCIOS COM DÉBITOS. DÍVIDA ATIVA ESTADUAL. IMPOSSIBILIDADE. OFENSA À LIVRE INICIATIVA (ART. 1º, IV C/C ART. 170, DA CF) E AO DEVIDO PROCESSO LEGAL (ART. 5º, LIV, CF). RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. Empresa que postulou sua inscrição estadual no CGF e teve negado o pedido pela Fazenda Pública sob a escusa de que um dos sócios possui pendência fiscal com a fazenda.

2. No presente caso, há ofensa à livre iniciativa (art. 1º, IV c/c art. 170, ambos da CF), pois há impedimento flagrante ao exercício profissional.

3. Igualmente malfere-se o direito ao devido processo legal (art. 5º, LIV, CF), uma vez que a Lei n. 6.830/1980 garante os meios para a cobrança judicial dos débitos da Fazenda Pública. Precedentes.

4. Agravo conhecido e desprovido.

ACÓRDÃO

Acordam os integrantes da Eg. Primeira Câmara Cível, por julgamento de Turma, unanimemente, em CONHECER do recurso, para NEGAR-LHE provimento, a fim de integralmente MANTER a decisão prolatada, de acordo com o voto do Relator.

Fortaleza, 12 de fevereiro de 2013.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto pelo ESTADO DO CEARÁ sobre a r. decisão interlocutória de fls. 13 que concedeu liminar em mandado

de segurança em favor de NORTMOTOS COMERCIAL DE MOTOCICLETAS LTDA. no fito de permitir sua inscrição no CGF embora possua sócio com inscrição negativa de débitos estaduais.

Defende em suas razões de fls. 02/11 que a negativa operada pela Fazenda em não inscrever a empresa encontra respaldo na legislação vigente do Dec. 24569/97 (RICMS), que veda a inscrição no caso da sociedade ostentar sócio inscrito na dívida ativa.

Argui, assim, a legalidade do ato inquinado, tudo em primado dos interesses do fisco estadual e dos princípios que regem a administração pública.

Requer, por fim, a concessão de efeito suspensivo ao recurso, sustando-se a decisão de primeiro grau para no mérito, após formação do instrumento recursal, ver confirmada a medida com a procedência do pedido de reforma.

Despachado pelo e. Des. e hoje min. Raul Araújo Filho, restou postergada a apreciação da liminar (fl. 48), determinando a formação do contraditório.

Silente sem manifestação (fl. 50), tornaram-me conclusos por sucessão.

É o breve relatório.

Sem revisão, peço dia para julgamento (art. 33, inc. II c/c art. 34, §3º, ambos do RITJCE).

VOTO

Recurso que atende aos pressupostos de cabimento e admissibilidade, o qual tomo conhecimento. Sem sorte, contudo, no seu mérito.

A querela posta em juízo versa, essencialmente, acerca da ilegalidade do ato praticado pelo Diretor do Núcleo de Execução da Administração Tributária da Secretaria da Fazenda Estadual em Sobral que indeferiu o pedido de inscrição cadastral no Cadastro Geral da Fazenda (CGF), devido ao fato de um dos sócios da empresa pleiteante possuir débitos inscritos na dívida ativa estadual, consoante vedação do art. 94, IV, Decreto n. 24.569/2007 (RICMS), que dispõe acerca dos casos de indeferimento da inscrição no referido Cadastro, *in verbis*:

> art. 94, RICMS. A inscrição não será concedida nos seguintes casos:
> (…)
> IV – quando o titular ou o sócio da empresa pleiteante estiver inscrito na Dívida Ativa do Estado ou partícipe de outra que esteja cassada, suspensa ou baixada de ofício.

Antes de adentrarmos ao *meritum causae*, é de extrema relevância destacar que o Estado Fiscal, na sábia lição de JOSÉ CASALTA NABAIS, "tem nos impostos o seu principal suporte financeiro" (NABAIS, José Casalta. *A face oculta dos direitos fundamentais*: os deveres e os custos do direito), por isso a importância da função arrecadatória e a necessidade de resguardo dessa receita pública, a ser utilizada, futuramente, em prol da coletividade.

No entanto, a Fazenda Pública, no Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, CF), não pode, sob pena de malferir os direitos fundamentais, sobretudo, o devido processo legal (art. 5º, LIV, CF), privilegiar excessivamente a arrecadação estatal.

Dessa forma, é inegável que o indeferimento da inscrição cadastral, baseado no art. 94, IV, RICMS, não pode ser absoluto, mormente qual em descompasso ao ordenamento jurídico pátrio, pois tanto ofende o princípio relativo à livre iniciativa (art. 1º, IV, CF c/c art. 170, CF), já que impede flagrantemente o funcionamento da empresa, quanto o devido processo legal (art. 5º, LIV, CF), tendo em vista que a Fazenda, por força da Lei n. 6.830/1980, dispõe de mecanismos próprios para a cobrança judicial de seus débitos.

Aliado a isso, ao lembrar os ensinamentos de KANT acerca de que o Estado tem como fim a realização integral da pessoa humana, não há que se falar que a norma em comento reforça a supremacia do interesse público, porque, friso, como há patente ofensa a direitos fundamentais, os quais emanam da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), não seria tolerável pela sociedade brasileira tal comportamento estatal.

Ressalta-se, finalmente, que não se está a discutir a possibilidade que os agentes fazendários possuem para exercerem o poder de polícia, pois, embora esse poder se caracterize pela limitação no exercício de certos direitos individuais (PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 104), não não pode, de forma alguma, ser considerado razoável quando houver completo comprometimento da livre iniciativa e do devido processo legal, consoante já esboçado acima.

Nesse sentido, é a dicção ilustrada abaixo colacionada que se adequa perfeitamente ao caso analisado, senão vejamos:

> Ementa: TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA JURISDICIONAL. INSCRIÇÃO DE SOCIEDADE EMPRESARIAL NO CADASTRO DE CONTRIBUINTES DA SECRETARIA DA FAZENDA ESTADUAL. NEGATIVA POR CONSIDERAR, O FISCO, QUE A EXISTÊNCIA DE INSCRIÇÃO DOS SÓCIOS DA PESSOA JURÍDICA NA DÍVIDA ATIVA ESTADUAL CONSTITUI IMPEDIMENTO LEGAL.

INTELIGÊNCIA DA SÚMULA Nº 547 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRESENÇA DA VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES, DO RISCO DE DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO E DE IRREVERSIBILIDADE DA MEDIDA JUDICIAL.
I - Hipótese na qual a agravante alega que é lícita a negativa de inscrição da recorrida no Cadastro de Contribuintes da Secretaria da Fazenda do Estado do Ceará sob o fundamento de que os seus sócios estão inscritos na Dívida Ativa estadual.
II - Segundo entendimento cristalizado na Súmula nº 547 do Supremo Tribunal Federal: "não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais".
III - O Estado do Ceará possui meios hábeis e democráticos, devidamente previstos na legislação fiscal e processual, para cobrar os seus tributos, não lhe sendo devido, por outro meio, impedir que a sociedade empresarial que exerce atos de mercancia exercite o seu objetivo comercial.
IV - Permanência da verossimilhança das alegações, aliada ao risco de dano irreparável ou de difícil reparação e à irreversibilidade da medida judicial. Agravo conhecido, mas improvido.
(TJCE - Agravo de Instrumento 744-07.2010.8.06.0000/0. Órgão julgador: 2ª Câmara Cível, Relator Des. ADEMAR MENDES BEZERRA, Data de registro: 24/01/2011)

Ementa: CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. REEXAME NECESSÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO DE INSCRIÇÃO NO CGF. INDEFERIDO PELA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL POR FORÇA DO ART. 94, V, RICMS. SUPOSTA AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA CAPACIDADE ECONÔMICA E FINANCEIRA POR PARTE DOS SÓCIOS. OFENSA À LIVRE INICIATIVA (ART. 1º, IV C/C ART. 170, AMBOS DA CF). PRECEDENTES DO PLENO DESTA CORTE DE JUSTIÇA. REMESSA OFICIAL IMPROVIDA. SENTENÇA CONFIRMADA.
1. A Fazenda Pública, no Estado Democrático de Direito (art. 1º, caput, CF), não pode, sob pena de malferir os direitos fundamentais, privilegiar excessivamente a arrecadação estatal, sem demonstrar razoabilidade na fiscalização da atividade econômica pelo particular.
2. A regra insculpida no art. 94, V, RICMS encontre consonância com a segurança econômica, uma vez que exige a demonstração da capacidade econômica e financeira para o cadastramento junto ao CGF, na presente situação, o indeferimento não foi razoável.
3. Precedentes do Pleno desta egrégia Corte de Justiça para, em casos análogos, conceder a inscrição junto ao CGF, ainda que os sócios tenham débitos anteriores com o Fisco de empresas de que participaram.
4.Reexame necessário conhecido e desprovido. Sentença confirmada.
(TJCE - Reexame Necessário 591706-65.2000.8.06.0001/1, Órgão julgador: 6ª Câmara Cível, Relatora Des. SÉRGIA MARIA MENDONÇA MIRANDA, Data de registro: 28/06/2012)

ISSO POSTO, conheço do recurso, mas para negar-lhe provimento, mantendo-se a r. decisão de primeiro grau.

É como voto.

Fortaleza, 12 de fevereiro de 2013.

PROCESSO: 0028490-39.2013.8.06.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO
AGRAVANTE: R. SCHUCH CONSTRUÇÕES LTDA
AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
RELATORA: DESA. MARIA NAILDE PINHEIRO NOGUEIRA

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. INVESTIGAÇÃO POLICIAL. INDÍCIOS SUFICIENTES DE PRÁTICA DE ILÍCITOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI COMPLEMENTAR 105/01. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão da lavra do Juízo da 3ª Vara da Comarca de Maracanaú-CE que, nos autos do processo nº 0044044-85.2012.8.06.0117, deferiu medida cautelar de quebra de sigilo bancário em desfavor da empresa, ora recorrente, em razão das fundadas suspeitas de prática de atos de improbidade e crimes contra a administração pública.

2. No caso em tela, não se observa o preenchimento dos requisitos necessários ao deferimento do requesto recursal de que tratam os arts. 522 c/c art. 558, *caput*, ambos do CPC, eis que a argumentação veiculada no recurso não me parece plausível a ponto de justificar a ocorrência de lesão grave e de difícil reparação através da quebra de sigilo determinada na origem.

3. Em primeiro lugar, a medida prevista no art. 1º, §4º, e art. 3º da Lei Complementar nº 105/01, permite ao Poder Judiciário determinar a quebra de sigilo bancário sempre que for necessário para a investigação da prática de ilícitos, tal como sucede na espécie.

4. O Ministério Público apontou, a partir de investigações preliminares que conduziu, a existência de indícios suficientes a justificar o deferimento da medida cautelar ora impugnada.

5. "Deveras, o sigilo bancário não tem conteúdo absoluto, devendo ceder ao princípio da moralidade pública e privada,

este sim, com força de natureza absoluta. A regra do sigilo bancário deve ceder todas as vezes que as transações bancárias são denotadoras de ilicitude, porquanto não pode o cidadão, sob o alegado manto de garantias fundamentais, cometer ilícitos. O sigilo bancário é garantido pela Constituição Federal como direito fundamental para guardar a intimidade das pessoas desde que não sirva para encobrir ilícitos". (REsp 1060976/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/11/2009, DJe 04/12/2009).
6. Recurso conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em conhecer e negar provimento ao Agravo de Instrumento nº. 0028490-39.2013.8.06.0000, tudo nos termos do voto da Desa. Relatora.

Fortaleza, 17 de setembro de 2014

RELATÓRIO

Cogita-se de agravo de instrumento interposto contra decisão da lavra do Juízo da 3ª Vara da Comarca de Maracanaú-CE que, nos autos do processo nº 0044044-85.2012.8.06.0117, deferiu medida cautelar de quebra de sigilo bancário em desfavor da empresa, ora recorrente, em razão das fundadas suspeitas de prática de atos de improbidade e crimes contra a administração pública.

Em sua minuta (fls. 03/11), a parte agravante discursa que não há provas que sustentem as suspeitas ministeriais, de maneira a inviabilizar quebra do sigilo bancário da empresa.

À fl. 58 requisitei, a título de documentação facultativa, cópia integral dos autos, expediente cumprido na petição de fl. 60 e documentação de fls. 61/473.

Despachei novamente franqueando a manifestação adversativa antes de pronunciar-me a propósito da liminar (fl. 475).

Contrarrazões às fls. 485/491.

Em decisão prolatada às fls. 507/511 indeferi o pleito de suspensividade intentado pela empresa agravante.

As partes, após regularmente intimadas do *decisum* interlocutório, permaneceram silentes, nada apresentando ou requerendo nos autos, fl. 514.

Manifestação do representante do *Parquet*, às fls. 515/521, Exmo. Procurador de Justiça Francisco Osiete Cavalcante Filho, opina pelo prosseguimento do agravo de instrumento, mas pelo seu desprovimento, de modo a manter o mérito da decisão agravada.

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

Expedientes de estilo.

VOTO

Inicialmente, reconheço a presença dos pressupostos de recorribilidade, pelo que conheço do agravo, passando ao exame da respectiva súplica de urgência.

Fazendo-o, ressalto que não se observa no caso em tela o preenchimento dos requisitos necessários ao deferimento do requesto recursal de que tratam os arts. 522 c/c art. 558, *caput*, ambos do CPC, eis que a argumentação veiculada no recurso não me parece plausível a ponto de justificar a ocorrência de lesão grave e de difícil reparação através da quebra de sigilo determinada na origem.

Trata-se, em primeiro lugar, de medida prevista no art. 1º, §4º, e art. 3º da Lei Complementar nº 105/01, que permite ao Poder Judiciário determinar a quebra de sigilo bancário sempre que for necessário para a investigação da prática de ilícitos, tal como sucede na espécie.

Ademais, o Ministério Público apontou, a partir de investigações preliminares que conduziu, a existência de indícios de que a empresa estaria participando de ilícitos criminosos como fraude a licitação, falsidade documental, formação de quadrilha, entre outras práticas, o que justifica, o deferimento da medida cautelar ora impugnada.

No sentido da argumentação aqui articulada, colho precedentes:

> PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ATOS INVESTIGATÓRIOS PRATICADOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. INQUÉRITO CIVIL. APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS. RELATÓRIO DE AUDITORIA INTERNA. OPERAÇÕES DE CRÉDITO FIRMADAS POR INSTITUIÇÃO BANCÁRIA. QUEBRA DE SIGILOS BANCÁRIO E COMERCIAL. INTERESSE PÚBLICO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER.

1. O Ministério Público, no exercício do poder-dever de investigação, ostenta legitimidade para requerer ao Poder Judiciário informações necessárias à promoção de Inquérito Civil e de Ação Civil Pública, a teor do que dispõem os art. 129, incisos VI, VIII, da Constituição Federal; e art. 8º, incisos II e IV, e § 2º, da Lei Complementar nº 75/1993. Precedentes do STJ: HC 47.757/PA, 5ª Turma, DJ 12/12/2005 ; RMS 15.552/SP, 5ª Turma, DJ 19/12/2003; RMS 12131/RR, 1ª Turma, DJ de 10/09/2001; MC 5512/RS, 5ª Turma, DJ de 28/04/2003; RMS 8716/GO, 1ª Turma, DJ 25/05/1998; RMS 7423/SP, 1ª Turma, DJ de 03/11/1997.
2. Ademais, a quebra de sigilo bancário é admitida, excepcionalmente, nas hipóteses em que se denotem a existência de interesse público superior, posto proteção não consubstanciadora de direito absoluto a sobrepor-se ao interesse coletivo.
3. O art. 38 da Lei 4.595/64 (Lei do Sistema Financeiro Nacional) previa a quebra de sigilo bancário e fiscal, sendo certo que, com o advento da Lei Complementar 105, de 10/01/2001, culminou por ampliar as hipóteses de exceção do sigilo (§§ 3º e 4º do art. 1º), permitindo o Poder Legislativo e a CPI obterem informações das instituições financeiras, sem a interferência do Poder Judiciário, revelando inequívoca intenção do legislador em tornar a quebra do sigilo bancário instrumento eficiente e necessário nas investigações patrimoniais e financeiras tendentes à apuração da autoria dos atos relacionados com a prática contra o erário de condutas ilícitas, como soem ser a improbidade administrativa, o enriquecimento ilícito e os ilícitos fiscais. Precedentes jurisprudenciais do STF: RE nº 219780/PE, Relator Ministro CARLOS VELLOSO, DJ de 10.09.1999 e do STJ: REsp 943.304/SP, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ de 18/06/2008; RMS 15364/SP, Relator Ministro João Otávio de Noronha, DJ de 10.10.2005; RHC 17353/SP, Relator Ministro Félix Fischer, DJ de 29.08.2005; RMS 18445/PE, Relator Ministro Castro Filho, DJ de 23.05.2005; MC 2981/PE, desta relatoria, DJ de 28.02.2005.
4. Deveras, o sigilo bancário não tem conteúdo absoluto, devendo ceder ao princípio da moralidade pública e privada, este sim, com força de natureza absoluta. A regra do sigilo bancário deve ceder todas as vezes que as transações bancárias são denotadoras de ilicitude, porquanto não pode o cidadão, sob o alegado manto de garantias fundamentais, cometer ilícitos. O sigilo bancário é garantido pela Constituição Federal como direito fundamental para guardar a intimidade das pessoas desde que não sirva para encobrir ilícitos.
5. In casu, revela-se descabida a insurreição do Banco do Brasil contra a decisão judicial que determinou a apresentação de documentos, relativos à auditoria realizada nas operações de crédito firmadas entre a instituição bancária in foco e empresas correntistas, necessários à instrução de procedimento investigatório (Inquérito Civil) engendrado pelo Ministério Público Federal, notadamente porque o direito à intimidade, que é espécie de direito à privacidade, não consubstancia direito absoluto a sobrepor-se ao interesse coletivo, à luz do princípio da proporcionalidade.
6. Recurso Especial desprovido, garantindo-se o respeito ao sigilo bancário no âmbito do processo *sub judice*.
(REsp 1060976/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/11/2009, DJe 04/12/2009)

> HABEAS CORPUS. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO PLEITEADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO EM PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO POR ELE DEFLAGRADO. ALEGADA NECESSIDADE DE INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL PREVISTA NO ARTIGO 1º, § 4º, DA LEI COMPLEMENTAR 105/2001. DESNECESSIDADE. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 6º, INCISO XVIII, ALÍNEA 'A', DA LEI COMPLEMENTAR 75/1993. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.
>
> 1. De acordo com entendimento consolidado na Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, amparado na jurisprudência do Pretório Excelso, ainda que não se permita ao Ministério Público a condução do inquérito policial propriamente dito, e tendo em vista o caráter meramente informativo de tal peça, não há vedação legal para que aquele órgão proceda a investigações e colheita de provas para a formação da *opinio delicti.*
>
> 2. Dentre as providências que podem ser tomadas pelo *Parquet* para a reunião de provas no curso das investigações por ele promovidas está a de representar pela quebra do sigilo de dados, consoante o disposto no inciso XVIII do artigo 6º da Lei Complementar 75/1993.
>
> 3. Embora o § 4º do artigo 1º da Lei Complementar 105/2001 estabeleça que a quebra de sigilo poderá ser decretada em qualquer fase do inquérito ou de processo judicial, o certo é que tal disposição legal não impede que a medida seja autorizada em procedimento investigatório conduzido pelo órgão ministerial, como previsto na Lei Complementar 75/1993.
>
> 4. O requerimento de quebra do sigilo bancário por parte do Ministério Público prescinde da prévia instauração de inquérito policial, permitindo-se que a medida seja requerida ao Poder Judiciário no curso de investigação por ele dirigida. Precedentes.
>
> 5. Ordem denegada.
>
> (HC 168.184/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 02/02/2012, DJe 15/02/2012)

Pelas razões acima expendidas, CONHEÇO do presente recurso, porém NEGO-LHE PROVIMENTO, mantendo a decisão vergastada inalterada.

É como voto.

Fortaleza, 17 de setembro de 2014

AGRAVO DE INSTRUMENTO N.º 0627817-60.2014.8.06.0000
ORIGEM: 9ª VARA CÍVEL DA CAPITAL
AGRAVANTE: RUI ALBERTO MONTEIRO GUILHON
AGRAVADOS: BANCO GUANABARA, TRANSPORTADORA VASCONCELOS LTDA. E JOSÉ EDNÚBIO BRAGA VASCONCELOS
ÓRGÃO JULGADOR: SEGUNDA CÂMARA CÍVEL
RELATOR: DES. FRANCISCO DE ASSIS FILGUEIRA MENDES

DECISÃO MONOCRÁTICA

Trata-se de **AGRAVO DE INSTRUMENTO** com pedido de EFEITO SUSPENSIVO interposto por RUI ALBERTO MONTEIRO GUILHON em face de decisão proferida pelo JUÍZO 9ª VARA CÍVEL DA CAPITAL, que, nos autos da AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL, promovida na origem pelo BANCO GUANABARA em desfavor da TRANSPORTADORA VASCONCELOS LTDA. de JOSÉ EDNALDO BRAGA VASCONCELOS e ROSA AMÉLIA LIMA, houve por bem deferir o pleito de intransferibilidade do imóvel objeto da Matrícula n.º 3496, do Registro de Imóveis da 5ª Zona desta Capital.

Diante disso, o agravante interpôs a presente insurgência recursal, alegando, preliminarmente, a legitimidade para recorrer como terceiro prejudicado, nos termos do art. 499, do Estatuto Processual Civil. No mérito, defende a nulidade absoluta da decisão interlocutória ora combatida, tendo em vista a ausência de fundamentação, violando, assim, o disposto no art. 93, inciso IX da Constituição Federal de 1988, e a preclusão temporal no que tange à apreciação da matéria relacionada à intransferibilidade do imóvel de Matrícula n.º3496 do CRI da 5ª Zona desta Capital.

Por derradeiro, pugna o agravante, em caráter de urgência, pela necessidade de atribuição do **efeito suspensivo/ativo** ao presente recurso e, no mérito, o provimento do presente agravo de instrumento para anular ou reformar o *decisum* recorrido.

É O QUE IMPORTA RELATAR.

PASSO A DECIDIR.

O caráter de ordem pública da matéria impõe ao magistrado, consoante dispõe o art. 557, *caput*, do CPC, o dever de examinar, *ex officio* e a qualquer tempo, se estão presentes todos os requisitos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade do recurso, *in casu*, do agravo de instrumento, notadamente o cabimento, a legitimidade recursal, o interesse recursal, a **tempestividade**, a regularidade formal, a inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer e o recolhimento do valor correspondente ao preparo no ato da interposição do recurso.

A apreciação meritória somente será possível se superada, com sucesso, essa etapa, ou seja, se forem atendidas as condições da ação e os pressupostos processuais, bem como se estiverem ausentes os pressupostos processuais negativos.

Compulsando os autos do processo observo que o imbróglio em debate, notadamente no que diz respeito à intransferibilidade do bem imóvel de Matrícula n.º 3496 do CRI da 5º Zona desta Capital, extraído da AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL (Proc. n.º 0904207-55.2012.8.06.0001) promovida, na origem, pelo BANCO GUANABARA S.A. em face da TRANSPORTADORA VASCONCELOS e de JOSÉ EDNALDO BRAGA VASCONCELOS e ROSA AMÉLIA LIMA, é devolvido a esta relatoria pela segunda fez.

No primeiro momento, através do Agravo de Instrumento n.º 0623452-60.2014.8.06.0000, protocolado em 26/05/2014, no qual esta relatoria houve por bem não conhecer do recurso interposto por JOSÉ EDNÚBIO BRAGA VASCONCELOS, em virtude da ausência de peça obrigatória para formação do instrumento, motivo pelo qual foi mantida a decisão interlocutória proferida pelo juízo de origem, no sentido de determinar a cláusula de intransferibilidade do imóvel em questão.

Ocorre que o recurso interposto pela parte recorrente tem como finalidade impugnar a mesma decisão que foi objeto de análise na inconformação instrumental n.º 0623452-60.2014.8.06.0000, tendo em vista a certidão emitida pelo juízo de origem (fl. 27), destacando que a parte somente tomou ciência da aludida norma jurídica individualizada em 21/10/2014, possibilitando, ao ver do agravante, a abertura do prazo recursal.

Inobstante a qualificação do recorrente como terceiro prejudicado, ou não, nos termos do art. 499, do Estatuto Processual Civil, registro que, apesar de a intervenção de terceiro em processo alheio poder ocorrer a qualquer tempo e grau de jurisdição, **o terceiro deve assumir o processo no estado em que ele se encontra**.

Desse modo, resta inconteste a intempestividade da inconformação recursal, fato, que por si só, impede qualquer análise meritória.

Dispõe o art. 522 do Código dos Ritos:

> 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.
>
> Parágrafo único - O agravo retido independe de preparo.

Descendo à realidade dos presentes autos digitais, constato que a decisão ora impugnada foi proferida em 12/05/2014, inclusive, sendo objeto do Agravo de Instrumento n.º 0623452-60.2014.8.06.0000, protocolado em 26/05/2014. Entretanto, o recurso de agravo de instrumento em comento somente foi interposto no dia 28/10/2014, consoante chancela do protocolo de fl. 132.

Destarte, a interposição do recurso de agravo de instrumento no dia 14/07/2011 é efetivamente intempestiva, pois interposta quase 05 (cinco) meses depois, não podendo a referida insurgência instrumental ser conhecida por este Relator, posto que a admissibilidade da sua interposição afronta à regra contida do art. 522 do Estatuto Processual Civil.

Nesse sentido, o seguinte precedente do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, *in verbis* (com destaques):

> ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS OPOSTOS POR TERCEIRO-PREJUDICADO. SUBMISSÃO AOS MESMOS PRAZOS APLICÁVEIS ÀS PARTES DO PROCESSO. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. INTEMPESTIVIDADE RECONHECIDA PELO TRIBUNAL A QUO. MANUTENÇÃO DO ACÓRDÃO ESTADUAL RECORRIDO. AGRAVO NÃO PROVIDO.
> 1. "**O terceiro prejudicado, embora investido de legitimidade recursal (CPC, art. 499), não dispõe, para recorrer, de prazo maior que o das partes. A igualdade processual entre as partes e o terceiro prejudicado, em matéria recursal, tem a finalidade relevante de impedir que, proferido o ato decisório, venha este, por tempo indeterminado - e com graves reflexos na estabilidade e segurança das relações jurídicas -, a permanecer indefinidamente sujeito a possibilidade de sofrer impugnação recursal" (AgRg-RE 167.787, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, DJ 30/6/95)**.
> 2. Hipótese em que, publicado o acórdão concessivo do mandado de segurança em 21/6/12, os embargos declaratórios contra ele opostos pela parte agravante datam de 19/11/12, sendo, portanto, intempestivo3.
> Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1373821/MA, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/06/2013, DJe 02/08/2013)
>
> PROCESSUAL CIVIL – INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO ESPECIAL – PRAZO EM DOBRO - LITISCONSÓRCIO - INEXISTÊNCIA.
> 1. É intempestivo o recurso especial interposto após o decurso do prazo de 15 (quinze) dias, nos termos do art. 508 do CPC.
> 2. Inaplicável o art. 191 do CPC quando não há formação de litisconsórcio antes da interposição do recurso especial.

> 3. "O terceiro prejudicado, embora investido de legitimidade recursal (CPC, art. 499), não dispõe, para recorrer, de prazo maior que o das partes." (RE 167787 AgRg) Agravo regimental improvido.
> (AgRg no Ag 1219570/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/03/2010, DJe 10/03/2010)

Em abono desse entendimento, *Carlos Alberto Álvaro de Oliveira* (*in* O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo, Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, n.137, p. 08), referindo-se ao formalismo processual, salienta:

> Se o processo não obedecesse a uma ordem determinada, cada ato devendo ser praticado a seu devido tempo e lugar, fácil entender que o litígio desembocaria numa disputa desordenada, sem limites ou garantias para as partes, prevalecendo ou podendo prevalecer a arbitrariedade e parcialidade do órgão judicial ou a chicana do adversário. Não se trata, porém, apenas de ordenar, mas também de disciplinar o poder do juiz e, nessa perspectiva, o formalismo processual atua como garantia de liberdade contra o arbítrio dos órgãos que exercem o poder do Estado.

DIANTE DO EXPOSTO, em harmonia com a legislação e a jurisprudência aplicáveis ao caso, NÃO CONHEÇO do agravo de instrumento, por considerá-lo intempestivo, com respaldo no art. 527, I, c/c o art. 557, *caput*, ambos do CPC.

É COMO VOTO.

Fortaleza-CE, 07 de novembro de 2014.

PROCESSO Nº 0073112-43.2012.8.06.0000
AGRAVO DE INSTRUMENTO DA COMARCA DE FORTALEZA
AGRAVANTE: ESTADO DO CEARÁ
AGRAVADO: RAQUEL PESSOA DE CARVALHO
RELATOR: DES. FRANCISCO GLADYSON PONTES

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO. CLASSIFICAÇÃO NO UNIVERSO DAS VAGAS PREVISTAS NO EDITAL DE ABERTURA. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. RELEVÂNCIA DO FUNDAMENTO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. HIPÓTESE CONFIGURADA.

I – O edital, enquanto norma interna do concurso, é vinculante para a Administração Pública e para os candidatos inscritos.

II – É relevante o fundamento de que o candidato aprovado e classificado no âmbito das vagas previstas no edital de abertura, ainda que tal situação venha a se configurar somente após o encerramento do certame, em razão da renúncia de candidatos melhor classificados, é titular do direito subjetivo à nomeação.

III – Agravo desprovido.

ACÓRDÃO

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

Fortaleza, 25 de agosto de 2014.

RELATÓRIO

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto pelo ESTADO DO CEARÁ, impugnando decisão do Juiz de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca

de Fortaleza que, nos autos da AÇÃO ORDINÁRIA nº 0033744-58.2011.8.06.0001, ajuizada por RAQUEL PESSOA DE CARVALHO, deferiu o pedido da antecipação de tutela, para determinar que o Estado do Ceará *"realize, dentro do período de validade do concurso público regido pelo Edital 049/2006, a nomeação e posse da autora RAQUEL PESSOA DE CARVALHO no cargo para o qual foi aprovada, observada a ordem classificatória e o número de vagas"*.

Nas razões recursais, o recorrente aduz a ausência dos requisitos para a concessão da tutela antecipada e que a nomeação de candidato aprovado em concurso público e classificado em colocação superior ao número das vagas previstas no edital constitui ato discricionário da administração pública, razão pela qual não está configurada a relevância do direito afirmado na petição inicial da ação proposta na origem pela recorrida.

Houve resposta ao recurso.

É o breve relatório.

Incluído em pauta de julgamento.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

De saída, é pertinente transcrever, no que de mais relevante ali se contém, o teor da decisão agravada, *verbis:*

> RAQUEL PESSOA DE CARVALHO, devidamente qualificada, por intermédio de advogado constituído, ajuizou a presente AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER c/c PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA, em desfavor do ESTADO DO CEARÁ, requerendo o deferimento da tutela antecipada, pelos fatos e fundamentos jurídicos expostos na petição inicial,aduzindo em síntese, que:
> Foi publicado no Diário Oficial do Estado o Edital nº 049/2006 destinado ao preenchimento das vagas existentes no Quadro de Pessoal da Secretaria de Saúde, desta forma, a Requerente foi aprovada e classificada em 6º (sexto) lugar para seleção de médicos na área de atuação clínica médica/geriatria (código 22), na qual foram ofertadas apenas 05 (cinco) vagas, consoante se infere do Quadro de Disponibilização de vagas por Unidades previsto no Edital, sem que a autora, a despeito de aprovada, não o fora dentro do número de vagas disponibilizadas, haja vista que, como dito, sagrou-se na 6ª (sexta) colocação.
> Assegura que dois candidatos aprovados dentro do número de vagas renunciaram a suas posições no certame, o que levou a Administração a criar uma nova lista de classificação, sendo a autora, Raquel pessoa de Carvalho a primeira da referida lista.

> Informa que o prazo de validade do concurso foi prorrogado por mais dois anos a partir de 21 de janeiro de 2010, sendo a requerente, através do Edital de Convocação nº 19/2011, convocada para apresentar documentos, a fim de tratar de assunto relacionado ao processo de sua nomeação no respectivo cargo efetivo entregando, assim, toda a documentação exigida no Edital nº 19/2011.
> Com isso, requer o deferimento da tutela antecipada no sentido de determinar ao Estado do Ceará a prática de toda e qualquer providência, no intuito de efetuar a nomeação e a posse da requerente para o cargo de médico (Especialidade Clínica Médica/Geriatria), para o qual foi aprovada no respectivo certame.
> …
> Analisando o presente caso, vislumbro a presença dos requisitos necessários à concessão da medida pleiteada, vez que é direito da Requerente ser nomeada e empossada no cargo para o qual concorreu, desde que aprovada a classificada dentro do número das vagas. …
> Em face do exposto, DEFIRO A ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA, para determinar que o Requerido realize, dentro do prazo de validade do concurso público regido pelo Edital 049/2006, a nomeação e posse da autora RAQUEL PESSOA DE CARVALHO no cargo para o qual foi aprovada, observada a ordem classificatória e o número de vagas, até ulterior decisão deste Juízo.
> …
> Cumpra-se com urgência.
> Expedientes necessários.
> Fortaleza, 29 de dezembro de 2011.
> Dra Maria Vilauba Fausto Lopes
> Juíza de Direito da 5ª VFP, respondendo
> pela 1ª VPF, conforme Portaria nº 961/2011.

Ao exame do conteúdo de prova documental que instrui a peça recursal, constato que a agravada foi aprovada no concurso público regulado pelo Edital nº 049/2006, publicado no Diário Oficial do Estado de 19 de junho de 2006, para o cargo de médico, na especialidade Clínica Médica/Geriatria, obtendo a 6ª colocação, e que o próprio Edital de abertura dá a conhecer a existência de 4 (quatro) vagas na referida especialidade (fls 32/43).

Observo ainda que os candidatos aprovados nas 2ª e 5ª colocações da especialidade Clínica Médica/Geriatria não manifestaram interesse em assumir os cargos respectivos, quando convocados, razão pela foi publicada lista atualizada de classificação, no Diário Oficial do Estado de 01 de julho de 2009, na qual aqueles figuram nas 11ª e 12ª colocações, respectivamente, e a agravada na mesma classificação obtida no edital de divulgação do resultado final do concurso (fls 44).

Verifico, inclusive, que a recorrida foi convocada através do Edital de Convocação nº 19/2011, no qual está expressamente consignada a renúncia dos candidatos aprovados nas 2ª e 5ª colocações, publicado no Diário Oficial do Estado de 29 de junho de 2011, para tratar *"de assunto relacionado ao processo de sua nomeação no respectivo cargo efetivo"* (fls 46/47).

Há de ser consignado que o prazo de validade do concurso em cogitação nos autos foi prorrogado por dois anos, a partir de 21 de janeiro de 2010, pelo Edital de prorrogação nº 118/2009, publicado no Diário Oficial do Estado de 19 de janeiro de 2010 (fls 45).

Está demonstrado nos autos que, no período em que ocorreram as convocações para o cargo de médico, na especialidade Clínica Médica/Geriatria, dos candidatos aprovados nas cinco primeiras colocações, apenas três efetivamente foram nomeados, posto que dois renunciaram ao direito de assumir o cargo e foram reclassificados para as 11ª e 12ª colocações. É certo, ainda, que o Edital nº 049/2006 tornou pública a existência de de 4 (quatro) vagas na referida especialidade (fls 32/43).

Ora, se a prova dos autos revela a existência de quatro vagas para o cargo de médico, na especialidade Clínica Médica/Geriatria, ao tempo da publicação do Edital nº 049/2006, e a lista atualizada da classificação, publicada no Diário Oficial do Estado de 01 de julho de 2009, faz prova de que dois dos cinco primeiros aprovados não assumiram o cargo e foram reclassificados para as 11ª e 12ª colocações, é evidente que a recorrida está, na prática e efetivamente, classificada no universo das quatro vagas previstas no Edital de abertura, se consideradas as renúncias dos candidatos aprovados nas 2ª e 5ª classificações.

In casu, mesmo que não estivesse demonstrado nos autos que a recorrida chegou a ser convocada para a adoção das providências inerentes à nomeação, a verossimilhança da alegação de que trata o art. 273, do Código de Processo Civil, estaria manifestamente configurada, por ser aplicável ao caso, com absoluta adequação, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça segundo a qual o candidato aprovado no universo das vagas a serem preenchidas tem direito subjetivo à nomeação, *verbis:*

> ADMINISTRATIVO. **CONCURSO PÚBLICO. NOMEAÇÃO. DIREITO SUBJETIVO. CANDIDATO CLASSIFICADO DENTRO DAS VAGAS PREVISTAS NO EDITAL**. ATO VINCULADO.
> Não obstante seja cediço, como regra geral, que a aprovação em concurso público gera mera expectativa de direito, tem-se entendido que, **no caso do candidato classificado dentro das vagas previstas no Edital, há direito subjetivo à nomeação durante o período de validade do concurso.** Isso porque, nessa hipótese, estaria a Administração adstrita ao que fora

estabelecido no edital do certame, razão pela qual a nomeação fugiria ao campo da discricionariedade, passando a ser ato vinculado. Precedentes do STJ e STF.
Recurso provido.
Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 15.034, Rel Min Felix Fischer, **Quinta Turma**, Unânime, DJ 29/03/2004, p. 255.

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. **CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS. DIREITO LÍQUIDO E CERTO.** RECURSO PROVIDO.
1. O princípio da moralidade impõe obediência às regras insculpidas no instrumento convocatório pelo Poder Público, de sorte que a oferta de vagas vincula a Administração pela expectativa surgida entre os candidatos.
2. **A partir da veiculação expressa da necessidade de prover determinado número de cargos, através da publicação de edital de concurso, a nomeação e posse de candidato aprovado dentro das vagas ofertadas, transmuda-se de mera expectativa à direito subjetivo.**
3. Tem-se por ilegal o ato omissivo da Administração que não assegura a nomeação de candidato aprovado e classificado até o limite de vagas previstas no edital, por se tratar de ato vinculado.
4. Recurso provido para determinar a investidura da recorrente no cargo de Médico Generalista para o qual foi devidamente aprovada.
Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 26.507, Rel Min Napoleão Nunes Maia Filho, **Quinta Turma**, Unânime, DJe 20/10/2008.

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. **CANDIDATOS APROVADOS DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS ORIGINARIAMENTE PREVISTAS. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO.**
1. Esta Corte firmou compreensão de que, **se aprovado dentro do número de vagas previstas no edital, o candidato deixa de ter mera expectativa de direito para adquirir direito subjetivo à nomeação para o cargo a que concorreu e foi habilitado.**
2. Recurso provido.
Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 15.420, Rel Min Paulo Gallotti, **Sexta Turma**, Unânime, DJe 19/05/2008.

Servidor público. Concurso para o cargo de oficial de justiça do Estado de São Paulo. **Candidato aprovado dentro do número de vagas previstas em edital. Direito líquido e certo à nomeação.**
1. O concurso representa uma promessa do Estado, mas promessa que o obriga – o Estado se obriga ao aproveitamento de acordo com o número de vagas.
2. **O candidato aprovado em concurso público, dentro do número de vagas previstas em edital, como na hipótese, possui não simples expectativa, e sim direito mesmo e completo, a saber, direito à nomeação.**
3. Precedentes: RMS-15.034, RMS-15.420, RMS-15.945 e RMS-20.718.
4. Recurso ordinário provido.
Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 19.478, Rel Min Nilson Naves, **Sexta Turma**, Unânime, DJe 25/08/2008.

> Servidor público. Concurso para o cargo de fonoaudiólogo da Universidade Federal da Paraíba. Edital com previsão de apenas uma vaga. Candidata aprovada em primeiro lugar. Direito líquido e certo à nomeação e à posse.
> 1. O concurso representa uma promessa do Estado, mas promessa que o obriga – o Estado se obriga ao aproveitamento de acordo com o número de vagas.
> 2. **O candidato aprovado em concurso público, dentro do número de vagas previstas em edital, como na hipótese, possui não simples expectativa, e sim direito mesmo e completo, a saber, direito à nomeação e à posse.** Precedentes.
> 3. Segurança concedida.
> Mandado de Segurança nº 10.381, Rel Min Nilson Naves, **Terceira Seção**, Maioria, DJe 24/04/2009.

Frise-se, a propósito do tema, que o Supremo Tribunal Federal, ao analisar recurso extraordinário sob o regime da repercussão geral de que trata o art. 543-B, do Código de Processo Civil, decidiu, por votação unânime de seus ministros, que o candidato aprovado em concurso público e classificado no âmbito das vagas a serem preenchidas é titular do direito subjetivo à nomeação, *verbis:*

> **RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. CONCURSO PÚBLICO. PREVISÃO DE VAGAS EM EDITAL. DIREITO À NOMEAÇÃO DOS CANDIDATOS APROVADOS.**
> I. DIREITO À NOMEAÇÃO. CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL.
> Dentro do prazo de validade do concurso, a Administração poderá escolher o momento no qual se realizará a nomeação, mas não poderá dispor sobre a própria nomeação, a qual, de acordo com o edital, passa a constituir um direito do concursando aprovado e, dessa forma, um dever imposto ao poder público. Uma vez publicado o edital do concurso com número específico de vagas, o ato da Administração que declara os candidatos aprovados no certame cria um dever de nomeação para a própria Administração e, portanto, um direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas.
> II. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. BOA-FÉ. PROTEÇÃO À CONFIANÇA.
> O dever de boa-fé da Administração Pública exige o respeito incondicional às regras do edital, inclusive quanto à previsão das vagas do concurso público. Isso igualmente decorre de um necessário e incondicional respeito à segurança jurídica como princípio do Estado de Direito. Tem-se, aqui, o princípio da segurança jurídica como princípio de proteção à confiança. Quando a Administração torna público um edital de concurso, convocando todos os cidadãos a participarem de seleção para o preenchimento de determinadas vagas no serviço público, ela impreterivelmente gera uma expectativa quanto ao seu comportamento segundo as regras previstas nesse

edital. Aqueles cidadãos que decidem se inscrever e participar do certame público depositam sua confiança no Estado administrador, que deve atuar de forma responsável quanto às normas do edital e observar o princípio da segurança jurídica como guia de comportamento. Isso quer dizer, em outros termos, que o comportamento da Administração Pública no decorrer do concurso público deve se pautar pela boa-fé, tanto no sentido objetivo quanto no aspecto subjetivo de respeito à confiança nela depositada por todos os cidadãos.

III. SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO. CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO.

Quando se afirma que a Administração Pública tem a obrigação de nomear os aprovados dentro do número de vagas previsto no edital, deve-se levar em consideração a possibilidade de situações excepcionalíssimas que justifiquem soluções diferenciadas, devidamente motivadas de acordo com o interesse público. Não se pode ignorar que determinadas situações excepcionais podem exigir a recusa da Administração Pública de nomear novos servidores. Para justificar o excepcionalíssimo não cumprimento do dever de nomeação por parte da Administração Pública, é necessário que a situação justificadora seja dotada das seguintes características: a) Superveniência: os eventuais fatos ensejadores de uma situação excepcional devem ser necessariamente posteriores à publicação do edital do certame público; b) Imprevisibilidade: a situação deve ser determinada por circunstâncias extraordinárias, imprevisíveis à época da publicação do edital; c) Gravidade: os acontecimentos extraordinários e imprevisíveis devem ser extremamente graves, implicando onerosidade excessiva, dificuldade ou mesmo impossibilidade de cumprimento efetivo das regras do edital; d) Necessidade: a solução drástica e excepcional de não cumprimento do dever de nomeação deve ser extremamente necessária, de forma que a Administração somente pode adotar tal medida quando absolutamente não existirem outros meios menos gravosos para lidar com a situação excepcional e imprevisível. De toda forma, a recusa de nomear candidato aprovado dentro do número de vagas deve ser devidamente motivada e, dessa forma, passível de controle pelo Poder Judiciário.

IV. FORÇA NORMATIVA DO PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO.

Esse entendimento, na medida em que atesta a existência de um direito subjetivo à nomeação, reconhece e preserva da melhor forma a força normativa do princípio do concurso público, que vincula diretamente a Administração. É preciso reconhecer que a efetividade da exigência constitucional do concurso público, como uma incomensurável conquista da cidadania no Brasil, permanece condicionada à observância, pelo Poder Público, de normas de organização e procedimento e, principalmente, de garantias fundamentais que possibilitem o seu pleno exercício pelos cidadãos. O reconhecimento de um direito subjetivo à nomeação deve passar a impor limites à atuação da Administração Pública e dela exigir o estrito cumprimento das normas que regem os certames, com especial observância dos deveres de boa-fé e incondicional respeito à confiança dos cidadãos. O princípio constitucional do concurso público é fortalecido quando o Poder Público assegura e observa as garantias fundamentais que viabilizam a efetividade desse princípio. Ao lado das garantias de

> publicidade, isonomia, transparência, impessoalidade, entre outras, o direito à nomeação representa também uma garantia fundamental da plena efetividade do princípio do concurso público.
> V. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.
> Recurso Extraordinário nº 598.099, Rel Min Gilmar Mendes, Pleno, Unânime, DJ 30.09.2011

O dano grave a ser evitado também se faz presente, vez que o prazo de validade do concurso sob referência expiraria em 20 de janeiro de 2012, poucos dias após o protocolo da petição inicial da ação proposta na instância de origem, fato ocorrido em 28 de dezembro de 2011.

Forte em tais razões, demonstrada a existência de situação concreta reveladora da presença dos requisitos da antecipação de tutela previstos no art. 273, do Código de Processo Civil, nego provimento ao agravo.

É como voto.

Fortaleza (CE), 25 de agosto de 2014.

PROCESSO Nº 0077442-83.2012.8.06.0000
AGRAVO DE INSTRUMENTO DA COMARCA DE CANINDÉ
AGRAVANTE: FRANCISCO VALDEMAR ANASTÁCIO FILHO
AGRAVADO: PARTIDO DA SOCIAL DEMOCRACIA BRASILEIRA - PSDB
RELATOR: DES. FRANCISCO GLADYSON PONTES

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ELEITORAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE FILIAÇÃO PARTIDÁRIA. FUNDAMENTO. INOBSERVÂNCIA DE FORMALIDADE ESSENCIAL. PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. OBJETO. SUSPENSÃO DOS EFEITOS DO ATO IMPUGNADO. INDEFERIMENTO PELO JUÍZO *A QUO*. AGRAVO DE INSTRUMENTO. REQUISITOS DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. PRESENÇA. REFORMA DA DECISÃO AGRAVADA. PROVIMENTO DO AGRAVO. TUTELA ANTECIPADA DEFERIDA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, em conhecer do agravo, para dar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator, que faz parte desta decisão.

Fortaleza, 15 de setembro de 2014.

RELATÓRIO

Trata-se de Agravo de Instrumento, com Pedido de Tutela Recursal de Urgência, interposto por FRANCISCO VALDEMAR ANASTÁCIO FILHO, impugnando decisão do Juiz da 1ª Vara Cível da Comarca de Canindé que, nos autos da Ação Declaratória nº 0012268-59.2012.8.06.0055, indeferiu o pedido de tutela antecipada. (fls 204/205)

O agravante ajuizou ação ordinária, com pedido de antecipação de tutela,

em face do PARTIDO DA SOCIAL DEMOCRACIA BRASILEIRA – PSDB, postulando a declaração de nulidade de sua filiação partidária ao réu, aduzindo como causa de pedir a inobservância de formalidade essencial para a validade do referido ato. Menciona que, após se filiar regularmente ao Partido do Trabalhadores, "surge na relação dos filiados ao PSDB de Canindé enviada à Justiça Eleitoral, com a informação que o Demandante teria se filiado à agremiação tucana em 05/10/2011", quando foi intimado pelo Juiz da 33ª Zona Eleitoral para se manifestar sobre a situação. Diz que sua filiação ao agravado é nula porque não foi observado o procedimento para tanto previsto no próprio estatuto partidário, que estabelece a afixação do pedido na sede do Partido ou em outro local habitual, pelo prazo de três dias, para o exercício do direito de impugnação e, por igual período, para eventual recurso do interessado, na hipótese de indeferimento, além da previsão de entrega do respectivo comprovante ao filiado, cuja dia de recebimento vale como data de filiação, para todos os fins.

O pedido de antecipação de tutela foi indeferido pelo juízo *a quo*, em 15 de junho de 2012, sob o fundamento de que *"as manifestações firmadas pelo Presidente do PSDB, a primeira em 08.10.2011, reconhecendo implicitamente a regularidade da filiação do Requerente, e a segunda, em 11.06.2012, evidenciando a inobservância de alguns requisitos formais no processo interno de filiação do Requerente, sem fazer qualquer ressalva àquela primeira declaração"* subtrai *"por completo a possibilidade de convencimento quanto à verossimilhança das alegações"*. (fls 204/205)

Nas razões do agravo, o recorrente afirma que foi coagido a assinar ficha de filiação partidária ao PSDB em branco, no *"receio de ver seus parentes prejudicados e demitidos pela gestão municipal"* e *"para se livrar da pressão que lhe foi feita e evitar que seus parentes que trabalham na Prefeitura da Canindé sofressem um grave dano que é a perda do emprego"* e que o próprio agravado *"RECONHECE E CONFESSA que o processo de (suposta) filiação do Agravante à agremiação tucana não se aperfeiçoou, não teve a tramitação legal interna e não foi concluído"*, a demonstrar a *"inexistência formal da (suposta) filiação do Agravante ao PSDB de Canindé"*.

O pedido de tutela recursal de urgência foi deferido em 02 de julho de 2012 (fls 214/222).

Não houve resposta ao recurso (fl 237).

Foram prestadas as informações de praxe (fls 231/232).

É o breve relatório.

Incluído em pauta de julgamento.

VOTO

Para a compreensão da controvérsia a ser dirimida na presente sede recursal, transcrevo o exato teor da decisão agravada, *verbis:*

> Cuidam os autos de Ação Declaratória de Nulidade/Inexistência de Filiação Partidária, com pedido de tutela antecipada, ajuizada por Francisco Valdemar Anastácio Filho, em face do Diretório Municipal do Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB, alegando, em resumo, irregularidades no processo de sua filiação junto ao Partido, ora Promovido, tendo em vista a existência de vício de vontade e a inobservância das formalidades essenciais previstas no Estatuto do PSDB.
> Requer, a título de antecipação de tutela, a suspensão dos efeitos da filiação ao PSDB, bem como a inclusão de seu nome no Sistema FILIAWEB e os atos de inclusão e envio de seu nome na lista de filiados à Justiça Eleitoral.
> …
> A questão principal aflora na premissa de que a antecipação de efeitos da tutela contribuirá para a efetividade do processo quando comportar, de alguma forma, execução.
> Carregando em si cunho de provisoriedade, mostra-se, via de regra, incompatível com a crise jurídica a ser solvida pela tutela jurisdicional de cunho declaratório, consubstanciada na certeza e não na verossimilhança, incompatíveis com a ideia de antecipação provisória.
> É trivial que uma coisa não pode ser e deixar de ser, sendo a eficácia declaratória um juízo de segurança e certeza, contemporânea ao trânsito em julgado.
> A declaração para conferir segurança ou certeza não pode ser revogável ao longo do procedimento, em estado provisório.
> No caso dos autos, a inexistência de filiação partidária traz ínsito juízo de certeza, eis que de cunho eminentemente declaratório que, com a procedência do pedido, decidirá, se for o caso, pela existência de nulidades no processo interno de filiação.
> Ademais, chama a atenção as manifestações firmadas pelo Presidente do PSDB, a primeira em 08.10.2011, reconhecendo a regularidade da filiação do Requerente, e a segunda, em 11.06.2012, evidenciando a inobservância de alguns requisitos formais no processo interno de filiação do Requerente, sem fazer qualquer ressalva àquela primeira declaração. Ora, dentro deste contexto, admitindo-se a possibilidade de antecipação da tutela pretendida na presente ação declaratória, a dubiedade constatada nas declarações do Presidente do PSDB retiraria por completo a possibilidade de convencimento quanto a verossimilhança das alegações.
> Diante do exposto, indefiro a antecipação de tutela requerida.
> …
> Canindé (CE), 15 de junho de 2012.
> Bel. Antonio Josimar Almeida Alves.
> Juiz de Direito – 1ª Vara

Consoante relatado, o agravante ajuizou ação declaratória de nulidade de sua filiação ao PARTIDO DA SOCIAL DEMOCRACIA BRASILEIRA – PSDB, com pedido de antecipação de tutela, que foi indeferido na instância de origem, nos termos da decisão agravada.

O fundamento recursal é duplo e consiste nas alegações da existência de coação para filiar-se ao PSBD e vício de forma essencial e insanável no próprio ato de filiação.

Examino, inicialmente, o fundamento da suposta nulidade da filiação do agravante ao PSDB por inobservância de formalidade essencial prevista no próprio estatuto partidário.

Adoto, a esse propósito, as razões de decidir por mim elencadas na decisão que apreciou o pedido de tutela recursal de urgência, em 02 de julho de 2012, vez que permanecem atuais e plenamente aplicáveis, *verbis:*

> ... a concessão de tutela antecipada, em ação declaratória, é admitida pacificamente pelo Superior Tribunal de Justiça, *verbis:*
>
> PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO DECLARATÓRIA EM CUMULAÇÃO COM ANULATÓRIA E DESCONSTITUTIVA - MATÉRIA FÁTICA - ANTECIPAÇÃO DA TUTELA – SÚMULA 211/STJ.
> **I - Defere-se Antecipação de Tutela Jurisdicional, quando, na ação declaratória,** cumulada com anulatória e desconstitutiva, por si ou jungidas àquelas, **visa-se alcançar eficácia concreta de decisão em que se não antecipada pode causar a perda de eficácia daquela declaratória.** Doutrina.
> II - Matéria de fato.
> III - Súmula 211/STJ.
> IV - Conheço em parte do recurso para determinar que as ações em comento não possam ser negociadas até decisão final da causa.
> Recurso Especial Nº 195.224, Rel Min Waldemar Zveiter, **Terceira Turma**, Unânime, DJ 05/03/2001, p. 154.
>
> PROCESSO CIVIL. **TUTELA ANTECIPADA. AÇÃO DECLARATÓRIA**. MEDIDA DE EFEITO PRÁTICO IMEDIATO. POSSIBILIDADE. POSSE VELHA. ADMISSIBILIDADE. CASO CONCRETO. ART. 273, CPC. ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA/STJ. RECURSO DESACOLHIDO.
> **I - Conquanto para alguns se possa afastar, em tese, o cabimento da tutela antecipada nas ações declaratórias, dados o seu caráter exauriente e a inexistência de um efeito prático imediato a deferir-se, a doutrina e a jurisprudência vêm admitindo a antecipação nos casos de providência preventiva, necessária a assegurar o exame do mérito da demanda.**
> II - Em relação à posse de mais de ano e dia (posse velha), não se afasta de plano a possibilidade da tutela antecipada, tornando-a cabível a depender do caso concreto.

> III - Tendo as instâncias ordinárias antecipado os efeitos da tutela com base nas circunstâncias da demanda e no conjunto probatório dos autos, dos quais extraíram a verossimilhança das alegações e o caráter inequívoco da prova produzida, torna-se inviável o reexame do tema na instância especial. Recurso Especial Nº 201.219, Rel Min Sálvio de Figueiredo Teixeira, **Quarta Turma**, Maioria, DJ 24/02/2003, p. 236.

> MEDIDA CAUTELAR. EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL AINDA NÃO ADMITIDO. IDÊNTICA MEDIDA REQUERIDA NA ORIGEM E INDEFERIDA. VAZIO DA FALTA DE JURISDIÇÃO. CABIMENTO DO EXAME DO PRÉVIO PROVIMENTO. PRESSUPOSTOS LEGAIS CONFIGURADOS. CONCESSÃO DA LIMINAR.
> **A tutela antecipada é cabível em toda ação de conhecimento, seja a ação declaratória, seja constitutiva (negativa ou positiva), condenatória, mandamental, se presentes os requisitos do art. 273, CPC.**
> Agravo a que se nega provimento.
> Agravo Regimental na Medida Cautelar Nº 4.205, Rel Min José Arnaldo da Fonseca, **Quinta Turma,** Unânime,DJ 04/03/2002, p. 271.

> RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA. TUTELA ANTECIPADA. CONCESSÃO. POSSIBILIDADE. ART. 273 DO CPC. REQUISITOS PREENCHIDOS. PRECEDENTES.
> **Esta Corte vem reiterando o entendimento no sentido da possibilidade de se conceder a tutela antecipada em qualquer ação de conhecimento, seja declaratória, constitutiva ou mandamental, desde que presentes os requisitos e pressupostos legais.**
> Verificados estes, na instância ordinária no momento da concessão, o aresto recorrido culminou por afrontar o art. 273 do CPC ao reformá-la.
> Recurso provido.
> Recurso Especial Nº 473.072, Rel Min José Arnaldo da Fonseca, **Quinta Turma**, Unânime, DJ 25/08/2003, p. 358.

O agravante alega que o procedimento de sua filiação partidária ao PSDB não se perfectibilizou, por inobservância das formalidades estatutárias que regem a matéria, *verbis:*

> **Art. 6º**
> **§ 3º.** Recebido o pedido de filiação, será afixado, pela Secretaria, aviso na sede do Partido ou em outro local habitual, pelo prazo de 3 (três) dias, para conhecimento dos demais filiados e exercício do direito de impugnação.
> **§ 4º.** Decorrido o prazo a que se refere o parágrafo anterior sem impugnação, a Comissão Executiva ou Provisória decidirá o pedido dentro do prazo de 3 (três) dias; indeferida a filiação, caberá ao interessado o direito de recurso nos termos do artigo seguinte.

> *In casu,* a declaração expedida pelo Presidente do Diretório Municipal do PSDB, em 11 de junho de 2012, dá a conhecer que não foi conferida publicidade ao pedido de filiação do agravante àquela instituição partidária,

> mediante a afixação no local de costume, para eventuais impugnações, nem apreciada formalmente pela Comissão Executiva do Partido (fl 65).
> Aí está demonstrada a figura do bom direito do agravante, por inobservância de formalidade essencial prevista estatutariamente para o procedimento de filiação.
> Demais disso, tenho por configurado o *periculum in mora*, porquanto o fato de o calendário eleitoral das próximas eleições municipais fixar o dia 05 de julho de 2012, como data final para apresentação do requerimento do registro de candidatura no cartório eleitoral, resultará inócuo e de nenhum efeito prático eventual deferimento da tutela judicial pleiteada pelo agravado após essa data.

Acrescento, por relevante, que o Estatuto do Partido da Social Democracia Brasileira contém norma expressa dispondo que a data de filiação, para todos os fins, será aquela em que o comprovante respectivo é entregue ao filiado, a revelar que tal procedimento só estará plenamente apto a produzir os efeitos que lhe são próprios e a configurar eventual dupla filiação, após a mencionada entrega, *verbis:*

> Art. 6º.
> § 7º. Deferida a filiação, será entregue ao filiado o respectivo comprovante nos termos das determinações legais em vigor, valendo para todos os fins como data de filiação a do recebimento do pedido.

Registre-se, ademais, que subsiste o perigo de dano grave e de difícil reparação, mesmo após o término do processo eleitoral que estava em curso ao tempo em que deferida a antecipação de tutela recursal, vez que ainda não concluído o mandato do cargo eletivo a que ali concorreu o agravante.

Eis o quanto basta para a configuração dos requisitos do art. 273, do Código de Processo Civil.

Forte em tais razões, dou provimento ao recurso para, reformando a decisão proferida pelo juízo *a quo,* deferir o pedido de tutela antecipada, consistente em "SUSPENDER todos os efeitos da suposta filiação partidária do requerente ao PSDB de Canindé, bem como a inclusão do nome do Promovente no Sistema FILIAWEB pela referida agremiação partidária e os atos do PSDB de inclusão e envio do nome do Demandante em sua lista de filiados à Justiça Eleitoral".

É como voto.

Expedientes necessários.

Após o trânsito em julgado, arquivem-se os autos.

Fortaleza, 15 de setembro de 2014.

PROCESSO: 0078977-47.2012.8.06.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO
AGRAVANTE: SANDRA MARY DE MELO MOURÃO
AGRAVADOS: MARIA SANTA DE MELO ROCHA E LUIZ CLAUDIO DE MELO ROCHA
RELATORA: DESEMBARGADORA MARIA NAILDE PINHEIRO NOGUEIRA

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO JUDICIAL. NOMEAÇÃO DE INVENTARIANTE. INTELIGÊNCIA DO ART. 990, DO CPC. ADIANTAMENTO DA LEGÍTIMA. SONEGAÇÃO. QUESTÕES DE "ALTA INDAGAÇÃO". ART. 984, DO CPC. IMPOSSIBILIDADE DE DISCUSSÃO NOS AUTOS DO INVENTÁRIO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. O cerne da presente lide volta-se à nomeação da agravada como inventariante do espólio do sr. Luís Mourão da Rocha.

2. A Lei nº 12.195/2010 alterou os incisos I e II, do artigo 990, do Código de Processo Civil, estabelecendo que pode figurar como inventariante "o cônjuge ou companheiro sobrevivente".

3. Identificou com acerto a douta Magistrada de plano que a lide em análise encontra-se envolta de "questão de alta indagação", nos termos do art. 984 do CPC, impossibilitando sua discussão no bojo do processo de inventário.

4. No caso em tablado, não se vislumbra razoabilidade a agravante pois a instância de piso ainda não verificou a contento todas as peculiaridades exigidas pela recorrente. *In casu*, não foi sequer analisada, em sede própria, as argumentações expendidas pela parte, atinentes ao adiantamento da legítima ou, ainda, de possível sonegação de bens por parte dos herdeiros.

5. A nomeação da inventariança, nos termos aqui atacados, não enseja a ocorrência de qualquer prejuízo ao feito originário, sobretudo por que a inventariante deverá prestar

contas de todos os atos praticados, não podendo dispor, ao seu bel prazer, do acervo hereditário.
6. Recurso conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em conhecer e negar provimento ao Agravo de Instrumento nº. 0078977-47.2012.8.06.0000, tudo nos termos do voto da Desa. Relatora.

Fortaleza, 8 de outubro de 2014

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento ajuizado por Sandra Mary de Melo Mourão contra decisão da Exma. Juíza de Direito da 3ª Vara de Sucessões da Comarca de Fortaleza, nos autos do processo nº. 0906193-44.2012.8.06.0001, cuja lide versa sobre abertura de inventário dos bens do falecido Sr. Luís Mourão da Rocha.

Nas razões de fls. 01/15, a agravante disserta que é filha do falecido Sr. Luís Mourão da Rocha, o qual deixou diversos bens, sem testamento, a serem sucedidos pela viúva meeira e herdeiros. Dispõe que diante do comportamento desidioso de sua genitora, ao se desfazer dos bens do *de cujus*, veio em Juízo requerer a abertura do Inventário de seu genitor.

Alega já haver ultrapassado o prazo de abertura do inventário, restando demonstrado o desinteresse da agravada em regularizar a situação dos bens arrolados. Ressalta a presença dos requisitos para concessão da decisão liminar, bem como das premissas para concessão imediata e urgente de intransferibilidade dos bens. Conclui rogando o provimento do recurso com a reforma da decisão agravada, com o escopo de deferir, em antecipação de tutela, a indisponibilidade dos bens a inventariar até o julgamento final da ação de inventário.

Juntou os documentos de fls. 16/165.

À fl. 171 dos autos indeferi o pleito liminar, por não haver, a princípio, relevância da argumentação articulada para as finalidades do art. 558, do CPC, considerando que o patrimônio somente poderia ser transferido mediante autorização do Juízo de piso.

A parte agravada, Maria Santa de Melo Rocha, devidamente intimada do feito, deixou transcorrer o prazo legal sem nada apresentar ou requerer, conforme certidão de fl. 185.

Instado a manifestar-se no feito, a douta Procuradoria Geral de Justiça apresenta parecer, fls. 187/188, no sentido de restar ausente o exame da atribuição de efeito suspensivo ao recurso, conforme art. 527, II, do CPC.

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

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento ajuizado por Sandra Mary de Melo Mourão contra decisão da Exma. Juíza de Direito da 3ª Vara de Sucessões da Comarca de Fortaleza, nos autos do processo nº. 0906193-44.2012.8.06.0001.

O cerne da presente lide volta-se à nomeação da agravada como inventariante do espólio do sr. Luís Mourão da Rocha.

Verifica-se que foi nomeada em 04 de julho de 2012 como inventariante do *de cujus* a cônjuge sobrevivente. A lei processual que vigia à época, com as alterações advindas da Lei 12.195/2010, possibilitava a nomeação como inventariante do cônjuge sobrevivente "desde que estivesse convivendo com o outro ao tempo da morte deste". Transcrevo o dispositivo legal, *in verbis*:

> Art. 990. O juiz nomeará inventariante: (Vide Lei nº 12.195, de 2010)
> I - o cônjuge ou companheiro sobrevivente, desde que estivesse convivendo com o outro ao tempo da morte deste; (Redação dada pela Lei nº 12.195, de 2010)
> [...]

Com efeito, a Lei nº 12.195/2010 alterou os incisos I e II, do artigo 990, do Código de Processo Civil, estabelecendo, portanto, que a nomeação da agravada na condição de inventariante ocorreu após a vigência da referida lei, sendo a decisão escorreita em tal sentido. A propósito, segue trecho do *decisum*:

> R, h., Cuidam-se os presentes autos de abertura de Inventário dos bens deixados por falecimento de LUIS MOURÃO DA ROCHA, cuja requerente é SANDRA MARY DE MELO MOURÃO, filha do autor da herança. A autora informa que sua mãe Maria Santa de Melo Rocha não procedeu a

abertura do inventário no prazo legal e alega que ela vem agindo de má-fé juntamente com o herdeiro Luiz Cláudio de Melo Rocha, dilapidando os bens deixados por seu pai. Anota, ainda, que seus pais chegaram a se separar e que na partilha de bens o patrimônio passou quase integralmente à propriedade exclusiva do cônjuge virago. Posteriormente, o casal restabeleceu a sociedade conjugal, no entanto, os bens permaneceram somente em nome de Maria Santa de Melo Rocha. A autora requer concessão de medida liminar determinando a intransferibilidade dos bens móveis e imóveis. Pede, também, ofícios ao Banco Central e à Caixa Econômica Federal.

Determina o Código de Processo Civil:

Art. 990. O juiz nomeará inventariante: (Vide Lei nº 12.195, de 2010)

I - o cônjuge ou companheiro sobrevivente, desde que estivesse convivendo com o outro ao tempo da morte deste;

II - o herdeiro que se achar na posse e administração do espólio, se não houver cônjuge ou companheiro sobrevivente ou estes não puderem ser nomeados;

III - qualquer herdeiro, nenhum estando na posse e administração do espólio;

IV - o testamenteiro, se lhe foi confiada a administração do espólio ou toda a herança estiver distribuída em legados;

V - o inventariante judicial, se houver;

VI - pessoa estranha idônea, onde não houver inventariante judicial.

Parágrafo único. O inventariante, intimado da nomeação, prestará, dentro de 5 (cinco) dias, o compromisso de bem e fielmente desempenhar o cargo.

Ao exame da petição inicial, verifica-se que há cônjuge sobrevivente e pelo que foi relatado é a viúva quem está na posse e administração do espólio. A documentação acostada, em sua maioria, apresenta bens em nome da Sra. Maria Santa de Melo Rocha, ou seja, parte do patrimônio apresentado não está em nome do autor da herança. Apresenta-se aqui uma abertura de inventário em que os bens apresentados como do espólio não estão em nome do inventariado. Trata-se, pois, de questão de alta indagação, hipótese em que, uma vez dirimida a questão, virá aos autos a decisão pertinente.

Sobre o assunto refiro: Questões de alta indagação. Alta indagação não é coisa intrincada, difícil e debatida questão de direto. É o fato incerto que depende de prova a vir de fora do processo, a ser colhida em outro feito. Pinto Ferreiro cita Hamilton de Moraes Barros explicando que em inventário não se produzem nem a prova testemunhal nem a pericial e nem se colhem depoimentos pessoais. Em consequência disso, se for levantada questão quanto à qualidade do herdeiro e se essa matéria não puder ser decidida de pronto, em face da prova documental já existente ou a ser trazida, são as partes demandadas às vias ordinárias, i.e., a resolver a questão em ação própria e autônoma, já que a matéria é de alta indagação, ou seja, matéria que dependa de prova a ser colhida, prova de qualquer natureza que confirme ou desminta as alegações mais diversas que as partes se permitam fazer em defesa de seus direitos e posições. O inventário é um processo administrativo e deve ser rápido, não comportando discussões e decisões sobre questões complexas. Se surgirem, portanto, no curso do processo, divergências de tal natureza que reclamem grandes debates e

> variedades de provas, o juiz mandará as partes para as vias ordinárias. O juiz não admitirá, portanto, discussão, nem produção de outras provas que não figurem no processo de inventário, e as partes terão que se valer da ação própria à controvérsia surgida e lá obter a solução. O juiz, todavia, mandará que fique resguardado o quinhão do herdeiro envolvido na questão, para resolver sobre o seu pagamento depois de decidida e ação (art. 984 e 1000, parágrafo único, CPC), In ALUÍSIO SANTIAGO JÚNIOR. Direito das Sucessões. Aspectos didáticos. Doutrino e Jurisprudência. Editora Inédito., s/ed, Belo Horizonte, 1997, pág. 350/351. Por todo o exposto, Indefiro a concessão de liminar à míngua de amparo legal, bem como a expedição dos ofícios às instituições financeiras. Ciência aos interessados. Expedientes necessários.

No presente caso, identificou com acerto a douta Magistrada de plano que a lide em análise encontra-se envolta de "questão de alta indagação", nos termos do art. 984 do CPC, impossibilitando sua discussão no bojo do processo de inventário. No caso em apreço, somente admite-se o pleito intentado pela parte agravante em ação específica a qual se pode apurar quais bens devem vir à colação, de modo a obstar a antecipação da legítima. A propósito, veja-se doutrina do ilustre doutrinador Marinoni a respeito do tema:

> O juízo do inventário, contudo, não é o adequado para que sejam decididas questões de alta indagação, que dependam da colheita de prova diversa da documental (como acontece, por exemplo, no art. 1.000, M, CPC). Nesse caso, as partes têm de discutir a questão de alta indagação no procedimento comum ordinário, em que não há limitação probatória. A cognição no processo de inventário e partilha é plena e exauriente *secundum eventum probationis*. Vale dizer: a coisa julgada só se forma se o conhecimento da questão posta em juízo foi suficientemente aprofundado pelo órgão jurisdicional. Não sendo, não há coisa julgada, podendo as partes discuti-la em demanda que siga o procedimento comum ordinário (art. 984, CPC). (MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. Código de Processo Civil comentado. 3ª ed. - São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2011, pág. 897/898).

Seguem precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

> PROCESSUAL CIVIL. SENTENÇA DECLARATÓRIA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA DE NULIDADE DE DOAÇÃO. LIQUIDAÇÃO. IMPROPRIEDADE DA VIA. ART. 984 DO CPC. QUESTÕES AFEITAS AO JUÍZO DO INVENTÁRIO.
> 1. Não se conhece de recurso especial, com base em ofensa ao art.
> 458 do CPC, quando a alegação é genérica, não individualizando as razões recursais como exatamente o artigo teria sido violado.
> Incidência da Súmula 284 do STF.

2. "Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo".
3. A sentença que se pretende liquidar possui natureza eminentemente declaratória, apenas reconhecendo a nulidade da doação realizada pelo de cujus. No caso, a sobrepartilha deverá recair sobre parte da "biblioteca pessoal e direitos autorais" do autor da herança, sendo que em relação à primeira, diante de eventual desacordo entre os herdeiros – legítimos e testamentários -, chega-se facilmente ao seu valor mediante avaliação oficial, e, em relação aos direitos autorais, inclusive os frutos eventualmente percebidos pela donatária, é o caso de prova documental e de colação, matérias absolutamente afeitas ao juízo do inventário.
4. Cabe ao juízo do inventário decidir, nos termos do art. 984 do CPC, "todas as questões de direito e também as questões de fato, quando este se achar provado por documento, só remetendo para os meios ordinários as que demandarem alta indagação ou dependerem de outras provas", entendidas como de "alta indagação" aquelas questões que não puderem ser provadas nos autos do inventário.
5. Recurso especial parcialmente conhecido e, na extensão, provido.
(REsp 450.951/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 23/03/2010, DJe 12/04/2010).

PROCESSO CIVIL. SEPARAÇÃO CONSENSUAL. POSTERIOR INVENTÁRIO E PARTILHA. SUBSEQÜENTE AJUIZAMENTO DE AÇÃO DECLARATÓRIA DE SUB-ROGAÇÃO DE BENS HERDADOS. LITISPENDÊNCIA. EXISTÊNCIA. ALTA INDAGAÇÃO. QUESTÃO ESTRANHA AO PROCESSO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ QUE NÃO PODE SER PRESUMIDA.
- O art. 1.121, §1º, do CPC remete os cônjuges ao procedimento de inventário e partilha, que seguirá o rito dos arts. 982 e ss. do CPC, com as adaptações que se fizerem necessárias. Não se trata, portanto, de apenas partilhar o patrimônio comum, mas, antes de tudo, de saber quais bens o compõem.
- Iniciado o inventário, torna-se desnecessário o ajuizamento de ação declaratória na qual buscam identificar os bens que se sub-rogaram nos herdados e não comunicáveis. Deve-se reconhecer a identidade de pedidos, de partes e de causa de pedir entre os dois processos.
- Cabe ao juiz do inventário indicar as questões de alta indagação que não podem ser resolvidas naquele processo.
- Havendo dúvida sobre as causas que levaram a parte a adotar comportamento contraditório no curso do processo, não se deve presumir a existência de má-fé. Recurso Especial parcialmente provido. (REsp 960.885/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/03/2009, DJe 08/06/2009).

DIREITO CIVIL. INVENTÁRIO. DOAÇÃO EM VIDA. ART. 1.776, CC/1916. POSSIBILIDADE DE PREJUÍZO DA LEGÍTIMA. ARGÜIÇÃO POR UM DOS HERDEIROS. QUESTÃO DE ALTA INDAGAÇÃO. INEXISTÊNCIA. DISCUSSÃO NA SEDE DO INVENTÁRIO. RECURSO DESACOLHIDO.

> I - Na linha da doutrina e da jurisprudência desta Corte, questões de direito, mesmo intrincadas, e questões de fato documentadas resolvem-se no juízo do inventário e não na via ordinária.
> II - Eventual prejuízo da legítima em face de doação feita pelo pai aos filhos, ainda em vida (art. 1.776, CC/1916), sem haver fatos a provar, prescinde dos "meios ordinários", podendo ser discutido no próprio inventário.
> (REsp 114.524/RJ, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 27/05/2003, DJ 23/06/2003, p. 371).

Ressalte-se que no caso em tablado, não se vislumbra razoabilidade a agravante pois a instância de piso ainda não verificou a contento todas as peculiaridades exigidas pela recorrente. *In casu*, não foi sequer analisada, em sede própria, as argumentações expendidas pela parte, atinentes ao adiantamento da legítima ou, ainda, de possível sonegação de bens por parte dos herdeiros.

Conclui-se pelo contexto fático e probatório apresentado nos autos que o exame da matéria recursal é inadmissível, pois em sede de agravo de instrumento a apreciação da questão jurídica trazida ao colegiado cinge-se aos pressupostos pertinentes à concessão da tutela jurisdicional liminar, vedando-se a análise de matérias afeitas à decisão final e terminativa a ser proferida pelo Juízo *a quo*, sob pena de supressão de instância e prejulgamento da causa.

Ademais, a nomeação da inventariança, nos termos aqui atacados, não enseja a ocorrência de qualquer prejuízo ao feito originário, sobretudo por que a inventariante deverá prestar contas de todos os atos praticados, não podendo dispor, ao seu bel prazer, do acervo hereditário.

Isto posto, CONHEÇO do presente recurso, mas para NEGAR-LHE provimento, mantendo-se a decisão vergastada inalterada.

É como voto.

Fortaleza, 8 de outubro de 2014.

Ação Rescisória

AÇÃO RESCISÓRIA N° 0010283-31.2009.8.06.0000
AUTOR: MUNICÍPIO DE FORTALEZA
RÉU: SINDICATO DOS SERVIDORES PÚBLICOS DO MUNICÍPIO DE FORTALEZA – SINDIFORT
RELATOR: DES. FRANCISCO DE ASSIS FILGUEIRA MENDES

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA EM APELAÇÃO CIVIL. AÇÃO ORDINÁRIA JULGADA PROCEDENTE. APELO IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA. SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS. EQUIPARAÇÃO SALARIAL. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. SÚMULA Nº 343 DO STF. INAPLICABILIDADE. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI (ART. 485, V, CPC). CONFIGURAÇÃO. ARTS. 5º, II, 7º, IV, E 37, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. PRECEDENTES DO STF E DESTA CORTE. SÚMULA VINCULANTE Nº 37 DO STF.

- A presente ação rescisória foi ajuizada pelo MUNICÍPIO DE FORTALEZA, com fundamento no artigo 485, inciso V, do Estatuto Processual Civil, com a finalidade de rescindir o acórdão proferido perante a Quarta Câmara Cível deste e. Tribunal, que, no julgamento da Apelação Cível nº 610677-98.2000.8.06.0001/1, confirmou a sentença prolatada pelo Juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza-CE, a qual julgou procedente o pleito formulado da Ação Ordinária proposta pelo SINDICATO DOS SERVIDORES PÚBLICOS DO MUNICÍPIO DE FORTALEZA (SINDIFORT).

- Importante registrar que "*cabe ação rescisória por ofensa à literal disposição constitucional, ainda que a decisão rescindenda tenha se baseado em interpretação controvertida ou seja anterior à orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal*." (STF. PLENO. RE-ED 328812/AM. Rel.: Min. Gilmar Mendes. Dje 02.05.2008), motivo pelo qual é inaplicável o enunciado normativo n.º 343 do Supremo Tribunal Federal.

- Verifica-se que a parte autora alega violação à literal disposição de lei, argumentando restar infringidos os dispositivos constantes nos arts. 5º, inciso II, 7º, inciso IV e 37, inciso X, todos da Constituição Federal de 1988, bem como o enunciado normativo n.º 339 do Supremo Tribunal Federal. Com efeito, assiste razão à parte autora.

- A pretensão sustentada pela parte autora da presente rescisória encontra amparo na "nova" Súmula Vinculante n.º 37 do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, que prevê: "*Não cabe ao poder judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia*".

- O referido entendimento sumular não é uma novidade no cenário jurídico, à medida que o enunciado normativo n.º 339 da Suprema Corte já estabelecia a impossibilidade do Poder Judiciário, que não tem função legislativa, em aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento da isonomia.

- O art. 37, X, da CF/88, consagra a exigência de lei para alterar ou fixar remuneração de servidor, prestigiando, assim, o *princípio da separação de poderes* e a função precipuamente legislativa do manejo orçamentário da remuneração dos servidores públicos.

- Nesse sentido são os seguintes precedentes do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: RE-AgR n.º 554604/RJ, em. Rel. Min. *Eros Grau*, DJEe 14.03.2008; AI-AgR n.º 676370/ES, em. Rel. Min. *Celso de Mello*, DJE 22.02.2008; ADI 191/ RS, em. Rel. Min. *Carmén Lúcia*, DJE 07.03.2008; AI-AgR 423652/RS, em. Rel. Min. *Gilmar Mendes*, DJ 07.12.2007; RE - AgR 423877/CE, em. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 19.05.2006.

AÇÃO RESCISÓRIA JULGADA PROCEDENTE PARA DESCONSTITUIR O ACÓRDÃO IMPUGNADO, A FIM DE JULGAR IMPROCEDENTES OS PLEITOS FORMULADOS NA AÇÃO ORDINÁRIA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da AÇÃO RESCISÓRIA N° 0010283-31.2009.8.06.0000, em que são partes as acima mencionadas.

ACORDAM AS CÂMARAS CÍVEIS REUNIDAS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ, por maioria, em JULGAR PROCEDENTE a presente ação rescisória, com base no artigo 494 do CPC, para desconstituir o acórdão prolatado no julgamento da Apelação Cível nº 610677-98.2000.8.06.0001/1, e, em novo julgamento, **INDEFERIR** os pleitos formulados na ação ordinária ajuizada pelo SINDICATO DOS SERVIDORES PÚBLICOS DO MUNICÍPIO DE FORTALEZA – SINDIFORT em desfavor do MUNICÍPIO DE FORTALEZA. Relativamente à presente ação rescisória, em face da sucumbência da parte ré, arcará este com o pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes arbitrados em R$ 1.000,00 (um mil reais), devidamente corrigidos, a teor do disposto no artigo 20, § 4º, do CPC, atentando-se à importância e complexidade da causa, o trabalho desempenhado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

Fortaleza, 4 de novembro de 2014.

RELATÓRIO

Consoante o disposto no art. 88, §4º, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, adoto o Relatório lançado pelo Em. Rel. *FRANCISCO CARNEIRO LIMA* (JUIZ CONVOCADO) às fls. 758/759, que fará parte integrante deste acórdão.

É O RELATÓRIO.

VOTO

A presente ação rescisória foi ajuizada pelo MUNICÍPIO DE FORTALEZA, com fundamento no artigo 485, inciso V, do Estatuto Processual Civil, com a finalidade de rescindir o acórdão proferido perante a Quarta Câmara Cível deste e. Tribunal, que, no julgamento da Apelação Cível nº 610677-98.2000.8.06.0001/1, confirmou a sentença prolatada pelo Juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza-CE, a qual julgou procedente o pleito formulado da Ação Ordinária proposta pelo SINDICATO DOS SERVIDORES PÚBLICOS DO MUNICÍPIO DE FORTALEZA – SINDIFORT.

Estabelece o artigo 485, *caput*, do CPC que:

> "**Art. 485.** A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:
> I – (...)
> II – (...)
> III – (...)
> IV – (…)
> V – violar literal disposição de lei;
> (...)"

Segundo *Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery* (*In* Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 927), "*O CPC 485, caput, ao estabelecer que a 'sentença' de mérito pode ser rescindida, falou menos do que queria dizer, pois o termo sentença aqui impropriamente colocado, deve ser entendido em sentido amplo, significando 'decisão'.*"

E, mais adiante, em outro comentário, assim asseveram os referidos autores que (com destaques):

> "Não é qualquer decisão transitada em julgado que enseja a ação rescisória, mas somente aquela de mérito, capaz de ser acobertada pela autoridade da coisa julgada. **Assim, se uma decisão de mérito veio a lume, quer por intermédio de decisão interlocutória, sentença ou acórdão, não importa**: se sobre aquela se formou a autoridade de coisa julgada, é rescindível pela ação autônoma de impugnação regulada no CPC 485.".

Demais disso, importante registrar que "***cabe ação rescisória por ofensa à literal disposição constitucional, ainda que a decisão rescindenda tenha se baseado em interpretação controvertida ou seja anterior à orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal.***" (STF. PLENO. RE-ED 328812/AM. Rel.: Min. Gilmar Mendes. Dje 02.05.2008), motivo pelo qual é inaplicável o enunciado normativo n.º 343 do Supremo Tribunal Federal.

Na espécie, examinando detidamente os autos, verifica-se que a parte autora alega violação à literal disposição de lei, argumentando restar infringidos os dispositivos constantes nos arts. 5º, inciso II, 7º, inciso IV e 37, inciso X, todos da Constituição Federal de 1988, bem como o enunciado normativo n.º 339 do Supremo Tribunal Federal. Com efeito, assiste razão à parte autora.

A pretensão sustentada pela parte autora da presente rescisória encontra amparo na "nova" Súmula Vinculante n.º 37 do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, que prevê:

> **Não cabe ao poder judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia.**

O referido entendimento sumular não é uma novidade no cenário jurídico, à medida que o enunciado normativo n.º 339 da Suprema Corte já estabelecia a impossibilidade do Poder Judiciário, que não tem função legislativa, em aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento da isonomia.

Por sua vez, o art. 37, X, da CF/88, estabelece (com destaques):

> 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: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
> X - a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 **somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica**, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (Regulamento)

O aludido dispositivo constitucional consagra a exigência de lei para alterar ou fixar remuneração de servidor, prestigiando, assim, o *princípio da separação de poderes* e a função precipuamente legislativa do manejo orçamentário da remuneração dos servidores públicos.

Nesse sentido são os seguintes precedentes do **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**: RE-AgR n.º 554604/RJ, em. Rel. Min. *Eros Grau*, DJEe 14.03.2008; AI-AgR n.º 676370/ES, em. Rel. Min. *Celso de Mello*, DJE 22.02.2008; ADI 191/RS, em. Rel. Min. *Carmén Lúcia*, DJE 07.03.2008; AI-AgR 423652/RS, em. Rel. Min. *Gilmar Mendes*, DJ 07.12.2007; RE – AgR 423877/CE, em. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 19.05.2006.

Destaca-se, ainda, o seguinte precedente desta Corte de Justiça, *in verbis* (com destaques):

Ementa: PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA EM APELAÇÃO CÍVEL. DEMANDA ORIGINÁRIA JULGADA IMPROCEDENTE. APELO PROVIDO PARA FIXAR OS VENCIMENTOS DE SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS (ENFERMEIROS E FARMACÊUTICOS) NA FORMA DO DECRETO MUNICIPAL Nº 7.153/1985. EQUIPARAÇÃO SALARIAL COM OS PROFISSIONAIS DE SAÚDE DO INSTITUTO DR. JOSÉ FROTA (IJF). SÚMULA Nº 343 DO STF. INAPLICABILIDADE. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA. NÃO INCIDÊNCIA DO CITADO VERBETE MESMO QUANTO ÀS QUESTÕES INFRACONSTITUCIONAIS. PRECEDENTES DO STJ. PRELIMINAR REJEITADA. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI (ART. 485, V, CPC). OCORRÊNCIA. VINCULAÇÃO DO SALÁRIO MÍNIMO PARA QUALQUER FIM. PROIBIÇÃO. EQUIPARAÇÃO DE QUAISQUER ESPÉCIES REMUNERATÓRIAS PARA EFEITO DE ASSALARIAMENTO DE PESSOAL DO SERVIÇO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE. ARTS. 7º, IV, E 37, XIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRECEDENTES DO STF, DO STJ E DESTA CORTE. RESCISÓRIA PROCEDENTE.

1. Em se tratando de matéria constitucional, não incide a Súmula nº 343 do STF, segundo a qual seria inviável a rescisória quando a questão discutida fosse, à época do julgado, controvertida nos Tribunais, sob pena de afrontar a força normativa da Constituição e o princípio da máxima efetividade da norma constitucional (STF, RE 328812 ED, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 06.03.2008, DJe-078 divulg. 30-04-2008, public. 02-05-2008). Precedentes do STJ: AR 1.114/RS, AgRg no REsp 1144526/RN.

2. Aliás, tanto no âmbito do STF como no do STJ, modificou-se o entendimento acerca do sobredito verbete sumular, de modo a considerar que não se pode admitir que prevaleça um acórdão que adotou uma interpretação inconstitucional (STF) ou contrária à Lei, conforme interpretada por seu guardião constitucional (STJ). Assim, nas hipóteses em que, após o julgamento, a jurisprudência, ainda que vacilante, tiver evoluído para sua pacificação, a rescisória pode ser ajuizada, mesmo trate o caso de matéria estritamente legal (infraconstitucional). A propósito: REsp 1.324.072/DF e REsp 1.026.234/DF. Preliminar rejeitada.

3. O Município de Fortaleza propôs ação rescisória com esteio no art. 485, V, CPC, sob o argumento de que o decisum rescindendo contrariou literal disposição de lei, no caso, os arts. 5º, II, 7º, IV, parte final, e 37, X e XIII, todos da Constituição Federal, bem como o art. 110 da Lei Orgância Municipal.

4. O acórdão impugnado efetivamente violou os arts. 7º, IV, e 37, XIII, ambos da Magna Carta, ao admitir, sob o pretexto de aplicar o princípio da isonomia, a indexação do piso vencimental de servidores municipais com base no salário mínimo. Precedentes do STF e do STJ.

5. A jurisprudência desta Corte de Justiça é iterativa no sentido de desacolher o pedido de equiparação vencimental baseada no salário mínimo, especialmente quando se pretende extensão dos efeitos de decisão judicial a terceiros, como no caso dos autos.

> 6. Ação rescisória julgada procedente para desconstituir o acórdão impugnado, a fim de julgar improcedentes os pleitos formulados nas ações cautelar e ordinária. Honorários advocatícios arbitrados em R$ 1.000,00 (um mil reais), com base no art. 20, § 4º, do CPC.
> (TJCE – Ação rescisória 2281741200880600000 - Relator(a): FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA
> Órgão julgador: Câmaras Civeis Reunidas, Data de registro: 02/07/2013).

Pelo exposto, julgo procedente a ação rescisória, com base no artigo 494 do CPC, para desconstituir o acórdão prolatado no julgamento da Apelação Cível nº 610677-98.2000.8.06.0001/1, e, em novo julgamento, indefiro os pleitos formulados na ação ordinária ajuizada pelo SINDICATO DOS SERVIDORES PÚBLICOS DO MUNICÍPIO DE FORTALEZA – SINDIFORT em desfavor do MUNICÍPIO DE FORTALEZA.

Relativamente à presente ação rescisória, em face da sucumbência da parte ré, arcará este com o pagamento dos honorários advocatícios arbitrados em R$ 1.000,00 (um mil reais), devidamente corrigidos, a teor do disposto no artigo 20, § 4º, do CPC, atentando-se à importância e complexidade da causa, o trabalho desempenhado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

É o voto.

Fortaleza-CE, 04 de novembro de 2014.

Agravo Regimental

AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 0022079
21.2006.8.06.0001/50000.
AGRAVANTE: MARIA FÁTIMA ROCHA DE VASCONCELOS
AGRAVADO: BANCO BGN S.A.
RELATORA: DESA. MARIA IRACEMA MARTINS DO VALE

EMENTA: PROCESSO CIVIL. REGIMENTAL CONTRA MONOCRÁTICA QUE DECIDIU APELO. APLICAÇÃO DO ART. 557 DO CPC. MÉRITO. AÇÃO REVISIONAL DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. ANATOCISMO. CUMULAÇÃO DE COMISSÃO DE PERMANÊNCIA COM CORREÇÃO MONETÁRIA E OUTROS ENCARGOS DE NATUREZA MORATÓRIA. PEDIDOS NÃO FORMULADOS EM 1º GRAU DE JURISDIÇÃO. REVISÃO DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 381 DO STJ. JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. ANULAÇÃO DA SENTENÇA NESTA PARTE. PRECEDENTES. DECISÃO MANTIDA. REGIMENTAL CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. Trata o caso de agravo regimental interposto em face de decisão monocrática desta Relatora, proferida em sede de apelação cível, que anulou em parte a sentença proferida em 1º grau de jurisdição, em aplicação ao Art. 557 do CPC.

2. O Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento no sentido de que ao magistrado é vedado conhecer de ofício questões relativas à nulidade de cláusulas contratuais, sob pena de julgamento *extra petita*.

3. Sendo assim, deve ser anulada a parte da sentença relativa ao anatocismo e à cumulação de comissão de permanência com correção monetária e outros encargos de natureza moratória, uma vez que proferida sem qualquer provocação da parte ofendida. Incidência da Súmula 381 do STJ. Precedentes.

- Agravo Regimental conhecido e desprovido.
- Decisão monocrática mantida.
- Unânime.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Agravo Regimental em Apelação Cível nº 0022079-21.2006.8.06.0001/50000, em que figuram as partes acima indicadas. Acorda a 4ª Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em **conhecer do agravo regimental interposto, mas para negar-lhe provimento, mantendo inalterada a decisão recorrida**, nos termos do voto da Relatora.

Fortaleza, 21 de janeiro de 2013.

RELATÓRIO

O presente recurso foi interposto devido à insatisfação da agravante com a decisão desta Relatora que, monocraticamente, anulou em parte a sentença recorrida.

O caso/a ação originária: Maria Fátima Rocha de Vasconcelos ajuizou ação revisional de cláusulas contratuais em virtude de haver verificado irregularidades nos termos do Contrato de Empréstimo com Consignação em Folha de Pagamento firmado junto ao Banco BGN S.A. Para tanto, insurgiu-se contra a taxa de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano. O réu apresentou **contestação** (fls. 30/59) aduzindo, preliminarmente, a ocorrência de cerceamento de defesa. No mérito, alegou que os encargos contratuais foram livremente pactuados e que não poderia, agora, a promovente impugná-los, uma vez que os aceitou por vontade própria. Por fim, afirmou que todas as cláusulas encontravam-se em estrita observância à legislação aplicável à espécie, não havendo, portanto, nada a ser questionado.

A Sentença: às fls. 134/148, o Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza decidiu pela **parcial procedência** da ação. Transcrevo o dispositivo da sentença, no que interessa:

> "ISTO POSTO, considerando o mais que dos autos consta, os princípios gerais de direito, especialmente os Constitucionais e toda a motivação supra, por Sentença para que surta seus jurídicos e legais efeitos, *julgo procedente em parte* o presente pedido, mantendo os termos do contrato, porém determinado as modificações necessárias para que *se aplique*

> *a capitalização de juros apenas na sua forma anual e a comissão de permanência, somente poderá ser utilizada alternativamente, desde que não cumulada com a correção monetária, nem com os juros e multa moratória*." (*sic*)

Apelação do Banco BGN S.A.: às fls. 156/167, insurgindo-se, especificamente, contra os seguintes pontos do *decisum*: afastamento do anatocismo e vedação à cumulação de comissão de permanência com correção monetária e outros encargos de natureza moratória.

Recurso adesivo da Sra. Maria Fátima Rocha de Vasconcelos: às fls. 183/188, pugnando pela "*modificação da decisão "a quo", atendendo as postulações iniciais*" (trecho de fl. 188).

Contrarrazões da Sra. Maria Fátima Rocha de Vasconcelos: às fls. 191/192, suplicando pela manutenção do *decisum*, na parte que lhe foi favorável.

Contrarrazões do Banco BGN S.A.: conforme certidão à fl. 206, decorrido o prazo legal, nada foi apresentado ou requerido.

Decisão monocrática recorrida: esta Relatora anulou em parte a sentença proferida em 1º grau de jurisdição, nos seguintes termos (fls. 207/218):

> "Por tais razões, em face do firme posicionamento jurisprudencial a respeito da matéria, com esteio nas disposições contidas no Art. 557 do CPC, **monocraticamente: 1)** anulo, de ofício, a sentença recorrida na parte que tratou do anatocismo e da cumulação de comissão de permanência com correção monetária e outros encargos de natureza moratória, ante a ausência de pedido neste sentido; **2)** declaro prejudicada a apelação cível interposta, consoante as razões acima expostas; **3)** não conheço do recurso adesivo, nos termos do Art. 500, III do CPC."

Agravo Regimental: inconformada, Maria Fátima Rocha de Vasconcelos interpôs recurso (Agravo Regimental nº 0022079-21.2006.8.06.0001/50000) aduzindo, em síntese, que "*a decisão monocrática ora agravada, age com excesso de preciosidade, quando exige uma determinada nomeação de um termo ou situação, devendo, dessa forma, ser reformulada*".

É o relatório.

Sem revisão e desnecessária a inclusão em pauta.

VOTO

De conformidade com o relatado, depreende-se que se trata de agravo regimental interposto contra decisão monocrática que anulou em parte a sentença proferida em 1º grau de jurisdição.

O presente agravo regimental não merece provimento, uma vez que, *in casu*, não foi trazido qualquer subsídio pela parte agravante com capacidade de possibilitar a alteração dos fundamentos da decisão vergastada e, nesses termos, continuam imaculados e impassíveis de modificação os argumentos nos quais o entendimento foi firmado, subsistindo em si mesmas as razões assentadas anteriormente, as quais passo a reproduzir.

- Anatocismo. Cumulação de comissão de permanência com correção monetária e outros encargos de natureza moratória. Pedidos não formulados em 1º grau de jurisdição. Cláusulas contratuais revisadas de ofício. Impossibilidade. Incidência da Súmula 381 do STJ.

Neste aspecto, forçoso concluir pela absoluta nulidade da sentença.

Tal fato se explica pelo motivo de que o magistrado *a quo* abordou, de ofício, questão relativa à validade de cláusulas contratuais sem que para tanto fosse necessária qualquer provocação por parte dos jurisdicionados, violando, assim, o princípio processual da congruência, segundo o qual a decisão deve guardar estrita observância aos pedidos e debates realizados durante o processo, guardando, desta maneira, intrínseca relação com a demanda que lhe deu causa.

Esta Relatora não desconhece entendimento segundo o qual as cláusulas existentes em contratos bancários, por serem regidas pelo Código de Defesa do Consumidor, contemplariam, assim, matéria de ordem pública, que poderia ser conhecida a qualquer tempo e grau de jurisdição.

Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça, Corte a quem compete a última palavra em matéria de cunho infraconstitucional, já firmou entendimento no sentido de que ao magistrado é vedado conhecer de ofício questões desta natureza, sob pena de julgamento *extra petita*. Confira-se:

> "AGRAVO REGIMENTAL. **CONTRATO BANCÁRIO. AÇÃO REVISIONAL. DISPOSIÇÕES ANALISADAS DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 381/STJ**. 1. "Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas." (Súmula 381/STJ) 2. Agravo regimental desprovido." (AgRg no REsp 1064145/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 18/06/2009, DJe 29/06/2009) (destacamos)

* * * * *

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL E BANCÁRIO. RECURSO ESPECIAL. **AÇÃO REVISIONAL DE CLÁUSULAS DE CONTRATO BANCÁRIO. INCIDENTE DE PROCESSO REPETITIVO**. JUROS REMUNERATÓRIOS. CONFIGURAÇÃO DA MORA. JUROS MORATÓRIOS. INSCRIÇÃO/MANUTENÇÃO EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. **DISPOSIÇÕES DE OFÍCIO. DELIMITAÇÃO DO JULGAMENTO** Constatada a multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, foi instaurado o incidente de processo repetitivo referente aos contratos bancários subordinados ao Código de Defesa do Consumidor, nos termos da ADI n.º 2.591-1. Exceto: cédulas de crédito rural, industrial, bancária e comercial; contratos celebrados por cooperativas de crédito; contratos regidos pelo Sistema Financeiro de Habitação, bem como os de crédito consignado. Para os efeitos do § 7º do art. 543-C do CPC, a questão de direito idêntica, além de estar selecionada na decisão que instaurou o incidente de processo repetitivo, deve ter sido expressamente debatida no acórdão recorrido e nas razões do recurso especial, preenchendo todos os requisitos de admissibilidade. Neste julgamento, os requisitos específicos do incidente foram verificados quanto às seguintes questões: i) juros remuneratórios; ii) configuração da mora; iii) juros moratórios; iv) inscrição/manutenção em cadastro de inadimplentes e v) disposições de ofício. PRELIMINAR O Parecer do MPF opinou pela suspensão do recurso até o julgamento definitivo da ADI 2.316/DF. Preliminar rejeitada ante a presunção de constitucionalidade do art. 5º da MP n.º 1.963-17/00, reeditada sob o n.º 2.170-36/01. I - JULGAMENTO DAS QUESTÕES IDÊNTICAS QUE CARACTERIZAM A MULTIPLICIDADE. ORIENTAÇÃO 1 - JUROS REMUNERATÓRIOS a) As instituições financeiras não se sujeitam à limitação dos juros remuneratórios estipulada na Lei de Usura (Decreto 22.626/33), Súmula 596/STF; b) A estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade; c) São inaplicáveis aos juros remuneratórios dos contratos de mútuo bancário as disposições do art. 591 c/c o art. 406 do CC/02; d) É admitida a revisão das taxas de juros remuneratórios em situações excepcionais, desde que caracterizada a relação de consumo e que a abusividade (capaz de colocar o consumidor em desvantagem exagerada – art. 51, §1º, do CDC) fique cabalmente demonstrada, ante às peculiaridades do julgamento em concreto. ORIENTAÇÃO 2 - CONFIGURAÇÃO DA MORA a) O reconhecimento da abusividade nos encargos exigidos no período da normalidade contratual (juros remuneratórios e capitalização) descarateriza a mora; b) Não descaracteriza a mora o ajuizamento isolado de ação revisional, nem mesmo quando o reconhecimento de abusividade incidir sobre os encargos inerentes ao período de inadimplência contratual. ORIENTAÇÃO 3 - JUROS MORATÓRIOS Nos contratos bancários, não-regidos por legislação específica, os juros moratórios poderão ser convencionados até o limite de 1% ao mês. ORIENTAÇÃO 4 - INSCRIÇÃO/MANUTENÇÃO EM CADASTRO DE INADIMPLENTES a) A abstenção da inscrição/manutenção em cadastro de inadimplentes, requerida em antecipação de tutela e/ou medida cautelar, somente será deferida se, cumulativamente: i) a ação for fundada em questionamento integral ou parcial do débito; ii) houver demonstração de que a cobrança indevida se funda na aparência do

bom direito e em jurisprudência consolidada do STF ou STJ; iii) houver depósito da parcela incontroversa ou for prestada a caução fixada conforme o prudente arbítrio do juiz; b) A inscrição/manutenção do nome do devedor em cadastro de inadimplentes decidida na sentença ou no acórdão observará o que for decidido no mérito do processo. Caracterizada a mora, correta a inscrição/manutenção. **ORIENTAÇÃO 5 - DISPOSIÇÕES DE OFÍCIO É vedado aos juízes de primeiro e segundo graus de jurisdição julgar, com fundamento no art. 51 do CDC, sem pedido expresso, a abusividade de cláusulas nos contratos bancários**. Vencidos quanto a esta matéria a Min. Relatora e o Min. Luis Felipe Salomão. II- JULGAMENTO DO RECURSO REPRESENTATIVO (REsp 1.061.530/RS) A menção a artigo de lei, sem a demonstração das razões de inconformidade, impõe o não-conhecimento do recurso especial, em razão da sua deficiente fundamentação. Incidência da Súmula 284/STF. O recurso especial não constitui via adequada para o exame de temas constitucionais, sob pena de usurpação da competência do STF. Devem ser decotadas as disposições de ofício realizadas pelo acórdão recorrido. Os juros remuneratórios contratados encontram-se no limite que esta Corte tem considerado razoável e, sob a ótica do Direito do Consumidor, não merecem ser revistos, porquanto não demonstrada a onerosidade excessiva na hipótese. Verificada a cobrança de encargo abusivo no período da normalidade contratual, resta descaracterizada a mora do devedor. Afastada a mora: i) é ilegal o envio de dados do consumidor para quaisquer cadastros de inadimplência; ii) deve o consumidor permanecer na posse do bem alienado fiduciariamente e iii) não se admite o protesto do título representativo da dívida. Não há qualquer vedação legal à efetivação de depósitos parciais, segundo o que a parte entende devido. Não se conhece do recurso quanto à comissão de permanência, pois deficiente o fundamento no tocante à alínea "a" do permissivo constitucional e também pelo fato de o dissídio jurisprudencial não ter sido comprovado, mediante a realização do cotejo entre os julgados tidos como divergentes. Vencidos quanto ao conhecimento do recurso a Min. Relatora e o Min. Carlos Fernando Mathias. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido, para declarar a legalidade da cobrança dos juros remuneratórios, como pactuados, e ainda decotar do julgamento as disposições de ofício. Ônus sucumbenciais redistribuídos." (REsp 1061530/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 22/10/2008, DJe 10/03/2009) (destacamos)

* * * * *

"RECURSO ESPECIAL - **AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO DE FINANCIAMENTO BANCÁRIO - NULIDADE DE CLÁUSULAS ABUSIVAS - DECLARAÇÃO DE OFÍCIO - IMPOSSIBILIDADE** – LIMITAÇÃO DOS JUROS REMUNERATÓRIOS - INADMISSIBILIDADE - REPETIÇÃO DO INDÉBITO - PROVA DO PAGAMENTO EM ERRO - DESNECESSIDADE - INSCRIÇÃO EM CADASTRO DE INADIMPLENTES - PREQUESTIONAMENTO DA MATÉRIA - INEXISTÊNCIA - APLICAÇÃO DOS ENUNCIADOS NS. 282 E 356 DA SÚMULA/STF - RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. I - **É inadmissível o reconhecimento, de ofício, de nulidade de cláusulas contratuais consideradas abusivas**; II - Não incide a limitação a 12% ao ano, prevista no Decreto nº 22.626/33, salvo hipóteses legais específicas, não ocorrentes na espécie; III - Admite-se a repetição

> do indébito independentemente da prova de que o pagamento tenha sido efetuado em erro (enunciado n. 322 da Súmula/STJ); IV - Recurso Especial parcialmente provido." (REsp 1044499/RS, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/09/2008, DJe 26/11/2008) (destacamos)

De tão pacífica que é, a questão já se encontra sumulada, por meio do enunciado nº 381 daquele Tribunal, *in verbis*:

> STJ, Súmula 381 - "Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas."

Não é outro o entendimento esposado por esta egrégia Corte de Justiça, conforme se depreende dos excertos jurisprudenciais adiante transcritos:

> "CIVIL E PROCESSO CIVIL. **REVISIONAL DE CONTRATO BANCÁRIO. EXAME DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO PROFERIDA FORA DOS LIMITES DO PEDIDO. SENTENÇA EXTRA PETITA. NULIDADE**. 1.**É inviável o exame de ofício de cláusulas abusivas em contratos que regulam relação de consumo, nos termos da jurisprudência do STJ, ratificada no recente julgamento do recurso representativo de Revisionais de Contratos Bancários e no enunciado da Súmula 381**. Ressalva, neste ponto, do entendimento da relatoria. 2.Sentença proferida fora dos limites do que foi pleiteado pela parte autora fere o princípio da congruência e deve ser anulada. Recurso prejudicado." (TJCE; APC 58814-53.2006.8.06.0001/1; 3ª CAMARA CÍVEL; Relator: Des. ANTÔNIO ABELARDO BENEVIDES MORAES; DJ 20/08/2009) (destacamos)
> * * * * *
> "APELAÇÃO CÍVEL. **AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO**. POSSIBILIDADE DE **REVISÃO DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. APLICABILIDADE. REVISÃO DE OFÍCIO. Impossibilidade. As atividades bancária e financeira estão sujeitas às regras do Código de Defesa do Consumidor, como expresso no art. 3º, § 2º, da Lei nº 8.078/90, não sendo, contudo, possível, a análise de ofício de de cláusulas consideradas abusivas, devendo o julgado ater-se unicamente às questões debatidas nos autos**. TAXA DE JUROS PACTUADA. Há de respeitar as taxas de juros pactuadas, salvo de devidamente demonstrada a ocorrência de abusividade, a teor do entendimento do STJ. Encargo probatório afeita ao promovente. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. A capitalização dos juros é vedada nos contratos da espécie em discussão, inclusive porque não pactuada expressamente. Neste tipo de contrato a capitalização dos juros em período inferior a doze meses, é vedada, prevalecendo a Súmula nº 121 do STF, vez que não convencionada, de forma inequívoca, a capitalização mensal. NEGATIVAÇÃO EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. A inscrição do nome do devedor só está vedada se, cumulativamente:

> a) houver interposição de ação revisional; b) as alegações do devedor se fundarem na aparência do bom direito e na jurisprudência do STJ ou do STF; c) for depositada a parcela incontroversa do débito. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. AFASTADA A CAPITALIZAÇÃO MENSAL" (TJCE; APC 711797-87.2000.8.06.0001/1; 4ª CAMARA CÍVEL; Relator: Des. LINCOLN TAVARES DANTAS; DJ 29/05/2009) (destacamos)

Desta maneira, uma vez configurado o julgamento *extra petita* da matéria, qual seja, a declaração de nulidade de cláusulas contratuais relativas ao anatocismo e à cumulação de comissão de permanência com correção monetária e outros encargos de natureza moratória, **a anulação da sentença recorrida, neste ponto, é medida que se impõe**.

Há que se destacar, de logo, que não prosperam os argumentos manejados pela agravante em suas razões recursais, uma vez que para o correto julgamento de uma ação revisional faz-se imprescindível a precisa impugnação por parte do interessado de todas as cláusulas contratuais que entende passíveis de revisão, não sendo possível a simples menção à existência de um suposto "*excesso de onerosidade*" no contrato.

Em verdade, qualquer conclusão em sentido contrário resultaria na absurda situação de poder o demandante buscar a tutela do Poder Judiciário sem ao menos saber quais são, efetivamente, os termos da avença que necessitam de intervenção judicial, conferindo ao magistrado a tarefa de identificar e, se for o caso, revisar as cláusulas que considerar abusivas, o que, conforme exposto alhures, não se afigura aceitável, nos termos da súmula 381 do STJ.

Por fim, destaco que os demais pontos tratados no apelo, por não terem sofrido qualquer impugnação por parte da recorrente, não serão objeto de análise neste julgamento, nos estritos termos do princípio *tantum devolutum quantum apelatum*.

Por tudo isto, a manutenção da decisão monocrática é medida que se impõe.

DISPOSITIVO

Por tais razões, voto no sentido de **conhecer do Agravo Regimental interposto, mas para negar-lhe provimento, mantendo inalterada a decisão monocrática recorrida**, proferida por esta Relatoria.

É como voto.

Fortaleza, 21 de janeiro de 2013.

Nº PROCESSO: 0033680-58.2005.8.06.0001/50000
TIPO DO PROCESSO: AGRAVO REGIMENTAL
AGRAVANTES: FITESA S.A. E SUAS FILIAIS
AGRAVADO: ESTADO DO CEARÁ
ÓRGÃO JULGADOR: 4ª CÂMARA CÍVEL
RELATORA: DESEMBARGADORA VERA LÚCIA CORREIA LIMA

EMENTA: TRIBUTÁRIO, SOCIETÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. COMPENSAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. FATO NOTÓRIO. OBJETO SOCIAL. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. INAPLICABILIDADE, EM REGRA. AGRAVO INTERNO. IMPROVIMENTO.

- Insurgindo-se contra a decisão que deu pela falta de prova preconstituída, a não autorizar o manejo do mandado de segurança, as agravantes, reportando-se aos seus contratos sociais, consignam ser notório o fato de atuarem na industrialização e comercialização de produtos petroquímicos em geral, *"*razão pela qual possuem um grande volume de vendas (faturamento) e, que, obviamente, realizam vendas a prazo e, consequentemente, a aplicação da cobrança de juros fazem parte deste cenário*"* (pág. 02), arrematando que os fatos notórios independem de prova.

- Pretender suprir ausência da prova preconstituída da condição de credores a partir de referências ao contrato social é, com o devido respeito, confundir dois mundos, em regra, independentes. É que, de ordinário, não se aplica o princípio da especialidade quanto à personalidade das pessoas jurídicas, de forma que a atuação das mesmas não está adstrita – em regra, frise-se – aos limites do seu objeto social. Noutro modo de dizer, tanto é possível realizar uma atividade não anunciada como se pode não realizar uma atividade anunciada pelo contrato social. A propósito, a finalidade daquela delimitação é, acima de tudo, a fiscalização da atividade dos administradores das sociedades, salvante a existência de regras específicas.

- Sendo assim, tem-se, de forma clara, a impropriedade da tese defendida pelas agravantes, qual seja, a de que, à luz dos contratos sociais, seria notório o fato da prática do objeto descrito e, por inferência, a realização de operações a prazo e, assim, a inclusão de juros e correção monetária na base de cálculo do ICMS, tudo para dizer que esta adição é ilícita. O raciocínio construído enfraquece-se porque não pressupõe as variantes relembradas.
- Agravo Interno improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos reveladores do Agravo Regimental nº 0033680-58.2005.8.06.0001/50000, em que FITESA S.A. E SUAS FILIAIS figuram como recorrentes e o ESTADO DO CEARÁ surge como recorrido, acordam os Desembargadores da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, tudo nos termos do voto da Relatora.

RELATÓRIO

Senhores Desembargadores, a FITESA S.A., juntamente com suas filiais, manejara o agravo interno de págs. 01/09 contra a decisão de págs. 227/232 (do processo principal), por meio da qual, amparada na sistemática do art. 557 do CPC, neguei seguimento à apelação que opusera ao ato de págs. 152/154, obstando a pretensão das recorrentes de se creditarem dos valores pagos a título de ICMS decorrentes da inclusão, alegadamente indevida, em sua base de cálculo, dos valores relativos a juros e correção monetária.

No pronunciamento ora recorrido, citei jurisprudência do STJ para dizer *"*ainda que se limite a pretender o reconhecimento do direito à compensação tributária, deve o impetrante, via prova preconstituída, demonstrar a condição de credor da Fazenda Pública*"* (pág. 228).

As agravantes, no entanto, e reportando-se ao seu contrato social, consignam ser notório o fato de atuarem na industrialização e comercialização de produtos petroquímicos em geral, *"*razão pela qual possuem um grande volume de vendas (faturamento) e, que, obviamente, realizam vendas a prazo e, consequentemente,

a aplicação da cobrança de juros fazem parte deste cenário*"* (pág. 02). Em seguida, relembram que os fatos notórios independem de prova.

Também sustentam que a questão a ser decidida é unicamente jurídica, pelo que a via do mandado de segurança surge adequada.

É o que basta relatar.

VOTO

Presentes os requisitos, conheço do recurso, antecipando que lhe estou negando provimento.

Não custa rememorar a necessidade de as razões deste agravo serem analisados à luz do pedido formulado pela petição inicial, uma vez que compete a esta fincar os limites objetivos da demanda, dos quais todo o desenrolar procedimental mostra-se dependente.

Sendo assim, vou à peça inaugural, precisamente à pág. 19, e sublinho que as impetrantes, ora recorrentes, vieram a Juízo com a intenção de obter provimento que lhe assegure a compensação do que, a título de ICMS, foi recolhido "nos últimos 10 anos", relativamente à integração, na base de cálculo, dos juros e da correção monetária oriundos das vendas a prazo, acréscimo que entende indevido.

E, porque não foi adunada qualquer prova documental destes recolhimentos, o Juízo *a quo* entendeu incabível a via do mandado de segurança, a par de que esta não é substitutiva da ação de cobrança.

Foi por isto que, concordando, disse na decisão ora impugnada que *"*ainda que se limite a pretender o reconhecimento do direito à compensação tributária, deve o impetrante, via prova preconstituída, demonstrar a condição de credor da Fazenda Pública*"* (pág. 228), pelo que neguei seguimento ao apelo das ora agravantes.

Respeitosamente, continuo convencida do descabimento deste *mandamus*.

A propósito, cumpre não por à margem de consideração a situação a que se reporta o verbete sumular nº 213 do STJ, referido pelo agravo e cujo teor rememoro:

> "O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária."

Até agora não se questionou a instrumentalidade do mandado de segurança para o referido fim, até porque não é esta questão que está em jogo, mas algo anterior. O que surge indefinido é o preenchimento da condição de válido acesso a tal via: a caracterização de credor.

Na realidade, o que o magistrado de origem questionou – e, de fato, não há elementos concretos para proclamá-la – foi a existência de valores indevidos e efetivamente recolhidos a título de ICMS, o que se definiria pela prova preconstituída, não carreada aos autos.

Pretender suprir sua ausência a partir de referências ao contrato social é, com o devido respeito, confundir dois mundos, em regra, independentes. É que, de ordinário, não se aplica o princípio da especialidade quanto à personalidade das pessoas jurídicas, de forma que a atuação das mesmas não está adstrita – em regra, repito – aos limites do seu objeto social. Noutro modo de dizer, tanto é possível realizar uma atividade não anunciada como se pode não realizar uma atividade anunciada pelo contrato social.

A propósito, antes que se questione qual seria, então, a finalidade daquela delimitação, vale ter presente que a mesma, acima de tudo, serve à fiscalização da atividade dos administradores das sociedades, salvante a existência de regras específicas.

Sendo assim, tem-se, de forma clara, a impropriedade da tese defendida pelas agravantes, qual seja, a de que, à luz dos contratos sociais, seria notório o fato da prática do objeto descrito e, por inferência, a realização de operações a prazo e, assim, a inclusão de juros e correção monetária na base de cálculo do ICMS, tudo para dizerem que esta adição é ilícita.

Como dito, o raciocínio construído nesta impugnação enfraquece-se porque não pressupõe as variantes que venho de relembrar.

Por tais razões, e louvando os patronos das sociedades recorrentes pelo discurso engendrado, nego provimento a este agravo interno.

É como voto.

Fortaleza, 15 de março de 2012.

AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 0134910-41.2008.8.06.0001/50000.
AGRAVANTE: ESTADO DO CEARÁ.
AGRAVADO: MS PETRÓLEO LTDA..
RELATORA: DESA. MARIA IRACEMA MARTINS DO VALE.

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA PARA QUESTIONAR A INCIDÊNCIA DO TRIBUTO E PARA REQUERER A REPETIÇÃO DO INDÉBITO. REJEIÇÃO. JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL Nº 1.299.303 – SC PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. MÉRITO. INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE A DEMANDA CONTRATADA E NÃO UTILIZADA DE ENERGIA ELÉTRICA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU CONFIRMADA. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. No caso, agravo regimental interposto em face de decisão monocrática que rejeitou o apelo, mantendo inalterada a sentença de primeiro grau de jurisdição que concedeu parcialmente a segurança, no sentido de realizar a cobrança do ICMS apenas sobre a demanda de potência efetivamente consumida, bem como na restituição dos valores cobrados indevidamente a partir da impetração.

2. PRELIMINAR de ilegitimidade ativa para questionar a incidência do tributo e para requerer a repetição do indébito rejeitada.

- O STJ, por meio do julgamento do Recurso Especial nº 1.299.303 – SC, sob o rito dos recursos repetitivo, julgou a demanda, aduzindo que o consumidor final possui legitimidade ativa para figurar no polo ativo de demanda desta natureza.

3. MÉRITO. O Superior Tribunal de Justiça, ao analisar idêntica matéria, sumulou o entendimento segundo o qual: "O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica

correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada." (Enunciado da Súmula 391).
4. Assim sendo, diante dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça, irretocável a decisão monocrática que confirmou a sentença *a quo*.
– Precedentes do TJCE e STJ.
– Regimental não provido.
– Unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo regimental em reexame necessário e apelação cível interposto pelo Estado do Ceará com o objetivo de reformar decisão monocrática desta Relatora que confirmou a sentença de primeiro grau de jurisdição.

O caso/a ação originária: M.S. Petróleo Ltda. impetrou mandado de segurança contra ato tido por ilegal e abusivo atribuído ao Coordenador da Administração da Fazenda do Estado do Ceará que, segundo alegou, estaria efetuando a cobrança do ICMS sobre a parcela contratual referente à demanda reservada de potência de energia elétrica, a qual entende ser indevida. Em suas **informações** (fls. 64/70), a autoridade coatora pugnou pela denegação da ordem. O **Ministério Público Estadual,** às fls. 81/87, opinou pela concessão parcial da ordem.

A sentença: às fls. 89/96, o magistrado singular concedeu parcialmente a ordem impetrada. Transcrevo seu dispositivo, no que interessa:

> "Diante do exposto, **CONCEDO** parcialmente a segurança, para o fim específico de determinar à autoridade impetrada que se abstenha de cobrar da Impetrante o ICMS sobre a demanda de potência contratada, mas apenas sobre a demanda de potência efetivamente consumida e que restitua os valores cobrados a partir do ajuizamento da presente demanda, podendo ser efetuada a compensação tributária destes valores, sobre os quais devem incidir os juros equivalentes à taxa SELIC, desde o recolhimento indevido, sem cumulação com qualquer outro índice, seja de correção monetária, seja de juros, **DENEGO** a segurança quanto à restituição dos valores recolhidos anteriormente à impetração do *writ."*

Apelação: Inconformado, o ente estatal interpôs recurso (fls. 109/147), alegando, em preliminar, a ilegitimidade da impetrante para pleitear alteração da base de cálculo do imposto, uma vez que ela não é contribuinte de direito do tributo, bem como

para questionar a cobrança das contas de faturas mensais de energia elétrica. No mérito, suplicou pelo provimento do recurso, consequente reforma da sentença vergastada.

Apesar de devidamente intimado (fl. 150), o recorrido deixou transcorrer *in albis* o prazo para apresentar **contrarrazões** (fl. 151).

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça às fls. 162/168, manifestando-se pela confirmação da sentença *a quo*.

Decisão monocrática (fls. 176/186), em que esta Julgadora confirmou o *decisum* de primeiro grau. Confira-se seu dispositivo:

> "Diante do exposto, em face do firme posicionamento a respeito da matéria, conheço do reexame necessário e do recurso apelatório, mas para afastar a preliminar arguirda e, no mérito, **NEGAR provimento** ao recurso, a fim de manter inalterada a sentença de primeiro grau de jurisdição."

Agravo Regimental interposto pelo ente público estadual, requerendo a reforma da decisão monocrática, vez que, segundo alegou, a autora seria carecedora da ação *"porque teria de produzir de plano nos autos desse M.S. a prova negativa da transferência dos custos da energia elétrica que, confessadamente, utiliza como insumo, e do respectivo imposto. Entretanto, não produziu de plano com a exordial desse M.S. a mencionada prova, não demonstrou que não os transfere para a sua clientela, condição prevista no art. 166 do CTN"* (fl. 4 do AR virtual).

É o relatório.

Independe de Revisão.

VOTO

Conforme relatado, a matéria discutida neste recurso diz respeito à possibilidade do consumidor final questionar em Juízo a incidência do ICMS sobre a reserva de demanda de energia elétrica contratada e não utilizada, bem como de requerer a repetição do indébito. Antes de adentrar no mérito do recurso, necessário enfrentar a preliminar de ilegitimidade ativa arguida pelo ente público estatal.

- Da legitimidade do consumidor final.

O Superior Tribunal de Justiça ao julgar o Recurso Especial nº 1299303/SC, sob o rito dos recursos repetitivos, nos termos do art. 543-C do CPC, passou a adotar o seguinte entendimento:

> "RECURSO ESPECIAL. REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA.

> ART. 543-C CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. ENERGIA ELÉTRICA. INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE A DEMANDA "CONTRATADA E NÃO UTILIZADA". **LEGITIMIDADE DO CONSUMIDOR PARA PROPOR AÇÃO DECLARATÓRIA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO.** - Diante do que dispõe a legislação que disciplina as concessões de serviço público e da peculiar relação envolvendo o Estado-concedente, a concessionária e o consumidor, esse último tem legitimidade para propor ação declaratória c/c repetição de indébito na qual se busca afastar, no tocante ao fornecimento de energia elétrica, a incidência do ICMS sobre a demanda contratada e não utilizada. - **O acórdão proferido no REsp 903.394/AL (repetitivo), da Primeira Seção, Ministro Luiz Fux, DJe de 26.4.2010, dizendo respeito a distribuidores de bebidas, não se aplica ao casos de fornecimento de energia elétrica. Recurso especial improvido. Acórdão proferido sob o rito do art. 543-C do Código de Processo Civil."** (REsp 1299303/SC, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/08/2012, DJe 14/08/2012) (destacado).

Em brilhante voto, o qual ora adoto como razões de decidir, o Ministro César Asfor Rocha preconizou que:

> "Sem dúvida, no caso das concessionárias do serviço público, diante de tudo o que foi dito acima, entendo que a legitimidade do consumidor final permanece. Decidir de forma diversa impede qualquer discussão, por exemplo, sobre a ilegalidade – já reconhecida neste Tribunal Superior – da incidência do ICMS sobre a demanda "contratada e não utilizada", contrariando as normas que disciplinam as relações envolvidas nas concessões de serviço público. Isso porque, volto a afirmar, em casos como o presente, inexiste conflito de interesses entre a Fazenda Pública, titular do tributo, e as concessionárias, que apenas repassam o custo tributário à tarifa por força do art. 9º, §§ 2º e 3º, da Lei n. 8.987/1995.
> Também reitero a norma do art. 7º, inciso II, da Lei n. 8.987/1995, igualmente reproduzida, que garante ao usuário do serviço público o direito de defender os seus interesses diante do Estado-concedente e da concessionária, preservando os princípios da ampla defesa e do acesso ao Poder Judiciário.
> **Com efeito, apesar de o art. 166 do Código Tributário Nacional conferir, em regra geral, ao contribuinte de direito a legitimidade para exigir, judicialmente, a restituição do imposto indevido, não fica afastada a norma específica do art. 7º, inciso II, da Lei n. 8.987/1995, a qual, na minha compreensão, confere a legitimidade ativa ao usuário da energia elétrica.**
> **Situação diversa é a da fabricação e do comércio de bebidas, objeto do REsp 903.394/AL (repetitivo), não aplicável ao caso em debate. Se o fabricante simplesmente repassar ao preço do seu produto de venda o valor do ICMS cobrado indevidamente, as suas vendas poderão cair. Em virtude da concorrência no setor privado – o que dificilmente**

> **ocorre no fornecimento de energia elétrica –, o distribuidor (adquirente da bebida) poderá buscar outro fabricante, com produtos inferiores ou importados, com preços menores. Para compensar o ICMS pago a mais e a fim de não reduzir as vendas, terá o fabricante que reduzir custos e lucros, ao menos até que volte a dominar o mercado. Sem dúvida, portanto, nessa situação, há conflitos de interesses entre o credor do tributo e o fabricante, o que viabiliza o ingresso de ações na Justiça por parte deste.**
>
> Quanto ao usuário de energia elétrica, ou paga a tarifa com o ICMS eventualmente ilegal ou ficará sem o serviço, o que implica em desligar lâmpadas, geladeiras, televisores, equipamentos indispensáveis à saúde de enfermos, equipamentos industriais, etc., ou lançar mão de outras fontes de energia, excessivamente caras e não produtivas." (destacado).

Aduziu o insurgente que *"(...) é evidente que repassa os encargos desse insumo, compreendendo a tarifa de energia elétrica, mais o ICMS sobre ela incidente, para os adquirentes daquelas mercadorias, como é de fácil compreensão"* (fl. 15 do recurso interno). Contudo, nada trouxe de concreto capaz de comprovar o alegado, razão pela qual não merece prosperar sua tese.

Diante do julgamento do presente recurso, nos termos do art. 543-C do CPC, alternativa não resta senão reconhecer a legitimidade da recorrida para questionar a incidência do ICMS referente à reserva de demanda de energia elétrica não consumida, bem como para postular a repetição do indébito tributário.

Preliminar rejeitada.

MÉRITO

Superada a questão da legitimidade ativa para questionar a incidência do tributo, passo doravante a apreciar o reexame necessário e o recurso apelatório interposto pelo Estado do Ceará em face da sentença de primeiro grau de jurisdição que concedeu a segurança requestada (fls. 270/278).

No mérito, deve a sentença ser mantida, de acordo com a diretiva jurisprudencial consolidada tanto pelo STJ quanto por esta Corte.

Do exame da questão jurídica nestes autos, verifica-se que o cerne da causa consiste em saber se a base de cálculo do ICMS deve ser o consumo contratado e faturado pela Companhia Energética do Estado ou apenas sobre o valor da energia elétrica que foi efetivamente utilizada pela empresa recorrida.

Como sabido, a energia elétrica é um bem insuscetível de ser armazenado ou depositado. Ela só é gerada para ser imediatamente consumida. Assim sendo, não há

geração e nem circulação sem que haja consumo. Por isso mesmo, não se pode conceber a existência de fato gerador de ICMS sobre operações de energia elétrica sem que haja a efetiva utilização dessa especial "mercadoria".

Sobre o assunto, imperioso destacar a lição de Roque Antonio Carrazza, na obra *"ICMS",* 12ª edição, São Paulo, 2007, pág. 242, *in verbis:*

> "Embora as operações de consumo de energia elétrica tenham sido equiparadas a operações mercantis, elas se revestem de algumas especificidades, que não podem ser ignoradas. O consumo de energia elétrica pressupõe, logicamente, sua produção (pelas usinas e hidrelétricas) e sua distribuição (por empresas concessionárias ou permissionárias). De fato, só se pode consumir uma energia elétrica anteriormente produzida e distribuída. A distribuidora de energia elétrica, no entanto, não se equipara a um comerciante atacadista, que revende, ao varejista ou ao consumidor final, mercadorias de seu estoque. É que a energia elétrica não configura bem suscetível de ser "estocado", para ulterior revenda aos interessados. **Em boa verdade científica, só há falar em operação jurídica relativa ao fornecimento de energia elétrica, passível de tributação por meio de ICMS, no preciso instante em que o interessado, consumindo-a, vem a transformá-la em outra espécie de bem da vida (luz, calor, frio, força, movimento ou qualquer outro tipo de utilidade).** (...) **Com isto estamos enfatizando que tal tributação, em face das peculiaridades que cercam o fornecimento de energia elétrica, só é juridicamente possível no momento em que a energia elétrica, por força de relação contratual, sai do estabelecimento do fornecedor, sendo consumida**". (destacado)

Destarte, na espécie, o fato gerador para a incidência do cálculo do ICMS somente ocorre com o efetivo consumo da energia elétrica e não somente com a sua disponibilização aos consumidores, como quer demonstrar o insurgente.

Nesse sentido, é o entendimento desta e. Corte de Justiça que, em casos desta natureza, assim se posicionou:

> "TRIBUTÁRIO. PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE ATIVA E PASSIVA AFASTADAS. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA CONTRATADA. NÃO-INCIDÊNCIA. I- Segundo entendimento pacífico dos tribunais pátrios, não incide ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica, uma vez que o fato gerador do referido tributo somente se considera ocorrido com o seu efetivo consumo. II- Ressalva-se a impossibilidade de que sejam devolvidos ou compensados os valores pagos indevidamente em período anterior à impetração. III- Segurança parcialmente concedida." (TJCE; MS 3054-59.2005.8.06.0000/0; Tribunal Pleno; Rel. Des. Francisco Haroldo Rodrigues de Albuquerque, DJ 11/12/2009).
>
> * * *
>
> "TRIBUTÁRIO. ICMS. NÃO INCIDÊNCIA SOBRE A DEMANDA

> CONTRATADA DE RESERVA DE POTÊNCIA. INOCORRÊNCIA DO FATO GERADOR. 1. O ICMS incide apenas sobre o valor efetivamente consumido de energia elétrica, e não sobre os valores objetos de contrato de reserva de demanda, ante a não ocorrência do fato gerador deste tributo. 2. Matéria pacificada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. APELAÇÃO CONHECIDA E NÃO PROVIDA." (TJCE; 17349-64.2006.8.06.0001/1; 2ª Câmara Cível; Rel. Des. Francisco de Assis Filgueira Mendes; DJ 21/08/2009).

Outra não é a orientação do Superior Tribunal de Justiça, conforme se denota no julgado a seguir transcrito, da lavra do e. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, *in verbis*:

> "TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA DE POTÊNCIA. NÃO INCIDÊNCIA SOBRE TARIFA CALCULADA COM BASE EM DEMANDA CONTRATADA E NÃO UTILIZADA. INCIDÊNCIA SOBRE TARIFA CALCULADA COM BASE NA DEMANDA DE POTÊNCIA ELÉTRICA EFETIVAMENTE UTILIZADA. 1. A jurisprudência assentada pelo STJ, a partir do julgamento do REsp 222.810/MG (1ª Turma, Min. José Delgado, DJ de 15.05.2000), é no sentido de que "o ICMS não é imposto incidente sobre tráfico jurídico, não sendo cobrado, por não haver incidência, pelo fato de celebração de contratos", razão pela qual, no que se refere à contratação de demanda de potência elétrica, "a só formalização desse tipo de contrato de compra ou fornecimento futuro de energia elétrica não caracteriza circulação de mercadoria". Afirma-se, assim, que "o ICMS deve incidir sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida, isto é, a que for entregue ao consumidor, a que tenha saído da linha de transmissão e entrado no estabelecimento da empresa". 2. Na linha dessa jurisprudência, é certo que "não há hipótese de incidência do ICMS sobre o valor do contrato referente à garantia de demanda reservada de potência". Todavia, nessa mesma linha jurisprudencial, também é certo afirmar, a contrario sensu, que há hipótese de incidência de ICMS sobre a demanda de potência elétrica efetivamente utilizada pelo consumidor. **3. Assim, para efeito de base de cálculo de ICMS (tributo cujo fato gerador supõe o efetivo consumo de energia), o valor da tarifa a ser levado em conta é o correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada no período de faturamento, como tal considerada a demanda medida, segundo os métodos de medição a que se refere o art. 2º, XII, da Resolução ANEEL 456/2000, independentemente de ser ela menor, igual ou maior que a demanda contratada.** 4. No caso, o pedido deve ser acolhido em parte, para reconhecer indevida a incidência do ICMS sobre o valor correspondente à demanda de potência elétrica contratada mas não utilizada. 5. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08." (REsp 960476/SC, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/03/2009, DJe 13/05/2009) (destacado).

Por fim, colaciona-se o Enunciado da Súmula 391 do STJ que resolveu a matéria, extirpando quaisquer dúvidas porventura existentes. Confira-se:

> **"Súmula 391 - O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada." (Dj 07/10/2009)**

No tocante ao pedido de repetição do indébito, do mesmo modo não merece reforma o *decisum* recorrido. Conforme se observa do julgado, o magistrado de primeiro grau de jurisdição limitou a restituição a partir da impetração do *writ*, consoante se observa de seu dispositivo:

> "(...) e que restitua os valores cobrados a partir do ajuizamento da presente demanda, podendo ser efetuada a compensação tributária destes valores, sobre os quais devem incidir os juros equivalentes à taxa SELIC, desde o recolhimento indevido, sem cumutação com qualquer outro índice, seja de correção monetária, seja de juros. DENGO a segurança quanto à restituição dos valores recolhidos anteriormente à impetração do *writ."* (fl. 96).

Neste sentido, confira-se a jurisprudência dominante do STJ, *in verbis:*

> "AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCESSÃO PARA GARANTIR O DIREITO AO RECOLHIMENTO DE ITBI COM BASE EM ALÍQUOTA MENOR DO QUE A EFETIVAMENTE PAGA PELO CONTRIBUINTE. RESSARCIMENTO DA DIFERENÇA PELA FAZENDA MUNICIPAL. POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO DA SENTENÇA. EXISTÊNCIA DE TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL. PRESCRIÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PROFERIDA NO MANDAMUS. APLICAÇÃO DO DL 20.910/32. REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. SUSPENSÃO DO PRAZO. ART. 4o., PARÁG. ÚNICO DO DL 20.910/32. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO DESPROVIDO. 1**. As sentenças concessivas de mandado de segurança que possuem cunho condenatório admitem execução. Devem ser reconhecidos os efeitos patrimoniais da segurança concedida, que declarou o direito ao recolhimento do imposto com alíquota menor do que aquela efetivamente paga; isso porque, entendimento contrário retiraria toda a eficácia do provimento jurisdicional proferido com caráter de definitividade, impondo aos requerentes o ajuizamento de nova demanda judicial que não poderia ter outro resultado senão aquele já reconhecido**. (...) 4. Agravo Regimental do Município de São Paulo desprovido." (AgRg no AREsp 147.017/SP, Rel. Ministro

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28/08/2012, DJe 13/09/2012)

Destarte, no presente caso, o não provimento do recurso, com a consequente manutenção da monocrática de fls. 176/186, é medida que se impõe.

DISPOSITIVO

Diante do exposto, em face do firme posicionamento a respeito da matéria, conheço do Agravo Regimental interposto, mas para rejeitar a preliminar suscitada e, no mérito, **NEGAR-LHE provimento**, a fim de manter inalterada a monocrática recorrida.

É como voto.

Fortaleza, 3 de dezembro de 2013.

AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 0449655
31.2000.8.06.0001/50000.
AGRAVANTE: ESTADO DO CEARÁ.
AGRAVADO: LUIZ CARLOS MACEDO MENDES.
RELATORA: DESA. MARIA IRACEMA MARTINS DO VALE.

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA REJEITADA. ALUNO-APRENDIZ. APOSENTADORIA. CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO. AVERBAÇÃO PELO ESTADO DO CEARÁ. POSSIBILIDADE.

1. A controvérsia a ser dirimida neste recurso diz respeito à legitimidade do Estado do Ceará para figurar na presente demanda e o direito à averbação do tempo de serviço prestado pelo recorrido na condição de aluno-aprendiz.

2. Preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* do Estado do Ceará rejeitada.

3. De acordo com a orientação sumular nº 96 do Tribunal de Contas da União - TCU, para o aluno-aprendiz de escola pública profissional ter direito à contagem de tempo estudado para fins de complementação de aposentadoria, deverá comprovar o vínculo empregatício e a remuneração a conta do orçamento da União.

4. A interpretação a ser atribuída na parte final da súmula deve ser extensiva, de modo a abranger não só o salário, mas também outros benefícios como, por exemplo, alimentação, fardamento, material escolar e parcela de renda auferida com a execução de encomendas para terceiros.

5. Está caracterizado que o agravado, quando aluno da Escola Agrotécnica Federal do Crato, recebia benefícios, ainda que indiretamente, à conta do orçamento da União, fazendo, pois, jus à inclusão do período como tempo de serviço estatutário federal, o qual deverá ser computado na aposentadoria previdenciária, pela via da contagem recíproca.

4. Precedentes do STJ.

- Recurso conhecido e desprovido.

- Decisão monocrática mantida.
- Unânime.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos o presente Agravo Regimental na Apelação Cível nº 0449655-31.2000.8.06.0001/50000, em que figuram as partes acima indicadas. Acorda a 4ª Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, **em rejeitar a preliminar suscitada, e no mérito, CONHECER e NEGAR PROVIMENTO ao agravo regimental interposto**, nos termos do voto da Relatora.

Fortaleza, 6 de dezembro de 2012.

RELATÓRIO

Tratam os autos de agravo regimental em apelação cível interposto contra decisão monocrática que manteve a sentença recorrida.

O caso/a ação originária: Luiz Carlos Macedo Mendes ajuizou ação ordinária de nulidade de ato administrativo, pleiteando a manutenção da averbação do tempo de serviço prestado na qualidade de aluno-aprendiz entre 16/11/81 e 10/12/83. O Estado do Ceará, por ocasião de sua **contestação** (fls. 49/55), afirmou que o ato impugnado respeita os princípios constitucionais da administração pública, além de representar poder discricionário no controle interno dos atos administrativos, uma vez inexistir tempo de serviço prestado na condição de aprendiz pelo requerente.

A sentença: o julgador *a quo* decidiu pela **procedência** da ação (fls. 86/89). Transcrevo o dispositivo da sentença:

> "Diante do exposto e do mais que dos autos consta, julgo PROCEDENTE a ação para averbar o tempo de serviço prestado pelo autor na Escola Agrotécnica Federal do Crato a fim de garantir suas vantagens de aposentação assim como de progressão horizontal."

A apelação: inconformado com a decisão, o Estado do Ceará interpôs recurso, às fls. 102/107, alegando sua ilegitimidade passiva para atuar no feito.

Contrarrazões: às fls. 111/115, rebatendo os argumentos suscitados pelo Estado do Ceará.

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça: às fls. 125/128, afirmando inexistir interesse público que impusesse sua intervenção.

Decisão monocrática desta Relatora, que manteve a sentença, com base no art. 557 do CPC, diante da jurisprudência pacífica do STJ (fls. 130/138). Confira-se seu dispositivo:

> "Por tais razões, em face do firme posicionamento jurisprudencial a respeito da matéria, com esteio nas disposições contidas no Art. 557 do CPC, rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva ad causam suscitada na apelação e, no mérito, em análise por força do Reexame Necessário, confirmo a sentença recorrida, para o fim específico de determinar a averbação do tempo de serviço prestado pelo recorrido na qualidade de aluno-aprendiz entre 16 de novembro de 1981 e 10 de dezembro de 1983."

Agravo Regimental: irresignado com a decisão, o Estado do Ceará ingressou com a presente insurgência repisando os argumentos da contestação (fls. 252/261).

É o relatório.

Sem revisão e desnecessária a inclusão em pauta.

FUNDAMENTAÇÃO

O cerne da controvérsia trazida a esta segunda instância diz respeito à legitimidade do Estado do Ceará para figurar na presente demanda e o direito à averbação do tempo de serviço prestado pelo recorrido na condição de aluno-aprendiz. Por parte e em tópico segue a presente decisão.

PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* DO ESTADO DO CEARÁ

Não prospera a preliminar de ilegitimidade suscitada pelo Estado do Ceará, no sentido de que não compete a ele, mas somente ao INSS, averbar o tempo de serviço prestado pelo recorrido.

Com efeito, a determinação constante do julgado atacado cinge-se à averbação de tempo de serviço prestado na condição de aluno-aprendiz. Trata-se de ato de caráter eminentemente declaratório, uma vez que apenas declara o direito do autor.

Em caso análogo já se manifestou está egrégia Corte de Justiça, como se observa do julgado que segue transcrito:

> "DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO A QUE SE CONCEDEU PROVIMENTO PARCIAL, NO SENTIDO DE DECLARAR O DIREITO À CONTAGEM ESPECIAL DO TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO POR SERVIDOR ESTADUAL QUE EXERCIA SUAS FUNÇÕES EM CONDIÇÕES INSALUBRES, PERIGOSAS OU COM RISCO DE VIDA, ANTES DO ADVENTO DO REGIME JURÍDICO, QUANDO SOB A ÉGIDE DA CLT. EMBARGOS OPOSTOS PELO SERVIDOR, SOB O ACOIMAR DE CONTRADITÓRIO O ACÓRDÃO OBJURGADO, VEZ QUE EM DESACORDO COM O VOTO PROFERIDO NO BOJO DO MANDADO DE INJUNÇÃO Nº 721. EFEITO INTER PARS DO MENCIONADO REMÉDIO HERÓICO, NÃO EXTENSÍVEL AO ORA EMBARGANTE. **ACLARATÓRIOS MANEJADOS PELO ESTADO DO CEARÁ, ARGÜINDO SUA ILEGITIMIDADE PASSIVA PARA EFETUAR A CONVERSÃO DA CONTAGEM COMUM PARA A ESPECIAL, SOB O ADUZIR QUE DE ATRIBUIÇÃO EXCLUSIVA DO INSS. IMPROCEDÊNCIA**. CARÁTER MERAMENTE DECLARATÓRIO DO PROVIMENTO, DETERMINANDO AO ENTE PÚBLICO A EXPEDIÇÃO DE CERTIFICATÓRIOS DA PREFALADA CONTAGEM ESPECIAL. ATRIBUIÇÃO DO ESTADO, NA QUALIDADE DE DETENTOR DAS INFORMAÇÕES CONCERNENTES AO EFETIVO DESEMPENHO LABORAL DOS SERVIDORES DE SEUS QUADROS FUNCIONAIS. RECURSOS DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO CONHECIDOS, MAS DESPROVIDOS". (TJCE; Embargos de Declaração 1547462200680600002; Relator(a): FRANCISCO DE ASSIS FILGUEIRA MENDES; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 2ª Câmara Cível; Data de registro: 13/10/2010)

Ademais, é de se destacar que o Estado do Ceará já se mostrou capaz de realizar este ato, uma vez que em 12 de maio de 1994 o mesmo tempo de serviço em questão já havia sido averbado, como se extrai dos documentos de fls. 21/22.

Outra questão importante sobre a legitimidade diz respeito a pedido de anulação de ato do Estado do Ceará, não havendo outro legitimado para defender o ato senão o próprio ente público.

Preliminar rejeitada.

MÉRITO

Embora não tenha havido impugnação expressa do mérito da sentença por parte do recorrente, tendo em vista o que dispõe o Art. 475, I do CPC, passo a enfrentar a questão.

O ponto central da tese do recorrente é o não adimplemento de um dos requisitos essenciais para a configuração da condição de empregado aprendiz, referindo-se à ausência de remuneração pelo trabalho, entendendo, assim, inviável o cômputo do tempo de trabalho exercido, pois o mesmo deve ser considerado como simples estudante, sem qualquer vínculo de emprego com a instituição mantenedora.

O menor-aprendiz, matriculado nas escolas técnicas de ensino, considerado empregado em atividade de aperfeiçoamento profissional, faz *jus* à contagem de tempo de serviço como se trabalhando estivesse.

De acordo com a orientação sumular nº 96 do Tribunal de Contas da União - TCU, para o aluno-aprendiz de escola pública profissional ter direito à contagem de tempo estudado para fins de complementação de aposentadoria, deverá comprovar o vínculo empregatício e a remuneração a conta do orçamento da União. Confira-se o teor do referido enunciado:

> "Súm. 96. Conta-se para efeitos, como tempo de serviço público, o período de trabalho prestado, na qualidade de aluno-aprendiz em Escola Pública Profissional, desde que haja vínculo empregatício e **retribuição pecuniária à conta do Orçamento**." (grifo nosso)

A interpretação a ser atribuída na parte final da súmula deve ser extensiva, de modo a abranger não só o salário, mas também outros benefícios como, por exemplo, alimentação, fardamento, material escolar e parcela de renda auferida com a execução de encomendas para terceiros.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica neste sentido, como se infere do seguinte excerto jurisprudencial:

> "AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. ALUNO-APRENDIZ. ESCOLA TÉCNICA FEDERAL. CONTAGEM. TEMPO DE SERVIÇO. POSSIBILIDADE. REMUNERAÇÃO. EXISTÊNCIA. SÚMULA N.º 96 DO TCU. PRECEDENTES DESTA CORTE. AGRAVO DESPROVIDO. I- A jurisprudência das Turmas que compõem a Terceira Seção deste Superior Tribunal é uníssona no sentido que ser facultado ao aluno-aprendiz de escola pública profissional o direito à contagem de tempo estudado para fins de complementação de aposentadoria, desde que comprove o vínculo empregatício e remuneração a conta do orçamento da União. II- O requisito referente à remuneração a conta do orçamento da União poderá ser substituído por certidão que ateste **o recebimento de alimentação**, fardamento, material escolar e parcela de renda auferida com a execução de encomendas para terceiros. III- In casu, não tendo a prova documental atestado o fato das despesas ordinárias com alunos serem custeadas com recursos da União, nem tendo feito qualquer menção ao fato do trabalho

exercido pelo autor ser remunerado, mesmo que de forma indireta, à conta do orçamento da União, não se revela possível a averbação do tempo de serviços nos termos pleiteados, devendo, pois, ser confirmada, nesse mister, a decisão exarada pelo Tribunal de origem. IV- Afastar as conclusões do acórdão *a quo*, baseada na certidão, acostada pelo próprio recorrente, demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório amealhado nos autos, esbarrando, pois, no óbice do enunciado sumular n.º 7 do Superior Tribunal Justiça. V - Agravo interno desprovido". (AgRg no REsp 1147229/RS, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 06/10/2011, DJe 14/10/2011)

* * *

"PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. ALUNO-APRENDIZ. ESCOLA TÉCNICA FEDERAL. CONTAGEM. TEMPO DE SERVIÇO. POSSIBILIDADE. REMUNERAÇÃO. EXISTÊNCIA. SÚMULA N.º 96 DO TCU. PRECEDENTES DESTA CORTE. AÇÃO RESCISÓRIA JULGADA IMPROCEDENTE. 1. O tempo de estudante como aluno-aprendiz em escola técnica pode ser computado para fins de complementação de tempo de serviço, objetivando fins previdenciários, em face da remuneração percebida e da existência do vínculo empregatício. 2. O reconhecimento do tempo de serviço, prestado em época posterior ao período de vigência do Decreto-Lei nº 4.073/42, é possível, pois suas legislações subsequentes, quais sejam, Lei nº 3.552/59, 6.225/79 e 6.864/80, não trouxeram nenhuma alteração no tocante à natureza dos cursos de aprendizagem, nem no conceito de aprendiz. 3. Restou comprovado o atendimento da Súmula 96/TCU, que determina que nas instituições públicas de ensino, necessário se faz a comprovação da retribuição pecuniária à conta do Orçamento, admitindo-se, como tal, o **recebimento de alimentação**, fardamento, material escolar e parcela de renda auferida com a execução de encomendas para terceiros. 4. Ação rescisória julgada improcedente". (AR 1.480/AL, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 15/12/2008, DJe 05/02/2009)

* * *

"PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ALUNO APRENDIZ. APOSENTADORIA. CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO. POSSIBILIDADE. SÚMULA 96 do TCU. RECORRENTE: OBREIROS. "Conta-se para todos os efeitos, como tempo de serviço público, o período de trabalho prestado na qualidade de aluno-aprendiz, em Escola Pública Profissional, desde que comprovada a retribuição pecuniária à conta do Orçamento, admitindo-se, como tal, o **recebimento de alimentação**, fardamento, material escolar e parcela de renda auferida com a execução de encomendas para terceiros." – Súmula 96 do TCU. (Precedente). Recurso conhecido e provido". (REsp 627.051/RS, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 25/05/2004, DJ 28/06/2004, p. 416)

Aplicando esta orientação ao presente caso, observa-se claramente da certidão de fl. 18 que o recorrido recebia alimentação, como retribuição pecuniária à conta do Orçamento:

> "O aluno a que se refere a presente CERTIDÃO, freqüentou as aulas teóricas e participou das atividades práticas de Laboratório e Agropecuárias integrantes do Currículo escolar. Em regime de internato, **percebendo alimentação, à conta do Orçamento da Escola**". (grifo nosso)

Caracterizado está que o agravado, quando aluno da Escola Agrotécnica Federal do Crato, recebia benefícios, ainda que indiretamente, à conta do orçamento da União, fazendo, pois, *jus* à inclusão do período como tempo de serviço estatutário federal, o qual deverá ser computado na aposentadoria previdenciária, pela via da contagem recíproca.

Por tudo isso, a manutenção da decisão agravada é medida que se impõe.

DISPOSITIVO

Do exposto, **conheço do agravo regimental, mas para rejeitar a preliminar suscitada e no mérito negar-lhe provimento**, mantendo inalterada a decisão monocrática recorrida.

É como voto.

Fortaleza, 6 de dezembro de 2012.

PROCESSO Nº 0026423-04.2013.8.06.0000/50000.
AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO.
AGRAVANTE: MUNICÍPIO DE FORTALEZA.
AGRAVADA: CORDEIRO PEÇAS E SERVIÇOS AUTOMOTIVOS LTDA.
RELATOR: DESEMBARGADOR FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA.

EMENTA: DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. APLICAÇÃO DO ART. 526, PARÁGRAFO ÚNICO, CPC. FLUÊNCIA DO PRAZO. DATA DO PROTOCOLO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRECEDENTES. INÍCIO EM DIA NÃO ÚTIL POR SER CONTINUIDADE DO LAPSO RECURSAL ANTERIOR, E NÃO PRAZO NOVO. SIMILITUDE À REGRA DO ART. 2º DA LEI Nº 9.800/1999. DESOBEDIÊNCIA AO TRÍDUO LEGAL. NÃO CONHECIMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. Nos temos do art. 526, parágrafo único, do CPC, o agravante, no prazo de três dias, requererá juntada, aos autos do processo, de cópia da petição do agravo de instrumento e do comprovante de sua interposição, assim como a relação dos documentos que instruíram o recurso, sob pena de inadmissibilidade do agravo.

2. Iterativa jurisprudência do STJ aponta que *"Tendo sido interposto agravo de instrumento perante o respectivo Tribunal, é da data da sua interposição que começa a correr o prazo de três dias para que o Agravante se desincumba da obrigação de instruir os autos do processo que tramita em primeiro grau"* (EREsp 1.042.522/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, CORTE ESPECIAL, julgado em 12/05/2011, DJe 07/06/2011, grifei). Com idêntica orientação: AgRg no REsp 1.261.138/SP, AgRg no REsp 1.245.766/SP, AgRg no Ag 1.354.769/MS, dentre outros.

3. Apesar de inexistir irresignação nesse tocante, há de consignar-se, consoante a lição de Leonardo José Carneiro da Cunha, que: *"Embora a Fazenda Pública disponha de*

prazo em dobro para recorrer, podendo interpor o agravo de instrumento no prazo de 20 (vinte) dias, o prazo de 3 (três) dias a que alude o art. 526 do CPC haverá de ser computado de maneira singela, sem considerar a prerrogativa da dobra prevista no art. 188 do CPC" (cf. *A Fazenda Pública em Juízo*, 7ª ed., revista e ampliada, São Paulo: Dialética, 2009, pág. 45).

4. À semelhança do art. 526 do CPC, o art. 2º da Lei nº 9.800/1999 também institui obrigação de juntada de petição em juízo sob pena de não conhecimento de medida anteriormente interposta.

5. Quanto a este último dispositivo de lei, o STF e o STJ têm sufragado que, interposto o recurso ou a medida judicial, inicia-se no dia imediatamente posterior o prazo para a apresentação da versão original do documento, ainda que recaia em dia no qual não haja expediente forense. Apenas se o respectivo termo final (*dies ad quem*) recair em feriado ou em dia em que não haja expediente forense normal considerar-se-á prorrogado até o primeiro dia útil subsequente. Isso se dá porque o lapso para a juntada dos originais não se constitui em prazo próprio, mas mera prorrogação do anterior. Nesse sentido: STF - RE 829.483/PR, AI 535.340-EDv-ED-AgR. STJ - AgRg no REsp 926.926/SC, EDcl no AgRg no AgRg no REsp 814.939/AL, AgRg no REsp 824609/RS.

6. Desta feita, por tratar o art. 526 do CPC de simples providência a ser cumprida pela parte sob pena de não conhecimento de medida judicial anteriormente interposta, o tríduo nele disposto inicia-se na data seguinte à interposição do agravo de instrumento, pouco importando seja final de semana, feriado *etc.,* à semelhança do entendimento jurisprudencial quanto à regra insculpida no art. 2º da Lei nº 9.800/1999, que trata da juntada do original da petição interposta via *fac-símile*.

7. Assim, se o termo inicial de contagem do prazo do art. 526 do CPC é a data do protocolo da petição na instância *ad quem* (no caso em 25/01/2013, sexta-feira), o tríduo legal

teria começado a correr em 26/01/2013 (sábado), consoante consignado na decisão ora combatida, findando, portanto, em 28/01/2013 (segunda-feira).
8. Protocolada na instância *a quo* em 29/01/2013 a comunicação de interposição do agravo de instrumento, este não merece ser conhecido.
9. Agravo interno desprovido.

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 interno, mas para negar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 11 de março de 2013.

RELATÓRIO

Cuida-se de agravo interno interposto pelo Município de Fortaleza com o objetivo de reformar decisão unipessoal de minha lavra (págs. 536-552 do Processo digital nº 0026423-04.2013.8.06.0000), mediante a qual, com base no art. 557, §1º-A, do Código de Processo Civil, neguei provimento ao agravo de instrumento diante da desobediência ao art. 526 daquele diploma legal pelo agravante.

Aduz o ente público recorrente, em suma (págs. 01-09), que na espécie não se poderia aplicar a *ratio essendi* da regra insculpida no art. 2º da Lei nº 9.800/1999 para, com isso, entender que o cumprimento da providência ordenada no art. 526 do CPC começaria no dia seguinte à interposição do recurso, cujo lapso, por ser contínuo, não se suspenderia nem se interromperia em razão de feriados, sábados e domingos, exceto se o respectivo termo final (*dies ad quem*) recair em feriado ou em dia sem expediente forense normal, oportunidade em que seria prorrogado para o dia útil seguinte.

Menciona que o mandamento do art. 2º da Lei nº 9.800/1999 é prazo material decadencial e, portanto, pode começar em dia não útil, a teor do art. 132 do Código Civil, o que, porém, não seria o caso da obrigação contida no art. 526 do CPC, que teria natureza de prazo processual, aplicando-se o art. 184 do CPC.

Destaca que não poderia o prazo do art. 526 do CPC ser contínuo ao do art. 522 desse diploma legal, sendo ambos autônomos entre si, haja vista terem conteúdos

distintos e deverem ser cumpridos em juízos diferentes.

Afirma que uma vez protocolado o agravo de instrumento em 25/01/2013 (sexta-feira), o tríduo para a comunicação do juízo *a quo* começaria somente em 28/01/2013 (segunda-feira), e não em 26/01/2013 (sábado), contrariamente ao manifestado na decisão impugnada, findando em 31/01/2013 (em vez de 28/01/2013), sendo tempestiva a informação protocolada na primeira instância em 29/01/2013.

Traz 04 (quatro) julgados em abono de sua tese, respectivamente dos Tribunais de Justiça de Pernambuco, Minas Gerais e dos Tribunais Regionais Federais das 3ª e 5ª Regiões.

É o relato.

VOTO

Recurso tempestivo e sem previsão legal de preparo.

No entanto, não se configura apto para modificar o decisório cautelar outrora proferido.

Naquela oportunidade, ressaltei que o Município recorrente deixou de observar a obrigação insculpida no art. 526 do CPC, pertinente à comunicação ao juízo *a quo*, em 03 (três) dias da interposição do agravo, sob pena de não conhecimento deste.

Veja-se o teor desse dispositivo legal:

> **Art. 526.** O agravante, no prazo de três dias, requererá juntada, aos autos do processo, de cópia da petição do agravo de instrumento e do comprovante de sua interposição, assim como a relação dos documentos que instruíram o recurso.
> Parágrafo único. O não cumprimento do disposto neste artigo, desde que arguido e provado pelo agravado, importa
> inadmissibilidade do agravo.

Salientei que muito embora protocolado o agravo de instrumento em 25/01/2013 (sexta-feira), a obrigação acima mencionada somente foi cumprida em 29/01/2013 (terça-feira), portanto fora do tríduo legal (iniciado em 26/01/2013, sábado, e findo em 28/01/2013, segunda-feira), consoante alegado e comprovado em contrarrazões pela parte agravada antes da prolação da decisão ora combatida, de acordo com julgamento da Corte Especial do STJ sobre o tema (RESP nº. 1.008.667/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, DJe 17/12/2009), submetido ao sistema de recurso representativo de controvérsia.

Primeiramente, trouxe naquela oportunidade a lição de Leonardo José

Carneiro da Cunha acerca da aplicação do dispositivo em comento sem ressalvas à Fazenda Pública, ou seja, sem a incidência do art. 188 do CPC (prazo em dobro), sendo mister coligi-las novamente nada obstante inexista irresignação do ente público a esse tocante:

> 3.3.4. O prazo do art. 526 do CPC
>
> Em razão da regra contida no art. 526 do CPC, a parte que interponha agravo de instrumento – o qual é ajuizado, diretamente no tribunal (CPC, art. 524) – haverá de requerer a juntada, aos autos do processo em curso na primeira instância, de cópia da petição do recurso e do comprovante de sua interposição, assim como a relação dos documentos que o instruíram.
> Embora a Fazenda Pública disponha de prazo em dobro para recorrer, podendo interpor o agravo de instrumento no prazo de 20 (vinte) dias, o prazo de 3 (três) dias a que alude o art. 526 do CPC haverá de ser computado de maneira singela, *sem* considerar a prerrogativa da dobra prevista no art. 188 do CPC.
> Logo, sendo a Fazenda Pública a parte agravante, deverá, mercê do art. 526 do CPC, requerer ao juízo de primeira instância a juntada de cópia do agravo de instrumento, *não* se valendo do prazo *em dobro* para se desincumbir do *ônus* imposto pelo mencionado art. 526 (cf. *A Fazenda Pública em Juízo*, 7ª ed., revista e ampliada, São Paulo: Dialética, 2009, pág. 45, grifei).

Também trouxe à baila jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que é a partir da data de interposição (protocolo) do agravo de instrumento perante o respectivo Tribunal que começa a correr o prazo de três dias para que o Agravante se desincumba da obrigação de instruir os autos do processo que tramita em primeiro grau com cópia daquela irresignação. Vale mencionar:

> EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PROCESSUAL CIVIL. ART. 526, CAPUT, DO CPC. LEIS N.ºs 9.139/1995 E 10.351/2001. COMPROVAÇÃO DA INTERPOSIÇÃO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRAZO DE TRÊS DIAS. TERMO INICIAL. DATA DA INTERPOSIÇÃO DO RECURSO PERANTE O RESPECTIVO TRIBUNAL. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL DEMONSTRADO. EMBARGOS CONHECIDOS, MAS REJEITADOS.
> 1. Tendo sido interposto agravo de instrumento perante o respectivo Tribunal, é da data da sua interposição que começa a correr o prazo de três dias para que o Agravante se desincumba da obrigação de instruir os autos do processo que tramita em primeiro grau, para possibilitar ao Juiz processante eventual retratação da decisão agravada e, ainda, dar ciência à parte contrária, desde logo, sobre o recurso manejado, sem prejuízo de sua intimação posterior para apresentar contrarrazões. Inteligência do art. 526 do Código de Processo Civil.
> 2. Embargos de divergência conhecidos, mas rejeitados.

> (STJ, EREsp 1.042.522/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, CORTE ESPECIAL, julgado em 12/05/2011, DJe 07/06/2011, grifei)
>
> [...] 2.- O termo inicial do prazo de 3 (três) dias previsto no *caput* do art. 526 do CPC conta-se da data da interposição do agravo de instrumento no Tribunal de origem. O não cumprimento pelo agravante do disposto no referido dispositivo legal implica inadmissibilidade do recurso, desde que oportunamente argüido. [...]
> (STJ, AgRg no REsp 1.261.138/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/06/2012, DJe 29/06/2012)
>
> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - PROCESSUAL CIVIL - ART. 526 DO CPC - COMPROVAÇÃO DA INTERPOSIÇÃO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO - TERMO INICIAL - ATO DA INTERPOSIÇÃO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO NO TRIBUNAL DE ORIGEM - RECURSO IMPROVIDO.
> (STJ, AgRg no REsp 1.245.766/SP, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/06/2012, DJe 26/06/2012)
>
> PROCESSUAL CIVIL. ARTIGO 526 DO CPC. COMPROVAÇÃO DA INTERPOSIÇÃO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO. TERMO INICIAL. ATO DA INTERPOSIÇÃO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO NO TRIBUNAL DE ORIGEM. COMPROVAÇÃO EXTEMPORÂNEA. DECISÃO MONOCRÁTICA FUNDAMENTADA EM JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DESTA CORTE SUPERIOR.
> 1. Na decisão monocrática, aplicou-se jurisprudência firme desta Corte Superior no sentido de que o termo inicial de contagem do prazo para o agravante comunicar o juízo da decisão agravada sobre a interposição do agravo é a data do protocolo da petição na instância *ad quem*.
> 2. Agravo regimental não provido.
> (STJ, AgRg no Ag 1.354.769/MS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/02/2011, DJe 04/03/2011, grifei)

Entendi que por tratar o art. 526 do CPC de simples providência a ser cumprida pela parte sob pena de não conhecimento de medida judicial anteriormente interposta, o tríduo nele disposto inicia-se na data seguinte à interposição do agravo de instrumento, pouco importando seja final de semana, feriado *etc.,* à semelhança do entendimento jurisprudencial quanto à regra insculpida no art. 2º da Lei nº 9.800/1999, que trata da juntada do original da petição interposta via *fac-símile.* Apenas se o termo *ad quem* do cumprimento dessa obrigação recaísse em feriado é que o lapso peremptório seria protraído para o dia útil seguinte.

Coligi diversos arestos do STF e do STJ versando sobre o art. 2º da Lei nº 9.800/1999, concernentes ao início da contagem do lapso temporal para a parte

desincumbir-se da juntada dos originais, todos a seguir ementados:

> AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO POR FAX NO PRAZO LEGAL. PETIÇÃO ORIGINAL APRESENTADA APÓS O QUINQUÍDIO. INTEMPESTIVIDADE.
> O termo inicial para a apresentação da petição original se inicia no dia imediatamente posterior ao fim do prazo para a interposição do recurso, ainda que recaia em dia que não houver expediente forense. Agravo regimental ao qual se nega provimento.
> (STF, RE 829.483/PR, Rel. Ministra CÁRMEN LÚCIA, Julgado em 28/08/2012, PRIMEIRA TURMA, DJe-184, 18/09/2012, grifei)
>
> [...] O prazo adicional (ou complementar) a que se refere o art. 2º, 'caput', da Lei nº 9.800/99, por não traduzir um novo lapso temporal, constitui simples prorrogação do prazo inicial e que, por ser contínuo, não se suspende nem se interrompe, ao longo de seu curso, em razão de feriados, sábados e domingos, exceto se o respectivo termo final ("dies ad quem") recair em feriado ou em dia em que não haja expediente forense normal, caso em que se considerará prorrogado até o primeiro dia útil subseqüente, nos termos do art. 184, § 1º, do CPC. Precedentes (STF e STJ)
> (STF, AI 535.340-EDv-ED-AgR, Rel. Ministro CELSO DE MELLO, Plenário, DJe 8/11/2010)
>
> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. INTEMPESTIVIDADE DO APELO NOBRE. DESPROVIMENTO DO AGRAVO.
> 1. A partir da interpretação sistemática dos arts. 2º, da Lei 9.800/99, e 158 do Código de Processo Civil, este Superior Tribunal de Justiça tem decidido reiteradamente que, se o recurso judicial é apresentado via fac-símile antes do término do prazo assinado para a sua interposição, o quinquídio legal para a entrega do original tem início no dia seguinte ao da recepção do material, em razão da preclusão consumativa. Com o recebimento do recurso transmitido via fac-símile, encerra-se o prazo recursal, passando imediatamente a ter início o prazo para entrega da petição original. Registre-se que este Tribunal também firmou o entendimento de que o prazo para a apresentação da versão original do documento transmitido via fax é contínuo, não se interrompendo aos sábados, domingos ou feriados. Precedentes.
> 2. Considerando a função institucional precípua desta Corte Superior, de uniformização da interpretação da legislação federal, deve prevalecer a sua orientação jurisprudencial acerca da matéria processual em análise.
> 3. Agravo regimental desprovido.
> (STJ, AgRg no REsp 926.926/SC, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/06/2007, DJ 29/06/2007, p. 522, grifei)
>
> [...] I - O acórdão embargado cuidou de externar o posicionamento desta

Corte no sentido de que o prazo do artigo 2º da Lei nº 9.800/99 é contínuo, vez que se trata de mera prorrogação para apresentação da peça original, não sendo suspenso aos sábados, domingos e feriados, deixando de analisar a questão relativa à identidade entre o prazo para a prática dos atos processuais e o prazo estipulado no referido diploma legal, ou seja, se eles são distintos ou se somam-se, constituindo um único prazo.
II - "A circunstância de se tratar de continuação (= prorrogação) de prazo (e não prazo autônomo) importa uma consequência peculiar: a de formarem, ambos (o prazo recursal utilizado e o da prorrogação), um prazo único, sujeito às regras gerais de contagem dos prazos processuais: é contínuo, não se interrompendo nos feriados (CPC, art. 178), e seu termo final fica prorrogado até o primeiro dia útil seguinte, se cair em feriado ou em dia em que não há expediente forense normal (CPC, art. 184). Feriria o sistema processual e não seria razoável negar à parte interessada tal prorrogação, obrigando-a a apresentar os originais em dia em que não há expediente forense. Nesse sentido, cita-se os seguintes julgados: AGEREsp 489226/MG, 1ª S., Min. João Otávio de Noronha, DJ 17.10.2005;AGAGA 608698 / MG, 1ª T. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 22.08.2005." (AgRg nos Edcl nos Edcl no REsp nº 752.745/PR, Relator Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 21.08.2006, p. 236) Precedentes:AgRg no Ag nº 720.492/SP, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ de 19/06/2006 e AgRg no REsp nº 824.609/RS, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, DJ de 01/06/2006. [...]
(STJ, EDcl no AgRg no AgRg no REsp 814.939/AL, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/09/2006, DJ 16/10/2006, p. 308, grifei)

[...] I - Esta Primeira Seção, bem como os demais Órgãos Fracionários deste STJ, já exararam entendimento no sentido de que, em respeito ao Princípio da Preclusão Consumativa, uma vez interposto o recurso via fax antes do término do prazo recursal próprio, inicia-se no dia seguinte à interposição a contagem dos cinco dias para a apresentação dos originais. Precedentes: AgRg nos EREsp nº 489.226/MG, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Primeira Seção, DJ de 17/10/2005; AgRg no AgRg nos EREsp nº 406.948/RS, Rel. Min. DENISE ARRUDA, Primeira Seção, DJ de 30/05/2005; EDcl no AgRg no REsp nº 710789/RS, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJ de 17/04/2006; EDcl no AgRg no Ag nº 710.233/RS, Rel. Min. CASTRO MEIRA, Segunda Turma, DJ de 05/04/2006; EDcl no Ag nº 731.057/RS, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, DJ de 02.05.2006; AgRg nos EDcl no REsp nº 762.868/RS, Rel. Min. JORGE SCARTEZZINI, Quarta Turma, DJ de 27.03.2006; AgRg no Ag nº 741.838/SP, Rel. Min. GILSON DIPP, Quinta Turma, DJ de 10.04.2006; AgRg no Ag nº 681.166/RJ, Rel. Min. HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, Sexta Turma, DJ de 06.03.2006.
II - Nesse panorama, tendo sido protocolizado o agravo regimental em 11/04/2006 (terça-feira) via fax, os originais deveriam ter sido protocolizados nesta Corte Especial impreterivelmente até 17/04/2006 (segunda-feira), bem lembrado o entendimento desta Primeira Seção no sentido de que os cinco dias conferidos pela Lei nº 9.800/99 não se constituem em prazo próprio, mas mera prorrogação, podendo, assim, ter sua contagem iniciada

> em feriados ou finais de semana, havendo a necessidade apenas de que o seu *dies ad quem* recaia em dia útil, em respeito ao ditame do art. 184 do CPC. Precedente: AgRg nos EAg nº 492.178/PR, Relator Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Primeira Seção, DJ de 10.04.2006. [...]
> (STJ, AgRg no REsp 824.609/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/05/2006, DJ 01/06/2006, p. 169)

Veja-se o teor do art. 2º da Lei nº 9.800/1999:

> **Art. 2º**. A utilização de sistema de transmissão de dados e imagens não prejudica o cumprimento dos prazos, devendo os originais ser entregues em juízo, necessariamente, até cinco dias da data de seu término.
> Parágrafo único. Nos atos não sujeitos a prazo, os originais deverão ser entregues, necessariamente, até cinco dias da data da recepção do material (grifei).

Atente-se que tanto o dispositivo em tela quanto o art. 526 do CPC tratam de prazos para cumprir determinada providência, cujo início é da data da interposição de uma medida judicial, sob pena de não conhecimento desta.

Assim, quanto à fluência desses prazos há aplicar para o art. 526 do CPC a mesma *ratio* que o STJ imprimiu para o art. 2º da Lei nº 9.800/1999, ou seja, de que o lapso previsto em lei é apenas continuidade do prazo recursal anterior, motivo pelo qual inicia-se em feriados, finais de semana, *etc.,* somente protraindo para dia útil se o seu termo *ad quem* recair em dia no qual inexista expediente forense, o que, porém, não é o presente caso, haja vista que o dia 28/01/2013 (termo final) foi uma segunda-feira.

Portanto, conforme os arestos acima ementados, se o termo inicial de contagem do prazo a que alude o art. 526 do CPC é a data do protocolo da petição na instância *ad quem,* no caso o dia 25/01/2013, cai por terra a tese do Município no sentido de que o tríduo legal somente teria começado a correr em 28/01/2013, ou seja, três dias depois, em vez de em 26/01/2013, consoante consignado na decisão ora combatida, findando, portanto, em 28/01/2013, e não em 30/01/2013.

Houvesse a regra de que o prazo em tela só começaria em dia útil após o protocolo do agravo de instrumento, não teria razão de existirem os inúmeros precedentes do STJ acima mencionados no sentido de que o lapso inicia-se na própria data do protocolo do agravo.

A propósito, veja-se o excerto abaixo, no qual deixa-se assente que a ausência de juntada aos autos principais da petição de agravo de instrumento nos três dias subsequentes à interposição deste acarreta o não conhecimento do recurso.

> [...] AGRAVO DE INSTRUMENTO. ARTIGO 526 DO CPC, SOB A ÉGIDE DA LEI 10.352/2001. PRAZO PARA JUNTADA DA PETIÇÃO DE AGRAVO. NÃO CUMPRIMENTO. CAUSA DE INADMISSÃO CONFIGURADA. [...]
> 1. Nos termos do parágrafo único do art. 526 do CPC, a ausência de juntada aos autos principais da petição de agravo de instrumento nos três dias subsequentes à interposição, no regime posterior à edição da Lei 10.352/2001, alegada e comprovada pelo agravado, é causa de inadmissão do recurso. [...]
> (STJ, AgRg no AREsp 23.139/MA, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 15/12/2011, DJe 01/02/2012)

Sob tais fundamentos, nego provimento ao agravo interno.
É como voto.

PROCESSO Nº 3133-62.2010.8.06.0000/1
AGRAVO INTERNO
AGRAVANTE: ESTADO DO CEARÁ.
AGRAVADO: FJ FEIJO DE ALBUQUERQUE EPP.
RELATOR: DESEMBARGADOR CLÉCIO AGUIAR DE MAGALHÃES

EMENTA: PROCESSO CIVIL. AGRAVO INTERNO. IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO DE MATÉRIA NÃO TRATADA EM PRIMEIRO GRAU. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. SÚMULA 391 DO STJ. DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA.

1-Cogita-se de agravo interno, em face de decisão monocrática que negou seguimento a agravo de instrumento tratante de matéria preliminar não analisada em juízo singular. Requereu-se ainda a revogação de liminar concedida em primeiro grau, que ordenou a suspensão da cobrança de ICMS sobre demanda de potência de energia elétrica, devendo a mesma ser feita com base no montante efetivamente consumido.

2-Diante do silêncio do juízo singular, não é cabível a interposição de agravo de instrumento, uma vez que, no caso de omissão do julgador em apreciar determinada questão, caberá embargos de declaração.

3-Com relação ao pedido de nulificação da medida liminar, o mesmo também desmerece seguimento, posto que, em juízo de cognição sumária, a presença de dano iminente é incontestável, dada a cobrança majorada do tributo, segundo posicionamento majoritário deste Tribunal e da Súmula 391 do STJ, que garantem a verossimilhança do pleito. Agravo improvido. Decisão monocrática mantida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos do Agravo interno nº 3133-62.2010.8.06.0000/1, em que figuram as partes acima indicadas, acordam os Desembargadores integrantes da Quinta Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer do recurso em referência, negando-lhe provimento, nos termos do voto do eminente Relator.

Fortaleza, 16 de março de 2011

RELATÓRIO

Trata-se de Agravo interno interposto pelo Estado do Ceará (fl. 166-188), em face de decisão monocrática proferida por esta Relatoria (fl. 161-163), nos autos do processo 3133-62.2010.8.06.0000/1, na qual se negou seguimento ao Agravo de Instrumento de fls. 02 - 122, cujo objeto questionava o deferimento de medida liminar em Mandado de Segurança (fls. 131-133) nº 0122408-36.2009.0.06.0001, movido por FJ FEIJO DE ALBUQUERQUE EPP, pelo Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza que determinou a suspensão da cobrança de ICMS sobre demanda de potência, bem como suscitou a análise das preliminares de Legitimidade *ad causam* e Interesse Processual por parte do Agravado na oportunidade em que ajuizou, em sede de primeiro grau, o citado *writ*.

FJ FEIJO DE ALBUQUERQUE EPP impetrou Mandado de Segurança contra ato do Coordenador de Administração da Fazenda do Estado do Ceará, alegando, em síntese, que mantém com a COELCE um contrato de reserva de demanda e que estaria arcando indevidamente com o pagamento de ICMS incidente sobre o valor da reserva contratada e não em relação à energia efetivamente consumida, ao que, invocando a Súmula 391 do STJ, requereu, a restituição dos valores recolhidos indevidamente e a suspensão do pagamento de ICMS sobre demanda de potência, inclusive, mediante antecipação de tutela.

O Douto Juízo de primeiro grau, em Decisão Interlocutória de fls. 93-94, deferiu o pleito liminar, determinando que o Estado do Ceará se abstenha de cobrar o ICMS sobre a demanda de potência contratada com a COELCE.

Inconformado com a decisão liminarmente proferida, o Estado do Ceará agravou a decisão via instrumento, solicitando ainda a análise, para fins de extinção processual sem resolução de mérito, das preliminares de Ilegitimidade e ausência de Interesse Processual por parte do agravado, na oportunidade em que impetrou o Mandado de Segurança já comentado, sob o argumento de que ao consumidor, contribuinte de fato, não seria cabível questionar os valores pagos de ICMS ao Estado, posto que tal poder caberia tão somente ao contribuinte de direito, ou seja, à COELCE.

O agravante requereu, ainda, caso não atendidas as preliminares invocadas, que o recurso fosse provido para fim de nulificar a decisão antecipatória da tutela jurisdicional fustigada nesta irresignação, determinando ao Juízo singular a apreciação das preliminares já citadas.

Em contrarrazões de fls. 136-150, o agravado defendeu sua legitimidade *ad causam*, assim como o interesse de agir para questionar os valores pagos a título de ICMS. No mais, repisou as razões meritórias, alegando ser indevida a cobrança do imposto em monta sobre produto não consumido.

Manifestação da Procuradoria Geral de Justiça pela manutenção da decisão de primeiro grau em fls. 156 – 159.

Conclusos os autos para apreciação recursal, esta Relatoria, monocraticamente, em fls. 161-163, negou seguimento ao recurso, nos termos do art. 557 do CPC, sob o argumento de o mesmo não estar em conformidade com o art. 524 do CPC, uma vez que as matérias invocadas via agravo atacavam temática não decidida em juízo singular, não existindo, portanto, decisão interlocutória a ser guerreada em segundo grau.

O recorrente, em fls 166-188, ingressou com o Agravo Interno em monta, objetivando a reforma da decisão monocraticamente proferida por esta Relatoria, ao que anseia pelo conhecimento e normal processamento do agravo de instrumento anteriormente interposto, sob o argumento de que, em decorrência do efeito translativo recursal, não há necessidade de um expresso posicionamento do Juízo de primeiro grau, para que questões de ordem pública, tais quais as preliminares invocadas, sejam analisadas em segundo grau.

No mais, foram reiteradas as razões meritórias e anexadas vários exemplos jurisprudenciais.

Logo após, os autos foram a mim conclusos.

É o relatório.

VOTO

Preliminarmente, face a um juízo antecedente de admissibilidade, conheço do presente recurso, eis que próprio e interposto tempestivamente, encontrando-se presentes os chamados requisitos intrínsecos e extrínsecos ao transpasse para o juízo de mérito.

Trata-se de Agravo Interno, cuja pretensão visa à reforma da decisão monocrática de não seguimento do Agravo de Instrumento nº 3133-62.2010.8.06.0000 proferida por esta Relatoria, conforme já melhor esclarecido na síntese processual.

Insta observar que o não seguimento do Agravo de Instrumento supramencionado se deu sob a fundamentação de inadequação da via eleita, padecendo de irregularidade formal, nos moldes do art. 557 c/c 524, ambos do Código de Processo Civil.

Urge salientar que, em contraposição à negação de seguimento do recurso objeto desta análise, o agravante defende que a inexistência de uma manifestação singular não impede o proferimento de uma decisão de segundo grau, a respeito de questões trazidas à baila via efeito translativo.

Rememorados os fatos e argumentos apresentados e superado o juízo prévio de admissibilidade recursal, passar-se-á à apreciação meritória deste Agravo Interno.

A partir das contextualizações elencadas, é notório que o foco da presente apreciação recursal é referente à análise do efeito devolutivo e translativo quando da interposição do Agravo de Instrumento, cujo conhecimento está em discussão através deste Agravo Interno, para tanto, é necessário que a natureza dos pleitos recursais seja analisada.

Conforme é facilmente observável na peça inicial do Agravo de Instrumento interposto, a pretensão do agravante engloba pedidos ordenados em grau de sucessividade, quais sejam: a extinção do Mandado de Segurança originário sem resolução de mérito, por ilegitimidade da parte ou ausência de interesse processual ou, caso não atendido tal anseio, a nulificação da decisão liminarmente proferida pelo Douto Juízo singular, retornando-lhes os autos para que se manifeste a respeito das preliminares invocadas.

Nota-se que os pedidos destacados possuem natureza diversa: o primeiro trata de matéria ainda não analisada em juízo de primeiro grau, já o segundo visa à impugnação de medida liminar.

A análise da tutela de urgência deferida em sede de primeiro grau é legitimada por meio do efeito devolutivo do recurso interposto; desta feita, uma temática anteriormente já discutida é trazida novamente à discussão por expressa solicitação da parte recorrente.

O restante do conteúdo recursal, ou seja, o requerimento de manifestação a respeito das preliminares de Legitimidade da Parte e Interesse Processual não encontra respaldo, tendo em vista a ausência de expressa manifestação do juízo *a quo*, sendo inviável a revisão de uma decisão não existente.

Nesta oportunidade, faz-se salutar invocar as palavras do Ilustre Doutrinador Araken de Assis a esse respeito:

> [1]"O art. 522, *caput*, prevê o agravo contra as decisões do órgão judiciário. Às vezes, porém, o gravame resulta de alguma omissão do juiz – por exemplo, suscitada a ilegitimidade da parte, o juiz posterga seu exame para

1 ARAKEN, Assis. Manual dos Recursos, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 489.

> a sentença. Ora, as omissões do órgão judiciário, porque nada decidem, não se revelam agraváveis. Cabem embargos de declaração contra as omissões, a teor do art. 535, II, e, recusando-se o juiz a examinar a questão, ou seja, subsistindo a omissão no julgamento do recurso próprio, admitir-se-á o agravo com o escopo de obrigar o juiz a se pronunciar."

Conclui-se, portanto, que as preliminares invocadas em via recursal não podem ser analisadas, sob pena de ser cometida uma supressão da instância inicial acerca dessa apreciação, uma vez que, inclusive, manejadas por meio recursal incabível à espécie. Por oportuno, deve ser asseverado que tal insurreição é impugnável através de embargos de declaração.

Nota-se que sequer é possível cogitar a respeito da aplicação da translatividade recursal, pois tal efeito tem sua extensão vinculada à matéria efetivamente devolvida à apreciação judicial, portanto, na ausência de matéria a ser objeto de devolução, (no presente caso, por inexistência de manifestação do juízo de primeiro grau a respeito das preliminares invocadas) o recurso terá seu seguimento negado, desta feita o efeito translativo não poderá ser efetivado.

Como forma de melhor elucidar a matéria, é interessante invocar as palavras do Doutrinador Fredie Didier Jr:

> [2]"A extensão do efeito devolutivo significa precisar o que se submete, por força do recurso, ao julgamento do órgão *ad quem*. A extensão do efeito devolutivo determina-se pela extensão da impugnação: *tantum quantum appellatum*. O recurso não devolve ao tribunal o conhecimento de matéria estranha ao âmbito de julgamento (decisão) *a quo*."

Note-se que a matéria preliminar recorrida nem mesmo foi alvo do efeito devolutivo, dada a impossibilidade jurídica de se devolver à analise algo que ainda não foi julgado, razão pela qual, repita-se, não é viável a aplicação do efeito translativo.

Novamente, é útil trazer colação dos ensinamentos doutrinários, como forma de esclarecer a temática e possibilitar um aprofundado entendimento acerca do que se estuda:

> [3]"Nelson Nery Jr. denomina de efeito translativo aquilo que Barbosa Moreira identifica como profundidade do efeito devolutivo e acrescenta:

2 DIDIER. JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil vol.3*. 8 ed. Salvador: JusPODIVM, 2010, p. 83.

3 MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil, 12 ed. Cit., p. 446 apud DIDIER. JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil vol.3*. 8 ed. Salvador: JusPODIVM, 2010, p. 83.

> sempre que o tribunal puder apreciar uma questão fora dos limites impostos pelo recurso, estar-se-á diante de uma manifestação deste efeito (razão pela qual ele inclui a remessa das questões de ordem pública à apreciação do *ad quem*, manifestando-se ou não o recorrente sobre elas, como exemplo do efeito translativo)."

Observa-se que, entendendo este Juízo pela impossibilidade de análise das questões preliminares ainda não decididas em grau singular, resta, tão somente, em face dos pleitos da parte recorrente, que seja analisado o pedido relativo à nulificação da decisão de antecipação de tutela jurisdicional deferida em primeiro grau.

Com relação à medida liminar proferida em juízo singular, de fato estão presentes os requisitos para a sua concessão; o perigo da demora resta consolidado tendo em vista os prejuízos patrimoniais decorrentes da cobrança majorada do ICMS, já a verossimilhança do pleito encontra respaldo em jurisprudência dominante desta Corte, senão vejamos:

> Ementa: REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL. TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. DEMANDA CONTRATADA. INCIDÊNCIA SOBRE A PARCELA EFETIVAMENTE UTILIZADA. LEGITIMIDADE ATIVA. CONSUMIDOR FINAL. PRECEDENTES. REEXAME E APELAÇÃO CONHECIDOS E IMPROVIDOS. SENTENÇA MANTIDA.
> 1 - O consumidor final, em ações que versem sobre cobrança de ICMS sobre o valor pago a título de demanda contratada de energia elétrica, tem legitimidade para figurar no polo ativo da demanda. Precedentes do STJ e do TJCE.
> 2 - O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada. Súmula 391 do STJ.
> 3 - Reexame necessário e apelação cível conhecidos e improvidos.
> (Apelação / Reexame Necessário 1350220200780600011 Relator(a): EDITE BRINGEL OLINDA ALENCAR Comarca: Fortaleza Órgão julgador: 3ª Câmara Cível Data de registro: 27/01/2011)

> Ementa: TRIBUTÁRIO E PROCESSO CIVIL. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. LEGITIMIDADE ATIVA. CONSUMIDOR FINAL. AGRAVO REGIMENTAL CONHECIDO E DESPROVIDO.
> 1. O sujeito passivo da obrigação tributária é o consumidor final da energia elétrica, que assume a condição de contribuinte de fato e de direito, figurando a concessionária como mera responsável pelo recolhimento do tributo. (Precedentes: REsp 838542 / MT, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ 25/08/2006; EREsp 279491 / SP, 1ª Seção, Rel. para acórdão Min. Francisco Peçanha Martins, DJ 08/05/2006).
> 2. Agravo regimental conhecido e desprovido.
> (Agravo 734276200780600012 Relator(a): FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA Comarca: Fortaleza Órgão julgador: 1ª Câmara Cível Data de registro: 08/02/2011)

> Ementa: AGRAVO INTERNO. DECISÃO MONOCRÁTICA EM AGRAVO DE INSTRUMENTO.
> 1. Recurso que não demonstra desacerto da decisão.
> 2. A suposta ilegitimidade ativa *ad causam*, arguida pelo recorrente, sob o argumento de que a agravada não pode pleitear a alteração do ICMS por ser tão somente contribuinte de fato e não de direito, não procede, uma vez que a empresa apelada é consumidora final, e como tal, é pacífico o entendimento desta Corte e do STJ que em ações desta natureza, tem legitimidade para figurar no polo ativo da demanda. Agravo Regimental conhecido, mas desprovido. Decisão mantida.
> (Agravo 86249022006806000012 Relator(a): MANOEL CEFAS FONTELES TOMAZ Comarca: Fortaleza Órgão julgador: 6ª Câmara Cível Data de registro: 01/02/2011)

Urge destacar ainda o posicionamento da Súmula 391 do Superior Tribunal de Justiça, que pacifica a questão meritória nos seguintes termos: "*O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada"*.

Sendo assim, em sede de juízo parcial de análise, estão presentes os requisitos necessários para o deferimento de medida antecipatória dos efeitos da tutela, acertando o juízo de primeiro grau em sua decisão interlocutória concessiva da liminar guerreada.

Em suma, as preliminares invocadas pelo recorrente não poderão ser analisadas nesta oportunidade, tendo em vista a inadequação da via eleita para a discussão das mesmas, razão pela qual tal matéria deverá aguardar a prolação de uma decisão em primeiro grau. Quanto à liminar concedida em primeiro grau, a mesma foi deferida em plena consonância com seus requisitos essenciais e com a jurisprudência dominante deste Tribunal e do STJ, motivo pelo qual deverá ser mantida.

Por todo o exposto e por mais que nos autos constam, hei por bem, CONHECER, para NEGAR PROVIMENTO ao presente Agravo Interno, mantendo intacta a decisão monocrática de fls. 161-163, no sentido de negar seguimento ao Agravo de Instrumento interposto, nos termos do art. 557 da Lei Adjetiva Civil, por inadmissibilidade da análise das preliminares suscitadas, bem como pelo fato da liminar concedida está respaldada em jurisprudência dominante deste Tribunal e súmula do Superior Tribunal de Justiça.

É como voto.

AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 0005234
51.2006.8.06.0117/50000
AGRAVANTE: MUNICÍPIO DE MARACANAÚ
RELATORA: DESA. MARIA IRACEMA MARTINS DO VALE

EMENTA: PROCESSO CIVIL. REGIMENTAL CONTRA MONOCRÁTICA QUE DECIDIU APELO. APLICAÇÃO DO ART. 557 DO CPC. DIREITO TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO DE OFÍCIO. CDA RELATIVA A EXERCÍCIO FINANCEIRO ATINGIDO PELA PRESCRIÇÃO. INCIDÊNCIA DO ART. 174 DO CTN. DECISÃO MANTIDA. REGIMENTAL CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. Trata o caso de agravo regimental interposto em face de decisão monocrática desta Relatora, proferida em sede de apelação cível, que declarou a prescrição do direito de agir do exequente, em aplicação ao Art. 557 do CPC.

2. Inexistindo nos autos qualquer documento capaz de comprovar a data de notificação do contribuinte quanto ao lançamento do IPTU, o termo *a quo* do prazo prescricional deve ser o mesmo em que teve início o respectivo exercício fiscal. Precedentes desta egrégia Corte de Justiça.

3. Sendo assim, inafastável a conclusão no sentido de que o crédito objeto da presente execução encontra-se invariavelmente prescrito, uma vez que a demanda somente foi proposta quando já transcorrido o prazo legal previsto no Art. 174 do CTN.

- Agravo Regimental conhecido e desprovido.
- Decisão monocrática mantida.
- Maioria.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Agravo Regimental em Apelação Cível nº 0005234-51.2006.8.06.0117/50000, em que figuram as partes

acima indicadas. Acorda a 4ª Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por maioria, em **conhecer do agravo regimental interposto, para negar-lhe provimento, mantendo inalterada a decisão recorrida**, nos termos do voto da Relatora.

Fortaleza, 18 de setembro de 2013.

RELATÓRIO

O presente recurso foi interposto devido à insatisfação do agravante com a decisão desta Relatora que, monocraticamente, declarou a prescrição do direito de agir do ente público municipal.

O caso/a ação originária: o Município de Maracanaú ajuizou Ação de Execução Fiscal em face de Claudecir Lino Pereira, com base em certidão da dívida ativa, oriunda de débitos de IPTU, no valor de R$ 701,37 (setecentos e um reais e trinta e sete centavos).

A Sentença: às fls. 09/10, o douto magistrado da 3ª Vara da Comarca de Maracanaú decidiu pela **extinção do processo sem resolução de mérito**, sob o fundamento de que o exequente não havia feito prova da notificação do contribuinte quanto ao lançamento do tributo. Transcrevo o dispositivo da sentença:

> "*Ex-positis*, e não constando na exordial a prova do lançamento do tributo – IPTU – mormente quanto à remessa, conforme reiterada jurisprudência suso colacionada, e, portanto, não tendo como se examinar quanto a CERTEZA, LIQUIDEZ E EXIGIBILIDADE do título – CDA (certidão da dívida ativa), cuja presunção é relativa – art. 204 § único do CTN e, art. 3º, § único da Lei 6.830/80 -, devendo ser apurado em exame "EX-OFFICIO" pelo Juiz, violados também outros requisitos exigidos para o título extrajudicial, como: o termo inicial, a forma de calcular os juros e o número do processo administrativo (art. 2º, §5º, incisos II e VI da Lei 6.830/80 e art. 202, inc. II do CTN), determino a EXTINÇÃO DO FEITO sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, inc. IV, do Código de Processo Civil". (*sic*)

A Apelação: irresignado, o ente público interpôs recurso (fls. 13/19) aduzindo, em síntese, a absoluta regularidade do procedimento que culminou com a expedição da certidão de dívida ativa acostada à fl. 03, para, ao final, pugnar pela reforma do *decisum*, consequente prosseguimento da execução.

Inexistiram **contrarrazões**, conforme decisão interlocutória de fl. 21.

Desnecessária a intervenção do Ministério Público, nos termos da Súmula 189 do STJ.

Decisão monocrática recorrida: esta Relatora conheceu da apelação interposta para, de ofício, declarar prescrito o crédito objeto da presente execução, nos seguintes termos (fls. 29/42):

> "Diante do exposto, em face do firme posicionamento jurisprudencial a respeito da matéria, com esteio nas disposições contidas no Art. 557 do CPC, **conheço da apelação interposta para, monocraticamente, reformar a sentença proferida em 1º grau de jurisdição, declarando, de ofício, a prescrição do direito da Fazenda Pública Municipal executar o crédito objeto do presente litígio**, nos termos do Art. 174 do Código Tributário Nacional."

Agravo Regimental: inconformado, o Município de Maracanaú interpôs recurso (Agravo Regimental nº 0005234-51.2006.8.06.0117/50000) aduzindo, em síntese, a inocorrência da prescrição no caso em análise.

É o relatório.

Sem revisão e desnecessária a inclusão em pauta.

VOTO

De conformidade com o relatado, depreende-se que se trata de agravo regimental interposto contra decisão monocrática desta Relatora que declarou a prescrição do crédito exigido pelo ente público municipal.

O presente agravo regimental não merece provimento, uma vez que, *in casu*, não foi trazido qualquer subsídio pela parte agravante com capacidade de possibilitar a alteração dos fundamentos da decisão vergastada e, nesses termos, continuam imaculados e impassíveis de modificação os argumentos nos quais o entendimento foi firmado, subsistindo em si mesmas as razões assentadas anteriormente.

Para o correto deslinde da matéria, deve-se analisar, primeiramente, qual o tributo que a Fazenda Pública está a exigir do contribuinte, uma vez que, a depender da espécie tributária, diversas são as formas pelas quais o crédito se torna exigível.

Na hipótese dos autos, tem-se CDA – Certidão de Dívida Ativa que engloba valor relativo ao IPTU – Imposto Predial e Territorial Urbano do ano de 2001.

Como sabido, referida espécie tributária encontra-se submetida ao que se convencionou chamar de lançamento de ofício, ou seja, tão logo se verifique a ocorrência

do fato gerador, bem como reste implementado o lapso temporal necessário para sua cobrança, nasce para a Administração o direito de exigi-lo do contribuinte.

Neste sentido, o escólio do Professor Hugo de Brito Machado, *in verbis*:

> "O lançamento de tais impostos é direto, ou de ofício, já dispondo a Fazenda Pública das informações necessárias à constituição do crédito tributário. (...) as entidades da Administração tributária, no caso as Prefeituras, dispõem de cadastro dos imóveis e com base neste efetuam, anualmente, o lançamento do tributo, notificando os respectivos contribuintes para o seu pagamento." (*in* Curso de Direito Tributário, 24a edição, pág. 374)

Logo, o que se percebe é que o crédito já se encontra regularmente constituído desde a sua origem, podendo, de logo, ser exigido, tornando-se eficaz mediante simples notificação ao sujeito passivo da obrigação tributária, iniciando-se, a partir deste momento, a contagem do prazo prescricional.

Neste sentido, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

> "TRIBUTÁRIO. PROCESSO JUDICIAL TRIBUTÁRIO (EXACIONAL). **EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO DO DIREITO DE COBRANÇA JUDICIAL PELO FISCO. PRAZO QÜINQÜENAL. TERMO INICIAL. NOTIFICAÇÃO DO CONTRIBUINTE. IPTU. LANÇAMENTO DE OFÍCIO**. NOTIFICAÇÃO. ENTREGA DO CARNÊ NA RESIDÊNCIA DO CONTRIBUINTE. **PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. RECURSO REPETITIVO. 543-C, CPC**. (...). 1. A prescrição, causa extintiva do crédito tributário, resta assim regulada pelo artigo 174, do Código Tributário Nacional, verbis: "Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva. Parágrafo único. A prescrição se interrompe: I - pela citação pessoal feita ao devedor; I – pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal; (Redação dada pela Lcp nº 118, de 2005) II - pelo protesto judicial; III - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor; IV - por qualquer ato inequívoco ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor." 2. A constituição definitiva do crédito tributário, sujeita à decadência, inaugura o decurso do prazo prescricional de cinco anos para o Fisco cobrar judicialmente o crédito tributário. 3. **Deveras, assim como ocorre com a decadência do direito de constituir o crédito tributário, a prescrição do direito de cobrança judicial pelo Fisco encontra-se disciplinada em cinco regras jurídicas gerais e abstratas, a saber**: (a) regra da prescrição do direito do Fisco nas hipóteses em que a constituição do crédito se dá mediante ato de formalização praticado pelo contribuinte (tributos sujeitos a lançamento por homologação); (b) regra da prescrição do direito do Fisco com constituição do crédito pelo contribuinte e com suspensão da exigibilidade; (c) **regra da prescrição do direito do Fisco com lançamento tributário ex officio**; (d) regra da prescrição do direito do Fisco com lançamento e com suspensão

da exigibilidade; e (e) regra de reinício do prazo de prescrição do direito do Fisco decorrente de causas interruptivas do prazo prescricional (In: Decadência e Prescrição no Direito Tributário, Eurico Marcos Diniz de Santi, 3ª Ed., Max Limonad, págs. 224/252). 4. Consoante cediço, as aludidas regras prescricionais revelam prazo qüinqüenal com dies a quo diversos. 5. Assim, conta-se da data estipulada como vencimento para o pagamento da obrigação tributária declarada (DCTF, GIA, etc.) o prazo qüinqüenal para o Fisco acioná-lo judicialmente, nos casos do tributos sujeitos a lançamento por homologação, em que não houve o pagamento antecipado (inexistindo valor a ser homologado, portanto), nem quaisquer das causas suspensivas da exigibilidade do crédito ou interruptivas do prazo prescricional (Precedentes da Primeira Seção: Resp. 850.423/SP, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 28.11.2007, DJ. 07.02.2008). 6. Por outro turno, **nos casos em que o Fisco constitui o crédito tributário, mediante lançamento, inexistindo quaisquer causas de suspensão da exigibilidade ou de interrupção da prescrição, o prazo prescricional conta-se da data em que o contribuinte for regularmente notificado do lançamento tributário (artigos 145 e 174, ambos do CTN).** 7. Entrementes, sobrevindo causa de suspensão de exigibilidade antes do vencimento do prazo para pagamento do crédito tributário, formalizado pelo contribuinte (em se tratando de tributos sujeitos a lançamento por homologação) ou lançado pelo Fisco, não tendo sido reiniciado o prazo ex vi do parágrafo único, do artigo 174, do CTN, o dies a quo da regra da prescrição desloca-se para a data do desaparecimento jurídico do obstáculo à exigibilidade. Sob esse enfoque, a doutrina atenta que nos "casos em que a suspensão da exigibilidade ocorre em momento posterior ao vencimento do prazo para pagamento do crédito, aplicam-se outras regras: a regra da prescrição do direito do Fisco com a constituição do crédito pelo contribuinte e a regra da prescrição do direito do Fisco com lançamento". Assim, "nos casos em que houver suspensão da exigibilidade depois do vencimento do prazo para o pagamento, o prazo prescricional continuará sendo a data da constituição do crédito, mas será descontado o período de vigência do obstáculo à exigibilidade" (Eurico Marcos Diniz de Santi, in ob. cit., págs. 219/220). 8. Considere-se, por fim, a data em que suceder qualquer uma das causas interruptivas (ou de reinício) da contagem do prazo prescricional, taxativamente elencadas no parágrafo único, do artigo 174, a qual "servirá como dies a quo do novo prazo prescricional de cinco anos, qualificado pela conduta omissiva de o Fisco exercer o direito de ação" (Eurico Marcos Diniz de Santi, in ob. cit., pág. 227). 9. In casu: (a) cuida-se de crédito tributário referente à cobrança de IPTU, cuja notificação, segundo Tribunal a quo, operou-se no dia 30.01.1996, que não foi impugnada no trintídio, dando-se, então, a constituição definitiva do crédito tributário; (b) a propositura da execução fiscal se deu em 28.12.2001. 10. O Fisco Municipal aduz em seu recurso especial que em relação à CDA n.º 830 inocorreu a prescrição, porquanto sustenta a tese no sentido de que o termo inicial para a contagem do prazo prescricional é a inscrição do débito em dívida ativa. Assim é que a presunção da CDA merece ser afastada porquanto a regra prescricional aplicável ao caso concreto é aquela prevista no item 6 da ementa "nos casos em que o Fisco constitui o crédito tributário, mediante lançamento, inexistindo quaisquer

> causas de suspensão da exigibilidade ou de interrupção da prescrição, o prazo prescricional conta-se da data em que o contribuinte for regularmente notificado do lançamento tributário (artigos 145 e 174, ambos do CTN)". 11. (...) 16. Recurso especial conhecido, para dar-lhe parcial provimento no que tange à presunção de legitimidade da notificação do lançamento que ensejou posteriormente a formação das CDA's n.ºs 2115 e 2118, para que se prossiga a execução fiscal nesta parte." (REsp 965.361/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/05/2009, DJe 27/05/2009) (destacamos)
> * * * * *
> "TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. IPVA. **EXECUÇÃO FISCAL. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. TERMO A QUO. NOTIFICAÇÃO**. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ. 1. **Nos tributos sujeitos a lançamento de ofício**, **como no caso do** IPVA e **IPTU, a constituição do crédito tributário perfectibiliza-se com a notificação ao sujeito passivo, iniciando, a partir desta, o termo a quo para a contagem do prazo prescricional quinquenal para a execução fiscal, nos termos do art. 174 do Código Tributário Nacional**. 2. Na hipótese dos autos, a cobrança diz respeito ao lançamento do IPVA relativo ao exercício de 1999, cuja Execução Fiscal somente foi ajuizada pela Fazenda Pública Estadual em 7.1.2009, quando já ultrapassado o quinquênio legal. 3. O Tribunal a quo decidiu de acordo com jurisprudência desta Corte, de modo que se aplica à espécie a Súmula 83/STJ. Agravo regimental improvido." (AgRg no Ag 1399575/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/10/2011, DJe 04/11/2011) (destacamos)

Contudo, como na hipótese dos autos não foi colacionado qualquer documento apto a comprovar a notificação do devedor, o termo *a quo* do prazo prescricional deve ser o mesmo em que teve início o respectivo exercício fiscal, qual seja, no caso concreto, o dia 1º de janeiro de 2001.

Não é outro o entendimento esposado pelas Câmaras Cíveis desta egrégia Corte de Justiça, conforme se depreende mediante simples análise dos julgados abaixo transcritos, proferidos recentemente em casos bastante semelhantes ao ora em apreço:

> "PROCESSUAL CIVIL. **APELAÇÃO. EXECUÇÃO FISCAL**. EXTINÇÃO DO FEITO. INDEFERIMENTO DA INICIAL (ARTS. 284, P. ÚN., E 295, I, CPC). APRESENTAÇÃO DE CÓPIA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO PELA FAZENDA PÚBLICA. DESNECESSIDADE. ÔNUS DO CONTRIBUINTE (ARTS. 204, CTN, E 3º, LEF). **PRESCRIÇÃO TRIBUTÁRIA (ARTS. 156, V, E 174, CTN). RECONHECIMENTO**. EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. ART. 2º, §3º, LEF. APLICABILIDADE UNICAMENTE NA EXECUÇÃO DE CRÉDITO NÃO-FISCAL. **DECRETO DE EXTINÇÃO DO FEITO, EX OFFICIO, POR FUNDAMENTO DIVERSO, DESTA FEITA**

COM RESOLUÇÃO DE MÉRITO (ART. 269, IV, CPC). SÚMULA 409, STJ. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO, AFASTADA A FUNDAMENTAÇÃO PARA O INDEFERIMENTO DA INICIAL, E RECONHECIDA A OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO TRIBUTÁRIA. 1. A Certidão de Dívida Ativa goza da presunção de liquidez e certeza, sendo, portanto, o único documento exigido para a instauração do processo judicial de cobrança da dívida tributária, cabendo ao executado ou a terceiro ilidir a presunção de legalidade dessa Certidão (arts. 204, CTN, e 3º, LEF). (...).” (TJCE; APC 0000497-63.2010.8.06.0117/1; 1ª CÂMARA CÍVEL; Relator: Des. FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA; 02/04/2012) (destacamos)

* * * * *

“PROCESSO CIVIL. **APELAÇÃO CÍVEL. EXECUÇÃO FISCAL. IPTU**. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. **PRESCRIÇÃO**. RECONHECIMENTO. POSSIBILIDADE. SENTENÇA MANTIDA. 1. Não obstante serem os embargos à execução o meio de defesa próprio da execução fiscal, é cabível a oposição de exceção de pré-executividade, desde que desnecessárias dilações probatórias, para a arguição de questões que possam ser conhecidas de ofício pelo magistrado, tais como as condições da ação, os pressupostos processuais, a decadência e a prescrição. 2. O lançamento do IPTU decorre de inciativa exclusiva do ente arrecadador. A comprovação da notificação do contribuinte para o pagamento do tributo é ônus da Administração Pública. **Não havendo prova da notificação e não sendo esta infirmada pela defesa, havendo dúvida apenas quanto a data de sua efetivação, fixa-se o termo a quo do prazo prescricional como sendo o mesmo do início do exercício fiscal correspondente. Prescrição configurada**. 3. Recurso conhecido, mas desprovido. Sentença mantida.” (TJCE; APC 57399377200080600011; 3ª CÂMARA CÍVEL; Relator: Des. ANTÔNIO ABELARDO BENEVIDES MORAES; Julgado em 06/04/2009) (destacamos)

* * * * *

“PROCESSO CIVIL. DIREITO TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM DECISÃO MONOCRÁTICA EM AÇÃO DE EXECUÇÃO FISCAL. DESNECESSIDADE DE JUNTADA PELO EXEQUENTE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO E DA NOTIFICAÇÃO DO CONTRIBUINTE. PRECEDENTE DESTE SODALÍCIO E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **COBRANÇA DO IPTU REFERENTE AO ANO DE 2005. OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO. ART. 174 DO CTN**. PRECEDENTES DO COLENDO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DOS TRIBUNAIS PÁTRIOS. I - Com base nos fundamentos ora delineados, reitera-se o entendimento no sentido de que a petição inicial da Ação de Execução Fiscal apresentada pelo Município de Maracanaú obedeceu aos ditames legais, não estando inepta pelo simples fato do ora apelante não ter apresentado a notificação do contribuinte e o processo administrativo. Ressalta-se, pois, que em momento algum a lei faz referência a obrigatoriedade da juntada do processo administrativo que deu origem à dívida ou à notificação que ateste a data em que o devedor foi cientificado. No que se refere à notificação, os Tribunais Pátrios têm adotado o entendimento de que o envio do carnê para o pagamento do imposto é suficiente para se considerar notificado o

contribuinte, sendo, ademais, presumida a sua entrega. Quanto à juntada do processo administrativo nas Ações de Execução Fiscal, esta Corte de Justiça vem entendendo pela sua desnecessidade. II - No caso em tela, o douto Juiz a quo, embora tenha vislumbrado o reconhecimento da prescrição do crédito tributário, não a declarou expressamente, impondo a extinção do processo por outros motivos, consoante já foi verificado. **Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, nos tributos sujeitos a lançamento de ofício, como no caso do IPTU, a constituição do crédito tributário finaliza-se com a notificação ao sujeito passivo, iniciando, a partir desta, o termo inicial para a contagem do prazo prescricional quinquenal para a propositura da execução fiscal. No caso específico dos autos, embora não esteja colacionado aos autos o carnê de cobrança do tributo, como se trata de pagamento do IPTU referente ao ano de 2005, certamente o agravado recebeu a notificação no início daquele ano, ou seja, em janeiro de 2005. E, diante da impossibilidade de se aferir a data em que ocorreu a notificação ou a data do vencimento do tributo, já que não se tem nos autos a notificação do sujeito passivo, cumpre destacar que os Tribunais Pátrios vêm considerando como marco inicial para a contagem da prescrição o início do exercício financeiro, posto que neste período ocorreu a constituição definitiva do crédito**. III - Assim, em relação ao IPTU referente ao exercício de 2005, o prazo prescricional iniciou no começo do ano de 2005, ou seja, em 1º de janeiro de 2005 e, consequentemente, findou-se no início do ano de 2010, em 1º de janeiro de 2010. No entanto, a referida Ação de Execução Fiscal apenas foi proposta em 20 de dezembro de 2010, quando, com toda certeza, já havia transcorrido o prazo prescricional de 5 anos estipulado no artigo 174 do Código Tributário. Logo, a cobrança do tributo relativo ao exercício de 2005 já estava prescrita quando do ajuizamento da presente ação de Execução Fiscal. IV - Agravo Regimental conhecido e não provido. Decisão mantida." (TJCE; AR 0030170-04.2010.8.06.0117/50000; 4ª CÂMARA CÍVEL; Relator: Des. INÁCIO DE ALENCAR CORTEZ NETO; 28/03/2012) (destacamos)

* * * * *

"TRIBUTÁRIO. **APELAÇÃO CÍVEL. EXECUÇÃO FISCAL. IMPOSTO SOBRE A PROPRIEDADE PREDIAL E TERRITORIAL URBANA. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. PRESCRIÇÃO DA COBRANÇA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. ART. 174 CAPUT DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL**. APELO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. A presente execução para a cobrança do débito fiscal constante da Certidão da Dívida Ativa nº 997/2010, referente ao inadimplemento do Imposto sobre Propriedade Predial e Territorial Urbana - IPTU, relativo ao exercício financeiro de 2005, foi ajuizada em 29/12/2010. 2. De acordo com o art. 174, caput do CTN, a pretensão da Fazenda Pública de executar o crédito tributário prescreve após o decurso do prazo de cinco anos, a contar da data da sua constituição definitiva. 3. **A constituição definitiva do IPTU ocorre com o lançamento de ofício do crédito tributário, que se efetiva pela notificação do contribuinte, através do envio anual, por via postal, do boleto em seu endereço, sendo, portanto, o momento considerado como dies a quo da contagem**

do prazo prescricional para a propositura da ação executiva fiscal. Inteligência da Súmula 397 do STJ. 4. **Assim, como a constituição definitiva do crédito tributário em liça se deu em janeiro de 2005; portanto, o lapso prescricional de cinco anos restou finalizado em janeiro de 2010, verifica-se a ocorrência da do crédito tributário ora em análise, cuja decretação pode ser realizada de ofício, nos termos da Súmula 409 do STJ, a saber: "Em execução fiscal, a prescrição ocorrida antes da propositura da ação pode ser decretada de ofício (art. 219, § 5º, do CPC)"**. 5. Apelo conhecido e desprovido. No entanto, impõe-se a reforma da sentença de 1º grau quanto à sua fundamentação, no sentido de determinar a extinção do feito com resolução de mérito, nos termos do art. 269, IV do Código de Processo Civil, em virtude da decretação ex officio da prescrição do crédito tributário exeqüendo." (TJCE; APC 0030742-57.2010.8.06.0117; 5ª CÂMARA CÍVEL; Relator: Des. CLÉCIO AGUIAR DE MAGALHÃES; 14/03/2012) (destacamos)

* * * * *

"DIREITO TRIBUTÁRIO. **EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. TRIBUTO SUJEITO AO LANÇAMENTO DE OFÍCIO. INCIDÊNCIA DO ART. 174 DO CTN. PRESCRIÇÃO**. TERMO INICIAL. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO. NOTIFICAÇÃO DO CONTRIBUINTE. PRECEDENTES DO STJ. AUSÊNCIA DE DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS DA DATA DA NOTIFICAÇÃO. INÉRCIA DA FAZENDA PÚBLICA. **INÍCIO DO PRAZO PRESCRICIONAL EM 1º DE JANEIRO DO EXERCÍCIO FISCAL CORRESPONDENTE. PRESCRIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO VERIFICADA**. 1. Nos termos do art. 174 do CTN, a pretensão da Fazenda Pública de executar o crédito tributário prescreve após o decurso do prazo de cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva. 2. No caso do IPTU, cuja constituição definitiva ocorre com o lançamento de ofício, sedimentou-se o entendimento jurisprudencial de que o termo inicial do prazo prescricional dá-se com a notificação ao contribuinte do respectivo lançamento, por meio do envio anual do carnê de pagamento ao seu endereço. Precedentes do STJ. 3. **Diante da ausência de documentos comprobatórios da data da notificação do contribuinte, como é o caso específico, adoto o entendimento segundo o qual o termo inicial do prazo prescricional ocorre com o início do respectivo exercício fiscal, ou seja, 1º de janeiro do ano a que se refere**. 4. No caso, proposta a Ação Executiva em dezembro de 2008, tendo por objeto a cobrança de IPTU correspondente ao exercício 2003, conclui-se invariavelmente prescrito o crédito constante na CDA, tendo em vista que a ação somente foi proposta quando referido valor já se encontrava alcançado pela regra contida no art. 174 do CTN. APELAÇÃO CONHECIDA PORÉM IMPROVIDA. Processo extinto, com resolução do mérito, nos termos do art. 269, IV do Código de Processo Civil, face ao reconhecimento do instituto da prescrição." (TJCE; APC 0007860-72.2008.8.06.0117; 7ª CÂMARA CÍVEL; Relator: Des. DURVAL AIRES FILHO; 22/03/2012) (destacamos)

Desta maneira, a outra conclusão não se pode chegar, senão que o crédito relativo ao exercício financeiro de 2001 encontra-se invariavelmente prescrito, tendo em vista que a ação somente foi proposta em 20 de dezembro de 2006, quando referido valor já se encontrava alcançado pela regra contida no Art. 174 do CTN, que assim dispõe:

> "Art. 174. **A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos**, contados da data da sua constituição definitiva." (destacamos)

Por tudo isso, a declaração, de ofício, da prescrição do direito de agir do exequente é medida que se impõe.

DISPOSITIVO

Por tais razões, voto no sentido de **conhecer do Agravo Regimental interposto, mas para negar-lhe provimento, mantendo inalterada a decisão monocrática recorrida**, proferida por esta Relatoria.

É como voto.

Fortaleza, 18 de setembro de 2013.

Nº 6045-32.2010.8.06.0000/1
AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA
AGRAVANTE: ESTADO DO CEARÁ
AGRAVADA: VANESSA DE OLIVEIRA LIMA
RELATOR: DES. EMANUEL LEITE ALBUQUERQUE
DESIGNADO PARA LAVRAR O ACÓRDÃO: DES. LUIZ GERARDO DE PONTES BRÍGIDO

AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL. CONCURSO PÚBLICO. CURSO DE CAPACITAÇÃO AOS SÁBADOS. CANDIDATO MEMBRO DA IGREJA ADVENTISTA DO SÉTIMO DIA. ABONO DE FALTAS. IMPOSSIBILIDADE.

1. Dentre os postulados informadores do instituto do concurso público, destacam-se os princípios democrático, o da eficiência e o da isonomia;
2. O direito à liberdade de crença não pode, especialmente tratando-se de concurso público, criar situações que revelem tratamento diferenciado - seja de favoritismo, seja de perseguição - em relação a candidatos outros que não professam a mesma fé (cf. STJ *in* RMS 22.825/RO);
3. A Lei estadual nº 12.129-A/1993 não é norma específica de proteção religiosa, tampouco se aplica a cursos de formação/capacitação;
4. Ausência dos pressupostos legitimadores da antecipação de tutela;
5. Regimental conhecido e provido, por maioria, nos termos do voto divergente.

Vistos, relatados e discutidos os autos acima identificados, ACORDA o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, em sessão plenária, por maioria de votos, em conhecer do Agravo Regimental, para lhe dar provimento.

Fortaleza-CE, 12 de maio de 2011

RELATÓRIO

1 – Adoto o Relatório de fls. 61/62, da lavra do e. Des. Emanuel Leite Albuquerque, que adiante transcrevo:

"Tem-se Mandado de Segurança com pedido de liminar, impetrado por VANESSA DE OLIVEIRA LIMA, contra atos dos Secretários de Segurança Pública e Defesa Social e de Planejamento e Gestão do Estado do Ceará.

Sustenta que 'encontra-se concorrendo a uma vaga destinada a professores com curso superior de licenciatura plena em Biologia ou licenciatura em Ciências com plenificação em Biologia ou de licenciatura plena em Curso de Formação de Professores com habilitação'.

Sustenta, também, que 'atualmente o concurso encontra-se na 3ª etapa (Curso do Programa de Capacitação Profissional), tendo sido aprovada nas fases anteriores com destaque, todavia, encontra-se impedida de frequentar as aulas, uma vez que estão sendo ministradas em horário noturno (sexta feira) e diurno (sábado), pois é membro da Igreja Adventista do Sétimo Dia, de modo que preserva com princípio religioso, a observância irrestrita do 4º mandamento da lei divina, que preconiza a guarda do sábado como dia de exclusiva adoração e louvor a Deus'.

Sustenta, ainda, que 'encaminhou requerimento formal à instituição responsável pela realização do concurso, tendo essencialmente solicitado o remanejamento do horário e dos dias das aulas presenciais, de modo a observar o comando da Lei Estadual nº 12.129-A/93, entretanto, tal pleito foi integralmente indeferido sob o argumento da aceitação tácita'.

Sustenta, por último, que 'há inequívoco e deliberado descumprimento da citada Lei Estadual, notadamente quanto à inobservância do horário estabelecido para realização de qualquer concurso público, inclusas suas fases'.

Por fim, suplicou pela concessão de liminar a fim de que sejam realizadas as aulas e demais atividades (3ª etapa) do certame, nos termos da Lei 12.129-A/93 ou, alternativamente, que seja garantido à impetrante, o direito de ter as aulas remanejadas para os dias e horário previstos legalmente (de domingo a sex feira de 08 (oito) às 18 (dezoito) horas), desconsiderando as aulas e demais atividades em desconforme com a legislação vigente ou, ainda, seja determinado o abono de todas as faltas registradas".

Liminar deferida.

Informações prestadas pelas autoridades coatoras.

Prolação unipessoal agravada na forma regimental pelo Estado do Ceará.

Relatado, no essencial.

VOTO

2 – Rejeitadas as preliminares, no que acompanhei o Relator, divirjo deste, no entanto, quanto ao exame do mérito, o que faço pelas razões adiante articuladas.

Conquanto ainda haja na doutrina certa divergência acerca da natureza jurídica do concurso público, a maior e expressiva parte dos autores o reconhece como espécie de licitação.

Nesse passo, é certo que a instauração do procedimento licitatório do concurso público dá-se por meio do edital, que, segundo as lições de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (Curso de Direito Administrativo. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 536), corresponde ao:

"ato por cujo meio a Administração faz público seu propósito de licitar um objeto determinado, estabelece os requisitos exigidos dos proponentes e das propostas, regula os termos segundo os quais os avaliará e fixa as cláusulas do eventual contrato a ser travado".

Assim, pelo chamado princípio da vinculação ao instrumento convocatório, a Administração Pública fica adstrita às normas e condições previamente definidas no edital, não podendo, no curso do certame, criar novas regras ou das que antecipadamente previu se afastar.

FABRÍCIO MOTTA (Princípios constitucionais aplicáveis aos concursos públicos. Revista Interesse Público. Ano 5. N 27. Set/Out 2004. Porto Alegre: Editora Notadez. pp. 31-54, grifo nosso) observa que:

> "o instituto do concurso público possui princípios endógenos, imanentes à sua natureza e inseparáveis de sua noção, **que independem de consagração normativa**, *doutrinária ou jurisprudencial para que sejam reconhecidos*".

Não estando prevista, em lei ou no edital do concurso *sub examine,* a hipótese de tratamento discriminatório de candidatos em razão de opção religiosa, entendo inexistir para a agravada direito líquido e certo de participar do curso de formação fora da data e local determinados genérica e isonomicamente para todos os interessados.

Não ignoro, todavia, o comando encerrado na Lei estadual nº 12.129-A/1993 (*"Art. 1º - Os concursos vestibulares para ingresso no ensino superior ou para ingresso em cargo público de qualquer natureza, no âmbito do Estado do Ceará, serão*

realizados no período de domingo a sexta-feira de 08:00 às 18:00 horas"), em cuja diretiva se escora o pleito da impetrante/agravada.

A propósito, o e. Des. José Mário dos Martins Coelho, em seu luminoso voto vista, trouxe solução, a meu viso, bastante coerente. Resta transcrever (fls. 155/157):

> "Perquirindo-se o conteúdo do Edito legislativo do Estado do Ceará, não se vislumbra se torne possível à agravada agasalhar-se naqueles dispositivos, uma vez que o primado teleológico da Lei em enfoque refoge às inteiras, a qualquer aspecto de direito fundamentalista vazado em postulado de proteção religiosa.
> [...]
> A Lei onde a agravada busca amparo, no entretanto, embora possa subtender-se como promulgada para evitar disceptações e querimônias, não menciona em momento algum, em sua indumentária, tenha ela se destinado a determinado grupo religioso. No caso em epígrafe, deve-se intuir que apenas entre os dias de domingo a sexta-feira **SERÃO REALIZADOS OS CERTAMES VESTIBULARES E CONCURSOS PÚBLICOS PARA INGRESSO NO ENSINO SUPERIOR OU CARGOS PÚBLICOS DE QUALQUER NATUREZA**. A Lei em questão não abarca desdobramentos outros, como faz certa a existência de condições estipuladas em Edital, no qual se exigem assistência a preleções de capacitação profissional. Nesse caso, a impetrante do *mandamus* sabia da circunstância consistente em que após sua aprovação na prova inicial, teria de submeter-se a outras exigências, como sejam as constantes no Edital do *certamen*". (Grifo original)

Adoto, pois, tal entendimento, o que faço forte na convicção de que reportada Lei estadual não se aplica à realização de **cursos** de formação/capacitação.

Pois bem. Dentre os postulados informadores do instituto do concurso público, destacam-se os princípios democrático, o da eficiência e o da isonomia.

Quando a lei confere aos cidadãos tratamento isonômico, assim o faz, sob a ótica pragmática, porque os indivíduos se distinguem em razão da etnia, da cultura, do sexo, da capacidade econômica, da política, da religião, da compleição física *etc*.

Por essa razão, torna-se, amiúde, necessário reconhecer essas diferenças e dispensar, **até certo ponto**, um tratamento diferenciado aos indivíduos, a fim de se buscar a chamada igualdade material ou substancial, a única capaz de realizar a verdadeira justiça.

Ocorre que, conforme já assinalou o STJ, o direito à liberdade de crença não pode, especialmente tratando-se de concurso público, criar situações que revelem tratamento diferenciado - seja de favoritismo, seja de perseguição - em relação a outros candidatos que não professam a mesma crença religiosa. Confira-se:

> "RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. **CONCURSO PÚBLICO**. POLICIAL MILITAR. **ADVENTISTA DO SÉTIMO DIA**. TESTE DE CAPACIDADE FÍSICA. **REALIZAÇÃO EM DIA DIVERSO DO PROGRAMADO**. LIMINAR DEFERIDA. SITUAÇÃO DE FATO CONSOLIDADA. **IMPOSSIBILIDADE. ISONOMIA E VINCULAÇÃO AO EDITAL**. RECURSO DESPROVIDO.
> [...] **O direito à liberdade de crença, assegurado pela Constituição da República, não pode almejar criar situações que importem tratamento diferenciado - seja de favoritismo seja de perseguição - em relação a outros candidatos de concurso público que não professam a mesma crença religiosa.** Precedente. Recurso ordinário desprovido" (STJ, RMS 22.825/RO, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 26/06/2007, DJ 13/08/2007, p. 390, grifo nosso).

No mesmo sentido:

> "RECURSO ORDINÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - **CONCURSO PÚBLICO - PROVAS DISCURSIVAS DESIGNADAS PARA O DIA DE SÁBADO - CANDIDATO MEMBRO DA IGREJA ADVENTISTA DO SÉTIMO DIA - PEDIDO ADMINISTRATIVO PARA ALTERAÇÃO DA DATA DA PROVA INDEFERIDO - INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE - NÃO VIOLAÇÃO DO ART. 5º, VI E VII, CR/88 - ISONOMIA E VINCULAÇÃO AO EDITAL** - RECURSO DESPROVIDO.
> 1. O concurso público subordina-se aos princípios da legalidade, da vinculação ao instrumento convocatório e da isonomia, de modo que todo e qualquer tratamento diferenciado entre os candidatos tem que ter expressa autorização em lei ou no edital.
> 2. **O indeferimento do pedido de realização das provas discursivas, fora da data e horário previamente designados, não contraria o disposto nos incisos VI e VIII, do art. 5º, da CR/88, pois a Administração não pode criar, depois de publicado o edital, critérios de avaliação discriminada, seja de favoritismo ou de perseguição, entre os candidatos.**
> 3. Recurso não provido" (STJ, RMS 16107/PA, Rel. Ministro PAULO MEDINA, SEXTA TURMA, julgado em 31/05/2005, DJ 01/08/2005, p. 555).
> Dessarte, inexiste, em concurso público, direito líquido e certo a tratamento discriminatório.

Ante o indeferimento administrativo do pleito da agravada, em que pretendeu não participar do curso de capacitação aos sábados, entendo que não foram violadas as garantias previstas nos incisos VI e VIII do art. 5º da CR/88, porquanto o Estado brasileiro é laico, sendo-lhe defeso conferir, já disse, tratamento discriminado

aos cidadãos, com base em crença religiosa, menos ainda em concurso público, cuja tônica são os princípio da isonomia e da vinculação ao instrumento convocatório.

Nesse horizonte, tenho por ausentes os requisitos legitimadores da entrega da tutela antecipada.

É como voto, Sr. Presidente.

Fortaleza-CE, 12 de maio de 2011

Jurisprudência Criminal

Apelação Crime

APELAÇÃO CRIME 0000164-04.2011.8.06.0206
APELANTE: ANTÔNIO MARCOS DO AMORIM BRAGA
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO
RELATOR: DES. PAULO CAMELO TIMBÓ

EMENTA APELAÇÃO CRIMINAL – ART. 33 DA LEI 11.343/06 – PLEITO OBJETIVANDO A DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO TIPIFICADO NO ART. 28 DA MESMA LEI E, ALTERNATIVAMENTE, PELA APLICABILIDADE DO §4º DO MESMO ARTIGO EM SEU GRAU MÁXIMO DE 2/3 (DOIS TERÇOS), ALÉM DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA APLICADA POR RESTRITIVA DE DIREITOS - TESE PARCIALMENTE SUBSISTENTE – APELO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A quantidade da droga, a condição pessoal do réu, as condições da prisão e a ausência total de prova em favor do mesmo, demonstram ser o mesmo traficante, razão pela qual não há que se falar em desclassificação para art. 28 da lei 11.343/06.

2. No que tange ao pleito de aplicabilidade do §4ºdo art. 33 da lei 11.343/06 em seu grau máximo de 2/3 (dois terços), deixo de aferir ao réu referido benefício, uma vez que entendo não estar o magistrado obrigado a aplicar a causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 em seu patamar máximo quando presentes os requisitos para a concessão de tal benefício, tendo plena autonomia para aplicar a redução no *quantum* reputado adequado de acordo com as peculiaridades do caso concreto.

3. Quanto à possibilidade da substituição da pena aplicada por restritivas de direitos, uma vez preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos do art. 44 do CP, entendo pela concessão da benesse.

4. Apelo parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em CONHECER do recurso interposto, para DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO, tudo em conformidade com o relatório e voto constantes nos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Fortaleza, 15 de julho de 2014

VOTO

PAULO CAMELO TIMBÓ (RELATOR): O recurso merece ser conhecido por preenchimento dos seus pressupostos extrínsecos e intrínsecos, sendo tempestivo e adequado à espécie.

Condenado pelo crime tipificado no artigo 33 da lei 11.343/06 a uma pena de 5 (cinco) anos e 500 (quinhentos) dias multa que, diminuída de 1/6 (um sexto) em razão da causa de diminuição do §4º do art. 33, tornou-se definitiva em 3 (três) anos e 4 (quatro) meses, bem como ao pagamento de 300 (trezentos) dias multa, a ser cumprida inicialmente em regime aberto, interpôs o réu o presente recurso pugnando, em apertada síntese, pela desclassificação para o delito tipificado no art. 28 da mesma lei e, alternativamente, pela aplicabilidade do §4º do art. 33 da lei supracitada em seu grau máximo de 2/3 (dois terços), além da substituição da pena privativa por restritiva de direitos.

Analiso as questões postas.

A materialidade delitiva é inequívoca, restando sobejamente comprovada pelo auto de apresentação e apreensão (fls. 19) e Laudo Pericial (fl. 154).

Quanto à autoria, os elementos de convicção estão, de forma segura, responsabilizando-o, também, pelo evento delitivo, senão vejamos:

> **"**...Que estava de serviço na cidade de Paramoti quando foi informado através de ligação anônima, que estava ocorrendo drogas no endereço acima. Que foi até o local juntamente com o inspetor Delmiro, onde o condutor observou uma movimentação de usuários de drogas na rua onde mora o interrogado, tendo sido feita uma busca na residência do mesmo, onde foi encontrado 14 (quatorze) papelotes de cocaína no tijolo do quarto do interrogado. Que foi encontrado também na casa do interrogado, a transferência da moto de placas KJB-2331 e a identidade de Antônio Ricardo Santos Silva, os quais estavam empenhados por cocaína..."(*sic*

> declarações prestadas pelo condutor às fls. 11/12, na fase inquisitorial e devidamente ratificadas em juízo).
>
> **"**...Que confirma ter comprado drogas com o réu; Que comprou cocaína; que teria sido a primeira vez que comprou ao réu; que sabia que o réu vendia drogas porque muita gente comentava o que levou a procurar o réu para comprar drogas...Que não sabe dizer de quem o réu comprava drogas; Que pelo que sabe o réu só vendia cocaína...Que a idéia de deixar o documento da moto empenhado como garantia de pagamento de compra de drogas foi do depoente, que ficou devendo trinta reais ao réu pela compra da droga...".(*sic* declarações prestadas pela testemunha Antônio Ricardo, fl. 142, fase judicial).

Em juízo, ao contrário do que disse na fase inquisitorial, alegou o réu ser apenas usuário de drogas.

Ocorre, contudo, em que pese a negativa do réu, em juízo, *a* quantidade da droga, a condição pessoal do réu, as condições da prisão e a ausência total de prova em favor do mesmo, demonstra ser o mesmo traficante.

Ressalta-se, por oportuno, que apesar da lei denominar o crime como "tráfico de drogas", não se faz necessária a verificação do ato propriamente de tráfico, comércio, ou seja, da venda. A lei prescreve que o delito estará tipificado com a violação de qualquer um dos 18 (dezoito) núcleos do tipo penal descrito no artigo: *importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.*

Importante frisar-se, ainda, que os depoimentos prestados pelos militares insuspeitos contem grande valor probante e merecem respaldo, mormente quando as demais provas carreadas, a exemplo dos laudos periciais, os analisam.

Em assim sendo, não há por que desconsiderar os depoimentos dos mesmos, porquanto esses são válidos, já que não elididos por qualquer causa, subsistindo a presunção de idoneidade desses agentes públicos de suas declarações.

Nesse toar caminha a jurisprudência do STJ, vejamos:

> PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. DEPOIMENTO DOS POLICIAIS. MEIO DE PROVA IDÔNEO. PRECEDENTES. INÉPCIA DA DENÚNCIA NÃO-RECONHECIDA. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. DOSIMETRIA DA PENA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OBSERVÂNCIA

> DOS CRITÉRIOS LEGAIS QUE REGEM A MATÉRIA. REGIME MAIS RIGOROSO. POSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.
> **1. Não há falar em ilicitude das provas produzidas, porquanto o Superior Tribunal de Justiça sedimentou o entendimento de que o depoimento de policiais pode servir de referência ao juiz na verificação da materialidade e autoria delitivas, podendo funcionar como meio probatório válido para fundamentar a condenação, mormente quando colhido em juízo, com a observância do contraditório.**
> 2. Não se pode ter por inepta a denúncia que descreve fatos penalmente típicos e aponta, mesmo que de forma genérica, as condutas dos pacientes, o resultado, a subsunção, o nexo causal (teorias causalista e finalista) e o nexo de imputação (teorias funcionalista e constitucionalista), oferecendo condições para o pleno exercício do direito de defesa.
> (...)
> 6. Ordem denegada.
> (HC 136220/MT; Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA; Quinta Turma. DJe 22/03/2010). (Grifei).

Desta feita, a autoria do delito de tráfico vem demonstrada tanto pela quantidade da droga apreendida, quanto pelos depoimentos prestados pelas testemunhas durante a instrução, razão pela qual não há que se falar em desclassificação para art. 28 da lei 11.343/06.

No que tange ao pleito alternativo de aplicabilidade do §4º do art. 33 da Lei 11.343/06 em seu grau máximo observa-se que sem razão a apelante.

O magistrado não está obrigado a aplicar a causa de diminuição prevista **no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06** em seu patamar máximo quando presentes os requisitos para a concessão de tal benefício, tendo plena autonomia para aplicar a redução no quantum reputado adequado de acordo com as peculiaridades do caso concreto.

A propósito:

> Ementa: *Habeas Corpus*. Tráfico de drogas. Fixação do quantum relativo à causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/06. Necessidade de fundamentação idônea. Inocorrência. Ordem parcialmente concedida. **"O magistrado não está obrigado a aplicar a causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 em seu patamar máximo quando presentes os requisitos para a concessão de tal benefício, tendo plena autonomia para aplicar a redução no quantum reputado adequado de acordo com as peculiaridades do caso concreto"** (HC 99.440/SP, da minha relatoria, DJe-090 de 16.05.2011). Contudo, a fixação do quantum de redução deve ser suficientemente fundamentada e não pode utilizar os mesmos argumentos adotados em outras fases da dosimetria da pena. Ordem parcialmente concedida para determinar ao Juízo das Execuções Criminais de Belo Horizonte/MG que proceda a nova individualização da pena observando-se a adequada motivação do quantum

> de redução da pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006.33§ 4º11.343§ 4º3311.34333§ 4º11.343.
> (106295 DF , Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, Data de Julgamento: 10/04/2012, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-100 DIVULG 22-05-2012 PUBLIC 23-05-2012). Grifei

Em assim sendo, sou pela não concessão da redução, mantendo o quantum de 1/6 (um sexto).

Quanto à possibilidade da substituição da pena aplicada por restritivas de direitos**,** constatado que o apelante preenche os requisitos objetivos e subjetivos do art. 44 do Código Penal, a pena privativa de liberdade deve ser convertida em restritivas de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana, ficando a cargo do juiz da execução a definição sobre a forma de cumprimento.

Fiel a essas considerações e a tudo mais que dos autos consta, voto no sentido de CONHECER DO RECURSO, para DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO, apenas para substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, mantendo as demais cominações da sentença.

É como voto.

Fortaleza, 15 de julho de 2014.

APELAÇÃO CRIMINAL 0000314-16.2014.8.06.0000
RECORRENTE: JOSÉ HÉLIO LOBATO DA SILVA
RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO
RELATOR: DES. PAULO CAMELO TIMBÓ

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO. LESÃO CORPORAL. EXCLUSÃO DE QUALIFICADORA. IMPOSSIBILIDADES. EXAME MERITÓRIO. ATRIBUIÇÃO CONSTITUCIONAL DO TRIBUNAL DO JÚRI. RECURSO IMPROVIDO.

1. A sentença de pronúncia é de cunho declaratório, e encerra mero 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.

2. Havendo controvérsia acerca das circunstâncias em que o crime foi cometido, a fim de se esclarecer a incidência de qualificadora, ou se seria o caso de desclassificar o delito, compete ao Tribunal do Júri, juízo natural dos crimes dolosos contra a vida, o encargo de julgar os réus pronunciados, acatando ou não a tese da acusação.

3. 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, 15 de julho de 2014

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso.

Como relatado, trata-se de Recurso em Sentido Estrito, interposto por José Hélio Lobato da Silva em face da sentença (fls. 140/142), publicada em 07.11.2013, que o pronunciou nas tenazes do art. 121, § 2º, II e IV, do Código Penal, por fato ocorrido no dia 08.07.2009.

Em suas razões recursais (fls. 146/149), inicialmente aventou a oitiva de uma testemunha. No mérito, aduz o recorrente que a decisão de pronúncia merece reforma, posto que o delito deveria ser desclassificado para lesão corporal seguida de morte, por ausência de *animus necandi*. Subsidiariamente, sustentou a exclusão das qualificadoras do motivo fútil e da impossibilidade de defesa da vítima, para que pudesse ir a julgamento por homicídio simples.

Inicialmente, não merece prosperar o pleito do recorrente quanto à oitiva da testemunha Maria Lobato da Silva, vez que a defesa teve oportunidade de arrolar as testemunhas que desejava ver oitivadas, o que efetivamente fez, no momento adequado, sem que tenha incluído a mencionada testemunha em seu rol (fls. 89/90).

Por ocasião da audiência (fls. 120), a defesa pleiteou, ainda, a substituição da testemunha Maria de Fátima da Costa, que havia falecido, pela testemunha Maria Patrícia Cornélio de Freitas Moreira, e não pela Sra. Maria Lobato da Silva, o que leva a crer que a oitiva da mesma não era tão imprescindível quanto a da testemunha escolhida pela defesa para ser ouvida em substituição à Sra. Maria de Fátima.

Com efeito, o Código de Processo Penal prevê, em seu art. 406, a oportunidade da defesa de arrolar testemunhas, por ocasião da resposta à acusação, *in verbis*:

> Art. 406. O juiz, ao receber a denúncia ou a queixa, ordenará a citação do acusado para responder a acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.
> [...]
> § 3ºNa resposta, o acusado poderá argüir preliminares e alegar tudo que interesse a sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, até o máximo de 8 (oito), qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário

Desperdiçado o momento processual adequado pela defesa, operou-se a preclusão. Não há, portanto, como deferir o pleito defensivo, em sede de recurso em sentido estrito, quando o processo correu regularmente, com todas as garantias processuais respeitadas.

Vale ressaltar, por fim, que haverá ainda nova oportunidade de arrolar testemunhas, a serem ouvidas por ocasião do julgamento em plenário, nos termos do art. 422 do Código de Processo Penal.

Ao mérito.

Narra a denúncia que, no dia 08.07.2009, o acusado, utilizando uma faca, desferiu uma facada na vítima Cilene Moura da Silva, causando-lhe a morte. Relata a delatória que o crime ocorreu em virtude de ter a vítima terminado relacionamento amoroso com o réu, caracterizando o motivo fútil, bem como a impossibilidade de defesa da vítima, a qual teria sido surpreendida pela agressão, enquanto recolhia seus pertences em virtude do rompimento do namoro.

Materialidade e autoria incontroversas, a defesa pretende, exclusivamente, a desclassificação do delito para lesão corporal seguida de morte e, subsidiariamente, a exclusão das qualificadoras do motivo fútil e da impossibilidade de defesa da vítima, para ser submetido a julgamento por homicídio simples.

Através da prova colhida, verifica-se a existência de indícios suficientes de autoria e elementos de prova a indicar a ocorrência do delito de homicídio duplamente qualificado, conforme narrado na denúncia, capazes de justificar a pronúncia do ora recorrente nos termos do art. 121, § 2º, II e IV, do Código Penal, para que seja submetido ao crivo do Tribunal Popular do Júri.

Cileide Moura da Silva contou (mídia audiovisual) que a própria vítima, no hospital, chegou a relatar os fatos, tendo contado que havia terminado o relacionamento com o réu, e no dia do fato, o réu chegou a procurá-la em seu local de trabalho, mas a vítima não quis recebê-lo; no mesmo dia, à noite, o réu foi ao encontro da vítima no hospital no qual ele sabia que a mesma teria uma consulta, e chegou a bater no bolso dizendo que tinha algo para a vítima; que a vítima então, nessa mesma noite, foi à casa da irmã do réu para buscar uns pertences seus (da vítima) em virtude do fim do relacionamento, ocasião em que o réu acompanhou a vítima para o quarto onde estavam os pertences da mesma, tentando reatar o namoro; que a vítima não aceitar reatar, ocasião em que o réu tirou a faca que já trazia consigo e desferiu uma facada na vítima, que veio a falecer cerca de dois meses depois, após ter realizado quatro cirurgias, e não chegou a receber alta hospitalar nesse período. A testemunha relatou, ainda, que o réu e a vítima mantiveram relacionamento por cerca de 08 (oito) meses, não tendo chegado a morar junto, e que o réu era sempre muito ciumento e agressivo com a vítima.

A testemunha Ana Alice da Silva também corrobora o depoimento acima descrito (mídia audiovisual).

Considerando, portanto, as provas colhidas durante a instrução processual, verifica-se que existem indícios suficientes a ensejar, pelo menos, dúvida acerca da intenção homicida do réu e a ocorrência das qualificadoras.

Assim que, mesmo que fosse plausível a tese apresentada pela defesa, esta não resta estreme de todas as dúvidas, motivo pelo qual não é possível, nesse azo processual, excluir as qualificadoras ou desclassificar o delito.

A sentença de pronúncia, como é cediço, reveste-se de mero juízo de admissibilidade, e nesse momento, aplica-se o princípio *in dubio pro societate*, devendo as dúvidas acerca das circunstâncias do crime ser resolvidas em favor da sociedade, ou seja, através do julgamento do réu pelo Tribunal Popular do Júri.

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 **Erro! A referência de hiperlink não é válida.** 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 **Erro! A referência de hiperlink não é válida.Erro! A referência de hiperlink não é válida.** 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 TRIBUNAL DO JÚRI.** 1. 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 **Erro! A referência de hiperlink não é válida.Erro! A referência de hiperlink não é válida.** 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 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, uma vez que o magistrado fundamentou sua decisão cumprindo os termos do art. 413, CPP, ou seja, delineou as provas que o convenceram da materialidade do delito, e os indícios suficientes de autoria.

É incabível a exclusão de qualificadoras na fase de pronúncia, a não ser quando manifestamente improcedentes, sob pena de usurpar o magistrado a atribuição constitucional do Tribunal do Júri. É pacifico o entendimento jurisprudencial:

> 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 TRIBUNAL DO JÚRI.
> *Omissis.*
> (RSE nº Erro! A referência de hiperlink não é válida.Erro! A referência de hiperlink não é válida. 18/08/2009). Grifei.
>
> PENAL E PROCESSO PENAL - HOMICIDIO QUALIFICADO - PRONÚNCIA - RECURSO CRIME EM SENTIDO ESTRITO - PRETENDIDA A ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA - IMPOSSIBILIDADE - DECISUM EM CONSONÂNCIA COM O TEOR DO ART.

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.

> 413, DO CPP - APLICAÇÃO DO IN DUBIO PRO SOCIETATE. 1. A manutenção da sentença de pronúncia se impõe diante da prova da materialidade do crime e de indícios suficientes da autoria. 2.Prescinde, assim, de um juízo de certeza, devendo as dúvidas remanescentes da instrução criminal serem submetidas ao Tribunal do Júri, a quem compete apreciar e julgar os delitos dolosos contra a vida.
> **3. As circunstâncias qualificadoras só podem ser excluídas quando manifestamente improcedentes.** Precedentes. 4. Recurso conhecido e improvido. (RSE nº Erro! A referência de hiperlink não é válida.Erro! A referência de hiperlink não é válida**.** 25/05/2009). Grifei.

O que não ocorre no caso em tela, posto que não existe nenhuma prova inequívoca de que as circunstâncias qualificadoras apontadas na pronúncia não tenham ocorrido, motivo pelo qual as mesmas devem ser mantidas na pronúncia, para que o Conselho de Sentença, juízo competente para tanto, possa decidir sobre a presença ou não das mesmas.

Portanto, em não havendo certeza absoluta das circunstâncias que cercam o delito, é de se privilegiar a sociedade, para que ela, através do Tribunal do Júri, decida, após ampla e minuciosa análise do acervo probatório, devendo, para tanto, o magistrado pronunciar o réu.

Diante do exposto, conheço do recurso interposto, porém, para negar-lhe provimento, em consonância com o parecer ministerial, mantendo integralmente a decisão recorrida.

É como voto.

Fortaleza, 15 de julho de 2014

APELAÇÃO CRIME Nº 0000366-76.2006.8.06.0134
COMARCA DE NOVO ORIENTE
APELANTE: FRANCISCO MARTINS SABOIA
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: DES. FRANCISCO GOMES DE MOURA

EMENTA: PENAL – PROCESSUAL PENAL – APELAÇÃO CRIMINAL – INFRAÇÃO AO ART. 155, § 1º, DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO. RECURSO DA DEFESA – PRELIMINAR DE NULIDADE DO FEITO DEVIDO À FALTA DE LAUDO DE AVALIAÇÃO DO BEM FURTADO – REJEIÇÃO – MERA IRREGULARIDADE – MÉRITO – ALEGAÇÃO DE FRAGIBILIDADE DA PROVA PARA A CONDENAÇÃO – PROVA TESTEMUNHAL ASSINALANDO A DISPOSIÇÃO DA *RES FURTIVA* PELO RÉU – ELEMENTOS DE PROVA BASTANTES PARA A PROLAÇÃO DO ÉDITO CONDENATÓRIO – PLEITO SUBSIDIÁRIO DE APLICAÇÃO DA FIGURA DO FURTO PRIVILEGIADO – OBJETO FURTADO CUJO VALOR EQUIVALIA AO SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE À ÉPOCA DOS FATOS – NÃO CABIMENTO DA MINORANTE – RÉU TECNICAMENTE PRIMÁRIO – RECONHECIMENTO INDEVIDO DA REINCIDÊNCIA – RETIFICAÇÃO *EX OFFICIO* DA PENA IMPOSTA, COM REDUÇÃO DE SEU MONTANTE – RECURSO IMPROVIDO.

1. Não obstante a ausência de laudo de avaliação do bem furtado, há nos autos outros elementos que suprem a sua feitura e que permitem averiguar a plausibilidade da aplicação dos dispositivos legais incidentes na espécie, mormente porque o bem furtado trata-se de um único objeto, qual seja: uma televisão de marca Sanyo, de 14 (catorze) polegadas, cujo valor foi estimado pela vítima à época em R$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais).

2. Sem que se vislumbre qualquer prejuízo para o réu, a ausência do laudo de avaliação configura mera irregularidade,

não havendo que se falar em nulidade incidente sobre o feito de origem. Questão preliminar rejeitada.

3. A negativa de autoria do recorrente, além de solitária em meio ao acervo probante coligido aos fólios, é contraditada por elementos de convicção robustos amealhados aos autos, sobressaindo o teor da prova testemunhal coligida aos fólios a qual pontifica o empréstimo do televisor furtado por parte do acusado à sua vizinha de nome Maria das Graças Chaves Coutinho.

4. Registre-se, por pertinente, que a circunstância de o apelante já ostentar condenação penal anterior pelo crime de furto qualificado não favorece o acolhimento de sua isolada versão escusatória, estando a sentença combatida lastreada no conjunto da prova produzida.

5. Malgrado a primariedade técnica do réu à época dos fatos, o valor do televisor furtado equivalia aproximadamente ao do salário mínimo em vigor no momento do crime, mostrando-se incabível a aplicação à hipótese da figura do furto privilegiado.

6. Tratando-se a dosimetria da pena de matéria de ordem pública, necessário proceder à retificação da reprimenda imposta ao recorrente no que concerne ao indevido reconhecimento da reincidência, visto que o acusado era tecnicamente primário ao tempo da prática delitiva.

7. Decotando-se a parcela referente à aludida agravante e mantendo, quanto ao mais, as referências levadas a efeito pelo Juízo *a quo* na sentença objurgada, aplica-se a pena definitiva de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão, no regime inicialmente aberto, além do pagamento de 80 (oitenta) dias-multa.

8. Tratando-se de recurso exclusivo da defesa, em respeito ao princípio da proibição da *reformatio in pejus*, mantêm-se os termos declinados na sentença de primeiro grau quanto à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

9. Parecer da Procuradoria Geral de Justiça pelo improvimento do recurso.

10. Recurso conhecido e improvido, com redução, *ex officio,* da pena imposta na sentença recorrida. Decisão unânime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Crime nº. 0000366-76.2006.8.06.0134, da Comarca de Novo Oriente, em que é apelante Hugo Martins Saboia, e apelada a Justiça Pública.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Ceará, à unanimidade de votos, em conhecer do recurso interposto, para rejeitar a preliminar arguida e, no mérito, negar-lhe provimento, em consonância com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça. Outrossim, reduzem, ex officio, a pena imposta ao recorrente para 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão, no regime inicialmente aberto, com o pagamento de 80 (oitenta) dias-multa, substituindo a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos nos termos consignados na sentença de primeiro grau.

Fortaleza, 11 de maio de 2014.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de Apelação Criminal interposto por Francisco Martins Saboia contra a decisão do Juízo de Direito da Vara Única da Comarca de Novo Oriente que, julgando parcialmente procedente a exordial acusatória, o condenou pela prática do crime previsto no art. 155, § 1º, do Código Penal brasileiro (configurando erro material a referência no dispositivo da sentença ao *caput* do referido artigo), cominando-lhe a pena definitiva de 3 (três) anos de reclusão, a ser cumprida no regime inicialmente aberto, e o pagamento de 120 (cento e vinte) dias-multa, arbitrando-se o valor do dia-multa em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo. A pena privativa de liberdade foi substituída pelo Magistrado por uma restritiva de direito, consistente em prestação de serviços à comunidade.

Assevera a defesa em suas razões, preliminarmente, haver nulidade insanável no feito decorrente da falta de avaliação dos bens apreendidos. No mérito, alega que: a) o bem furtado é de pequeno valor econômico; b) não houve prejuízo para a vítima, pois esta recebeu tudo o que foi furtado; e c) faltam provas concretas e inequívocas sobre a autoria delituosa. Requer seja o recorrente absolvido por falta de provas, ou, considerando o pequeno valor da *res furtiva,* seja aplicada a regra estatuída no art. 155, § 2º, do CP (fls. 111/113).

Contrarrazoando o recurso, o representante do Ministério Público refuta as alegações deduzidas, pugnando pela manutenção da sentença de primeiro grau em seus exatos termos (fls. 115/119)

Com vista dos autos, a Procuradoria Geral de Justiça ofereceu parecer pelo total improvimento do recurso (fls. 128/132).

É o relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade do apelo intentado, passo à análise das matérias alçadas a julgamento perante esta instância recursal.

Da Preliminar

Alega o apelante, preliminarmente, ter havido nulidade insanável no feito em virtude da falta de avaliação do bem furtado, o qual foi posteriormente apreendido e entregue à vítima, reputando ser aquela indispensável na espécie.

Nos crimes patrimoniais, o laudo de avaliação da *res furtiva* visa apurar o prejuízo causado à vítima e possibilita, entre outras coisas, verificar se é cabível a aplicação dos benefícios previstos nos arts. 155, § 2º, 170 e 171, § 1º, todos do Código Penal, viabilizando, ainda, que o Juiz estabeleça o valor mínimo para a reparação dos danos causados à vítima, *ex vi* do art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal.[1]

In casu, a despeito da não realização do citado laudo, há elementos outros que suprem a sua feitura e que permitem averiguar a plausibilidade da aplicação dos dispositivos legais suprarreferidos. Assim ocorre porque o bem furtado trata-se de um único objeto, qual seja: uma televisão de marca Sanyo, de 14 (catorze) polegadas (fl. 09), que, à época, foi avaliado pela vítima no valor aproximado de R$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais) (fl. 81).

Diante de tal panorama, sem que se vislumbre qualquer prejuízo para o réu, a ausência do laudo de avaliação configura mera irregularidade, não havendo, pois, que se falar em nulidade incidente sobre o feito de origem.

Nesse sentido:

1 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 410/411.

> **TJMG** – APELAÇÃO CRIMINAL - CRIME DE ROUBO - PRELIMINARES - INÉPCIA DA INICIAL E **NULIDADE POR AUSÊNCIA DE LAUDO DE AVALIAÇÃO - REJEIÇÃO** - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - CONFISSÃO E DELAÇÃO DO CORRÉU - PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA FURTO OU PARA TENTATIVA - INAPLICABILIDADE AO CASO - DOSIMETRIA DA PENA - REFORMA PARCIAL DA SENTENÇA. - Tratando-se de denúncia que envolve a prática de crimes por mais de um réu, a jurisprudência não vem exigindo a menção expressa, pormenorizadamente, dos atos praticados por cada acusado. - **A ausência de laudo de avaliação da *res furtiva* revela mera irregularidade nos autos em exame.** - A delação realizada na fase extrajudicial e confirmada em juízo - Nos crimes de roubo, praticados quase sempre de modo clandestino, a fala coesa e segura do ofendido, reforçada pela delação do corréu e depoimentos das testemunhas revela meio de prova suficiente a sustentar o decreto condenatório. (Grifos nossos).
> (TJ-MG - APR: 10701110351312001 MG , Relator: Silas Vieira, Data de Julgamento: 30/04/2013, Câmaras Criminais / 1ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 13/05/2013)

> **TJMG** – APELAÇÃO CRIMINAL - **FURTO QUALIFICADO - AUSÊNCIA DE LAUDO DE AVALIAÇÃO INDIRETA** - DESNECESSIDADE - PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - INAPLICABILIDADE - RÉU MULTIRREINCIDENTE - DOSIMENTRIA DA PENA - COMPENSAÇÃO ENTRE RENCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA - INCORRÊNCIA - PREPONDERÂNCIA DA AGRAVANTE - CUSTAS. - **A ausência de laudo de avaliação direta, ou a sua substituição constitui, quando muito, mera irregularidade inapta a gerar a nulidade do processo.** - Sendo o réu multirreincidente específico, não pode o Estado incentivar a reiteração delituosa, por meio da absolvição com fundamento na insignificância. - Revela-se adequada a preponderância da reincidência em relação à confissão espontânea, por ser o réu reincidente específico e possuir várias condenações hábeis à sua caracterização. - Por força do artigo 804, CPP, o pagamento das custas processuais decorre da sentença penal condenatória, relegando-se ao Juízo da execução a eventual concessão de isenção. (Grifos nossos).
> (TJ-MG - APR: 10134120043887001 MG , Relator: Silas Vieira, Data de Julgamento: 12/03/2013, Câmaras Criminais / 1ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 21/03/2013)

Por tais esteios, rejeito a preliminar aventada.

Do Mérito

A defesa técnica do recorrente argui que faltam provas concretas e inequívocas sobre a autoria delituosa.

Segundo constou na peça de denúncia, no início do mês de junho de 2003, por volta das 22:00 h, na localidade de São Domingos, Município de Novo Oriente, a vítima Valdenor Fernandes Freire teve a residência invadida pelo acusado, o qual furtou do imóvel um televisor da marca Sanyo, 14 (catorze) polegadas. Um mês após o ocorrido, a vítima obteve informações de que um aparelho de TV com as mesmas características daquele furtado fora deixado na residência da senhora Maria das Graças Chaves Coutinho, tendo o ofendido constatado depois, *in loco,* que se tratava do mesmo objeto.

A materialidade do delito está consubstanciada no termo de entrega de fl. 09

Vejamos o que a prova produzida na instrução criminal deu a conhecer.

A vítima, Valdenor Fernandes Freire, declarou em juízo que, *in litteris*:

> "que tinha uma televisão em sua residência; que um dia mencionado aparelho deu problema no receptor; que um dia foi assistir televisão na casa do vizinho por conta do problema em sua televisão e ao chegar em casa sua televisão havia sido furtado (sic); que nesse dia havia saído às 6h da noite e retornado às 9h da noite; que a janela do fundo estava aberta quando chegou em casa; que na época o valor do aparelho de TV era uns 250,00 reais; que conhece o acusado; que depois de um mês a avó do depoente vizinha do acusado avisou para o depoente que o acusado emprestou uma televisão a uma senhora com as mesmas características da televisão furtada; que o depoente foi até o local e reconheceu sua televisão; que recuperou sua televisão; [...] que somente sumiu de sua casa a televisão; que não houve testemunhas oculares do fato." (Fls.81).

Maria das Graças Chaves Coutinho, testemunha de acusação, afirmou perante a autoridade judiciária que, *verbis*:

> "que a depoente pegou uma televisão emprestada das mãos do acusado; que quando estava utilizando a televisão apareceu uma pessoa de nome Valdenor dizendo que a televisão era de sua propriedade; que a depoente então pediu para o Valdenor conversar com o acusado e no outro dia o proprietário recuperou sua televisão; que não ouviu nenhum tipo de comentário se a televisão era furtada; [...] que o acusado não tentou vender a televisão para a depoente; [...]" (Fls. 80).

José Moreno de Moura Delfino, também testemunha do rol da acusação, depôs em juízo que, *verbatin*:

> "[...] que o depoente morava junto com a vítima Valdenor; que quando entrou não viu se a televisão estava no local; [...] o depoente e o Nilvan foram a procura da televisão; que souberam a notícia que a televisão estava na casa do vizinho do acusado Hugo; que o mencionado vizinho disse que quem tinha emprestado a televisão para ele era o acusado Hugo; que chegando ao local não havia sinal de arrombamento; que o proprietário recuperou a televisão; que a TV valia por volta de 200,00 reais na época; [...]" (Fl. 79).

As testemunhas de defesa oitivadas (fls. 77/78) nada acrescentaram de relevante para o deslinde dos fatos, tendo aludido basicamente às condições pessoais favoráveis do acusado.

Interrogado perante a autoridade judicial (fl. 64), o recorrente negou a autoria delitiva, aduzindo que "não tentou vender uma televisão para a Sra. Maria das Graças" e que "acreditava que a TV foi devolvida pela Sra. Maria das Graças".

A escusa do recorrente, contudo, além de solitária em meio ao acervo probante coligido aos fólios, é contraditada por elementos de convicção robustos que lhe apontam a autoria do crime *sub oculi,* sobressaindo o teor da prova testemunhal coligida aos fólios a qual pontifica o empréstimo do televisor furtado por parte do acusado à sua vizinha de nome Maria das Graças Chaves Coutinho.

Com efeito, a posse e a disposição da *res furtiva* pelo réu, que teria emprestado o televisor à sua vizinha, acarreta a inversão do ônus da prova, competindo ao acusado, na hipótese, justificar a origem lícita do bem, consoante orienta a jurisprudência pátria em casos que tais, senão vejamos:

> **TJSC** – APELAÇÃO CRIMINAL. **CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO**. FURTO QUALIFICADO PELO CONCURSO DE AGENTES. ALMEJADA ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. **AGENTE ABORDADO POR POLICIAIS NA POSSE DE VEÍCULO FURTADO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. CONDENAÇÃO MANTIDA**. **"Os crimes contra o patrimônio não raro são cometidos na clandestinidade. Por isso, adquire enorme significado, no que concerne à certeza da autoria, a apreensão dos bens em poder daquele que os detém sem justificação plausível, circunstância que importa na inversão do ônus da prova"** (Apelação Criminal n. , de Laguna, rel. Des. Sérgio Paladino). **"Em tema de furto a apreensão da coisa subtraída em poder do acusado gera a presunção de sua responsabilidade e, invertendo-se o ônus da prova, impõe-se-lhe justificação inequívoca. A justificação dúbia e inverossímil reforçada pelos maus antecedentes do agente e pela inexistência de prova em desfavor do lesado, autoriza o decreto condenatório"** (TACRIM-SP - AC - Rel. Haroldo Luz - RT 688/334). RECURSO DEFENSIVO DESPROVIDO. (Grifos nossos).

(TJ-SC - APR: 792743 SC 2008.079274-3, Relator: Alexandre d'Ivanenko, Data de Julgamento: 14/08/2009, Terceira Câmara Criminal).

TJSP – Furto. Configuração. Subtração de aparelho de som automotivo e vários CDs. Materialidade e autoria demonstradas. ***Res furtiva*** **apreendida em poder do acusado após ser flagrado durante a execução de outro furto. Inversão do ônus da prova. Ausência de justificativa idônea. Negativa isolada. Prova testemunhai firme e esclarecedora. Presunção de responsabilidade transformada em certeza da autoria. Suficiência para a condenação.** Condenação mantida. Furto privilegiado. Pretendido reconhecimento. Inadmissibilidade. Bens avaliados em R$320,00, superior ao salário mínimo da época do fato. Coisa não considerada de pequeno valor. Requisito objetivo não preenchido. Apelo desprovido. (Grifos nossos).
(TJ-SP - APL: 993080459312 SP, Relator: Almeida Toledo, Data de Julgamento: 23/02/2010, 16ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 18/03/2010).

Registre-se, por pertinente, que a circunstância de o apelante já ostentar condenação penal anterior pelo crime de furto qualificado, conforme cópia da respectiva decisão condenatória às fls. 23/35, não favorece o acolhimento de sua isolada versão escusatória.

Na hipótese, portanto, tenho que o conjunto da prova produzida dá amparo ao entendimento consignado na sentença fustigada quanto à autoria delituosa pelo recorrente, não merecendo prosperar a tese de falta de lastro probatório para a condenação.

Subsidiariamente, a defesa pugna seja aplicada a regra estatuída no art. 155, § 2º, do CP,[2]

Para a aplicação do mencionado benefício legal, necessário o preenchimento dos requisitos objetivos ali previstos: ser o acusado primário e de pequeno valor a coisa furtada.

Malgrado a primariedade técnica do réu à época dos fatos, não se pode afirmar que a coisa furtada fosse de pequena monta, uma vez que seu valor foi estimado em R$ 200,00 (duzentos reais) por uma das testemunhas (fl. 79) e por R$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais) pela vítima (fl. 81), sendo que o valor do salário mínimo vigente era R$ 240,00 (duzentos e quarenta reais) (MP nº 116/2003 e lei nº 10.699/2003).

2 Art. 155 – do CP - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:
[...]
§ 2º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa.

Desse modo, considerando que o valor do televisor furtado equivalia aproximadamente ao do salário mínimo em vigor no momento do crime, incabível a aplicação da figura do furto privilegiado, sendo improcedente o recurso também sob esse fundamento.

Nesse mesmo sentido:

> **STF** – RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PENAL. **FURTO. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DE FURTO PRIVILEGIADO (ART. 155, § 2º, DO CÓDIGO PENAL): IMPOSSIBILIDADE. NÃO PREENCHIMENTO DO REQUISITO SEGUNDO O QUAL A COISA SUBTRAÍDA TEM DE SER DE PEQUENO VALOR.** 1. **Para o reconhecimento de furto privilegiado, o Código Penal exige como segundo requisito que a coisa objeto do furto seja de pequeno valor. Na espécie vertente, os bens subtraídos foram avaliados em R$ 500,00, valor superior ao salário mínimo vigente à época do fato, R$ 350,00** (Lei n. 11.321/2006). 2. Recurso ao qual se nega provimento. (Grifos nossos).
> (STF - RHC: 111138 MG , Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 13/12/2011, Primeira Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-030 DIVULG 10-02-2012 PUBLIC 13-02-2012).

> **STJ** – AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. **FURTO PRIVILEGIADO. RECONHECIMENTO. INVIABILIDADE. *RES FURTIVA* QUE NÃO PODE SER CONSIDERADA DE PEQUENO VALOR. REQUISITO OBJETIVO NÃO ATENDIDO.** 1. **O art. 155, § 2º, do Código Penal estabelece, como critério objetivo para o reconhecimento da figura privilegiada do furto, que seja de pequeno valor a coisa furtada, conceito no qual, no caso concreto, não se enquadra a res furtiva, avaliada, quando da prática delitiva, no ano de 2008, em R$ 780,00 (setecentos e oitenta reais), valor bem superior ao do salário mínimo vigente à época, que era de R$ 415,00 (quatrocentos e quinze reais)**. 2. **No caso concreto, não atendido o requisito do pequeno valor da coisa furtada, mostra-se desnecessária a análise de outras circunstâncias que envolveram o delito, para fins de verificação dos requisitos para configuração do privilégio.** 3. Agravo regimental improvido. (Grifos nossos).
> (STJ - AgRg no AREsp: 356873 DF 2013/0217409-3, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 11/02/2014, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/02/2014).

Por fim, apesar de a defesa técnica do apelante não se ter insurgido contra o montante da pena imposta no *decisum*, tratando-se o tema de matéria de ordem pública, diviso a necessidade de proceder à retificação da reprimenda no que concerne ao agravamento da pena-base pelo reconhecimento da reincidência na segunda fase da dosimetria.

Deveras, conforme já afirmado alhures e se constata das certidões de antecedentes colacionadas aos fólios, o réu era, ao tempo do delito, tecnicamente primário, revelando-se, pois, inidônea a majoração da pena-base pela agravante da reincidência, porquanto não havia em seu desfavor sentença penal condenatória transitada em julgado.

Destarte, impende promover o devido ajuste na pena, motivo pelo qual, decotando a parcela referente à aludida agravante e mantendo, quanto ao mais, as referências levadas a efeito pelo Juízo *a quo* na sentença objurgada, aplica-se a pena definitiva de 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão, no regime inicialmente aberto, além do pagamento de 80 (oitenta) dias-multa, calculando-se o dia-multa no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo.

Tratando-se de recurso exclusivo da defesa, em respeito ao princípio da proibição da *reformatio in pejus*, mantêm-se os termos declinados na sentença de primeiro grau quanto à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Por todo o exposto, conheço do recurso apelatório, para rejeitar a preliminar arguida e, no mérito, negar-lhe provimento, em consonância com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça, reduzindo, *ex officio,* a pena imposta ao recorrente para 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão, no regime inicialmente aberto, com o pagamento de 80 (oitenta) dias-multa, substituindo a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos nos termos consignados na sentença do Juízo *a quo*.

É como voto.

Fortaleza, 11 de maio de 2014.

PROCESSO: 0001161-51.2000.8.06.0083 – APELAÇÃO CRIMINAL
APELANTE: DAGNOR BARROSO DA SILVA
ADVOGADO: JOÃO REGIS PONTES REGO (OAB: 6105/CE)
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: DES. FRANCISCO GOMES DE MOURA

EMENTA - PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. EXPLORAÇÃO SEXUAL DE MENORES (ART. 244-A DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE). CONDENAÇÃO A 07 (SETE) ANOS DE RECLUSÃO EM REGIME INICIAL FECHADO, ALÉM DO PAGAMENTO DE 50 DIAS MULTA NO VALOR DE UM TRIGÉSIMO DO SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE À ÉPOCA. RECURSO DEFENSIVO. ABSOLVIÇÃO. PROCEDÊNCIA. AUSÊNCIA DOS ELEMENTOS CONSTITUINTES DO TIPO LEGAL INCRIMINADOR. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. INOCORRÊNCIA DE SUBMISSÃO. CONSENTIMENTO VOLUNTÁRIO DE ADOLESCENTES MAIORES DE 14 (CATORZE) ANOS. INEXISTÊNCIA DE EXPLORAÇÃO. RELACIONAMENTOS CONFIGURADOS A PARTIR DE INICIATIVA CONSCIENTE TANTO DO ACUSADO COMO DAS JOVENS ENVOLVIDAS. INOCORRÊNCIA DE SUBSUNÇÃO DA CONDUTA AO DISPOSITIVO LEGAL. ABSOLVIÇÃO COMO MEDIDA QUE SE IMPÕE.

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. Trata-se de apelação criminal interposta por Dagnor Barroso da Silva, aos 15 de janeiro de 2010, insurgindo-se contra decisão judicial que o condenou pelo delito de submeter criança ou adolescente à prostituição ou exploração sexual, preceituado pelo art. 244-A do Estatuto da Criança e do Adolescente, à pena de 07 (sete) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e à pena pecuniária de 50 (cinquenta) dias-multa, cada qual no valor de um trigésimo do salário mínimo vigente à época do fato.

2. Postulou a defesa, inicialmente, pela absolvição do réu, sustentando a não existência de um conjunto probatório apto a fundamentar sua condenação, porquanto não restou comprovado que as parceiras do acusado seriam menores de 14 (catorze) anos, sendo atestado em juízo inclusive a voluntariedade com a qual se relacionavam com o mesmo. Procedente tal alegativa.
3. Sem prejuízo da proteção devida às crianças e aos adolescentes por razões sociais e por força da Lei 8069/90, constatou-se que os relacionamentos sob averiguação consumaram-se entre o réu e jovens ainda na menoridade etária, no entanto, maiores de 14 (catorze) anos, contando uma delas com essa exata idade, as quais, de fato, anuíram livremente com tais envolvimentos, de modo que não houve, portanto, a submissão, subordinação ou sujeição necessária à configuração da conduta delituosa.
4. Ademais, ausente a efetivação de exploração apta a ensejar a condenação do recorrente, visto que o réu não auferiu para si qualquer vantagem ilícita a partir do relacionamento íntimo com as adolescentes, de modo que este ocorria no sentido de aprazer a lascívia não apenas do apelante, mas também das jovens que se dispunham, por deliberação própria, à referida situação afetiva.
5. Destarte, porquanto inexistentes os elementos necessários à configuração da conduta prevista no art. 244-A do Estatuto da Criança e do Adolescente, a absolvição do réu é, razoavelmente, a medida mais coerente a ser tomada.
6. Recurso CONHECIDO e PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do recurso de apelação acordam os Desembargadores integrantes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em CONHECER o recurso e julgá-lo PROVIDO nos termos do voto do eminente Relator.

RELATÓRIO

Conclusos os presentes autos aos 09 de setembro de 2013, sendo recebidos em Gabinete aos 11 de setembro de 2013, conforme fls. 283/283-v.

Trata-se de apelação criminal interposta por Dagnor Barroso da Silva, aos 15 de janeiro de 2010, impugnando decisão judicial que o condenou pelo delito de submeter criança ou adolescente à prostituição ou exploração sexual, previsto no art. 244-A do Estatuto da Criança e do Adolescente, à pena de 07 (sete) anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, além do pagamento de 50 (cinquenta) dias multa, cada qual no valor de um trigésimo do salário mínimo vigente à época do fato (fls. 221/243). Referida sentença foi registrada e publicada aos 07 de janeiro de 2010 (fls. 242-v), sendo o réu cientificado de seu teor aos 13 de janeiro de 2010 (fls. 246-v).

Em suas razões recursais, a defesa argumentou a fragilidade das provas utilizadas pelo magistrado *a quo* para condenar o réu, porquanto o mesmo teria se utilizado somente do depoimento de uma das vítimas, apesar de haver outros elementos probatórios que, harmonicamente, apontam em sentido diverso, o que ensejaria a absolvição do apelante, vez que uma das vítimas, em juízo, inclusive chegou a negar conhecê-lo.

Subsidiariamente, pugnou pela reforma da reprimenda estabelecida, vez que a pena-base fixada foi desproporcional às circunstâncias judiciais referentes ao caso, haja vista não ser deturpada sua personalidade e não terem sido comprovadas as circunstâncias do delito, quais sejam a de oferecimento de bebidas alcoólicas às ofendidas visando manter com as mesmas relações libidinosas, além do comportamento das vítimas, as quais teriam plena consciência de seus atos. Dessa maneira, sendo o réu primário e detentor de bons antecedentes, postulou pela redução da pena ao mínimo legal de 04 (quatro) anos de reclusão, em regime semiaberto, e, se possível, a substituição da aludida reprimenda por pena restritiva de direito (fls. 247/254).

Em sede de contrarrazões, a representante do Ministério Público consolidou seu entendimento pelo conhecimento e desprovimento do apelo, vez que a decisão hostilizada encontra-se devidamente fundamentada nas provas dos autos, estando a materialidade e a autoria inequivocamente demonstradas, principalmente a partir dos depoimentos testemunhais colhidos em juízo, de modo que não haveria fragilidade alguma no lastro probatório utilizado pelo magistrado de primeira instância.

No tocante à proposta de alteração da reprimenda, discorreu a representante do órgão ministerial que não merece qualquer reforma a decisão impugnada, porquanto em conformidade com as oitivas das vítimas e com o interrogatório do próprio acusado,

sendo comprovadas tanto a propriedade na qual eram realizados os encontros, o qual seria o sítio do irmão do apelante, como a iniciação das atividades sexuais das ofendidas quando menores e ainda inexploradas (fls. 257/260).

Por sua vez, a Procuradoria Geral de Justiça, por meio de sua representante, pronunciou-se no sentido de ser conhecido e provido o recurso interposto, devendo ser absolvido o recorrente, visto que o próprio apelante afirmou ter mantido relações corporais íntimas com diversas jovens, no entanto, com o consentimento das mesmas, as quais seriam todas maiores de 14 (catorze) anos. Ademais, afastado o tipo penal de estupro pelo magistrado *a quo*, este condenou o recorrente pelo tipo de exploração sexual, constante no art. 244-A da Lei 8.069/1990.

Arguiu que o aludido dispositivo exige a efetiva submissão do infante à exploração sexual ou prostituição, o que não teria sido o caso, haja vista que, embora reprovável socialmente a conduta do réu de satisfazer seus anseios de promiscuidade, não seria punível penalmente, porquanto não teria havido submissão das menores às condutas libidinosas, mas relações consensuais por parte das mesmas (fls. 270/273).

Em síntese, é o relato.

Encaminhem-se os autos para o Douto Revisor, conforme o art. 33, II e 186 do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça.

VOTO

O recurso é tempestivo e preenche os demais pressupostos de admissibilidade, devendo ser CONHECIDO.

Trata-se de apelação criminal interposta por Dagnor Barroso da Silva, aos 15 de janeiro de 2010, hostilizando decisão judicial que o condenou pelo delito de submeter criança ou adolescente à prostituição ou exploração sexual, tipificado no art. 244-A do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990), à pena de 07 (sete) anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, além do pagamento de 50 (cinquenta) dias multa, valorados em um trigésimo do salário mínimo vigente à época do fato (fls. 221/243).

Em suma, a defesa pugnou pela absolvição do réu, em razão da ausência de provas suficientes a embasar sua condenação, visto que as supostas vítimas seriam maiores de 14 (catorze) anos e teriam consentido em relacionar-se com o acusado. Subsidiariamente, postulou pela redução da pena ao mínimo legal e pela substituição por restritiva de direito (fls. 247/254).

Em suas contrarrazões, a representante do Ministério Público afirmou para que fosse conhecido o apelo e desprovido em sua totalidade, porquanto presentes as provas necessárias à condenação do réu, estando os depoimentos colhidos em juízo harmônicos quanto à sua essência, restando inequívocas, assim, autoria e materialidade do delito, além de proporcional e adequada a dosimetria da pena realizada pelo magistrado de primeira instância (fls. 257/260).

Ao manifestar-se, a representante da Procuradoria Geral de Justiça posicionou-se pelo conhecimento e provimento do recurso, vez que não teria sido configurado o tipo penal previsto pelo art. 244-A do ECA, porquanto não houve comprovação no sentido de constatar a menoridade de 14 (catorze) anos das vítimas, além de ser possível aferir a partir dos depoimentos das mesmas que houve pleno consentimento por parte delas ao relacionarem-se com o acusado. Por fim, afirmou que, mesmo sendo censurável a conduta do réu, sua conduta não teria atingido a esfera penal, de modo que deve ser absolvido (fls. 270/273).

Porquanto não suscitadas quaisquer questões preliminares pelas partes, adentro, de imediato, ao exame do mérito.

01. DA ABSOLVIÇÃO

A defesa sustentou a absolvição do réu considerando a ausência de provas suficientes a condená-lo, porquanto as jovens com as quais confessou ter mantido relacionamento corporal íntimo seriam maiores de 14 (catorze) anos e teriam anuído com tais interações físicas.

Afere-se a partir de detida análise dos depoimentos testemunhais colhidos em juízo que, de fato, o réu manteve relações sexuais com várias jovens, as quais, no entanto, segundo testemunhos em juízo, estariam de acordo com tais envolvimentos, não podendo ser aferido, todavia, com precisão, a idade das mesmas à época de tais contatos, sendo, não obstante, inequívoco que muitas contavam com menos de 18 (dezoito) anos de idade.

A seguir, colaciono os depoimentos, colhidos em juízo, de algumas das jovens, menores de idade, que tiveram envolvimento com o acusado:

> " […] que já teve relacionamento sexual com o acusado; que a relação sexual não foi forçada; que a depoente namorava o acusado; que manteve relação sexual mais de uma vez com o acusado; que, quando manteve relação sexual a primeira vez com o acusado ainda era virgem; que o acusado não dava presentes ou dinheiro à depoente; […] que realmente conhece as meninas indicadas no seu depoimento na delegacia, sabendo que as mesmas mantiveram relações sexuais com o acusado, de nomes:

> Patrícia (professora), Kátia, Eugência, Luziene, Lidiane; que não sabe dizer a idade aproximada delas; que as relações deram "um dia com uma, outro dia com outra"; […] que, não sabe dizer se o acusado dava dinheiro ou presentes às meninas indicadas, mas sabe dizer que o acusado mantinha relação sexual com as mesmas. […] que quando manteve relação sexual com o acusado a primeira vez, possuía 14 (quatorze) anos completos; […]"
> (Vládia Sombra Falcão, nascida aos 26 de março de 1986 – fls. 22 - , contando com 15 anos de idade quando prestou este depoimento, fls. 140/141)
>
> " […] que começou a namorar o acusado quando tinha 15 (quinze) anos; que no relacionamento havia relação sexual; […] que mantiveram relação sexual antes dos pais da depoente saberem do namoro; […] que na época a genitora da depoente trouxe o caso até este Fórum e que a depoente negou o relacionamento com o acusado; que negou porque gostava do acusado; que sabe que o acusado manteve relacionamento com as meninas chamadas Vládia, Patrícia, Eugênia, Luziene e Alexandra; [...] que sabe que o acusado tem filho com Luziene, Rejane e Rosa; que quando a genitora da depoente a expulsou de casa, o acusado disse que ía "arranjar um canto" para ela, mas não fez isso; que o acusado possui um carro gol, de cor verde; […] que sabe que o irmão do Dagnor, chamado Wilton Barroso possui um sítio em Pacatuba, não sabendo informar se o acusado levava mulheres para este sítio; que nunca foi para lá; […] que às vezes Dagnor saía com os amigso (*sic*) no carro, e também com as meninas citadas acima; que ele mantinha namoro com essas meninas; que o acusado manteve relação sexual com as meninas acima citadas; […] que a depoente bebia porque o acusado bebia e a depoente quis beber; que isto se deu desde que a depoente tinha 15 (quinze) anos; que o acusado foi a primeira pessoa com quem manteve relação sexual; que o acusado é uma pessoa que gosta de namorar muitas mulheres; que muitas vezes o acusado ia atrás das meninas e outras vezes as meninas iam atrás dele; [...]"
> (Leidiane Alves da Silva, nascida aos 29 de junho de 1981 – fls. 30 -, contando com 20 anos de idade quando prestou este depoimento, fls. 149/149-v)
>
> "[...] que ficava, namorava e tinha relação sexual com o acusado; que na época tinha 15 (quinze) anos; […] que o relacionamento era escondido; que a primeira relação sexual foi dentro do carro, na Mata Fresca; que era virgem; que o carro era um gol verde; […] que na época, o acusado namorava também Eugência, Leidiane, Patrícia, Luziene, Kátia, Rejane e Erbênia; […] que o acusado tinha relações sexuais com elas também; […] que era muito difícil o acusado dar presentes, mas às vezes dava; […] que mantinha relações sexuais sempre no carro; […]"
> (Alexandra da Silva Araújo, nascida aos 25 de novembro de 1983 – fls. 32 -, contando com 19 anos de idade quando prestou este depoimento, fls. 150/150-v)

Portanto, independentemente de outros eventuais relacionamentos constituídos pelo recorrente, é certo que, dentre eles, houve aqueles que envolveram

jovens adolescentes, tais quais os mencionados acima. Dessa maneira, imprescindível realizar uma interpretação sistemática do Estatuto da Criança e do Adolescente para aferir acerca da capacidade de discernimento das moças envolvidas e se seu consentimento teria a propriedade de afastar a imputação penal que recaída sobre o acusado.

Preceitua o art. 244-A do ECA, pelo qual foi condenado o réu em primeira instância:

> [1] Art. 244-A. Submeter criança ou adolescente, como tais definidos no *caput* do art. 2o desta Lei, à prostituição ou à exploração sexual:
> Pena - reclusão de quatro a dez anos, e multa.
> § 1o Incorrem nas mesmas penas o proprietário, o gerente ou o responsável pelo local em que se verifique a submissão de criança ou adolescente às práticas referidas no *caput* deste artigo.
> § 2o Constitui efeito obrigatório da condenação a cassação da licença de localização e de funcionamento do estabelecimento.

Os doutrinadores Ishida, Condack e Nucci lecionam acerca do que seria a "submissão" e a "exploração sexual" trazidas no corpo do tipo penal:

> "[...] Consiste em submeter criança ou adolescente à prostituição ou à exploração sexual. "Submeter" significa "dominar", "obrigar", "subjugar", "obedecer às ordens e vontade de outrem". […] "Exploração" significa abuso da criança ou adolescente para auferir interesse ilícito. Exploração sexual é qualquer outra forma de submissão sexual da criança ou adolescente sem o fim precípuo do comércio carnal, que ocorre na prostituição. [...]"[2]

> "[...] Trata-se de crime de ação única, consistente no verbo 'submeter', ou seja, sujeitar a vítima, criança ou adolescente de qualquer sexo, à prostituição ou exploração sexual. Por exploração sexual entenda-se o gênero, designando toda forma de comércio do próprio corpo, com satisfação do desejo lúbrico de terceiro, incluindo sua mera exibição, sendo a prostituição uma de suas espécies, esta referindo-se ao comércio carnal com indeterminação de parceiros e habitualidade na promiscuidade. Com tais práticas, atinge-se a moralidade sexual e formação da personalidade dos menores, indo até o seu direito constitucional à liberdade, respeito e dignidade."[3]

1 ISHIDA, Válter Kenji. Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2006. pp. 409 - 410.

2 CONDACK, Cláudia Canto. Curso de direito da criança e do adolescente. Compilação de autores. Aspectos teóricos e práticos. 4ª ed. Editora Lumen Juris, 2010.

3 NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. pp. 990.

> "[...] Explorar significa tirar proveito de algo ou enganar alguém para obter algo. Unindo esse verbo com a atividade sexual, visualiza-se o quadro de tirar proveito da sexualidade alheia ou enganar alguém para atingir práticas sexuais. Explora-se sexualmente outrem, a partir do momento em que este é ludibriado para qualquer relação sexual ou quando o ofendido propicia lucro a terceiro, em virtude de sua atividade sexual. A expressão *exploração sexual* difere de *violência sexual*. Logo, o estuprador não é um explorador sexual. Por outro lado, *exploração sexual* não tem o mesmo sentido de *satisfação sexual*. Portanto, a relação sexual, em busca do prazer, entre pessoa maior de 18 anos e pessoa menor de 18 anos não configura exploração sexual. [...]"[4]

Nesse diapasão, verifica-se que o tipo penal abrange em seu corpo legal a proteção a crianças e adolescentes, remetendo-se ao art. 2º da mesma Lei, o qual define a idade considerada para que seja considerado estado de infância ou de adolescência:

> [5] Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.
> Parágrafo único. Nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade.

No art. 3º do aludido Estatuto, são elencadas as garantias que devem ser asseguradas aos menores de 18 anos, considerados dignos de proteção integral, vez que são considerados indivíduos em desenvolvimento, pela própria peculiaridade psicossomática que enfrentam nesse estágio etário, o que pode afetar o juízo de valor que aplicam em suas decisões:

> [6] Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

4 Art. 158 – do CPP. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto **ou indireto**, não podendo supri-lo a confissão do acusado (**grifo nosso**).

5 Art. 564 – do CPP. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos: [...]
III - por falta das fórmulas ou dos termos seguintes:
[...]
b) o exame do corpo de delito nos crimes que deixam vestígios**, ressalvado o disposto no Art. 167** (**grifo nosso**);

6 Art. 167 – do CPP. Não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, **a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta** (**grifo nosso**).

Importante desempenhar, após ressaltadas as questões acima, um comparativo entre o depoimento de uma das testemunhas, o qual inclusive consta na peça denunciatória, quando de sua oitiva informal, em sede inquisitorial, e, posteriormente, quando em juízo, de modo a constatar a fragilidade emocional dessa jovem, de perfil semelhante ao das que tiveram seus relatos mencionados nesta fundamentação.

> " […] QUE a menor SIMONE, toda semana, aos domingos a noite, recebe a visita de um rapaz de carro VERDE, que não sabe a marca, cuja pessoa leva menores/colegas de SIMONE para a cidade de Pacatuba; […] QUE a declarante já esteve nesse local, inclusive com o próprio rapaz, quando teve relações sexuais com o mesmo; […] QUE na Cidade de Pacatuba, o dia em que as meninas são levadas para a prática sexual pelo rapaz do carro VERDE é aos domingos; […] QUE no bar da FÁTIMA as meninas ficam ingerindo bebidas alcoólicas enquanto aguardam o homem da Pacatuba; QUE na casa da Pacatuba vários homens ficam aguardando o comparecimento das meninas da Guaiúba; […] QUE no local as menores são agradadas com alimentação e bebidas; QUE normalmente as meninas escolhidas tem a mesma estrutura física da declarante, todas bem novas; QUE na casa do homem da Pacatuba, em um determinado quarto, cada menina, uma a uma é levada para a prática de sexo; QUE a menor SIMONE, a mais esperta do grupo, é quem procura convencer as outras menores a ir para a Pacatuba com tal homem; QUE a declarante somente foi duas vezes ao local, tendo sido convidada em outras oportunidades mas não aceitou; […] QUE antes da prática sexual, os homens procuram alcoolizar as meninas com cachaça e refrigerante, iniciando, logo em seguida, a prática de carícias, ou seja, beijar, tocar os seios das meninas e tocá-las nas suas partes mais íntimas; QUE na oportunidade que foi a tal casa, negou-se, juntamente com mais duas colegas, a praticar sexo, porém foram facilmente conduzidas para o quarto, pois estavam bastante embriagadas; […] QUE o homem do carro VERDE, assim como os outros que ficam lá no imóvel tem boa aparência, ou seja, andam bem arrumados; [...]"
> (Daiane Pereira da Silva, nascida aos 09 de abril de 1989, quando em oitiva informal, às fls. 16/18)

> " […] que não conhece Dagnor Barroso (acusado); que nunca viu o acusado; […] que nunca foi à Pacatuba com Simone; que nunca teve relação sexual com o acusado; […] que quando o rapaz do carro verde vinha pegar a Simone, estavam com ele mais dois rapazes; que isto acontecia toda semana; que eles iam para um sítio em Pacatuba; […] que a Simone disse que o rapaz do carro verde levara para o sítio bebida (álcool) e refrigerante; que a Simone chamava a depoente para ir, mas a mesma dizia que ia para casa; […] que na verdade sabe o nome de algumas meninas mas está com medo de falar; […] que as meninas saíam com o rapaz do carro verde num dia à noite e voltavam no outro dia pela manhã; que sempre que o rapaz do carro verde chamava, ele levava bebida alcoólica; que as meninas tomavam

> bebidas alcoólicas, chegando a ficar embriagadas; […] que as meninas chamavam a depoente para ir também dar uma "voltinha no sítio", que tinha filme para assistir, que tinha bebida oferecida pelo dono do carro, mas ela nunca aceitou. […] que nunca olhou para o carro verde para ver o rosto do motorista; que nunca viu o acusado no carro verde; […]" Grifos Nossos.
> (Daiane Pereira da Silva, quando perante juízo, às fls. 144/144-v)

Manifesta a contradição entre os depoimentos anexados acima e a versão da adolescente que supostamente influenciaria as outras jovens a participar dos encontros lascivos, conforme o que se segue:

> "[…] que nunca saiu com o acusado; que já saiu com um ex-namorado da depoente que tinha um carro verde – veículo "gol" de quatro portas; […] que o seu namorado costumava pegar a depoente a depoente com o carro verde no calçadão; […] que o nome dele é Cesar; que algumas vezes saía acompanhada pelas amigas "cacá" e Moniza, tendo uma dezoito anos e a outra dezenove anos; que às vezes o César, quando vinha pegá-la, trazia um amigo com ele; que nunca chegaram a ir para nenhum sítio; […] que nunca chamou a Daiane para sair consigo; [...]"
> (Simone Farias Lima, 15 anos de idade, perante juízo, às fls. 173/173-v)

Ressalte-se, no entanto, a coerência acerca do envolvimento de um veículo automotor de cor verde, sempre citado na prova testemunhal colhida, o qual pertencia ao acusado, segundo os depoimentos:

> " […] que é genitora de Daiane Pereira da Silva; que soube pela Daiane que esta saia com um rapaz de carro verde; "
> (Maria Aparecida Muniz, em juízo, às fls. 145)
>
> " […] que o acusado possuía um carro verde; que este carro ficava do lado de fora da casa do acusado;"
> (Antônia Taisnara Jorge da Silva, 13 anos de idade, em juízo, às fls. 146)
>
> " […] que sabe que o acusado possui um gol verde, nunca tendo saído com ele neste carro; [...]"
> (Patrícia da Silva Oliveira, 16 anos, em juízo, às fls. 147)
>
> " […] que o acusado possuía um carro verde de marca gol; [...]"
> (Luziene Feitosa de Alencar, em juízo, às fls. 151)

A partir do interrogatório do réu, é possível confirmar que o mesmo é, de fato, possuidor de um carro verde e que de fato relacionou-se sexualmente com várias jovens, dentre as quais a menor Vládia Sobra Falcão:

> "[...] que algumas acusações do processo são verdadeiras, outras não; que não conhece a menor Daiane Pereira da Silva; que não é verdadeira a alegativa de que o interrogando aliciava menores em Guaiúba; que, das pessoas indiciadas na peça denunciatória, manteve relações sexuais com Eugênia, Luziene, Rejane e Vládia; o depoente afirma que as mesmas não são menores, com exceção de Vládia, que é menor; que conhece Leidiane, afirmando que já teve relações sexuais com a mesma, tendo, inclusive, inquérito policial do fato, tendo sido o mesmo arquivado; […] que com relação a Vládia Sombra Falcão, afirma que manteve relações sexuais, mas que não foi contra a vontade dela […]; que possui um carro verde e está vendendo agora; que possui referido veículo desde 1998, sendo um GOL; […]
> (Dagnor Barroso da Silva, em interrogatório perante juízo, às fls. 87/87-v)

Destarte, a partir dos pontos já enfrentados, depreende-se que, manifestamente, o réu praticava relações sexuais com menores de 18 (dezoito) anos, além de ser reconhecido por suas próprias parceiras como indivíduo "galanteador", no sentido de envolver-se, por vezes concomitantemente, com várias moças, algumas das quais recém-saídas de seu estágio infantil. No entanto, também é cediço que havia o consentimento das mesmas, apesar do inegável aspecto furtivo de tais relacionamentos.

Para decidir acerca da pretensa absolvição do réu, imprescindível enfrentar as questões acerca da capacidade de consentir das menores envolvidas e se a conduta praticada pelo acusado subsume-se ao tipo penal pelo qual foi condenado em primeira instância.

De acordo com os dispositivos legais da Lei 8.069/90 supramencionados, as crianças e os adolescentes são considerados indivíduos em desenvolvimento, contando, assim, com toda a fragilidade psíquica e emocional, além da física, que lhes é imanente, de modo a requererem a devida proteção por parte dos membros da sociedade e do Estado. Nessa medida, a manifestação de vontade por parte de tais sujeitos em amadurecimento ainda não é tida, pelo ordenamento jurídico brasileiro, como plena, inequívoca e consolidada, justamente pelo motivo de que são tidos como pessoas em estágio de formação.

Deste modo, tem-se que se relacionar sexualmente com jovens desse perfil diligencia maiores responsabilidades e cuidados, pois tênue o liame entre uma interação afetiva e um assédio, exploração ou mesmo violência, exatamente em razão da vulnerabilidade de suas vontades, acentuadamente quando a diferença etária entre os envolvidos é bastante significativa, como ocorre no presente caso, vez que o acusado teria em torno de 40 (quarenta) anos de idade quando se envolveu com as menores, de acordo com data de nascimento do recorrente às fls. 87.

Dessa maneira, além da análise dos dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente acima estudados, faz-se imprescindível sondar o Código Penal Brasileiro com o escopo de realizar uma averiguação mais aprofundada acerca da subsunção da conduta do réu ao tipo delituoso em que fora considerado incurso, empreendendo, assim, uma interpretação sistemática entre referidos corpos legislativos.

Tem-se que o Diploma repressivo Pátrio, em seu art. 217-A, *caput* e §1º, conceitua o que seria um indivíduo vulnerável:

> Estupro de vulnerável
> Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:
> Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.
> § 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

Seriam abrangidos pelo conceito, portanto, aqueles menores de 14 (catorze) anos, quem seja incapaz de discernir acerca do ato por força de enfermidade ou doença mental, e aquele que não puder oferecer resistência. Nessa medida, é possível depreender que há vulnerabilidade na proporção em que comprometida a capacidade do indivíduo de autoafirmar-se, de modo que suas deliberações presumem-se afetadas em razão da fragilidade ou deficiência do entendimento que possuem em relação ao mundo exterior, inclusas ainda quaisquer outras hipóteses nas quais haja óbices de defesa por parte desses sujeitos.

Nesse diapasão, os adolescentes maiores de 14 (catorze) anos, ou com essa idade exata, já são tratados na esfera penal como dotados de um entendimento que, apesar de não ser pleno e inequívoco, já deve ser levado em consideração, de certo modo, tal como ocorre no caso ora em apreço.

Em assim sendo, razoável concluir, em respeito ao princípio da legalidade, que a partir das provas carreadas nos fólios processuais, a estrita conduta do réu não configurou exploração sexual das jovens que tiveram envolvimento físico íntimo com o acusado, porquanto, mesmo consistindo "exploração" em um termo mais genérico, na qual não obrigatoriamente são colimados fins econômicos, entendimento harmônico com a doutrina colacionada *supra*, configurando-se com o auferimento para si de quaisquer vantagens ilícitas a partir da realização de condutas concupiscentes com menores de idade, não foi possível de ser verificado tal vantagem espúria angariada pelo recorrente.

Nesse sentido, precedentes judiciais do Superior Tribunal de Justiça:

> **RECURSO ESPECIAL. PENAL. ART. 244-A DA LEI N. 8.069/90. EXPLORAÇÃO SEXUAL DE ADOLESCENTES. CLIENTE OCASIONAL. NÚCLEO DO TIPO NÃO CARACTERIZADO. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. RECURSO IMPROVIDO.**
> 1. Para a configuração do delito de exploração sexual de criança e de adolescente, previsto no art. 244-A do ECA, exige o tipo penal a submissão da vítima à prostituição ou exploração sexual, nesse limite se compreendendo necessária relação de poder sobre a adolescente, na família, empresa ou mediante ameaça por qualquer modo realizada.
> 2. Esta Corte Superior possui compreensão de que o crime previsto no art. 244-A do ECA não abrange a figura do cliente ocasional, diante da ausência de exploração sexual nos termos da definição legal.
> Precedentes.
> 3. Inobstante o relevante critério de proteção ao adolescente, dominante na formação do Estatuto da Criança e do Adolescente, o princípio da legalidade não permite ampliar a compreensão da elementar submissão (com necessário poder sobre outrem) para abranger a conduta ocasional e consentida.
> 4. Recurso improvido.
> (REsp 1361521/DF, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 05/06/2014, DJe 13/06/2014)

> **RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VÍTIMAS MENORES DE 14 ANOS. CONSENTIMENTO. IRRELEVÂNCIA. EXPLORAÇÃO SEXUAL DE VULNERÁVEL. NÃO CARACTERIZAÇÃO.**
> 1. Segundo o sistema normativo em vigor após a edição da Lei n.º 12.015/09, a conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos configura o crime do artigo 217-A do Código Penal independentemente de violência ou grave ameaça, sendo por isso irrelevante eventual consentimento ou autodeterminação da vítima.
> 2. O delito de exploração sexual de vulnerável consiste em aliciar vulnerável à prostituição ou qualquer outra forma de exploração sexual, geralmente por meio do pagamento de retribuição de qualquer natureza na forma de dinheiro, bens, roupa ou comida, inocorrente na espécie.
> 3. Recurso parcialmente provido.
> (REsp 1312620/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 10/06/2014, DJe 27/06/2014)

Outrossim, acerca da matéria, jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

> **EMBARGOS INFRINGENTES - ECA - SUBMISSÃO DE CRIANÇA OU ADOLESCENTE À PROSTITUIÇÃO OU À EXPLORAÇÃO SEXUAL - ART. 244-A - ABSOLVIÇÃO DO RÉU -**

> **IMPOSSIBILIDADE - PROVAS CONTUNDENTES A SUSTENTAR UM DECRETO CONDENATÓRIO - EMBARGOS REJEITADOS - RECURSO DESPROVIDO - VOTOS VENCIDOS.** Pratica o crime tipificado no art. 244-A, do ECA, aquele que se utiliza, diretamente, do corpo da criança ou do adolescente como produto de consumo, para práticas sexuais. - Impõe-se a condenação quando as provas carreadas aos autos ensejam certeza da autoria e da materialidade do crime. V . V . :
> - O art. 244-A do Estatuto Menorista incrimina aquele que submete, sujeita, subjuga, domina moralmente, enfim, obriga crianças ou adolescentes a se prostituirem ou mesmo que se sujeitem à satisfazer os desejos sexuais alheios. Não restando evidenciado que houve submissão da menor à exploração sexual ou à prostituição, a absolvição é a medida que se impõe. (Desembargadores Fernando Starling e Doorgal Andrada).
> (Emb Infring e de Nulidade 1.0216.06.043229-3/002, Relator(a): Des.(a) Herbert Carneiro , 4ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 10/03/2010, publicação da súmula em 23/04/2010)

Nesse consoante, portanto, a conduta do recorrente ora sob exame não guarda a subsunção necessária com o dispositivo incriminador, qual seja o art. 244-A do ECA, tanto por motivo de não ter havido efetiva submissão das adolescentes, vez que voluntariamente apetecido o contato íntimo por parte de tais jovens, aptas a deliberarem a respeito de seus envolvimentos afetivos com o acusado, como em razão de não ter havido qualquer exploração em favor do réu, no sentido técnico do termo legal, visto que, além de a satisfação libidinosa ter ocorrido não apenas para o recorrente, mas também à suas respectivas jovens parceiras, o recorrente não obteve para si qualquer vantagem ilícita nem as ludibriou.

Válido salientar, ainda, as ponderadas palavras da Procuradora de Justiça quando de sua manifestação em parecer de fls. 270/273:

> "O caso nos parece de induvidoso desvio de conduta social sem impacto na órbita penal, a quem não compete registrar os ímpetos sexuais de quem quer que seja, somente se aplicando a intercessão criminal quando a conduta dita desregrada ofender bem jurídico penalmente tutelado (liberdade sexual, violência real ou ficta), o que não ocorreu no caso dos autos."

Assim sendo, diante do exposto, CONHEÇO do presente recurso para julgá-lo PROVIDO, em consonância com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça.

Fortaleza, 19 de agosto de 2014.

APELAÇÃO CRIME Nº 0001647-17.2010.8.06.0073
APELANTE: RAIMUNDO AGAPITO BEZERRA
APELADA: JUSTIÇA PÚBLICA
RELATOR: DES. FRANCISCO GOMES DE MOURA

EMENTA: PENAL – PROCESSUAL PENAL – ESTUPRO DE VULNERÁVEL – DUAS VÍTIMAS, UMA DAS QUAIS COM DEFICIÊNCIA MENTAL – CONCURSO MATERIAL E CRIME CONTINUADO – SENTENÇA CONDENATÓRIA – RECURSO DA DEFESA – ALEGAÇÕES DE QUE A NÃO REALIZAÇÃO DO EXAME DE CORPO DE DELITO TORNARIA NULA A PROVA PRODUZIDA EM SUA SUBSTITUIÇÃO E DE QUE NÃO RESTARAM COMPROVADAS NOS AUTOS A AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS – IMPROCEDÊNCIA – MATERIALIDADE DOS ILÍCITOS CONSUBSTANCIADA EM LAUDO PERICIAL REALIZADO EM UMA DAS VÍTIMAS E EM EXAME DE CORPO DE DELITO INDIRETO COM RELAÇÃO À OUTRA OFENDIDA – REGULARIDADE – PALAVRA DA VÍTIMA EM HARMONIA COM OS DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS E DEMAIS ELEMENTOS DE PROVA COLIGIDOS AOS FÓLIOS – ROBUSTO ACERVO PROBATÓRIO DANDO ESTEIO AO ÉDITO CONDENATÓRIO – IRRESIGNAÇÃO SUBSIDIÁRIA ARGUINDO SER INIDÔNEO O AGRAVAMENTO DA PENA-BASE – INOCORRÊNCIA – PENAS-BASES DEVIDAMENTE FUNDAMENTADAS E ARBITRADAS EM PATAMAR POUCO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL – RECURSO IMPROVIDO.

1. Malgrado a alegação da defesa no sentido de que, nas infrações penais que deixam vestígio, seriam nulas as provas produzidas em substituição ao exame de corpo de delito não realizado, aplicando-se ao caso o disposto no art. 564, inciso III, alínea "b", do CPP, cumpre esclarecer, primeiramente, que há nos autos laudo pericial realizado na vítima Ivanilde Tomaz

de Sousa, o qual, a despeito de mostrar-se precário quanto à sua forma, visto que manuscrito sem referência aos quesitos e redigido no verso da própria de guia encaminhamento, seu conteúdo material, subscrito por profissional médico tocoginecologista, confirma com bastante clareza as lesões provocadas na citada vítima, somando-se aos demais elementos de prova que atestam a materialidade delitiva nas ofendidas.

2. Diversamente do que argui a defesa, na impossibilidade de realização do exame de corpo de delito direto, o próprio dispositivo invocado (art. 564, inciso III, alínea "b", do CPP) ressalva a aplicação do art. 167, do CPP, segundo o qual: "Não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta". Desse modo, francamente admissível que a materialidade dos crimes sob comento esteja configurada por meio da prova testemunhal, que, *in casu*, é profusa ao assinalar não somente a prática dos delitos em ambas as ofendidas mas também ao apontar sua autoria na pessoa do acusado.

3. Concernente à alegação de que os depoimentos da genitora das vítimas e de uma destas é contraditório e que se aplicaria à hipótese o princípio *in dubio pro reo,* melhor sorte não assiste à defesa, porquanto, conforme já mencionado alhures, sobejam elementos de convicção no acervo probante coligido aos fólios testificando o cometimento dos crimes pelo acusado, não avultando divergências entre os testemunhos colhidos judicialmente, o depoimento da mãe das ofendidas e as declarações da vítima Iranete Tomaz de Sousa, que asseverou com segurança acerca dos atos libidinosos que o réu praticava com ela, tendo a genitora, Zilda Tomaz Ribeiro, afirmado textualmente em juízo que "viu o acusado fazendo sexo com a sua filha Ivanilde na rede uma vez e não fez nada".

4. Em crimes contra a liberdade sexual, praticados usualmente às escondidas, as declarações da vítima assumem preponderância no conjunto probatório, máxime quando consentâneas com as demais provas produzidas, restando a

materialidade e autoria dos delitos devidamente demonstradas no caso versado, não se vislumbrando, nesse tocante, qualquer desacerto no entendimento sufragado na sentença condenatória.

5. No que se refere à alegação de que a pena-base foi majorada mediante a utilização de argumento inidôneo, verifica-se no *decisum* guerreado que o Juízo *a quo,* reputando como desfavoráveis ao acusado, para ambas as vítimas, três circunstâncias judiciais: culpabilidade, circunstâncias e consequências dos crimes, apresentou de forma clara os motivos que justificaram o agravamento das respectivas penas-bases, as quais, além de estarem fundamentadas, foram arbitradas acima do mínimo legal previsto em apenas um ano com relação a uma das vítimas e em dois anos com relação à vítima com deficiência mental.

6. Parecer da Procuradoria Geral de Justiça pelo improvimento do apelo.

7. Recurso conhecido e improvido. Decisão unânime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Crime nº 0001647-17.2010.8.06.0073, da Comarca de Croatá, em que é apelante Raimundo Agapito Bezerra e apelada a Justiça Pública.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Ceará, à unanimidade de votos, em conhecer do recurso apelatório, para negar-lhe provimento, em consonância com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça.

Fortaleza, 03 de fevereiro de 2014.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Criminal interposta por Raimundo Agapito Bezerra contra a decisão do Juízo de Direito da Vara Única da Comarca de Croatá que o condenou nas sanções do art. 217-A, do Código Penal brasileiro, cominando-lhe a pena privativa de liberdade de 31 (trinta e um) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime fechado.

Em suas razões a defesa técnica do recorrente alega, em suma, o seguinte: 1) que não há nos autos qualquer prova da autoria ou materialidade do delito, pois, além de não constar laudo médico, os depoimentos prestados pela genitora das vítimas e por uma destas são bastante contraditórios, sendo incabível sua condenação com base em indícios e presunções, impondo-se, nesse caso, a aplicação do princípio *in dubio pro reo*; 2) que, deixando a infração vestígios e sendo possível a realização de perícia, é indispensável o exame de corpo de delito, nos termos do art. 158, do CPP, implicando sua falta a nulidade de qualquer prova produzida em sua substituição, não podendo ser aplicada a regra do art. 167, do mesmo diploma processual, visto que "as vítimas possuíam vestígios da ação"; 3) que a fixação da pena-base acima do mínimo legal fundamentou-se em argumento inidôneo referente à intensidade do dolo do acusado. Requer a absolvição do apelante com espeque no princípio *in dubio pro reo*, nos termos do art. 386, inciso VI, do Código de Processo Penal, ou, subsidiariamente, seja a pena-base arbitrada no mínimo legal (fls. 116/120).

Contrarrazoando o apelo, o agente ministerial pugna por sua improcedência, mantendo-se o decreto condenatório em sua integralidade (fls. 122/127).

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça pelo improvimento do recurso (fls. 151/155).

É o relatório.

VOTO

Os pressupostos para a admissibilidade do vertente recurso se encontram atendidos, razão por que dele conheço, passando à análise da matéria devolvida ao descortino deste Colegiado.

Segundo deu a conhecer a inicial delatória, o denunciado Raimundo Agapito Bezerra, ora apelante, desde longa data, abusava sexualmente de suas enteadas, as quais contavam à época da denúncia com 12 (doze) e 14 (catorze) anos de idade. Assinala a peça acusatória que o incriminado chegou a deixar os seios de uma das vítimas marcados com a boca, tendo ela saído de casa para morar com os padrinhos. Informa, ainda, a exordial que a outra vítima possui problema mental e que o acusado chegou a ter com ela conjunção carnal, o que provocou hemorragia na ofendida e ensejou a descoberta do crime pela genitora das menores.

A defesa do recorrente, reproduzindo os argumentos utilizados em suas alegações finais, insurge-se contra o mérito da sentença condenatória sob os seguintes argumentos: 1) que não há nos autos qualquer prova da autoria ou materialidade do delito, pois, além de não constar laudo médico, os depoimentos prestados pela genitora

das vítimas e por uma destas são bastante contraditórios, sendo incabível a condenação do réu com base em indícios e presunções, impondo-se a aplicação do princípio *in dubio pro reo*; e 2) que, deixando a infração vestígios e sendo possível a realização de perícia, é indispensável o exame de corpo de delito, nos termos do art. 158, do CPP, implicando sua falta a nulidade de qualquer prova produzida em sua substituição, *ex vi* do art. 564, inciso III, alínea "b", do CPP, não podendo ser aplicada a regra do art. 167, do mesmo diploma processual, visto que "as vítimas possuíam vestígios da ação";

Vejamos o que exsurge da prova coligida ao caderno processual.

Consta à fl. 16 dos fólios guia policial dirigida ao Instituto Médico Legal para a realização de exame de corpo de delito na vítima Ivanilde Tomaz de Sousa. No verso do documento, o perito encarregado do laudo conclui ter havido "rotura himenal total recente com sufusão e petéquias no intróito vaginal".

Referente à autoria criminosa, a vítima Iranete Tomaz de Sousa, ouvida em juízo, relatou os fatos conforme segue, *in verbis*:

> "que **o acusado começou a pegar nos seios da declarante em junho do ano passado, quando tinha 12 anos**; que quando o acusado mexia com a declarante a sua mãe não estava em casa e outras vezes estava; **que o acusado pegou nos seus (sic) da declarante por quatro vezes**; que só não fez coisa pior porque saiu de casa, para casa de sua madrinha; **que o acusado dizia para a declarante que se falasse alguma coisa para sua mãe seria pior para a mesma e para sua irmã**; [...] **que viu a marca roxa nos seios de sua irmã, Ivanilde, mas ela não dizia de que era, apesar de perguntar; que ela aparentava estar com medo**; que na época sua irmã tinha uns treze anos; [...] **que o acusado nunca chegou a morder os seus seios, apenas chupava, mas uma vez chegou a machucar porque ele apertava; que o acusado começou as investidas conta a declarante foi no mês de junho, mas saiu de casa em agosto**; **que quando o acusado começava a acariciar, a declarante não gritava, nem chamava ninguém, só ficava assustada e saia correndo; que as ameaças do acusado eram apenas no sentido de dizer que 'ia ser pior para a declarante e para sua irmã'**; [...] **que começou a desconfiar que o acusado estava abusando de sua irmã quando viu sangue no banheiro**; [...]" (fls. 58/58-verso – grifos nossos).

A mãe das ofendidas, Zilda Tomaz Ribeiro, declarou perante a autoridade judicial que, *in litteris*:

> "[...] começou a desconfiar do acusado por conta dos seus (sic) de sua filha, chamada Ivanilde, os quais eram caídos, e viu a marca dos dentes; **que a Ivanilde possui problemas mentais e não sabe de nada; que chegou a ver sangramentos de sua filha**; que o sangramento não coincidia com a época da menstruação; que acredita que sua filha foi estuprada pelo

> acusado; que a Ivanilde nunca saía de casa sozinha; que **em relação a outra filha, Iranete, começou a desconfiar porque notou que ela andava meio triste; que perguntou a ela o que esta tinha e lhe mostrou o seio e tinha a mesma marca que tinha visto na Ivanilde**; [...] **que Ivanilde, apesar da deficiência, sabe falar, mas não sabe sequer comprar alguma coisa na mercearia, sendo beneficiada do INSS e toma remédio todo dia**; [...] que suas filhas dormiam em quartos separados, mas quando começou a desconfiar, colocou as duas no mesmo quarto e mandou colocar uma porta com chave. [...] **que além dos seios machucados notou a boca de Ivanilde alterada como se tivesse sido tampada e certo dia viu sangue debaixo de sua rede; que a levou para tomar banho e notou a mesma machucada na vagina**; que acredita que nessa noite ocorreu o estupro; que não percebeu a presença de esperma; [...] que acredita que o acusado ficou com a Ivanilde várias vezes, pois quando ia dormir o acusado a rejeitava; **que viu o acusado fazendo sexo com a sua filha Ivanilde na rede uma vez e não fez nada**; [...]" (fls. 57/57-verso – grifos nossos).

As testemunhas do rol da acusação, que também foram relacionadas pelo patrono do acusado como testemunhas de defesa (fl. 49), depuseram sobre o ocorrido nos termos seguintes:

> "que tomou conhecimento do fato quando as menores Ivanilde e Iranete foram passar o dia na casa da declarante e viu que **Ivanilde estava sangrando; que deu banho na mesma e colocou absorvente, mas a menor continuava sangrando muito, inclusive sujando a cama onde passou a noite; que quando deu banho na mesma notou que seus seios estavam chupados e caídos**; [...] que depois de quinze dias a menor Iranete chegou em sua casa muito nervosa e recebeu uma ligação de Zilda que estava chorando e pediu que a declarante tomasse conta de sua filha; **que perguntou a Iranete o que estava acontecendo e esta disse que foi o acusado que tentou pegá-la e chupou nos seus seios mostrando a marca para a declarante; que viu a marca roxa em um dos seios de Iranete; que a Iranete disse ainda que viu Raimundo sair do quarto onde Ivanilde estava**; [...] que Iranete dizia que estava sofrendo nas 'mãos daquele velho', se referindo ao acusado, e que não queria voltar para casa; [...]" (**Maria Gomes da Silva Ribeiro** – fl. 59 – grifos nossos)

> "que tomou conhecimento do fato através da mãe das menores que chegava em sua casa chorando, dizendo que estava sentindo uma dor e não sabia como agir; que dizia que estava acontecendo uma coisa com a sua filha e iria procurar a justiça; [...] que é vizinha das vítimas e não via as mesmas saírem sozinhas; [...] **que a senhora Zilda disse que o acusado tinha pego a menor Ivanilde e tinha apertado os seios dela; que soube que foi feito exame e foi constatado estupro**; [...]" (**Vera Alvez Tomaz da Silva** – fl. 60 – grifos nossos)

> "[...] que juntamente com **a conselheira Ana Lúcia levou a menor**

> **Ivanilde para exame, passando inicialmente em Tianguá, na Delegacia Regional e, depois, no IML de Sobral, onde o médico, após o exame, informou que a menor tinha sido estuprada**; que em relação a menor Iranete, a conselheira a levou, semana passada para realizar exame no IML, não sabendo dizer o resultado do mesmo; que **a menor Iranete relatou apenas que o acusado chupava os seus seios, nada falando em relação a estupro**; [...] **que a menor Ivanilde não sabe se expressar, não sabendo dizer sequer as partes do seu corpo ou do homem; que visivelmente nota-se que a menor Ivanilde é deficiente**, inclusive urinou no chão da Delegacia de Tianguá, na frente de todos. [...]" (**Francimar Oliveira Chaves**, Conselheira Tutelar – fls. 61/62 – grifos nossos).

O apelante, em seu interrogatório judicial, negou a autoria delituosa, aduzindo na oportunidade que, *verbatin*:

> "[...] **que não são verdadeiras as imputações da denúncia**; [...] que nunca faltou com respeito com as vítimas, nem com a Zilda; que Zilda se apoderou do cartão do aposentado do acusado e dizia que prefere ver o acusado atrás das grades do que outra mulher com o seu cartão de aposentadoria; [...] que Iranete chegou da rua com os seios machucados, sabendo este fato através de Zilda; que Zilda culpou logo o acusado e mandou Zilda procurar logo na rua quem tinha sido, pois Iranete tinha o costume de sair para a rua e tinha namorado, não sabendo dizer o seu nome; que disse para Iranete que ou ela saía de casa ou o acusado sairia, pois estava lhe acusando, tendo Iranete ido para a casa da tia; **que o sangue embaixo da rede de Ivanilde, na verdade era corante, que põe em comida, pois a viu fazendo**; [...] **que acredita que foi a própria Zilda quem violentou a filha, pois viu quando Zilda retirou esperma do acusado e foi para o quarto de Ivanilde; que o acusado seguiu Zilda e viu ela passando alguma coisa na vagina de Ivanilde, acreditando que era seu esperma**, [...] **que Zilda também fazia massagens nos seios de Ivanilde para condenar o acusado**; [...]" (fl. 52 – grifos nossos).

Pois bem. Malgrado a alegação da defesa no sentido de que, nas infrações penais que deixam vestígio, seriam nulas as provas produzidas em substituição ao exame de corpo de delito não realizado, aplicando-se ao caso o disposto no art. 564, inciso III, alínea "b", do CPP, cumpre esclarecer, primeiramente, que há nos autos laudo pericial realizado na vítima Ivanilde Tomaz de Sousa, o qual, a despeito de mostrar-se precário quanto à sua forma, visto que manuscrito sem referência aos quesitos e redigido no verso da própria de guia encaminhamento, seu conteúdo material, subscrito por profissional médico tocoginecologista, confirma com bastante clareza as lesões provocadas na citada vítima, somando-se aos demais elementos de prova que atestam a materialidade delitiva nas ofendidas.

Ademais, diversamente do que argui a defesa, na impossibilidade de realização do exame de corpo de delito direto, o próprio dispositivo invocado (art. 564, inciso III, alínea "b", do CPP) ressalva a aplicação do art. 167, do CPP, segundo o qual: "Não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta". Desse modo, francamente admissível que a materialidade dos crimes sob comento esteja configurada por meio da prova testemunhal, que, *in casu*, é profusa ao assinalar não somente a prática dos delitos em ambas as ofendidas mas também ao apontar sua autoria na pessoa do acusado.

Saliente-se que os crimes sexuais nem sempre deixam vestígios materiais, não havendo, por tal, como vincular sua caracterização unicamente ao exame de corpo de delito direto realizado nas vítimas, sendo possível sua configuração através de outros meios de prova idôneos colacionados aos fólios.

A jurisprudência pátria é uníssona acerca do tema, senão vejamos:

> **STF –** DIREITO PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. NULIDADE DA SENTENÇA. **PROVA PERICIAL. PERÍCIA INDIRETA. CRIMES CONTRA OS COSTUMES.** DENEGAÇÃO. 1. A questão de direito arguida neste *habeas corpus* corresponde à possível nulidade da perícia realizada na pretensa vítima dos crimes previstos nos arts. 213 e 214, ambos do Código Penal, a contaminar a sentença e o acórdão que concluíram no sentido da condenação do paciente. 2. **Nos crimes contra a liberdade sexual cometidos mediante grave ameaça ou com violência presumida, não se exige, obrigatoriamente, o exame de corpo de delito direto, porque tais infrações penais, quando praticadas nessas circunstâncias (com violência moral ou com violência ficta), nem sempre deixam vestígios materiais.** 3. **O exame de corpo de delito indireto, fundado em prova testemunhal idônea e/ou em outros meios de prova consistentes (CPP, art. 167) revela-se legítimo, desde que, por não mais subsistirem vestígios sensíveis do fato delituoso, não se viabilize a realização do exame direto.** 4. A despeito da perícia inicial haver sido realizada apenas por um profissional nomeado *ad hoc* pela autoridade policial, atentou-se para a realização da perícia com base no art. 167, do Código de Processo Penal, ou seja, a realização do exame de corpo de delito indireto. 5. O juiz de direito não está adstrito às conclusões do laudo pericial, especialmente em se referindo a juízo de constatação de fatos. 6. [*Omissis*]. 7. *Habeas corpus* denegado. (Grifos nossos).
> (HC 85955/RJ – Segunda Turma, Relatora: Min. ELLEN GRACIE, Julgamento: 05/08/2008, Publicação: DJe 22/08/2008).
>
> **STJ –** PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. ABSOLVIÇÃO. SÚMULA 7/STJ. PALAVRA DA VÍTIMA. VALOR PROBANTE. **LAUDO PERICIAL OFICIAL. NÃO OBRIGATORIEDADE. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. PRESUNÇÃO ABSOLUTA**. RESSALVA DO POSICIONAMENTO DA

> RELATORA. NATUREZA HEDIONDA DO DELITO. 1. [*Omissis*]. 2. Consolidou-se neste Superior Tribunal de Justiça a tese de que a palavra da vítima tem alto valor probatório, considerando que crimes dessa natureza geralmente não deixam vestígios e, em regra, tampouco contam com testemunhas. 3. **Não há falar em nulidade na hipótese de condenação, por atentado violento ao pudor, em razão da ausência de laudo pericial oficial, se demonstrada a materialidade e autoria do crime por outros elementos contidos nos autos.** 4. Predomina nesta Corte o raciocínio segundo o qual é absoluta, e não relativa, a presunção de violência nos casos de estupro ou atentado violento ao pudor contra menor de catorze anos nos crimes cometidos antes da vigência da Lei 12.015/09. Ressalva do entendimento da Relatora. 5. O estupro e o atentado violento ao pudor praticados antes da Lei nº 12.015/2009, ainda que mediante violência presumida, isto é, das quais não haja resultado lesão corporal ou morte, constituem crimes hediondos. Entendimento da Terceira Seção. 6. Agravo regimental improvido. (Grifos nossos).
> (AgRg no REsp 1289027/DF – Sexta Turma – Relatora: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Julgamento: 12/11/2013, Publicação: DJe 28/11/2013).

> **TJSC** – APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A LIBERDADE SEXUAL PERPETRADO ANTERIORMENTE À EDIÇÃO DA LEI N. 12.015/2009. **ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR COM PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA COMETIDO POR PADRASTO CONTRA ENTEADA** (ART. 214 C/C ART. 224, A E ART. 226, II, DO CP, TODOS DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DEFENSIVO. MÉRITO. ALMEJADA A ABSOLVIÇÃO. DESCABIMENTO. **MATERIALIDADE DELITIVA QUE NEM SEMPRE SE PODE DEMONSTRAR, UMA VEZ QUE OS CRIMES SEXUAIS PODEM NÃO DEIXAR VESTÍGIOS. AUTORIA COMPROVADA. DECLARAÇÕES DA VÍTIMA E DE SUA GENITORA, CORROBORADAS PELO TESTEMUNHO DE ASSISTENTE SOCIAL, RELATÓRIO SITUACIONAL, ELEMENTOS QUE ATESTAM A PRÁTICA DA VIOLÊNCIA SEXUAL NARRADA NA PEÇA ACUSATÓRIA**. TESE DEFENSIVA ISOLADA, SEM RESPALDO PROBATÓRIO. ÁLIBI DEFENSIVO, ADEMAIS, NÃO COMPROVADO. CONDENAÇÃO MANTIDA. FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS. VIABILIDADE. DEFENSOR NOMEADO PARA ATUAR NA SEGUNDA INSTÂNCIA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.
> (TJ-SC, Relator: Volnei Celso Tomazini, Data de Julgamento: 23/09/2013, Segunda Câmara Criminal Julgado

Concernente à alegação de que os depoimentos da genitora das vítimas e de uma destas é contraditório e que se aplicaria à hipótese o princípio *in dubio pro reo,* melhor sorte não assiste à defesa, porquanto, conforme já mencionado alhures, sobejam elementos de convicção no acervo probante coligido aos fólios testificando o cometimento dos crimes pelo acusado, não avultando divergências entre os testemunhos

colhidos judicialmente, o depoimento da mãe das ofendidas e as declarações da vítima Iranete Tomaz de Sousa, que asseverou com segurança acerca dos atos libidinosos que o réu praticava com ela, tendo a genitora, Zilda Tomaz Ribeiro, afirmado textualmente em juízo que "viu o acusado fazendo sexo com a sua filha Ivanilde na rede uma vez e não fez nada".

As assertivas do acusado em seu interrogatório, por sua vez, desmerecem crédito, pois se mostram absolutamente insólitas e inverossímeis diante do que revela o conjunto probatório amealhado.

De fato, nada há nos autos que refute com idoneidade as firmes declarações da ofendida narrando o sucedido, havendo nos autos elementos de prova bastantes para embasar o entendimento consignado na sentença de primeiro grau e o convencimento do Judicante a respeito da prática pelo réu da conjunção carnal e de outros atos libidinosos nas vítimas.

Em crimes contra a liberdade sexual, praticados usualmente às escondidas, as declarações da vítima assumem preponderância no conjunto probatório, máxime quando consentâneas com as demais provas produzidas, restando a materialidade e autoria dos delitos devidamente demonstradas no caso versado, não se vislumbrando, nesse tocante, qualquer desacerto no entendimento sufragado na sentença condenatória, exarada em harmonia com a jurisprudência nacional, senão vejamos:

> **STJ** – *HABEAS CORPUS*. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. EXAME DE CORPO DE DELITO. ART. 158 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DESNECESSIDADE QUANDO PRESENTES PROVAS OUTRAS NOS AUTOS. DEPOIMENTO DA VÍTIMA. PRECEDENTES DO STJ E STF. ALEGADA NULIDADE INEXISTENTE. 1. Se mostra prescindível a perícia - exame de corpo de delito - para os crimes de estupro ou atentado violento ao pudor que, por vezes, não deixam vestígios, máxime havendo nos autos provas outras que auxiliem o julgador na formação do seu convencimento. Precedentes do STJ e STF. 2. **Nos crimes contra os costumes a palavra da vítima assume preponderante importância, se coerente e em consonância com as demais provas coligidas nos autos, como é o caso da hipótese vertente, em que a ofendida expôs os fatos com riqueza de detalhes, tudo em conformidade com os demais depoimentos prestados pelas testemunhas em juízo.** 3. "**A palavra da vítima, em sede de crime de estupro ou atentado violento ao pudor, em regra, é elemento de convicção de alta importância, levando-se em conta que estes crimes, geralmente, não há testemunhas ou deixam vestígios**" (HC 135.972/SP). [*Omissis*]. (Grifos nossos).
> (HC 177980/BA – Quinta Turma, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Julgamento: 28/06/2011, Publicação: DJe 01/08/2011).
>
> **STJ –** AGRAVO DE INSTRUMENTO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR.

> DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA. VIOLAÇÃO AO ART. 5.º DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E AO ART. 100 DO CÓDIGO PENAL. INEXISTÊNCIA. DESNECESSIDADE DE REPRESENTAÇÃO FORMAL. **TESE DE AUSÊNCIA DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO. DEPOIMENTO DA VÍTIMA. MEIO IDÔNEO. FRAGILIDADE DO CONJUNTO PROBATÓRIO NÃO DEMONSTRADA.** REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA N.º 7 DESTA CORTE. 1. [*Omissis*]. 2. [*Omissis*]. 3. **Para a comprovação da prática do crime sexual, a palavra da vítima, corroborada por provas testemunhais idôneas e harmônicas, autorizam a condenação, ainda mais porque o Juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo se utilizar, para formar a sua convicção, de outros elementos colhidos durante a instrução criminal.** 4. Agravo regimental desprovido. (Grifos nossos).
> (AgRg no Ag 1386821/PA – Quinta Turma, Relatora: Ministra LAURITA VAZ, Julgamento: 04/08/2011, Publicação: DJe 16/08/2011).

Por fim, a defesa técnica do recorrente sustenta que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal mediante a utilização de argumento inidôneo referente à intensidade do dolo do acusado.

A respeito do tópico, verifica-se no *decisum* guerreado que o Juízo *a quo* reputou como desfavoráveis ao acusado na primeira fase do cômputo da pena, para ambas as vítimas, três circunstâncias judiciais: culpabilidade, circunstâncias e consequências dos crimes, consignando especificamente em cada um deles os pontos que, a seu ver, excederam os elementos inerentes ao tipo penal violado.

Sem embargo de, após referida análise, ter o Magistrado aludido à intensidade do dolo do agente, fato é que apresentou de forma clara os motivos que justificaram o agravamento das respectivas penas-bases, as quais, além de estarem fundamentadas, foram arbitradas acima do mínimo legal previsto em apenas um ano com relação a uma das vítimas e em dois anos com relação à vítima com deficiência mental.

Destarte, não sobressai do exame da dosimetria da pena imposta ao recorrente nenhuma irregularidade nas considerações do Juiz sentenciante para a obtenção de seu *quantum*, não subsistindo razões para retificar a decisão combatida também nesse tocante.

Por todo o exposto, conheço do ao recurso apelatório, para negar-lhe provimento, em consonância com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça.

É como voto.

Fortaleza, 03 de fevereiro de 2014.

PROCESSO N°: 14249-70.2007.8.06.0000
TIPO DE PROCESSO: APELAÇÃO
JUÍZO ORIGINÁRIO: JUÍZO DE DIREITO DA 3ª VARA DO JÚRI DA COMARCA DE FORTALEZA
APELANTE: RISNALDO DA SILVA
APELADO: JUSTIÇA PÚBLICA
RELATORA: DESA. FRANCISCA ADELINEIDE VIANA

EMENTA: PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO DE APELAÇÃO. ACUSADO CONDENADO NAS TENAZES DO ART. 121, § 2º, I E IV, C/C O ART. 14, II, E ART. 129, § 1º, I E II, TODOS DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO. RECURSO DA DEFESA. PLEITO DE NOVO JÚRI. ART. 593, INCISO III, "C" E "D", DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. PRINCÍPIO DA SOBERANIA DOS VEREDICTOS. PENA APLICADA CORRETAMENTE. RECONHECIMENTO *EX OFFICIO* DA PRESCRIÇÃO QUANTO AO CRIME PREVISTO NO ART. 129, § 1º, I E II, DO CÓDIGO PENAL. Recurso conhecido e desprovido. Reconhecimento *ex officio* da prescrição quanto ao crime previsto no art. 129, § 1º, I e II, do Código Penal.

1. Primeiramente, forçoso reconhecer a extinção da punibilidade pela prescrição do crime previsto no art. 129, § 1º, I e II, do Código Penal. Com efeito, verifica-se que, tendo sido o paciente condenado, por tal crime, à pena de 01 (um) ano de reclusão em sentença publicada em 29 de maio de 2007, a pretensão punitiva do Estado restou exaurida no dia 29 de maio de 2011, porquanto ausentes outras causas de interrupção ou suspensão do lapso temporal, estando extinta a punibilidade do mencionado apelante, a qual deve ser reconhecida *ex officio* por este Órgão, por força do disposto no artigo 61 do Código de Processo Penal.

2. Quanto aos crimes previstos no art. 121, § 2º, I e IV, e no art.

121, § 2º, I e IV, c/c o art. 14, II, inexistindo prova manifesta de que o veredicto popular foi equivocado, não se justifica o acolhimento do pleito por novo Júri, sob pena de ofensa ao princípio da soberania dos veredictos, *ex vi* do art. 5º, inciso XXXVIII, alínea "c", da Constituição Federal de 1988.

3. Com efeito, não se vislumbra ilegalidade na decisão do Conselho de Sentença pela qual se condenou os acusados nas penas do art. 121, § 2º, I e IV, e no art. 121, § 2º, I e IV, c/c o art. 14, II, do Código Penal, uma vez que os elementos de prova oferecem lastro ao veredicto, ao contrário do que ocorre com a tese defendida em favor do apelante, amparada principalmente no depoimento de uma das testemunhas elencadas em sua Defesa, a qual se encontra em total desarmonia com relação ao contexto fático-probatório existente nos autos. Da mesma forma, considerando que a pena aplicada ao paciente foi necessária e suficiente à repressão e prevenção do crime, não há ilegalidade a ser reconhecida.

4. Tendo em vista a extinção da punibilidade pela prescrição do crime previsto no art. 129, § 1º, I e II, do Código Penal, permanecendo incólumes as sanções aplicadas na origem quanto aos crimes previstos no art. 121, § 2º, I e IV, e no art. 121, § 2º, I e IV, c/c o art. 14, II, do Código Penal, resta, portanto definitivamente aplicada ao apelante a pena de 26 (vinte e seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado.

5. Recurso conhecido e desprovido. Reconhecimento *ex officio* da prescrição quanto ao crime previsto no art. 129, § 1º, I e II, do Código Penal.

ACÓRDÃO

VISTOS, relatados e discutidos os presentes autos, nº 14249-70.2007.8.06.0000/0, em que foi interposto recurso de apelação por Risnaldo da Silva, contra sentença prolatada no Juízo da 3ª Vara do Júri da Comarca de Fortaleza, pela qual foi condenado por crime tipificado no art.121, § 2º, I e IV, art. 121, § 2º, I e IV, c/c o art. 14, II, e no art. 129, § 1º, I e II,do Código Penal Brasileiro.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer do apelo para negar-lhe provimento, reconhecendo, *de officio,* a prescrição da pretensão punitiva com relação ao crime previsto no art. 129, § 1º, I e II, do Código Penal, tudo nos termos do voto da eminente Relatora.

Fortaleza, 02 de setembro de 2014.

RELATÓRIO

O Ministério Público denunciou RISNALDO DA SILVA, apelidado "BISNALDO "; DEIVES BERNARDO DOS SANTOS, de alcunha "DAVID"; CLEILSON SOARES, apodado de "MAGUIM"; e EDSON MARTINS DE LIMA ALMEIDA, pela prática de condutas delitivas tipificadas no artigo 121, § 2º, I e IV, em relação à vítima Cristiano Miguel da Costa, e art. 121, § 2º, I e IV, c/c o art. 14, II, em relação à vítima Maria Luciene de Oliveira, combinados com os artigos 29 e 69, todos do Código Penal Brasileiro (fls. 02/05).

Consta na denúncia o seguinte:

> "Consta do Inquérito Policial, que o acusado Deives Bernardo Santos, no dia anterior, por volta das 15:00 horas, encontrou-se com a pessoa de Paulo Ricardo de Oliveira Avelino, conhecido pela alcunha de 'Potó', momento em que afloraram as velhas desavenças, e logo ao perceber que este último estava desarmado, 'David', resolveu igualar suas diferenças. Assim, 'Potó' e 'David' foram às vias de fato, e este último apoderando-se de uma garrafa de cachaça, quebrou-a e do gogo fez uma arma, ferindo no braço e nas costas a pessoa de 'Potó', que não morreu por circunstâncias alheias ao desejo daquele.
> Socorrido por sua mãe, a vítima Maria Luciene de Oliveira Pereira, 'Potó' foi levado a um hospital e depois de medicado, voltou para sua casa, onde se recolheu cedo, indo deitar-se em um dos cômodos daquela residência. Já as vítimas, no mesmo lar, descansariam na sala, acomodados em redes.
> Enquanto as vítimas dormiam, no conhecido Forró da Iara, 'David' e os outros comparsas, como é o caso de Risnaldo da Silva, Cleison Soares, Edson Martins, 'Tiago Lourinho' e Adriano, apodado de 'TIÚ', arquitetavam um plano macabro, para eliminar a pessoa de 'Potó' de uma vez por todas.
> Assim sendo, os referidos indivíduos, alguns deles inimputáveis, armaram-se com armas de fogo, e usando capuzes, foram até a residência onde a pessoa de 'Potó' residia. Ai chegando, um deles chutou a porta da citada residência, e passaram, todos, a fazer disparos em direção à rede onde, pensavam, dormia 'Potó'. Entretanto, ali estava deitada a vítima Cristiano Miguel da Costa, que foi mortalmente atingida por dois balázios. A também vítima Maria Luciene de Oliveira, também restou gravemente lesionada

> e só não foi morta por circunstâncias alheias a vontade dos acusados, que estavam dispostos a tudo, inclusive assumindo o risco de ceifar a vida de quem quer que estivesse ali.
> Alguns deles ouvidos pela autoridade policial demonstraram ter praticado o crime por questões que envolvem disputas de gangues, pois a vítima pertenceria à Gangue Barreirinha, enquanto os suspeitos são integrantes da Gangue da Peste.
> Mas também se retira dos autos do Inquérito Policial, que o crime fora praticado por vingança, já que Deives Bernardo, nutria uma desavença com a pessoa de 'Potó', verdadeiro alvo do ataque sangrento.
> É patente que as vítimas não tiveram chance de defesa, bem como se vislumbra como motivo aparente, a disputa entre membros de gangues rivais, e a vingança particular de um dos acusados, inclusive muito comuns naquela canto da capital alencarina, o que revela também a banalização da vida humana, vindo a caracterizar o homicídio qualificado pela torpeza e pelo uso de recurso que impossibilitou a defesa das vítimas."

A exordial delatória foi recebida em 25/10/2004 (fls. 148/151), e veio lastreada pelo inquérito policial iniciado por portaria (fls. 13/144).

Comparecendo em Juízo, os acusados foram qualificados e interrogados (fls. 187/188, 189/191, 192/194 e 199/201), ocasião em que, enquanto Risnaldo negou a autoria delitiva, dizendo que estava no bairro Tancredo Neves no dia e hora do crime, os demais negaram a autoria delitiva, imputando-a a Rinaldo, que teria coagido, inclusive, Tiago de Lima Almeida, vulgo "Tiago Lourinho, Adriano, apelidado "Tiú" ,e Cleilson, a participarem do crime.

Defesas preliminares regularmente apresentadas nos autos às fls. 202/203, 204, 207/209 e 210/211.

Instrução criminal realizada com a oitiva da vítima (fls. 237/239), de quatro testemunhas elencadas pela Promotoria de Justiça (fls. 234/236, 240/241, 242/243, 244/246), de quatro testemunhas arrolada pela Defesa do réu Risnaldo da Silva (fls. 267/268, 269/271, 303, 315/ 316), de duas testemunhas enumeradas pela Defesa do acusado Deives Bernardo dos Santos (fls. 272, 273/274), de cinco testemunhas do réu Cleilson Soares (fls. 297/298, 299, 300/301, 302, 317/318) e de três testemunhas arroladas pela Defesa de Edson Martins de Lima Almeida (fls. 319, 320 e 321/322), tendo o *Parquet* desistido a oitiva de duas testemunhas (fl. 247).

Em sede de alegações finais, o Ministério Público (fls. 324/329), requereu a impronúncia dos réus Deives Bernardo Santos, Cleilson Soares e Edson Martins de Lima Almeida, e a pronúncia do acusado Risnaldo da Silva, nos termos da denúncia. De seu lado, Edson Martins de Lima Almeida pugnou pela impronúncia, alegando que restara comprovado não ter aquele qualquer participação no crime (fls. 336/337). Risnaldo da Silva, por seu turno, requereu a impronúncia e, subsidiariamente, diante

da dúvida a respeito da autoria delitiva, pela sua absolvição (fls. 338/340). Deives Bernardo dos Santos, de seu lado, pleiteou pela sua impronúncia, em face da fragilidade da prova contra ele colhida (fls. 341/345). Cleilson Soares, por fim, também pugnou pela impronúncia, uma vez que não comprovada a sua participação no evento delitivo (fls. 346/348).

Às fls. 351/356, o Ministério Público apresentou aditamento à denúncia para imputar também a RISNALDO DA SILVA, de acunha "BISNALDO", a prática de conduta delitiva tipificada no art. 121, § 2º, IV e V, c/c o art. 14, II, do Código Penal Brasileiro, contra a vítima Tiago de Lima Almeida.

Está narrado no aditamento à denúncia que:

> "No dia 10 de junho de 2004, por volta das 22h00min, na Rua Capitão Nogueira, bairro da Aerolândia, o réu, fazendo uso de um revólver atentou contra a pessoa de Tiago de Lima Almeida, não conseguindo o excídio desejado por circunstância alheia à sua vontade, como demonstraremos a seguir.
> Consta dos autos que o réu no dia 26 de dezembro de 2003, por volta das duas horas e trinta minutos, na companhia da vítima Tiago assassinou a pessoa Cristiano Miguel da Costa e feriu a esposa deste Maria Luciene de Oliveira Pereira. Desde então, o réu passou a assediar a vítima Tiago, a fim de que este assumisse com exclusividade a autoria do fato delituoso, pelo fato de ser menor e 'não dar em nada', o que não foi aceito.
> Não tendo encontrado ressonância de seus planos na pessoa da vítima, o réu planejou exterminar a vida desta, para assim poder culpá-la. Uma vez morta, a vítima não poderia se defender.
> No dia indicado no início desta pela denunciatória, o acusado chamou a vítima para manter um diálogo, mas a real intenção era atraí-la para loca ermo, objetivando tirar-lhe a vida.
> A vítima, como sempre, confiando no seu comparsa o acompanhou até o local onde se deu o fato, e depois de uma aligeirada conversa, sem qualquer explicação. Risnaldo sacou de seu revólver e disparou contra a vítima atingindo-a nas costas próximo à nuca.
> Ferido, Tiago prostrou-se ao solo, sendo atendido pelo próprio réu, que passou a dizer que ele confirmasse a história que teria sido um desafeto do 'outro lado', quem efetuou o disparo.
> A genitora da vítima compareceu ao local e a socorreu para o IJF unidade central, onde a mesma ficou internada por uma semana, conseguindo sobreviver.
> É evidente que o acusado Risnaldo visava eliminar a vítima para assegurar impunidade em relação ao crime cometido por ele e a vítima, visto que uma vez morta esta não poderia imputar-lhe, como de fato imputa, a conduta de ter atirado em Cristiano Miguel da Costa e sua esposa Maria Luciene de Oliveira Pereira.
> Outrossim, o réu para a execução deste crime, usou de recurso que impossibilitou a defesa da vítima, abusando de sua confiança e disparando nas costas da mesma."

Inquérito policial iniciado por portaria (fls. 358).

A peça exordial de delação foi recebida em 09/09/2005 (fls.391/392).

Réu devidamente citado, conforme certidão de fl. 393v. Comparecendo em Juízo, foi qualificado e interrogado, oportunidade em que assumiu a autoria delitiva, porém afirmou que atirou acidentalmente na vítima (fls. 296/398).

Defesa preliminar apresentada pelo Defensor nomeado ao acusado às fls. 399/401.

Instrução criminal realizada com a oitiva da vítima (fls. 408/409) de duas testemunhas elencadas pela Promotoria de Justiça (fls. 410/411 e 412) e de 04 (quatro) testemunhas arroladas pela Defesa (fls. 422/423, 424, 425 e 431).

Em sede de alegações finais, o Ministério Público (fls. 433/439), requereu a condenação do acusado nos termos da denúncia, a ser recebida como aditamento nos autos do processo em que o mesmo réu responde, juntamente com outros, pelo homicídio de Cristiano Miguel da Costa e pela tentativa de homicídio de Maria Luciene de Oliveira Pereira. De seu lado, o apelante, por seu defensor, pugnou pela impronúncia e, subsidiariamente, pela retirada das circunstâncias que qualificam a infração penal (fls. 440/442).

Sentença de pronúncia (fls. 466/474), pela qual se impronunciou os réus Deives Bernardo Santos, Edson Martins de Lima Almeida e Cleilson Soares, submetendo-se a julgamento pelo Tribunal do Júri apenas Risnaldo Silva como incurso nas sanções do artigo 121, § 2º, I e IV, com relação à vítima Cristiano, art. 121, § 2º, I e IV, c/c o art. 14, II, com relação à vítima Maria Luciene, e art. 121, § 2º, IV e V, c/c o art. 14, II, referente ao crime conexo que teve como vítima Tiago de Lima Almeida, c/c os artigos 29 e 69, todos do Código Penal.

Libelo-crime acusatório às fls. 482/484. Contrariedade apresentada às fls. 487/488.

Instalada a sessão do Júri instalada, foi interrogado o réu (fls. 497/498) e ouvidas testemunhas arroladas pelo Ministério Público e pela Defesa (fls. 499/500, 501/502, 503/504, 505/506, 507/509, 510/511).

Sentença (fls. 516/518) pela qual, com base na decisão soberana do Conselho de Sentença, foi o réu Risnaldo da Silva condenado à pena total de 27 (vinte e sete) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, pela prática de condutas delitivas tipificadas no art. 121, § 2º, I e IV, com relação à vítima Cristiano Miguel da Costa, art. 121, § 2º , I e IV, c/c o art. 14, II, com relação à vítima Maria Luciene de Oliveira Pereira, e art. 129, § 1º, I e II, referente à vítima Tiago de Lima Almeida.

Inconformado, o réu em questão, por intermédio de seu advogado, com esteio no art. 593, inciso III, "c" e "d", do Código de Processo Penal, manifestou interesse de recorrer da sentença ainda em Plenário (fl. 521), apresentando suas razões às fls. 522/532, oportunidade em que requereu o provimento do recurso, para ser submetido a novo julgamento perante o Tribunal Popular do Júri, alegando que a decisão vergastada é manifestamente contrária à prova dos autos e que a pena aplicada restou dissociada da realidade.

Contrarrazões recursais acostadas às fls. 534/539, no bojo das quais requereu o Ministério Público que fosse conhecido o recurso, para se lhe negar provimento, mantendo-se incólume a decisão vergastada.

Encaminhados os autos a esta Corte de Justiça (fl. 549), foram com vistas à Procuradoria Geral de Justiça, que, em parecer de fls. 556/562, manifestou-se pelo conhecimento e total improvimento do apelo.

Em sede de Mutirão Carcerário, a Defensoria Pública do Estado pugnou pela concessão de *habeas corpus* de ofício ao apelante, para relaxar a sua custódia cautelar, em face do excesso de prazo da mesma, e da carência de fundamentação da decisão condenatória, na parte em que se denegou a ele o direito de recorrer em liberdade (fls. 579/582). Aberta vista dos autos à Procuradoria Geral de Justiça, esta se manifestou pela não concessão de *habeas corpus* (fls. 583/585). Por decisão de fls. 586/591, o eminente Desembargador Relator determinou que o Juízo da Vara de Execuções Criminais competente procedesse à progressão de regime do apelante, após a verificação dos requisitos legais.

É o breve relatório.

À douta revisão.

Fortaleza, 18 de agosto de 2014.

VOTO

Preliminarmente, declaro conhecer do recurso interposto, eis que obedecidos os requisitos de sua admissibilidade.

Trata-se de apelação criminal interposta pelo acusado Risnaldo da Silva contra sentença (fls. 516/518), pela qual foi condenado às penas de 16 (dezesseis) anos de reclusão, por infração ao art. 121, § 2º, I e IV, do Código Penal, referente à vítima Cristiano Miguel da Costa; de 10 (dez) anos e 08 (oito) meses de reclusão, pela prática de conduta delitiva tipificada no art. 121, § 2º, I e IV, c/c o art. 14, II, do Código Penal,

com relação à vítima Maria Luciene de Oliveira Pereira; e de 01 (um) ano de reclusão, por crime previsto no art. 129, § 1º, I e II, do Código Penal, concernente à vítima Tiago de Lima Almeida; restando ao final, por força do concurso material de crimes, fixada em 27 (vinte e sete) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado.

Consta na denúncia que o acusado, por motivo torpe e surpreendendo as vítimas, ceifou a vida de Cristiano Miguel da Costa e tentou assassinar a vítima Maria Luciene de Oliveira Pereira, vindo, posteriormente, a lesionar à bala a vítima Tiago de Lima Almeida.

PRELIMINAR – DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITVA COM RELAÇÃO AO CRIME PREVISTO NO ART. 129, § 1º, I E II, DO CÓDIGO PENAL, COMETIDO CONTRA A VÍTIMA TIAGO DE LIMA ALMEIDA

Inicialmente infere-se dos autos a impossibilidade de análise de qualquer prova ou ato processual relativo ao crime previsto no art. 129, § 1º, I e II, do Código Penal Brasileiro. Explico.

É que, não obstante o esforço dos relatores predecessores, com relação a esse crime configurou-se a prescrição da pretensão punitiva estatal, ficando prejudicada a análise de qualquer ato a ele referente, inclusive a análise da prova.

Inicialmente, é de se destacar que a prescrição é orientada pelo que a doutrina chama de balizas, ou seja, os períodos em que pode ser observada a ocorrência do instituto, considerando seu marco inicial de contagem e as posteriores causas interruptivas, quando ausente qualquer das causas suspensivas, nos seguintes moldes, no que se refere ao procedimento ordinário, inclusive para fatos criminosos ocorridos anteriormente à vigência da Lei nº. 12.234/10:

1ª Baliza - Data do fato até o recebimento da denúncia;

2ª Baliza - Data do recebimento da denúncia até sentença condenatória recorrível, no caso de júri popular, até a pronúncia do réu;

3ª Baliza - Data da publicação da sentença condenatória até o trânsito em julgado.

Compulsando os autos, facilmente se verifica que a prescrição, nesse caso, se encontra amparada na 3ª baliza, tendo em vista que a publicação da sentença ocorreu no dia 29 de maio de 2007 (fl. 521), não tendo, até a presente data, transitado em julgado a decisão condenatória para este réu, porquanto pendente de julgamento o presente recurso de apelação por ele ofertado.

Por outro lado, considerando o disposto no artigo 110, § 1º, do Código Penal Brasileiro, após o trânsito em julgado para o Ministério Público, o prazo prescricional é regulado pela pena aplicada na sentença, podendo ser considerado o período anterior ao julgado, caracterizando-se a prescrição retroativa, ou após a sentença, a chamada prescrição superveniente.

No caso concreto, é de se notar que não houve recurso por parte do Órgão Ministerial, devendo ser considerado o prazo de quatro anos previsto para a pena de um ano de reclusão imposta na sentença, segundo os termos do art. 109, V, do Código Penal Brasileiro.

Assim está previsto em lei:

> [1] Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1o do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010).
> I - em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze;
> II - em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze;
> III - em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito;
> IV - em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro;
> V - em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois;
> ~~VI - em dois anos, se o máximo da pena é inferior a um ano.~~
> [2] VI - em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano. (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010).
> **Prescrição das penas restritivas de direito**
> Parágrafo único - Aplicam-se às penas restritivas de direito os mesmos prazos previstos para as privativas de liberdade. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
> **Prescrição depois de transitar em julgado sentença final condenatória**
> Art. 110 - A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
> ~~§ 1º - A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada.~~ (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
> ~~§ 2º - A prescrição, de que trata o parágrafo anterior, pode ter por termo~~

1 MOSSIN, Heráclito Antônio. **Júri: crimes e processo.** 3a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.451.

2 NUCCI, Guilherme de Souza. **Júri: princípios constitucionais.** 1ª ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999, p. 100.

> ~~inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou da queixa.~~ (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
> § 1º A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa. (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010).

Dessa forma, considerando os artigos ora mencionados, verifica-se que a pretensão punitiva do Estado quanto a esse crime foi atingida no dia 29 de maio de 2011, porquanto ausentes outras causas de interrupção ou suspensão do lapso temporal, estando extinta a punibilidade do mencionado apelante, a qual deve ser reconhecida *ex officio* por este Órgão, por força do disposto no artigo 61 do Código de Processo Penal.

Assim, é de se declarar, preliminarmente, extinta a punibilidade do apelante quanto ao crime previsto no art. 129, § 1º, I e II do Código Penal Brasileiro.

Passo, então, à análise das razões recursais expendidas.

MÉRITO – DO PLEITO DE REALIZAÇÃO DE NOVO JÚRI E DE REDIMENSIONAMENTO DAS PENAS RELATIVAS AOS CRIMES DE HOMICÍDIO CONSUMADO E TENTADO, COMETIDOS, RESPECTIVAMENTE, CONTRA AS VÍTIMAS CRISTIANO MIGUEL DA COSTA E MARIA LUCIENE DE OLIVEIRA PEREIRA

Compulsando os autos, verifico que não provimento a apelação em apreço pelos motivos que passo a expender.

Concluída a instrução criminal, resta clara a responsabilidade do acusado pelos crimes narrados na inicial de fls. 02/05, cuja materialidade se encontra devidamente comprovada através dos laudos em exame de corpo de delito de fls. 69/70 e 206.

Com efeito, embora o réu negue a autoria delitiva, esta se mostra patentemente demonstrada através dos depoimentos de Deives Bernardo Santos, Edson Martins de Lia Almeida e Cleilson Soares, os quais chegaram a ser denunciados, porém foram impronunciados, pelo crime de que ora se cuida:

> "(...) Que antes do crime, uma semana antes do filho da Maria Luciene, que é o Potó, deu uns tiros contra Risnaldo, Tiago, Cleilson e o Tiu; que os tiros não acertaram nenhum dos elementos; que depois da semana o grupo acima veio a procura do Poto para se vingar; que quando o Risnaldo, Tiago, o Tiu e o Cleilson vieram a procura do Poto, chegando na casa da Maria Luciene, a vítima estava lá, pois ali residia; que ouviu os tiros, mas não

soube na hora quem havia sido atingido, somente no dia seguinte; que no dia seguinte soube que o Cristiano tinha morrido e a Maria Luciene saiu ferida; que o Potó não saiu ferido; que as vezes saia com os acusados, mas nem sempre; que foi criado junto com os acusados desde menino; que não sabe dizer se o Rinaldo participou dos tiros porque tinha muita gente e foram muitos tiros; que não participou deste fato e tem certeza absoluta que o Edson também não participou; que no dia em que o Poto efetuou os disparos contra o grupo citado pelo interrogando, o interrogando entrou na casa de uma senhora e deixou a sua bicicleta fora; que o grupo quando passou levou a sua bicicleta; que daí passou a procurar a sua bicicleta indo por duas vezes no beco em que o Poto e seu grupo ficava e não conseguiu reaver a bicicleta; que na tarde do crime foi ao encontro do Poto, que estava bebendo; que houve o desentendimento com o Poto, que entraram em luta corporal; que furou o Poto com uma gargalo de garrafa; que daí o Poto saiu dizendo para a polícia que o interrogando havia participado do crime; (…); que chegou a ser procurado pelo Edson para irem atrás do seu irmão Tiago Lourinho; que foi acompanhando o Edson e conseguiram acompanhar o grupo; que o Risnaldo chamava o interrogando para invadir a casa do Poto; que chegou a pedir aos outros elementos do grupo para não irem pois ia dar problemas; que o Risnaldo apontou a arma para o grupo e indagou: 'vocês não vão não'; que o grupo foi e o Edson e o interrogando voltaram correndo e em outro quarteirão escutaram os tiros; que não houve nenhum comentário por parte do grupo no Forró da Iara para invadir a casa; que do grupo estavam armados o Risnaldo, o Tiu, o Tiago Loirinho e o Cleilson; que soube no outro dia que o Tiago, que não é o Loirinho, ficou com a arma do Risnaldo; que a arma era do Tiago que emprestou ao Risnaldo e depois do crime devolveu a arma ao Tiago; que soube que o Tiago foi preso por causa desta arma; que os comentários é que o Tiago e o interrogando estavam sendo acusados do crime; que, no encontro do grupo, já perto da casa da vítima, o Tiago da Verônica não estava no local; que o Risnaldo, o Tiu, o Cleilson e o Tiago Loirinho fazem parte de gangues; que chamam de Gangue da Peste; que o Poto faz parte da Gangue do Piloto; que a Gangue da Peste e a Gangue do Piloto são inimigas; (...).” (grifos nossos). **(Trecho do interrogatório de Deives Bernardo Santos realizado em Juízo – fls. 189/191).**

“(...) Que ao chegar no local onde estava o grupo o Risnaldo sacou de um revólver e disse que ninguém saia do local; que ficou parado na hora e assim que o grupo deu as costas deixou o local junto com o Deives; (…); que na hora em que esteve lá para retirar o seu irmão, viu portando armas o Tiu, o Risnaldo e o Tiago Loirinho, seu irmão; que ouviu falar que a arma do Risnaldo teria sido emprestada por outro Tiago; que este Tiago chegou a ser preso na noite do crime por colta dessa arma; que ouviu falar que depois do crime o Risnaldo entregou a arma ao Tiago da Verônica; que não viu quem primeiro bateu na porta da casa do Poto porque do local onde estava o grupo era distante da casa do Poto; que o Tiago chegou a comentar com o interrogando que o Risnaldo invadiu a casa do Poto e atirou na vítima; que o Tiago levou um tiro do Risnaldo antes deste crime ora constante no processo; (…); que o Tiago Loirinho, o Risnaldo e o Tiú pertencem a Gangue

> da Peste; que ouviu falar que o Potó pertence a Gangue da Barreirinha; que as duas gangues são rivais; (...).” **(Trecho do interrogatório de Edson Martins de Lima Almeida levado a efeito em Juízo – fls. 192/194).**
>
> (…) Que quando saiu do forró se encontrou com o Risnaldo, no caminho o mesmo chamou para entrarem em um beco; que todo o grupo foi ameaçado com um revólver pelo Risnaldo para entrar no beco; que no beco o Risnaldo invadiu a casa e começou a atirar; que o interrogando e os outros companheiros correram; que quem foi no beco acompanhando o Risnaldo foi o Deives, o Tiago, o Adriano e o interrogando; que não vu Tiago airando no local, mas o mesmo confessou na delegacia; que no local só viu atirando o Risnaldo; que não conhecia a vítima Crsitiano, bem como a Maria Luciene; que só sabe que a Maria Luciene é a mãe do Poto; que não conhece o Poto; que lá tem um grupo que fica do lado da Barreirinha e um outro que é chamado de grupo da Peste, mas não são gangues, apenas colocaram esses apelidos; (…).” **(Trecho do interrogatório de Cleilson Soares levado a efeito em Juízo – fls. 199/201).**

Em harmonia com tais versões, também os depoimentos prestados por Tiago de Lima Almeida, de alcunha “Tiago Loirinho”, irmão de Edson, de João Tiago de Sousa Ribeiro e de Verônica Medeiros de Sousa, mãe de João Tiago:

> “(...) Que ao chegarem em uma rua o Risnaldo foi até na frente e depois voltou, que foi então que pegou o revólver, derrubou a porta de uma casa e efetuou cinco disparos para dentro da casa; que depois todos foram para as suas residências; que no dia seguinte, tomou conhecimento que tinha havido uma morte no local; que não conhecia as vítimas; (…); que o revólver que o Risnaldo estava atirando pertencia ao João Tiago; que não sabe os motivos pelos quais o Risnaldo atirou dentro da casa; que o Risnaldo tinha raiva do Potó e talvez foi para atirar no Potó, pois o mesmo morava nessa casa; (…); que confirma que quando houve a desistência do Risnaldo de ir para o forró do Piloto ele falou que ia matar o Potó; que quando estava perto da casa do Potó, surgiram o Deives e o Edson, que tinham sido mandados pela mãe do declarante; que nessa ocasião o Risnaldo, que estava armado, disse: 'ninguém vai sair daqui não porque eu vou ali matar o Potó'; que o grupo ficou por causa da ameaça do Risnaldo e depois que este arrombou a porta o grupo saiu do local; que o Deives chegou a pedir que o Risnaldo não fizesse nada com o Potó; que o declarante, o Tiú e o Cleilson seguiram o Risnaldo até a casa do Potó; que só quem colocou o capuz no rosto, quando chegou perto da casa do Potó, foi o Risnaldo; que o declarante retifica e diz que quando o Risnaldo colocou o capuz, o declarante e o Tiú também colocaram; que quem derrubou a porta da casa da vítima foi o Risnaldo; que, no local, além do Risnaldo, o Tiú e o declarante também atiraram, só que para fora da casa; que só quem atirou dentro da casa foi o Risnaldo; que no forró da Iara quem estava armado era o declarante e o Tiú e o Risnaldo foi pegar a arma com o João Thiago; (…); que o Risnaldo ligava do presídio querendo que o declarante e o Tiú assumissem o crime

> porque eram menores; que chegou a receber um disparo do Risnaldo por conta dessas ameaças; (…).” **(Excerto do depoimento prestado por Tiago de Lima Almeida, “Tiago Loirinho” em Juízo – às fls. 244/246).**
>
> “(…) Que a testemunha não estava presente no local do crime; que a testemunha emprestou a arma para o Rinaldo, que pediu a arma para fazer uma 'ronda'; que não sabe que tipo de ronda era, pois o mesmo não é vigilante; que não sabia que a arma seria para cometer algum crime; que quando recebeu a arma de volta o Risnaldo não falou nada; que nessa hora a testemunha estava com sua namorada; que o Rinaldo pediu a arma por volta das 23h a 23h30 e não olhou se a arma estava municiada; que depois de meia hora o Risnaldo devolveu a arma e também a testemunha não olhou se a mesma estava municiada.” **(Excerto do depoimento prestado por João Tiago de Sousa Ribeiro em Juízo – às fls. 240/241).**
>
> “(...) Que reside em outra rua; que chegou a ouvir os tiros, mas não assistiu os fatos; (…); que ouviu falar que houve uma briga do Deives com o Paulo Ricardo que é o Potó; que conhece o Risnaldo; que o Risnaldo fala com o filho da testemunha, mas apenas se cumprimentam de 'oi – como vai'; que a arma que o Risnaldo estava pertencia ao filho da testemunha Tiago; que o Risnaldo pediu a arma ao Tiago para fazer uma ronda e depois quando o seu filho ia chegando em casa, por volta de 1h o Tiago foi preso pela polícia; que não ouviu falar se foi com a arma do Tiago que o Risnaldo foi até a casa da vítima; que o Risnaldo, quando entregou a arma para o Tiago, falou que lá no om Retiro estava cheio de polícia; (…); que lá no bairro não existe gangue e sim rixa entre grupos, que um não pode passar para um lado e outro também não pode passar para o outro lado; (…); que o Risnaldo no dia 31 de dezembro de 2003, passou na casa da testemunha e disse que seu filho Tiago estava preso de 'Laranja' e a testemunha pediu para o Risnaldo falar isso na delegacia; que o Risnaldo também falou que quem tinha participado da execução do Cristiano tinha sido seis pessoas, que estavam usando capuz; que o Risnaldo falou também que estava usando camisas de mangas compridas e luvas para não ficar vestígios de pólvoras nas mãos, que também falou que o Tiago Loirinho participou do crime, que o acusado Edson não participou do crime, que o Cleilson participou, mas o Deives não participou; que o Tiago, filho da testemunha, não sabia quem tinha participado do crime; que só soube quando estava no Patativa porque a testemunha contou; que o grupo, por ficarem todos juntos conversando, receberam o nome de 'peste'; (…).” **(Excerto do depoimento prestado por Verônica Medeiros de Sousa em Juízo – às fls. 242/243).**

Na mesma perspectiva, a vítima, Maria Luciene de Oliveira Pereira, em depoimento prestado em Juízo, afirmou ter sido Risnaldo quem atirou contra ela e seu companheiro Cristiano, *in verbis*:

> “(...) Que a declarante estava em sua residência com seu companheiro Cristiano, em uma rede, quando a porta foi arrombada e vários elementos

> entraram e passaram a efetuar disparos contra a declarante e seu companheiro; que o Risnaldo a declarante reconheceu de imediato e foi quem atirou no Cristiano; que outros efetuaram disparos, mas a declarante não reconheceu os mesmos, pois eram muitos; que a tarde, o Deives agrediu o filho da declarante com uma garrafa e chegou a dizer que a noite iria invadir a casa do Paulo Ricardo; que duas pessoas que invadiram a casa a declarante só conhece o Risnaldo e afirma que foi o referido quem atirou; que a declarante levou quatro tiros, que um traspassou o corpo da declarante e ainda tem três balas alojadas em seu corpo; que acredita que o Deives estava entre os agressores porque a tarde tinha ameaçado de invadir a casa da declarante, mas afirma que quem matou o Cristiano foi o Risnaldo, que a família do Deives diz que não foi ele quem efetuou os disparos." **(Excerto do depoimento prestado pela vítima Maria Luciene de Oliveira Pereira em Juízo – às fls. 237/239).**

Por seu turno, o acusado Risnaldo da Silva nega a autoria delitiva, asseverando que, na hora do crime, estava no bairro Tancredo Neves, versão esta que se apresenta em parcial conformidade apenas com o depoimento da testemunha de Defesa Eli Vale da Silva, a qual, entretanto, não se encontrava com Risnaldo no momento do crime, ou seja, na madrugada no dia 25 para o dia 26 de dezembro de 2003, tendo-o visto apenas por meia hora na manhã do dia 25 e, depois, já no dia 26 de dezembro. Transcrevo, a seguir, trechos dos referidos depoimentos:

> "(...) Que o interrogando nega a acusação constante na denúncia; que no dia e hora do crime o interrogando se encontrava no bairro Tancredo Neves; (…); que em nenhum momento esteve na rua Bom Retiro, na Aerolândia, que já morou lá no bairro, mas teve que sair porque seu irmão cometeu um crime e a família da vítima estava perseguindo o interrogando e sua família; que ouviu comentários que os executores do crime contra o Cristiano e a Maria Luciene seriam as pessoas que estavam a procura da família do interrogando e erraram de casa; quem falou isso foi uma pessoa de nome Elias; que o Elias acha que as pessoas que estavam a procura da família do interrogando que fizeram esse crime; que nega qualquer participação nesse fato; que ficou sabendo que foi um menor, que foi preso na mesma noite do fato, com a arma do crime; (…); que soube na delegacia que o Poto não aguentou dormir na rede e mandou o Cristiano e por conta disso o Cristiano foi morto pelo Tiu, Tiago Loirinho e o Deives; (...)." **Trecho do interrogatório realizado em Juízo – fl. 187/188)**.

> "(...); Que a testemunha ficou tomando conta da casa do acusado na ausência deste e de sua mãe, casa esta que localiza-se na rua Souza Pinto, 566; que ficou do dia 6 de dezembro de 2003 até o dia 10 de janeiro de 2004; que o acusado e sua mãe estiveram no bairro Tancredo Neves, na casa de uma amiga; que o depoente sabe disto pelo fato de ter ido na referida residência a fim de deixar as contas de água, luz e telefone; que de acordo com a

> testemunha o acusado Risnaldo e sua genitora não andaram pelo bairro da Aerolândia, pelo menos que disto tenha tomado conhecimento o depoente; (…); que a ameaça referida pela testemunha era em relação ao Risnaldo e sua genitora; que salienta a testemunha que as ameaças surgiram depois de um crime em que o irmão de Risnaldo teve participação, tendo a família da vítima se revoltado e vivia fazendo disparos na rua Sousa Pinto, inclusive as paredes da casa do Risnaldo estão todas marcadas com balas; (…); que a testemunha confirma que soube do ocorrido no dia 25, dia de natal, e que no mesmo dia esteve com o acusado Risnaldo na casa aonde o mesmo estava, no Tancredo Neves; que a testemunha, depois de ser informada que o crime aconteceu no dia 26, por volta das 2h30, e esclarecida das penalidades do perjúrio, afirma que não está mentindo, pois diz que esteve na casa no Tancredo Neves do dia 25, dia de natal; que a testemunha, ao ser questionado sobre o que fez na manhã do dia do crime, disse que no dia 26 também foi na casa em que Risnaldo estava no Tancredo Neves, e disse que acrdou pela manhã, ouviu os boatos, tomou café na casa de sua genitora e seguiu para o Tancredo Neves; que questionado porque fora duas vezes, uma seguida da outra, para onde estava o acusado Risnaldo, ou seja no Tancredo Neves, disse que era porque tinha ido deixar o papel da água, da luz e do telefone; que afirma a testemunha que no dia 25 'é porque foi lá mesmo'; (…); que no dia 25 de dezembro de 2003, feriado de natal, a testemunha foi a casa onde estava Risnaldo, no Tancredo Neves, no horário da manhã e ficou por lá coisa de meia hora, quando então teve por encontrar o Risnaldo e sua genitora .” **(Trecho do depoimento prestado pela testemunha Eli Vale da Silva – fls. 269/271).**

Vê-se, portanto, que a testemunha não se constitui em álibi, porque não estava com Risnaldo no momento do crime, não sendo, portanto, idônea a afastar a versão apresentada pelas testemunhas já referidas, sendo certo, ademais, que as demais testemunhas apontadas pela Defesa do recorrente, nada falam acerca da suposta mudança daquele para o bairro Tancredo Neves à época do crime, apenas discorrendo acerca de sua conduta social (fls. 267/268, 303, 315/316).

Por outro lado, as assertivas da vítima sobrevivente e das demais testemunhas elencadas pela Defesa encontram-se referendadas pelo laudo pericial balístico de fls. 131/139, onde se observa que o projétil retirado do corpo de Cristiano Miguel da Costa foi propelido pela arma tomada de empréstimo de João Tiago por Risnaldo para cometer o crime.

Dessa forma, forçoso concluir que a decisão prolatada pelo Conselho de Sentença não se mostra dissonante com as provas existentes nos autos, mormente quando se observa o elevado valor probante dos depoimentos prestados pelas testemunhas elencadas pelo Ministério Público e pela vítima, todos em consonância com os demais elementos de prova carreados aos autos, notadamente com o laudo de fls. 131/139.

Com efeito, dentre as teses arguidas pela Promotoria Pública e pela Defesa, o Tribunal Popular elegeu aquela que mais lhe pareceu adequada em face das informações carreadas aos autos durante a instrução probatória, agindo, assim, em consonância com o princípio da soberania dos veredictos, previsto no art. 5º, inciso XXXVIII, alínea "c", da Constituição Federal de 1988.

Escrevendo sobre a matéria, preleciona Heráclito Mossin:

> "Por outro lado, se existe prova a favor e contra relativamente a alguma das teses defendidas no plenário pelas partes, o jurado, dentro de seu livre convencimento, pode eleger a posição que melhor lhe aprouver. Isso, ocorrendo, à luz da evidência, não se pode exortar tenha tido julgamento oposto à evidência do acervo probatório.
> Didaticamente pode ser citado um exemplo: há versão no sentido de que o réu matou a vítima em legítima defesa; enquanto que noutro quadrante da prova ficou patenteado que o acusado ceifou a vida da vítima de emboscada. Assim, na ampla soberania do júri, o colegiado popular pode condenar o acusado por homicídio qualificado ou absolvê-lo.
> Convém advertir que o julgamento feito nessas condições está embasado no princípio da persuasão racional, consagrado no art. 155 do Código de Processo Penal, em que o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova, o que lhe permite optar por uma das versões apresentadas no bojo dos autos. O que basta para não macular o princípio, é que o magistrado julgue em conformidade com as provas elencadas no correr da instrução probatória. Esse princípio, à eloquência, também se aplica no processo penal do júri.
> No quadrante sob dissertação, a jurisprudência se manifesta, de forma iterativa, no sentido da opção pelos jurados por uma das versões encontradas nos autos."

Nesse sentido, também a lição de Guilherme de Souza Nucci:

> "A quarta alternativa, no entanto, levanta uma polêmica consistente, pois permite, de algum modo, que o Tribunal Superior questione o mérito do veredicto proferido pelo júri. Seria inconstitucional tal dispositivo? Como já foi ressaltado, não há problema algum em submeter qualquer decisão de órgão judiciário ao crivo do duplo grau de jurisdição. Assim, sendo possível que os jurados cometam erros, porque não avaliaram corretamente a prova a eles apresentada, a apelação tem cabimento para permitir ao Tribunal rever o que foi decidido. Por ora, nenhuma ofensa estaria, a princípio, presente nessa reavaliação.
> Ocorre que o legislador ordinário utilizou o termo "manifestamente" para evidenciar quando a decisão dos jurados entra em confronto com a prova dos autos. Não é qualquer situação que autoriza o provimento da apelação, sendo preciso um veredicto notoriamente, gritantemente, patentemente, contrário à prova colhida e constante dos autos.

Diz Ary Azevedo Franco: "Manifestamente... Nunca um vocábulo teve maior precisão, maior indubitabilidade no seu sentido. Assim como nunca a significação usual se ajustou mais rigorosamente à sua significação jurídica. *Manifesto*, segundo Cândido Figueiredo, é sinônimo de patente, público, evidente. E Domingos Vieira afirma 'o que é manifesto é evidente para todos' (*Dic*., vol. IV, pág. 103). Que se poderá entender por manifesto, por evidente, senão aquilo que se impõe à percepção de todos, que todos vêem necessariamente, e sobre o que não é admissível, em sã consciência, a possibilidade de afirmações díspares?"

Não bastasse a prudência legislativa para não deturpar a função do júri, autorizando somente a revisão daquilo que foi evidentemente equivocado, buscando sanar injustiças, atualmente a Constituição Federal elegeu como princípio-garantia do tribunal popular a soberania dos seus veredictos.

Nesse sentido, está correta a observação feita por Frederico Marques de que soberania não exige o respeito a um só veredicto, ou seja, não se impõe a submissão ao primeiro veredicto proferido pelo júri. O importante é que o tribunal popular dê a última palavra quanto ao mérito dos casos envolvendo crimes dolosos contra a vida.

Longe de ser prejudicial, é medida salutar submeter as decisões de qualquer tribunal ao crivo do duplo grau de jurisdição. E, a princípio, a soberania está assegurada, pois o §3º, do art. 593, do CPP preceitua que "se a apelação se fundar no n. III, *d*, deste artigo, e o tribunal *ad quem* se convencer de que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos, dar-lhe-á provimento para sujeitar o réu a novo julgamento; não se admite, porém, pelo mesmo motivo, segunda apelação.

A situação é teoricamente perfeita. Uma decisão manifestamente injusta pode ser revista pelo Tribunal do Júri, bastando que, para isso, o Tribunal Superior dê provimento à apelação. Será, então, o mesmo órgão julgador, naturalmente com outra composição (art. 607, §3º, do Código de processo Penal, e Súmula 206 do Supremo Tribunal Federal), que irá reavaliar o que fez, mantendo ou não o veredicto. Existindo erro crasso, certamente no interesse da justiça, o júri, novamente reunido, reformará a decisão anterior.

Há dois problemas, no entanto, que podem ferir a soberania do júri, embora de modo camuflado. O primeiro ocorre quando o Tribunal Superior, apreciando apelação interposta por uma das partes, entende que, apesar de encontrar alguma sintonia com a prova dos autos, não tomou o júri a melhor postura que o caso exigiria, no seu entender (do órgão ad quem), e resolve dar provimento ao recurso para remeter a novo julgamento o réu. Trata-se de patente ofensa ao princípio da soberania dos veredictos, pois não lhe cabe reavaliar o mérito, imprimindo a sua opinião a respeito da decisão e sim verificar se esta tem ou não algum fundamento nas provas – e não o "melhor" fundamento. Não se deve esperar do júri que siga a jurisprudência dominante ou a orientação desta ou daquela Câmara do Tribunal Superior; aguarda-se do tribunal popular um veredicto que tenha alguma guarida na prova dos autos e nada mais. Ensina Ary Azevedo Franco que "a reforma da decisão do Júri só se justifica quando o Tribunal de Apelação, apreciando-a com a mentalidade de jurado, e como tal deve ser entendida a expressão – livremente – isto é, sem as peias de juiz de ofício, que se habitua a ver as provas com rigor de técnica, chegar à conclusão de que a mesma nenhum apoio encontra na prova, ou seja, que ela foi manifestamente contrária às provas dos autos, e não apenas contrária às provas dos autos, em uma

> palavra: o desembargador deve revestir-se de mentalidade de jurado e não exigir que o jurado se revista de mentalidade de desembargador...".

Na mesma esteira, a jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

> **STJ:** EMENTA: PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DECISÃO AGRAVADA. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO. SÚMULA 283/STF. JÚRI. DECISÃO CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. VERSÃO EXTRAÍVEL DO CONJUNTO PROBATÓRIO. SOBERANIA DOS VEREDICTOS. VIOLAÇÃO. MATÉRIA DE DIREITO. 1. A ausência de impugnação, nas razões do agravo, de todos os fundamentos da decisão agravada, atrai a incidência da Súmula 283/STF, aplicável ante a máxima hermenêutica ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio: onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito. Precedentes. 2. In casu, os agravantes, ao argumentarem exclusivamente com a aplicação da Súmula 279/STF, deixaram de afastar especificamente todos os fundamentos da decisão agravada, notadamente o que tratou da existência de versão dos fatos, extraível do conjunto probatório, à qual o Júri aderiu**. 3. A conclusão do Júri, quando não totalmente dissociada das provas dos autos, posto configurar uma das versões extraíveis do conjunto probatório, não implica sua anulação, sob pena de desrespeito à soberania dos veredictos insculpida na Constituição Federal (art. 5º, inciso XXXVIII, letra "c").** Precedentes: HC 83961/MS Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, J. 9/03/2004, 2ªTurma; HC 83838/MG, Rel. Min. ELLEN GRACIE, J. 02/03/2004 2ªTurma; HC 82447/RJ, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, J. 20/05/2003 2ª Turma; HC 74562/SP, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, J. 22/10/1996, 1ª Turma. 4. Deveras, no acórdão impugnado mediante o extraordinário consta que o Júri acolheu versão decorrente de prova testemunhal colhida sob o manto do contraditório. 5. O Relator, na decisão agravada, apreciou o tema jurídico consoante o quadro fático delineado na origem, o que não se confunde com o reexame de provas – afasta-se a Súmula 279/STF. Precedentes: RE 469632/PA, rel. Min. Marco Aurélio, j. 2/12/2008, 1ª Turma; AI 147120 AgR, rel. Min. Marco Aurélio, j. 18/05/1993, 2ª Turma. 6. Agravo regimental desprovido.
> (RE 594104 AgR-AgR/MT. Rel. Min. LUIZ FUX. Primeira Turma. Julgamento: 03/05/2011).

No que concerne à dosimetria da pena, não se verifica ilegalidade idônea a justificar a modificação da sentença meritória, pois, embora não observada claramente as fases a ela atinentes, esta não restou fixada de forma exacerbada. Explica-se.

Verifica-se que a pena-base, para o delito consumado contra Cristiano, foi aplicada pelo Magistrado primevo em 16 (dezesseis) anos, consideradas as duas qualificadoras reconhecida pelo Conselho de Sentença e a personalidade do réu, *"que*

é chefe de gangue e que incentiva os adolescentes do bairro à prática de delitos" (fl. 516). Pois bem, caso obedecidas as três fases da dosimetria da pena, previstas em lei, tem-se como suficiente a fixação da pena-base, mantida a análise levada a efeito na sentença, em 14 (catorze) anos de reclusão. Considerando que a primeira agravante qualifica o crime e a segunda deve ser usada para aumentar a pena, aplicando-se esta última em 1/6 (um sexto), ter-se-ia, como pena final, a de 16 (dezesseis) anos e 04 (quatro) meses, portanto, maior ainda do que aquela aplicada na sentença. Daí, por que, vedada a *reformatio in pejus*, prevista em Lei, mantém-se a sentença nesse aspecto, preservando-se a pena fixada ao paciente em 16 (dezesseis) anos de reclusão.

Para o delito tentado contra Maria Luciene, seguindo o raciocínio anterior quanto às três fases da dosimetria da pena, ter-se ia uma pena-base de 14 (catorze) anos de reclusão, aumentada de 1/6 (um sexto) por força da segunda agravante, resultando em 16 (dezesseis) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, pena esta reduzida em 1/3 (um terço), posto que o crime em muito se aproximou da consumação, tanto que a vítima restara atingida por quatro tiros, resultando, portanto, definitivamente, fixada em 10 (dez) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão. Desta forma, também em obediência ao princípio *non reformatio in pejus*, preserva-se a pena fixada inicialmente na sentença, em 10 (dez) anos e 08 (oito) meses de reclusão.

Assim, observado o concurso material de crimes, e considerando que a pena aplicada ao recorrente em face da lesão corporal contra Tiago de Lima Almeida encontra-se prescrita, tem-se, ao final, aplicada a pena de 26 (vinte e seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão, a qual deverá ser cumprida em regime inicialmente fechado, *ex vi* do art. 33, § 2º, "a", do Código Penal.

ISSO POSTO, diante da inexistência de manifesta contrariedade entre a decisão proferida pelo Conselho de Sentença e os elementos de prova existentes nos autos, conheço do recurso para lhe negar provimento, agindo assim em consonância com o parecer da Excelentíssima Senhora Procuradora de Justiça. Porém, considerando que a pena aplicada ao crime previsto no art. 129, § 1º, I e II, encontra-se prescrita, procedo *ex officio* à retificação da dosimetria da pena, para aplicar ao recorrente, em definitivo, a pena de 26 (vinte e seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado.

É como voto.

Fortaleza, 02 de setembro de 2014.

APELAÇÃO CRIME - 2319-34.2003.8.06.0117/1
ORIGEM: 4ª VARA DA COMARCA DE MARACANAÚ
APELANTE: WENDEL MEDEIROS DA SILVA
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO
RELATORA: DESA. FRANCISCA ADELINEIDE VIANA

EMENTA: APELAÇÃO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. FURTO QUALIFICADO. RECURSO DA DEFESA. PLEITO DE ANULAÇÃO DO *DECISUM*. REPRIMENDA FIXADA ACIMA DO PATAMAR MÍNIMO SEM A DEVIDA FUNDAMENTAÇÃO. PARCIAL CABIMENTO. VERIFICAÇÃO DE FUNDAMENDAÇÃO INIDÔNEA. DECOTE DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL ATINENTE À CONDUTA SOCIAL. PRESENÇA CONCRETA DE UMA ÚNICA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. DESPROPORCIONALIDADE DA REPRIMENDA FIXADA. PENA REDIMENSIONADA. REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA READEQUADO PARA O ABERTO.

Recurso conhecido e parcialmente provido, com o redimensionamento da reprimenda e readequação do regime inicial de cumprimento de pena para o aberto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação crime, nº. 2319-34.2003.8.06.0117/1, oriundos da 4ª Vara da Comarca de Maracanaú em que figura como apelante Wendel Medeiros da Silva.

Acordam os Desembargadores integrantes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, em CONHECER do recurso de apelação, e CONCEDER-LHE parcial provimento, para redimensionar a pena privativa de liberdade para 02(dois) anos e 04(quatro) meses de reclusão e readequar o regime inicial de cumprimento de pena para o aberto, nos termos do voto da eminente Relatora.

Fortaleza, 19 de agosto de 2014.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso apelatório interposto por Wendel Medeiros da Silva, condenado pela prática do delito previsto no art.155, §4°, II e IV, do Código Penal, ao cumprimento de pena privativa de liberdade de 04(quatro) anos e 06(seis) meses de reclusão, em regime semiaberto. Não foi imposta pena pecuniária.

Através da referida sentença (fls.52/55), acolheu-se o pleito apresentado pelo Ministério Público, julgando-se procedente a acusação, condenando-se o apelante nos termos da exordial, ao cumprimento das penas já mencionadas, decisão publicada em 23.06.2008, publicada na mesma data.

Ministério Público intimado à fl.55v.,

Apelo ofertado (fl.57), e apresentadas as razões do apelo às fls. 58/61, em que se pugna pela anulação da sentença, sob a alegação de ausência de fundamentação da pena fixada.

Contrarrazões com manifestação pela confirmação da r. sentença (fl.62/64). No mesmo sentido, o parecer da Procuradoria de Justiça (fls.71/74).

Baixados os autos em diligência por determinação desta Relatoria, para intimação do réu, a qual foi cumprida à fl. 92v.

É o breve relatório.

Ao douto Revisor.

Fortaleza, 31 de julho de 2014.

VOTO

Inicialmente, verificados os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso.

O recurso cinge-se a pleito de anulação do *decisum,* sob a alegação de ausência na fundamentação da pena privativa de liberdade fixada, tida como exacerbada.

O recurso merece parcial acolhimento.

Inicialmente, importante destacar a fundamentação da pena na decisão primeva:

> "Em consequência, atendendo as circunstâncias judiciais para o caso em exame, previstas n art. 59 do CP, passo a fixar a pena base destacando, neste tópico, uma conduta social inadequada, uma vez que o acusado sequer tem profissão definida e segundo a certidão de antecedentes, bem como o relato de testemunhas , é envolvido em delitos. Tendo em vista que o delito foi praticado por escalada e com o concurso de pessoas, ou seja, duas qualificadoras, considero uma delas para o aumento da pena-base, nos termos da lei, doutrina e jurisprudência majoritárias. Os demais aspectos, tais com as circunstâncias, valor do objeto, conseqüências lhe são favoráveis. Assim, face ao exposto fixo-lhe a pena base em 04(quatro) anos e seis meses de reclusão.
> Não há atenuantes ou agravantes a serem consideradas.
> Torno final a pena em 4(quatro) anos e seis meses de reclusão

Observa-se que no presente o Magistrado fixou a pena-base em 04(quatro) anos e 06(seis) meses, que se mostra desproporcional ao caso concreto. Senão vejamos:

O crime previsto no art. 155, §4° do Código Penal, prevê pena mínima de 02(dois) a 08(oito) anos.

No caso, o magistrado apontou como circunstâncias judiciais desfavoráveis, nos termos do art. 59 do Código Penal, a conduta social do réu e uma das qualificadoras que serviria para contribuir na fixação da pena-base acima do patamar mínimo.

Inicialmente, insta observar que não há dados concretos acerca da conduta social do réu. Tampouco foi acostada a certidão de antecedentes criminais em nome do acusado. Os relatos no sentido de que o réu é afeito à prática de delitos não encontra suporte nos autos. Portanto, tenho que a circunstância atinente à conduta social não pode ser considerada negativamente, pois não resta concretamente demonstrada. Quanto à utilização de uma das qualificadoras como circunstância judicial, não observo qualquer impedimento a respeito, uma vez que tal fato enseja a maior gravidade da conduta delituosa.

Colaciono o seguinte entendimento do Supremo Tribunal Federal:

> EMENTA Habeas Corpus. Penal. Dosimetria da pena. Furto duplamente qualificado. Concorrência de qualificadoras. Exasperação da pena-base. Possibilidade. Writ indeferido**. 1. Na hipótese de concorrência de qualificadoras num mesmo tipo penal, uma delas deve ser utilizada para qualificar o crime e as demais devem ser consideradas como circunstâncias agravantes genéricas, se cabíveis, ou, residualmente, como circunstâncias judiciais**. Precedentes. 2. Ordem denegada.
> (STF - HC: 99809 PR , Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 23/08/2011, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-178 DIVULG 15-09-2011 PUBLIC 16-09-2011 EMENT VOL-02588-01 PP-00048)

Todavia, a presença de uma única circunstância judicial desfavorável, não autoriza a fixação da pena-base em mais do dobro do mínimo legal previsto para o crime de furto qualificado que é de 02(dois) anos de reclusão.

Portanto, a situação apresentada impõe o reconhecimento de fundamentação inidônea levada a efeito pelo magistrado, no caso da conduta social, sendo flagrante a desproporcionalidade da reprimenda fixada com as circunstâncias judiciais observadas no caso concreto.

Nesse sentido, destaco os seguintes julgados:

> APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO QUALIFICADO. ABSOLVIÇÃO. IN DUBIO PRO REO. IMPOSSIBILIDADE. PROVAS SUFICIENTES DA AUTORIA. ABSOLVIÇÃO COM BASE NO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE NO CASO EM TELA. ALTO VALOR DA RES FURTIVA E ACUSADO REINCIDENTE EM CRIME DA MESMA ESPÉCIE. DOSIMETRIA DA PENA. REDIMENSIONAMENTO. PENA-BASE EXACERBADA. NECESSIDADE. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE. RETRATAÇÃO EM JUÍZO. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL NÃO UTILIZADA NA CONDENAÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE RECEPTAÇÃO. INVIABILIDADE. RECURSO PROVIDO EM PARTE. - Comprovadas a materialidade e autoria do delito de furto qualificado, comprovada em juízo pela palavra de testemunhas e da vítima, impõe-se a manutenção da sentença condenatória. - Para a incidência do princípio da insignificância não basta que seja constatado o baixo valor do bem subtraído, sendo necessária a análise de outras questões relacionadas ao agente e às circunstâncias do delito. Constatado que o alto valor da coisa furtada e ainda, que o réu é reincidente, com condenação anterior por delito da mesma espécie, não se aplica o princípio da bagatela. - Não há se falar em aplicação da atenuante de confissão espontânea, uma vez que o apelante se retratou em juízo, negando os fatos imputados a si, e ainda, se a condenação ter se baseado em outros meios de provas constantes nos autos. - **Necessária a redução da pena-base aplicada ao réu quando esta se mostra exacerbada e desproporcional as reais circunstâncias do delito.** - É possível o regime prisional semiaberto para o réu reincidente, se a pena privativa de liberdade for fixada em até 04 anos, mas desde que favoráveis as circunstâncias judiciais, o que não é o caso. Inteligência da Súmula nº 269 do STJ. Regime fechado mantido. Recurso parcialmente provido.
> (TJ-MG - APR: 10392130016828001 MG , Relator: Doorgal Andrada, Data de Julgamento: 04/06/2014, Câmaras Criminais / 4ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 10/06/2014)

> EMENTA-APELAÇÃO CRIMINAL - RECURSO DA DEFESA - FURTO QUALIFICADO - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - CONDENAÇÃO MANTIDA - PENA-BASE REDUZIDA - CONTINUIDADE DELITIVA - NÚMERO DE DELITOS PRATICADOS

> - REGIME PRISIONAL ABRANDADO - RECURSO PROVIDO EM PARTE - EX OFFICIO - DECOTAÇÃO DA INDENIZAÇÃO DO ART. 387, IV, DO CPP. Correta a condenação, quando os elementos de prova trazidos aos autos são robustos, idôneos e suficientes para comprovar o delito. **Cabível a redução da pena-base quando esta encontra-se desproporcional as circunstâncias do caso concreto**. A imposição do regime prisional inicial deve ser feito de acordo com as particularidades do caso concreto e ditames do artigo 33, do Código Penal. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, alinhada ao constructo doutrinário, é firme na compreensão de que o aumento relativo à continuidade delitiva deve guardar compatibilidade com a sua extensão, relativamente ao número de infrações. Decota-se da sentença a fixação de indenização por danos prevista no artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, se não houve pedido específico e nem instrução a este respeito.
> (TJ-MS - APL: 00001508120108120046 MS 0000150-81.2010.8.12.0046, Relator: Des. Manoel Mendes Carli, Data de Julgamento: 14/10/2013, 2ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 04/12/2013)

Assim, o recurso deve ser parcialmente acolhido, uma vez que não é o caso de se anular a decisão, como requer a Defesa, mas sim de redimensionar a pena fixada, pelas razões já elencadas.

Assim, decotada a circunstância judicial atinente à conduta social, restando somente a circunstância judicial do crime - concurso de pessoas, fixo a pena-base em 02(dois) anos e 04(quatro) meses de reclusão. Ausentes circunstâncias atenuantes ou agravantes, resta a reprimenda fixada em definitivo nesse *quantum*.

Não foi fixada originariamente a pena pecuniária, apesar de cominada ao tipo penal, todavia, não cabe a esta Corte fazê-lo, uma vez que se trata de recurso exclusivo da Defesa.

Deixo de substituir a pena privativa de liberdade, porquanto o agente não atende aos requisitos subjetivos dispostos no art. 44, III, do Código Penal, uma vez que, diante das circunstâncias do crime já apontadas, tal medida não se mostra suficiente.

Readequada a reprimenda privativa de liberdade, impõe-se também a readequação do regime inicial de cumprimento de pena para o aberto, nos termos do art. 33§2º, "c" do Código Penal.

Vale dizer que, muito embora esteja autorizada fixação da pena-base, nos termos do art. 59 do Código Penal, acima do patamar mínimo legal, a presença de uma única circunstância judicial desfavorável, conforme já analisado, em meu entender, se mostra insuficiente a autorizar a fixação de regime inicial de cumprimento de pena, mais gravoso do que aquele previsto no art. 33,§2º "c" do Código Penal.

ISSO POSTO, em dissonância com o parecer da Procuradoria de Justiça, CONHEÇO do presente apelo, e, CONCEDO-LHE parcial provimento, para redimensionar a pena privativa de liberdade para 02(dois) anos e 04(quatro) meses de reclusão e, consequentemente readequar o regime de inicial cumprimento de pena para o aberto.

É como voto.

Fortaleza, 19 de agosto de 2014.

APELAÇÃO Nº 992-16.2006.8.06.0128/1
JUÍZO ORIGINÁRIO: 1ª VARA DA COMARCA DE MORADA NOVA
RECORRENTES: MINISTÉRIO PÚBLICO
FRANCISCA JOSENISE SARAIVA
RECORRIDO: RAIMUNDO NOELSON DA SILVA MELO
RELATORA: DESª FRANCISCA ADELINEIDE VIANA

EMENTA: PENAL E PROCESSO PENAL. TRIBUNAL DO JÚRI. 121, §2º, IV, C/C ART. 14, II, AMBOS DO CPB. RECURSO DEFENSIVO. NULIDADE DA DECISÃO. ART. 593, III, "D", DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO. DESCABIMENTO. INEXISTÊNCIA DE PROVA MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À DECISÃO, NO QUE PERTINE À RECORRENTE. AUSÊNCIA DE NULIDADE DO JULGAMENTO. 2. RECURSO MINISTERIAL CONTRA ABSOLVIÇÃO DO CORRÉU. DESCABIMENTO. EXISTÊNCIA DE DUAS VERTENTES PROBATÓRIAS, UMA A DAR LASTRO À ABSOLVIÇÃO PROFERIDA EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. MANUTENÇÃO DO ÉDITO ABSOLUTÓRIO. Recursos conhecidos e desprovidos.

1. *In casu*, afasta-se a tese da legítima defesa apresentada pela recorrente pois, para sua caracterização, faz-se necessária a presença concomitante de todos os requisitos do artigo 25 do Código Penal: agressão injusta, atual ou iminente, a direito próprio ou de terceiro, e repulsa com a utilização dos meios necessários, usados moderadamente, o que, seguramente, não ocorreu no caso em mesa. Ao contrário, restou sobejamente comprovado que a recorrente lesionou por onze vezes a vítima, mediante o uso de uma faca, duas delas na região do tórax – uma na mama e outra no hipocôndrio direito –, apresentando as demais características de lesões próprias de defesa, observado o fato de que não restou comprovado estivesse igualmente a vítima armada. Nesse contexto não há falar em legítima defesa, nem de ausência de *animus necandi*. De rigor manter-se a condenação da recorrente por crime de homicídio qualificado, em sua forma tentada.

2. Quanto ao corréu, ora recorrido, a existência de duas vertentes probatórias nos autos não autoriza o Órgão *ad quem* substituir-se ao Conselho de Sentença para, imiscuindo-se na prova, dizer qual a melhor versão, face ao princípio da soberania dos veredictos, afastável somente diante a existência de prova manifesta no sentido de que a decisão popular é manifestamente contrária à prova dos autos. Assim, mantém-se o juízo de absolvição proferido na instância primeva em favor do recorrido.
3. Recursos conhecidos e desprovidos.

ACÓRDÃO

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de apelação criminal nº 992-16.2006.8.06.0128/1, oriundos da 1ª Vara da Comarca de Morada Nova, interposta pelo Ministério Público contra sentença por que restou absolvido Raimundo Noelson da Silva Melo da imputação que lhe foi feita nos termos do art. 121, §2º, IV, c/c art. 14, II, ambos do Código Penal Brasileiro. Interposta, ainda, apelação por Francisca Josenise Saraiva, contra a condenação proferida pela prática do mesmo crime.

ACORDAM os Excelentíssimos Senhores Desembargadores da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer dos recursos e negar-lhes provimento, em consonância com o voto da eminente Relatora.

Fortaleza, 02 de setembro de 2014.

VOTO

Preliminarmente declaro conhecer dos recursos, eis que obedecidos os requisitos para sua admissibilidade.

Conforme já relatado, trata-se de recurso de apelação interposto pelo Ministério Público contra sentença por que restou absolvido Raimundo Noelson da Silva Melo da imputação que lhe foi feita nos termos do art. 121, §2º, IV, c/c art. 14, II, ambos do Código Penal Brasileiro. Interposta, ainda, apelação por Francisca Josenise Saraiva, contra a condenação proferida pela prática do mesmo crime.

Diz o Ministério Público da existência de prova manifestamente contrária a essa decisão por que se absolveu o réu. Da mesma forma, o pleito formulado por Francisca Josenise, nos termos do art. 593, III, "d", do Código de Processo Penal.

Compulsando detidamente os autos, vejo que merece não merecem provimento os recursos em apreço. Explico.

Concluída a instrução criminal, restou clara a materialidade do crime, através do laudo acostado à fl. 17, com fotografias em anexo – auto de exame de corpo de delito (lesão corporal). Igualmente comprovada a autoria.

Por outro lado vejo que a imputação feita a Francisca Josenise Saraiva se harmoniza com a prova colhida que permitiu a sentença de pronúncia e não autoriza o reconhecimento da excludente de ilicitude acolhida pelo Conselho de Sentença. Explico.

Não há manifesta contrariedade entre a decisão proferida pelo Conselho de Sentença e os elementos de convicção colhidos por ocasião da instrução criminal, mormente o teor do laudo mencionado, onde consta "paciente com agressão por arma branca em abdome e extremidades tendo sido evidenciada penetração na cavidade abdominal pela exploração digital. Foi submetida a laparotomia exploradora sem lesões intraperitoneais. Ao exame: cicatriz mediana xifo-pubiana compatível com laparotomia; cicatriz de ferimento pérfuro-cortante, rafiada, em hipocôndrio direito. Cicatriz de ferimento pérfuro-cortante em mama esquerda e braço esquerdo. Cicatrizes de tamanho variável em perna direita, perna esquerda, coxa esquerda e joelho direito, além de pé direito (face plantar)". Consta, ainda, como resposta ao quinto quesito que das lesões resultou perigo de vida.

Da leitura desse laudo, já se infere a impossibilidade de se acolher a versão apresentada pela recorrente, no sentido de que atuou sob a excludente de ilicitude invocada. No corpo da vítima existem várias lesões nas extremidades, bem características de atos de defesa. Ademais, ela recebeu duas facadas em regiões vitais: uma na mama e outra no abdômen, inobstante o fato de não haver lesões intraperitoneais, registrado, no entanto, o risco de vida.

Aliado a isso o fato de que, apesar da versão por ela apresentada em sede de interrogatório, do próprio termo se infere que, ainda que comprovada restasse a sua versão, no sentido de que a vítima a agrediu com murros e unhadas, certo é que ela não terá usado dos meios necessários e moderados para repelir à suposta injusta agressão, conforme se infere do seguinte trecho:

> "... quando chegou na casa de Edinalva, pediu para entrar e Edinalva concordou, começaram a conversar e a depoente pediu para Edinalva deixar seu pai e arranjar um rapaz solteiro, pois sua mãe só vivia doente; Edinalva

reagiu com grosseria e dizendo que não deixaria o pai da depoente de modo algum e foi logo dando um murro no ombro esquerdo da depoente e arranhando com as unhas da mão direita; depois disse que se atracou com Edinalva e uma esmurrava a outra; as duas foram brigando até a cozinha e a depoente pegou uma faca que estava em cima da mesa e acertou Edinalva, não se recordando com quantas facadas; não viu Ednalva armada..." (Francisca Josenise Saraiva, fls. 37/38).

Em situações semelhantes já se decidiu**:**

APELAÇÃO CRIMINAL - DISPARO DE ARMA DE FOGO (LEI N. 10.826/2003, ART. 15) - PRETENSO RECONHECIMENTO DE LEGÍTIMA DEFESA - AUSÊNCIA DE PROVAS - DESPROPORCIONALIDADE DA CONDUTA COM A SUPOSTA AGRESSÃO - ABSOLVIÇÃO INVIÁVEL. Não se pode reconhecer a excludente de ilicitude da legítima defesa se o réu não comprova a ocorrência atual ou iminente de que lhe seria causado mal grave e injusto, ônus este que lhe incumbia, por força do art. 156 do CPP. Ademais, cumpre destacar, ainda que houvesse provas da suposta iminência da agressão, não haveria como se reconhecer a excludente de ilicitude da legítima defesa, haja vista verificar-se, de plano, a desproporção entre as condutas de ação e reação, uma vez que o disparo de três tiros não se constitui em uso moderado do meio defensivo por parte daquele que até então era agredido verbalmente.
(TJ-SC - ACR: 235731 SC 2011.023573-1, Relator: Salete Silva Sommariva, Data de Julgamento: 11/10/2011, Segunda Câmara Criminal, Data de Publicação: Apelação Criminal n. , de Palhoça)

APELAÇÃO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. RECURSO DA DEFESA. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO NA FORMA TENTADA (ARTIGO 121, § 2º, INCISO IV, C/C O ARTIGO 14, INCISO II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS PELOS DOCUMENTOS, PELA CONFISSÃO E DEMAIS PROVAS COLETADAS NOS AUTOS. INVIABILIDADE DE ACOLHER A EXCLUDENTE DE ILICITUDE DA LEGÍTIMA DEFESA. AUSÊNCIA DE PROVA ACERCA DA INJUSTA AGRESSÃO E DA UTILIZAÇÃO MODERADA DOS MEIOS NECESSÁRIOS. VÍTIMA QUE FOI ATINGIDA POR TRÊS DISPAROS DE ARMA DE FOGO EFETUADOS PELO ADOLESCENTE. ABSOLVIÇÃO INVIÁVEL. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO PARA ADVERTÊNCIA E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE. IMPOSSIBILIDADE. MEDIDA ADEQUADA PARA A REABILITAÇÃO DO MENOR, TENDO EM VISTA OS ATOS PRATICADOS. CONDUTA PRATICADA COM VIOLÊNCIA À PESSOA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.
(TJ-SC - APL: 604692 SC 2009.060469-2, Relator: Hilton Cunha Júnior, Data de Julgamento: 07/12/2010, Primeira Câmara Criminal, Data de Publicação: Apelação/Estatuto da Criança e do Adolescente Carregando... n. , de Içara)

APELAÇÃO CRIMINAL - LESÕES CORPORAIS - LEGÍTIMA DEFESA INDEMONSTRADA - REQUISITOS - USO DE MEIOS MODERADOS PARA REPELIR A INJUSTA AGRESSÃO - NÃO OCORRÊNCIA - DESPROPORÇÃO ENTRE A AÇÃO DA VÍTIMA E A REAÇÃO DO ACUSADO - VÍTIMA QUE SOFREU TRAUMATISMO CRÂNIO ENCEFÁLICO -SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO. - A teor do art. 25 do CP, a reação do agente, ou seja, a repulsa à injusta agressão deve ser moderada, sob pena de não se caracterizar legítima defesa, eis que é um dos requisitos basilares contidos no artigo referido.
(TJ-SC - APR: 35548 SC 2002.003554-8, Relator: Sérgio Roberto Baasch Luz, Data de Julgamento: 18/06/2002, Segunda Câmara Criminal, Data de Publicação: Apelação criminal n. 02.003554-8, de São João Batista.)

APELAÇÃO CRIMINAL - LESÕES CORPORAIS GRAVES - APELANTE QUE, PENSANDO TRATAR-SE DE UM LADRÃO, EFETUA DISPARO DE ARMA DE FOGO NO ABDÔMEM DA VÍTIMA - LEGÍTIMA DEFESA PUTATIVA NÃO CARACTERIZADA - AUSÊNCIA DE MEIOS MODERADOS PARA REPELIR A SUPOSTA AGRESSÃO - RECURSO DESPROVIDO. Não há legítima defesa putativa quando utilizados mecanismos desproporcionais para repelir a pretensa injusta agressão.
(TJ-SC - APR: 277500 SC 2004.027750-0, Relator: Solon d´Eça Neves, Data de Julgamento: 06/06/2006, Primeira Câmara Criminal)

APELAÇÃO. LESÃO CORPORAL LEVE. ATAQUE COM CANIVETE. JOGO DE FUTEBOL. LEGÍTIMA DEFESA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. INJUSTA AGRESSÃO. USO MODERADO DOS MEIOS NECESSÁRIOS. AUSÊNCIA. A conduta em análise subsume-se perfeitamente ao delito de lesão corporal leve, haja vista a ofensa à integridade física da vítima. O exercício legítimo da autodefesa ou de terceiros assegura os meios necessários, hábeis a repelir injusta agressão. Somado ao requisito da necessariedade do meio, indispensável, outrossim, a moderação do uso. Constatado não poder golpear o ofendido, por haver formas diversas de fazer cessar a briga sem uso de violência excessiva. Inobservados os requisitoselementares à configuração da legítima defesa, a justificante resta afastada.Recurso conhecido e não provido. Decisão Unânime.
(STM - AP: 1327320117030203 RS 0000132-73.2011.7.03.0203, Relator: Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Data de Julgamento: 28/02/2013, Data de Publicação: 19/03/2013 Vol: Veículo: DJE)

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. LESÃO CORPORAL QUALIFICADA. LEGÍTIMA DEFESA. USO DE MEIO MODERADO. INOCORRÊNCIA. EXCLUSÃO DA ILICITUDE. IMPOSSIBILIDADE. DESPROVIMENTO. I - INVIÁVEL O ACOLHIMENTO DA TESE DE QUE O RÉU AGIU EM LEGÍTIMA DEFESA, QUANDO, EMBORA TENHA QUERIDO REPELIR INJUSTA AGRESSÃO, O FEZ DE MODO DESPROPORCIONAL, UTILIZANDO-SE DO PEDAÇO DE MADEIRA

QUE RETIROU DAS MÃOS DA VÍTIMA PARA, EM SEGUIDA, AGREDI-LA DE FORMA VIOLENTA. II - RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.
(TJ-DF - APR: 20100610083614 DF 0008217-96.2010.8.07.0006, Relator: NILSONI DE FREITAS, Data de Julgamento: 04/07/2013, 3ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no DJE : 12/07/2013 . Pág.: 294)

APELAÇÃO CRIMINAL - DELITOS DE LESÃO CORPORAL - NATUREZA GRAVE E LEVE - MATERIALIDADE - DESNECESSIDADE DE LAUDO PERICIAL APROFUNDADO - COMPROVAÇÃO POR OUTROS MEIOS DE PROVA - LEGÍTIMA DEFESA - EXCLUDENTE NÃO CONFIGURADA - USO MODERADO DOS MEIOS NECESSÁRIOS NÃO EVIDENCIADO. 1. A não elaboração de laudo pericial mais aprofundado, não prejudica a comprovação da materialidade do crime, até mesmo porque, a prova pericial não é a única forma de atestar que houve ofensa à integridade corporal ou à saúde do indivíduo, podendo essa se fazer através de outros meios de prova. 2. Para se configurar a legítima defesa, é indispensável que haja reação a uma agressão atual ou iminente e injusta, em defesa de direito próprio ou alheio, com uso moderado dos meios necessários.
(TJ-MG - APR: 10325060008654001 MG , Relator: Eduardo Machado, Data de Julgamento: 25/06/2013, Câmaras Criminais / 5ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 01/07/2013)

APELAÇÃO CRIMINAL. LESÕES CORPORAIS GRAVES. ARTIGO 129, § 2º, INCISOS I E II. ABSOLVIÇÃO. LEGÍTIMA DEFESA. REQUISITOS. MEIOS NECESSÁRIOS E EMPREGO MODERADO DOS MEIOS. INVIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO. 1. NOS TERMOS DO ARTIGO 25 DO CÓDIGO PENAL, AGE EM LEGÍTIMA DEFESA QUEM, USANDO MODERADAMENTE DOS MEIOS NECESSÁRIOS, REPELE INJUSTA AGRESSÃO, ATUAL OU IMINENTE, A DIREITO SEU OU DE OUTREM, O QUE NÃO OCORREU NA ESPÉCIE. 2. IMODERADO O CONTRA-ATAQUE DAQUELE QUE SE VALE DE UMA FACA QUANDO FORA ATACADO POR SUJEITO DESARMADO. 3. RECURSO DESPROVIDO.
(TJ-DF - APR: 2612020108070009 DF 0000261-20.2010.807.0009, Relator: SILVÂNIO BARBOSA DOS SANTOS, Data de Julgamento: 29/03/2012, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: 13/04/2012, DJ-e Pág. 179)

APELAÇÃO CRIMINAL. LESÃO CORPORAL DE NATUREZA GRAVE. LAUDO COMPLR REALIZADO NO 31º DIA APÓS O FATO É APTO A COMPROVAR A NATUREZA DAS LESÕES GRAVES. § 2º DO ART. 168 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CÔMPUTO DA DATA DO FATO COMO O PRIMEIRO DIA. AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE COMPROVADAS. CONDENAÇÃO QUE SE IMPUNHA. NÃO AGE EM LEGÍTIMA DEFESA AQUELE QUE VAI AO ENCONTRO DA VÍTIMA PARA 'TIRAR SATISFAÇÕES' E EXTRAPOLA OS MEIOS MODERADOS E NECESSÁRIOS PARA

> ENCERRAR A BRIGA. APELO IMPROVIDO. (Apelação Crime Nº 70047972468, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS,...
> (TJ-RS - ACR: 70047972468 RS , Relator: Manuel José Martinez Lucas, Data de Julgamento: 25/07/2012, Primeira Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 03/08/2012)
>
> APELAÇÃO CRIMINAL - VIOLÊNCIA DOMÉSTICA - LEGÍTIMA DEFESA - USO MODERADO DOS MEIOS NECESSÁRIOS PARA REPELIR A SUPOSTA AGRESSÃO - NÃO CONFIGURAÇÃO - DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA O CRIME DE LESÃO CORPORAL CULPOSA - DOLO INEQUÍVOCO - INVIABILIDADE - SUBSTITUIÇÃO OU SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA - REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS - SENTENÇA MANTIDA. 1. CONSTATADO POR MEIO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DELINEADO NOS AUTOS - CONSUBSTANCIADO NAS PROVAS ORAIS PRODUZIDAS DE FORMA HARMÔNICA, ASSIM COMO O LAUDO DE EXAME DE CORPO DE DELITO - QUE O ACUSADO, AO OFENDER A INTEGRIDADE FÍSICA DA VÍTIMA, NÃO SE VALEU DOS MEIOS NECESSÁRIOS PARA REPELIR SUPOSTA AGRESSÃO CONTRA ELE PRATICADA, REVELA-SE INCABÍVEL O ACOLHIMENTO DA SUA TESE DEFENSIVA DE QUE TERIA AGIDO EM LEGÍTIMA DEFESA. 2. INVIÁVEL A DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA O CRIME DE LESÃO CORPORAL CULPOSA QUANDO RESTA DEMONSTRADO, DE FORMA INEQUÍVOCA, QUE O ACUSADO AGIU DE FORMA DOLOSA AO VIOLAR A INTEGRIDADE CORPORAL DA VÍTIMA. 3. INAPLICÁVEL, NOS TERMOS DO ARTIGO 44, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL, O BENEFÍCIO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA EM RELAÇÃO AO CRIME PREVISTO NO ARTIGO 129, § 9º, DO CÓDIGO PENAL, PORQUANTO SE TRATA DE CRIME PRATICADO COM VIOLÊNCIA À PESSOA. 4. NÃO HÁ FALAR EM SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA QUANDO, DE ACORDO COM O DISPOSTO NO ARTIGO 77, INCISO II, DO CÓDIGO PENAL, OS MOTIVOS DO CRIME NÃO AUTORIZAM A CONCESSÃO DO ALUDIDO BENEFÍCIO. 5. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.
> (TJ-DF - APR: 113647620098070003 DF 0011364-76.2009.807.0003, Relator: HUMBERTO ADJUTO ULHÔA, Data de Julgamento: 29/03/2012, 3ª Turma Criminal, Data de Publicação: 03/04/2012, DJ-e Pág. 399).

Por outro lado, alega a Defesa, em sede recursal, que a recorrente não atuou com *animus necandi*, mas estava tomada por um sentimento de revolta pelo fato de a vítima ser amante de seu genitor. Nessa esteira, argumenta que, se tivesse a intenção de matar, teria feito ainda quando a vítima estava de costas, e mais: teria feito uso de uma arma mais letal, observado, ainda, o fato de o seu estado de embriaguez afastar o dolo específico quanto ao homicídio.

Ora, o que seguramente se depreende dos autos é o fato de que a vítima foi lesionada em duas regiões vitais – na região da mama e no hipocôndrio direito –, aquela região do peito e essa onde se encontram o fígado e a vesícula biliar, portanto, onde se encontram órgãos vitais. Inclusive, conforme já explicitado, está consignado no exame que das lesões decorreu risco de vida.

Reforçando esse entendimento, observam-se as declarações da vítima, em sede de instrução criminal:

> "...no dia do fato estava em sua casa cozinhando feijão e fazendo mingau para seu filho, momento em que a ré entrou em sua casa, mas a depoente não viu, e quando sentiu já foi um murro nas costas, e quando se virou, a acusada deu uma facada; ao todo, a acusada lhe deu onze facadas, umas mais profundas e outras mais superficiais; pediu sua filha Janiele para chamar o pai da depoente; a acusada ainda jogou cadeiras em sua filha; a acusada deixou de lhe agredir porque pensou que a depoente estivesse morta; ainda conseguiu ver a acusada correndo atrás do irmão da depoente, o qual se trancou no quarto; quando recebeu a primeira facada, não deu para se defender, pois a acusada chegou sorrateiramente, de pés descalços, como um gato; há comentários de que a acusada chegou num carro, dirigido pelo segundo acusado, no caso o 'Dedé'..." (fls. 50/50v).

Por outro lado, apesar da tese levantada e de argumentado o fato de que fora agredida fisicamente pela vítima com murros e unhadas, da prova testemunhal coletada não se infere que tenha saído do evento lesionada, tampouco que estivesse a vítima armada. O que se depreende, de fato, é que a acusada entrou na sua residência, bateu em suas costas e, quando ela se virou, restou lesionada, ato em que procurou se defender com seus membros; que a acusada somente não continuou a agredi-la porque a filha desta correu para fora da casa e chamou o seu avô, ou quem sabe, como diz a vítima, pensou que estivesse morta, Na ocasião, levou consigo a faca utilizada no crime.

Como é sabido, para a caracterização da excludente arguida faz-se necessária a presença concomitante de todos os requisitos previstos no artigo 25 do Código Penal Brasileiro: agressão injusta, atual ou iminente, a direito próprio ou de terceiro, e repulsa com a utilização dos meios necessários, usados moderadamente.

Dessa forma, examinando o fascículo processual, constato que os elementos caracterizadores da legítima defesa não encontram confirmação nas provas produzidas, inclusive na confissão, porquanto evidenciado pelas lesões atestadas no corpo da vítima, que a recorrente se utilizou de forma imoderada de meios não necessários para repelir a alegada injusta agressão.

Destarte, há de ser acolhida a tese ministerial no sentido de que manifesta é a prova de que a recorrente cometeu o crime de homicídio qualificado em sua forma tentada, não podendo essa decisão ser modificada face ao princípio constitucional da soberania dos veredictos.

Sobre esse tema, soberania dos veredictos e apelação motivada por decisão manifestamente contrária à prova dos autos, colaciono lição de Guilherme de Souza Nucci, in Júri – Princípios Constitucionais, Ed. Juarez de Oliveira, Ed. 1ª. – 1999, p. 97, *in verbis*:

> "A quarta alternativa, no entanto, levanta uma polêmica consistente, pois permite, de algum modo, que o Tribunal Superior questione o mérito do veredicto proferido pelo júri. Seria inconstitucional tal dispositivo? Como já foi ressaltado, não há problema algum em submeter qualquer decisão de órgão judiciário ao crivo do duplo grau de jurisdição. Assim, sendo possível que os jurados cometam erros, porque não avaliaram corretamente a prova a eles apresentada, a apelação tem cabimento para permitir ao Tribunal rever o que foi decidido. Por ora, nenhuma ofensa estaria, a princípio, presente nessa reavaliação.
> Ocorre que o legislador ordinário utilizou o termo "manifestamente" para evidenciar quando a decisão dos jurados entra em confronto com a prova dos autos. Não é qualquer situação que autoriza o provimento da apelação, sendo preciso um veredicto notoriamente, gritantemente, patentemente, contrário à prova colhida e constante dos autos.
> Diz Ary Azevedo Franco: "Manifestamente... Nunca um vocábulo teve maior precisão, maior indubitabilidade no seu sentido. Assim como nunca a significação usual se ajustou mais rigorosamente à sua significação jurídica. *Manifesto*, segundo Cândido Figueiredo, é sinônimo de patente, público, evidente. E Domingos Vieira afirma 'o que é manifesto é evidente para todos' (*Dic*., vol. IV, pág. 103). Que se poderá entender por manifesto, por evidente, senão aquilo que se impõe à percepção de todos, que todos vêem necessariamente, e sobre o que não é admissível, em sã consciência, a possibilidade de afirmações díspares?"
> Não bastasse a prudência legislativa para não deturpar a função do júri, autorizando somente a revisão daquilo que foi evidentemente equivocado, buscando sanar injustiças, atualmente a Constituição Federal elegeu como princípio-garantia do tribunal popular a soberania dos seus veredictos.
> Nesse sentido, está correta a observação feita por Frederico Marques de que soberania não exige o respeito a um só veredicto, ou seja, não se impõe a submissão ao primeiro veredicto proferido pelo júri. O importante é que o tribunal popular dê a última palavra quanto ao mérito dos casos envolvendo crimes dolosos contra a vida.
> Longe de ser prejudicial, é medida salutar submeter as decisões de qualquer tribunal ao crivo do duplo grau de jurisdição. E, a princípio, a soberania está assegurada, pois o §3º, do art. 593, do CPP preceitua que "se a apelação se fundar no n. III, *d*, deste artigo, e o tribunal *ad quem* se convencer de que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos, dar-lhe-á

> provimento para sujeitar o réu a novo julgamento; não se admite, porém, pelo mesmo motivo, segunda apelação.
> A situação é teoricamente perfeita. Uma decisão manifestamente injusta pode ser revista pelo Tribunal do Júri, bastando que, para isso, o Tribunal Superior dê provimento à apelação. Será, então, o mesmo órgão julgador, naturalmente com outra composição (art. 607, §3º, do Código de processo Penal, e Súmula 206 do Supremo Tribunal Federal), que irá reavaliar o que fez, mantendo ou não o veredicto. Existindo erro crasso, certamente no interesse da justiça, o júri, novamente reunido, reformará a decisão anterior".

Assim, por não haver restado comprovada, de forma inquestionável, a tese apresentada por Francisca Josenise, há que ser negado provimento ao pedido, no sentido de submetê-la a novo julgamento pelo júri popular.

Agora, no que concerne à absolvição do corréu, apesar do contexto probatório que permitiu a sua submissão ao Conselho de Sentença, vejo que há duas vertentes nos autos. A primeira, formada a partir das testemunhas oculares que afirmaram em Juízo que ele fora a pessoa responsável por dar cobertura à execução do crime sob a responsabilidade de Francisca Josenise, uma vez que a teria levado à residência da vítima e, após a sua entrada na casa, impediu que terceiros se aproximassem mediante ameaça perpetrada com arma, dentre eles o genitor daquela, isso com o fito de garantir a execução da conduta. A segunda, acolhida pelo Conselho de Sentença, pela qual se faz prova de que não esteve no local no momento consumativo do crime, porquanto estava na residência de sua irmã; que no dia, de fato, pegou carona com Josenise até certo ponto, tendo descido do veículo antes de alcançarem o destino final pretendido pela recorrente. Nesses termos:

> "... não é verdade a acusação que lhe é feita; que no dia dos fatos, o depoente viu que Jô estava saindo de casa e perguntou para onde ela estava indo; Jô não disse para onde estava indo, mesmo assim o depoente pediu uma carona até casa de sua irmã Rocicleide, que morava nas proximidades do motel Êxtase; no trajeto, Jô não chegou a comentar para onde estava indo; Jô não estava nervosa e não deu para ver se estava armada; o depoente não estava armado e também não havia bebido naquele dia; o depoente desceu do carro de Jô em frente à casa de sua irmã Rocicleide; (...); naquela época Jô andava num Gol prata, quatro portas; pegou carona com Jô por volta de sete horas da manhã; ficou na casa de sua irmã até por volta das 15 horas; ficou apenas conversando na casa de sua irmã, depois que almoçou, descansou um pouco e foi para casa; além de sua irmã estava na casa também na casa seu cunhado Francisco Júnior; nem sua irmã nem seu cunhado saíram da casa enquanto o depoente esteve na casa dos dois; (...); no dia dos fatos estava sem barba..." – Raimundo Noelson da Silva Melo(fls. 39/40);

> "não presenciou o fato narrado na denúncia; no dia dos fatos narrados na denúncia, a acusada Jô passou em sua casa, dizendo que iria conversar com a vítima, pois a mãe dela estava sofrendo muito; a acusada Jô estava de carro; ...; o acusado Dedé não estava com a acusada Jô nesse momento; (...); o acusado Dedé pediu uma carona para a 'Jô' para ir até a casa de uma irmã dele, no Prourb; pelo que ouviu dizer, por uma irmã do 'Dedé', o mesmo não estava no momento da confusão entre vítima e acusada; (...); o acusado 'Dedé'não sabe dirigir' – Maria Zuíla da Silva (fl. 56);
>
> "que não presenciou o fato narrado na denúncia; (...); conhece o acusado 'Dedé' e viu quando ele pegou uma carona com a acusada 'Jô' até a casa de uma irmã dele, no Prourb, não sabendo se o mesmo estava no momento da confusão; (...); que o acusado 'Dedé' não sabe dirigir... " – Vanda Maria Pereira do Nascimento (fl. 57);
>
> "... o acusado 'Dedé" estava no carro esperando a acusada 'Jô', esperando que 'Jô' terminasse a conversa; (...); Dedé não sabe dirigir carro; 'Dedé' é colega da acusado 'Jô'; 'Dedé' não chegou a participar da confusão, apenas ficou esperando no carro; 'Dedé' não estava armado; que tudo o que sabe é pela 'boca do povo'..." – Raimundo Fernandes de Melo Filho (fl. 58);
>
> "não presenciou o fato narrado na denúncia; é junto com a irmã do acusado 'Dedé', de nome Alcileide; na época do crime, morava perto do Posto Ubiratan Vizinho a um motel, e o acusado 'Dedé' chegou em sua casa por volta das 07:30 para 8h e ficou por lá até às 15 h, não saindo de casa em nenhum momento; (...); o acusado 'Dedé' não sabe dirigir..." – Francisco Júnior Sousa (fl. 59);
>
> "O acusado Dedé não sabe dirigir" – Cosma Vera de Sousa (fl. 60).

Escrevendo sobre a matéria, a lição de Heráclito Mossin, in Júri, Crimes e Processo – Ed. Forense, 3ª. Ed. p.451, *in verbis*:

> "Por outro lado, se existe prova a favor e contra relativamente a alguma das teses defendidas no plenário pelas partes, o jurado, dentro de seu livre convencimento, pode eleger a posição que melhor lhe aprouver. Isso, ocorrendo, à luz da evidência, não se pode exortar tenha tido julgamento oposto à evidência do acervo probatório.
> Didaticamente pode ser citado um exemplo: há versão no sentido de que o réu matou a vítima em legítima defesa; enquanto que noutro quadrante da prova ficou patenteado que o acusado ceifou a vida da vítima de emboscada. Assim, na ampla soberania do júri, o colegiado popular pode condenar o acusado por homicídio qualificado ou absolvê-lo.
> Convém advertir que o julgamento feito nessas condições está embasado no princípio da persuasão racional, consagrado no art. 155 do Código de Processo Penal, em que o juiz formará sua convicção pela livre apreciação

da prova, o que lhe permite optar por uma das versões apresentadas no bojo dos autos. O que basta para não macular o princípio, é que o magistrado julgue em conformidade com as provas elencadas no correr da instrução probatória. Esse princípio, à eloquência, também se aplica no processo penal do júri.
No quadrante sob dissertação, a jurisprudência se manifesta, de forma iterativa, no sentido da opção pelos jurados por uma das versões encontradas nos autos."

Nesse diapasão, colaciono jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

STJ: EMENTA: PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DECISÃO AGRAVADA. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO. SÚMULA 283/STF. JÚRI. DECISÃO CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. VERSÃO EXTRAÍVEL DO CONJUNTO PROBATÓRIO. SOBERANIA DOS VEREDICTOS. VIOLAÇÃO. MATÉRIA DE DIREITO. 1. A ausência de impugnação, nas razões do agravo, de todos os fundamentos da decisão agravada, atrai a incidência da Súmula 283/STF, aplicável ante a máxima hermenêutica *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*: onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito. Precedentes. 2. *In casu*, os agravantes, ao argumentarem exclusivamente com a aplicação da Súmula 279/STF, deixaram de afastar especificamente todos os fundamentos da decisão agravada, notadamente o que tratou da existência de versão dos fatos, extraível do conjunto probatório, à qual o Júri aderiu**.** 3. A conclusão do Júri, quando não totalmente dissociada das provas dos autos, posto configurar uma das versões extraíveis do conjunto probatório, não implica sua anulação, sob pena de desrespeito à soberania dos veredictos insculpida na Constituição Federal (art. 5º, inciso XXXVIII, letra "c"). Precedentes: HC 83961/MS Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, J. 9/03/2004, 2ªTurma; HC 83838/MG, Rel. Min. ELLEN GRACIE, J. 02/03/2004 2ªTurma; HC 82447/RJ, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, J. 20/05/2003 2ª Turma; HC 74562/SP, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, J. 22/10/1996, 1ª Turma. 4. Deveras, no acórdão impugnado mediante o extraordinário consta que o Júri acolheu versão decorrente de prova testemunhal colhida sob o manto do contraditório. 5. O Relator, na decisão agravada, apreciou o tema jurídico consoante o quadro fático delineado na origem, o que não se confunde com o reexame de provas – afasta-se a Súmula 279/STF. Precedentes: RE 469632/PA, rel. Min. Marco Aurélio, j. 2/12/2008, 1ª Turma; AI 147120 AgR, rel. Min. Marco Aurélio, j. 18/05/1993, 2ª Turma. 6. Agravo regimental desprovido.
(RE 594104 AgR-AgR/MT. Rel.Min. LUIZ FUX. Primeira Turma. Julgamento:03/05/2011) (grifo nosso).

Ressalto, por oportuno, que justificada está a determinação de início de cumprimento da pena em regime fechado, nas graves circunstâncias em que cometido o delito, porquanto a vítima restou bastante lesionada, dentro de sua própria residência, invadida pela recorrente.

Ressalto, ainda, que sobremaneira beneficiada com a redução da pena na razão de 1/2, uma vez que por ela praticados todos os atos de execução necessários à consumação do delito, não tendo a vítima falecido por circunstâncias alheias à sua vontade.

ISSO POSTO, acolho o parecer da Procuradoria Geral de Justiça para conhecer dos recursos e negar-lhes provimento.

É como voto.

Fortaleza, 02 de setembro de 2014.

Habeas Corpus

PROCESSO N°: 0030532-61.2013.8.06.0000.
TIPO: *HABEAS CORPUS* DIGITAL.
IMPETRANTE: FRANCISCO JANIO GUIMARAES QUEIROZ JUNIOR.
PACIENTE: JOSE REGIS DE SOUSA FARIAS .
IMPETRADO: JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA DE EXECUÇÕES PENAIS DA COMARCA DE FORTALEZA/CE.
RELATOR: DES. FRANCISCO PEDROSA TEIXEIRA.

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. PENAL. EXECUÇÃO PENAL. HOMICÍDIO. *WRIT* MANEJADO COMO SUBSTITUTO DE RECURSO DE AGRAVO. IMPROPRIEDADE. DESPREZO À LÓGICA DO SISTEMA RECURSAL VIGENTE. IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO DA CONTROVÉRSIA PELA VIA ELEITA. ALEGAÇÃO DE CUMPRIMENTO DE PENA MAIS GRAVOSA DO QUE A ESTIPULADA NA SENTENÇA. DESCUMPRIMENTO DE CONDIÇÕES FIXADAS PARA O TRABALHO EXTERNO. PLEITO DE PRISÃO DOMICILIAR. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO *EX-OFFICIO* DA ORDEM.

1. Impetração substituta de recurso de agravo de execução, a pretexto de que o paciente cumpre pena em regime mais gravoso do que o estipulado na sentença penal, pedindo, tanto em liminar como no mérito, o deferimento de prisão domiciliar.

2. "*(...) É imperiosa a necessidade de racionalização do habeas corpus, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal. As hipóteses de cabimento do writ são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição a recursos ordinários (apelação, agravo em execução, recurso especiall), tampouco como sucedâneo de revisão criminal.(...)"*.(STJ).

3. No caso concreto, o impetrante não se utiliza do instrumento recursal próprio, sendo portanto, inviável a solução da controvérsia na via célere do *habeas corpus*. Ordem não conhecida.

4. Ademais, na remota hipótese de conhecimento do *mandamus*, as informações da autoridade impetrada esclarecem que realmente o paciente havia se beneficiado com o direito ao trabalho externo, condicionado ao recolhimento noturno, descumprindo a condição e não apresentando justificativa, situação que impossibilita a concessão *ex-officio* da ordem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de habeas corpus nº. 0030532-61.2013.8.06.0000 ajuizado pelo advogado Francisco Jânio Guimarães Queiroz Junior em favor de José Regis de Sousa Farias, contra ato do Juízo da 2ª Vara de Execução Penal da Comarca de Fortaleza/CE.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, em não conhecer da ordem impetrada nos termos do voto do eminente Relator.

RELATÓRIO

Versam os autos sobre *habeas corpus* com pedido de liminar ajuizado pelo advogado Francisco Jânio Guimarães Queiroz Junior em prol de José Regis de Sousa Farias, acoimando ato do Juízo da 2ª Vara de Execução Penal da Comarca de Fortaleza/CE. (fls. 01/05).

Em suma, sustenta o impetrante que o paciente, restou condenado por crime de homicídio simples, ao cumprimento de pena em regime semiaberto, no entanto, se encontra cumprindo em regime mais severo do que o estipulado na sentença penal, fato que no seu entendimento se mostra ilegal.

Alegando suportar constrangimento ilegal, concluiu requerendo liminarmente, o deferimento de prisão domiciliar.

No mérito, a confirmação e concessão definitiva da ordem.

A impetração anexou os documentos de fls. 06/178.

Liminar indeferida nos termos da decisão de fls. 187/188.

Informação da autoridade impetrada às fls. 193/194.

Com vista, a douta Procuradoria Geral de Justiça, exarou o parecer de folhas 199/201, manifestando-se pelo não conhecimento da ordem.

É o relatório.

VOTO

Como se depreende do relato, visa a presente ordem, em síntese, a transferência do apenado para a prisão domiciliar a pretexto de que cumpre pena mais gravosa do que aquela estipulada na sentença penal.

Compulsando os autos verifico a via constitucional escolhida pelo impetrante não se mostra apropriada. É que o *habeas corpus* possui rito célere de cognição sumária, no qual não se admite o exame de questões que, para seu deslinde, necessite de exame aprofundado do conjunto fático probatório.

A propósito, há na legislação vigente instrumento recursal próprio, com prazo de interposição, oportunidade de contrarrazões e juízo de retratação, como reza o art. 197 da Lei de Execução Penal, *sub oculis*:.

> "Art. 197. Das decisões proferidas pelo Juiz caberá recurso de agravo, sem efeito suspensivo."

A jurisprudência recente do Colendo Superior Tribunal de Justiça vem, no entanto, recomendando que o *remedium iuris* só seja conhecido como substituto de recursos em situações especialíssimas, evitando com isso a sua banalização.

Eis julgado pertinente:

> "(...) É imperiosa a necessidade de racionalização do habeas corpus, a bem de se prestigiar a lógica do sistema recursal. As hipóteses de cabimento do *writ* são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição a recursos ordinários (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco como sucedâneo de revisão criminal. 2. Não é possível a impetração de habeas corpus substitutivo de recurso especial. Para o enfrentamento de teses jurídicas na via restrita, imprescindível que haja ilegalidade manifesta, relativa a matéria de direito, cuja constatação seja evidente e independa de qualquer análise probatória.(...)"
> (HC 135.477/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/12/2011, DJe 13/02/2012).

Como visto, a impetração está sendo utilizada como sucedâneo de recurso de agravo, tornando-se impossível o seu conhecimento em face da evidente inadequação, assim como, por necessitar de exame da prova, já que pleiteia-se o direito à prisão domiciliar, cujas hipoteses para concessão também são restritas (Art. 317 e seguinte do CPP).

Ademais, consoante as informações do juízo impetrado o paciente já se achava beneficiado com o o direito ao trabalho externo e descumpriu condições estipuladas quanto ao recolhimento noturno em finais de semana sem qualquer justificativa.

Por tudo isso, impossível se mostra o conhecimento da ordem e muito menos a sua concessão *ex-officio*.A uma, porque não se utilizou da sistemática recursal vigente; e a duas, porque inexistem elementos caracterizadores de qualquer ilegalidade manifesta.

Pelos motivos acima expostos, não conheço da ordem, em consonância com o parecer da Douta Procuradoria de Justiça.

É como voto.

Fortaleza, 10 de dezembro de 2013.

PROCESSO N°: 0620699-33.2014.8.06.0000.
TIPO: *HABEAS CORPUS* DIGITAL.
IMPETRANTE: ARTUR FROTA MONTEIRO JÚNIOR .
PACIENTE: FRANCISCO JONHANTAN DOS REIS SILVA .
IMPETRADO: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE DELITOS TRAFICO E USO SUBSTANCIAS ENTORPECENTES DA COMARCA DE FORTALEZA /CE.
RELATOR: DES. FRANCISCO PEDROSA TEIXEIRA.

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO PARA A FORMAÇÃO DA CULPA. INSTRUÇÃO CONCLUÍDA NO TOCANTE À PROVA ORAL. DEMORA RAZOAVEL. PROCESSO COMPLEXO. MULTIPLICIDADE DE RÉUS. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO. ORDEM CONHECIDA, PORÉM DENEGADA.

1. Hipótese de paciente preso preventivamente a pretexto de ilegalidade da manutenção do ergástulo por excesso de prazo para formação da culpa.

2. Na vertência, a instrução criminal foi concluída no que tange à prova oral, sendo que o elastecimento dos prazos não se distancia dos critérios da razoabilidade, o que afasta a ilegalidade decorrente de mora processual.

3. "*A concessão de Habeas Corpus em razão da configuração de excesso de prazo é medida de todo excepcional, somente admitida nos casos em que a dilação (A) seja decorrência exclusiva de diligências suscitadas pela acusação; (B) resulte da inércia do próprio aparato judicial, em obediência ao princípio da razoável duração do processo, previsto no art. 5o., LXXVIII da Constituição Federal; ou (C) implique ofensa ao princípio da razoabilidade."* STJ.

4. Inexistência de constrangimento ilegal. Ordem conhecida, porém denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *habeas corpus* nº 0620699-33.2014.8.06.0000, ajuizado pelo advogado Artur Frota Monteiro Junior em benefício

de Francisco Johnatan dos Reis Silva, contra ato apontado coator do Juízo da 1ª Vara de Crimes sobre Tráfico de Substâncias Entorpecentes da Comarca de Fortaleza/CE.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, **por votação unânime**, em conhecer do *habeas corpus*, mas denegá-lo, nos termos do voto do eminente Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de *Habeas Corpus*, com pedido de liminar, interposto pelo Advogado Artur Frota Monteiro Junior, co fundamento no art. 5º LXVII da CF/88 c/c art. 648, II do CPP em prol de paciente Francisco Johnatan dos Reis Silva, acoimando ato do Juízo da 1ª Vara de Crimes sobre Tráfico de Substâncias Entorpecentes da Comarca de Fortaleza/CE. (fls. 01/05).

Alega o impetrante, em síntese, que o paciente foi presos em flagrante delito no dia 09/08/2013 como incurso nos crimes de tráfico e associação para tráfico de drogas, sendo a prisão convertida em preventiva; que sofre constrangimento em face da ilegalidade do ergástulo a pretexto de excesso de prazo para formação da culpa, vez que se encontra preso, por tempo demasiado.

Por tal razão, requerer tanto em sede liminar, quanto no mérito, a devolução da liberdade do paciente, com a expedição do respectivo alvará de soltura.

Com a exordial, vieram os documentos de fls. 06/495.

Pleito liminar indeferido às fls. 502/503.

Informações prestadas às fls. 508/509.

Parecer da ilustrada Procuradoria Geral de Justiça (fls. 511/525), opinando pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

Em juízo de admissibilidade, o presente *writ* é de ser conhecido, pois cabível na espécie. Presentes, demais, os requisitos do art. 654 do CPP.

A ordem de *habeas corpus*, como se depreende do relatório, tem por objetivo restabelecer a liberdade do paciente, tendo como argumentação central a ilegalidade da prisão em face de excesso de prazo para formação da culpa, a significar uma prisão processual de aproximadamente oito (08) meses.

Compulsando os autos, vejo nas informações prestadas pela autoridade impetrada que a prova oral já foi concluída, restando um dos acusados se manifestar sobre a documental por ele requerida e após, a fase das alegações derradeiras. Constata-se ainda que a ação penal se mostra complexa, os crimes apurados são de extrema gravidade, versando acerca de tráfico e associação para o tráfico de grande quantidade e diversidade de drogas, envolvendo vários denunciados.

No mais, a demora na conclusão da causa se mostra razoável, justificando o elastecimento em face das peculiaridades do feito, afastando a ilegalidade do ergástulo, por este motivo.

Neste sentido, o Colendo STJ é enfático:

> "(...)A concessão de Habeas Corpus em razão da configuração de excesso de prazo é medida de todo excepcional, somente admitida nos casos em que a dilação (A) seja decorrência exclusiva de diligências suscitadas pela acusação; (B) resulte da inércia do próprio aparato judicial, em obediência ao princípio da razoável duração do processo, previsto no art. 5º., LXXVIII da Constituição Federal; ou (C) implique ofensa ao princípio da razoabilidade.(...)"
> (HC 111.422/PI. 5ª Turma. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. DJ. 15/06/2009).

Como visto, o *mandamus* em análise não comporta concessão por ausência de motivo plausível, não sendo o caso, a meu sentir, de aplicação da conhecida súmula nº 52 do STJ, segundo a qual *"encerrada a instrução criminal fica superada a alegação de constrangimento ilegal por excesso de prazo",* por entender que em certas situações se mostra extremamente rígida, mas em louvação ao sacrossanto princípio constitucional da razoável duração do processo, que aqui se encontra atendido.

Pelos motivos acima expostos, concluo que inexiste constrangimento ilegal decorrente de mora procedimental, razão pela qual **conheço** da presente ordem**, para denegá-la**, isso, em consonância com o parecer da ilustrada Procuradoria Geral de Justiça.

É como voto.

Fortaleza, 06 de maio de 2014.

PROCESSO N°: 0621199-02.2014.8.06.0000.
TIPO: *HABEAS CORPUS* DIGITAL.
IMPETRANTE: CICERO COSTA LIMA .
PACIENTE: ALEXANDRE OLIVEIRA DE ABREU .
IMPETRADO: JUÍZO DE DIREITO DA 18ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE FORTALEZA /CE.
RELATOR: DES. FRANCISCO PEDROSA TEIXEIRA.

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TENTATIVA DE LATROCINIO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. NEGATIVA DE AUTORIA. NÃO CONHECIMENTO. SUPRESSÃO DO GRAU DE JURISDIÇÃO. AUSÊNCIA DE REQUISITOS PARA A PRISÃO PREVENTIVA. INOCORRÊNCIA. DECRETO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. PRIMARIEDADE. IRRELEVÂNCIA. COAÇÃO ILEGAL NÃO CONFIGURADA. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E DENEGADA NESSA EXTENSÃO.

1. Impetração ajuizada em favor de paciente denunciado por crime, em tese, de tentativa de latrocínio, sustentando que o paciente não cometeu o crime enfocado e que inexistem os requisitos para a prisão preventiva, pedindo a concessão da ordem liberatória.

2. De inicio, é de se esclarecer que as considerações acerca da autoria do crime noticiado deve antes ser submetida ao juízo de valor da autoridade *a quo,* quando finalizada a instrução criminal. Risco da indevida supressão do grau de jurisdição, tese não conhecida.

3. Dos autos se colhe que o decreto cautelar se mostra devidamente motivado desmerecendo censura.

4. *"Se o paciente se revela perigoso ao convívio social, pode e deve ser submetido a regime de prisão provisória, no interesse da garantia da ordem pública"*. Precedentes dos Tribunais Superiores.

5. Ademais, as denominadas condições pessoais não garantem por si sós, a soltura pleiteada, quando presentes elementos que justifiquem a segregação cautelar. Precedentes desta Corte.
6. Ordem parcialmente conhecida e denegada nessa extensão**.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos de *habeas corpus* nº. 0621199-02.2014.8.06.0000, ajuizado pelo advogado Cícero Costa Lima em benefício de Alexandre Oliveira de Abreu, contra ato emanado do Juízo da 18ª Vara Criminal de Fortaleza/CE.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, em conhecer parcialmente do *mandamus*, mas para denegá-lo, naquilo que conhecido, nos termos do voto do eminente Relator.

RELATÓRIO

Versam os autos sobre *habeas corpus* liberatório com pedido de liminar, ajuizado pelo advogado Cícero Costa Lima, com esteio no art. 5º da CF c/c arts. 386, Inciso VI; 647 e 648 do CPP em prol de Alexandre Oliveira de Abreu, acoimando ato do Juízo da 18ª Vara Criminal de Fortaleza/CE. (fls.01/22).

Alega-se, em suma, que o paciente, denunciado por crime em tese de tentativa de latrocínio, suporta coação em face de prisão ilegal por dois argumentos: O primeiro, por ser inocente, não sendo o autor do crime imputado e o segundo, em face da inexistência dos requisitos da prisão preventiva, ante a comprovada primariedade.

Conclui requerendo liminarmente, a revogação do decreto prisional com a expedição de alvará de soltura.

No mérito, a confirmação da liminar e concessão definitiva do *mandamus*.

Com a inicial vieram os documentos de fls. 23/108.

Liminar indeferida, nos termos do despacho de fls. 113/114.

Informações da autoridade impetrada às fls. 118/119.

Com vista, a ilustrada Procuradoria Geral de Justiça através do parecer de fls. 174/179, opinou pela denegação da ordem postulada.

É o relatório.

VOTO

A ordem de *habeas corpus*, como se depreende do relato, tem por objetivo restabelecer o *status libertatis* do paciente sob às argumentações de negativa de autoria e inexistência dos requisitos da prisão preventiva.

Antes de qualquer consideração acerca do objeto deste *mandamus*, convêm esclarecer que o paciente está sendo responsabilizado como coautor do crime, em tese, de tentativa de latrocínio e que muito embora afirme que não cometera o ilícito,, a ação imputada à dupla de agentes foi extremamente violenta não se obtendo resultado mais grave por circunstancia alheia a vontade.

Compulsando detidamente os fólios é de se esclarecer inicialmente, que as ponderações sobre a negativa de autoria deve antes ser submetida ao juízo de valor da autoridade *a quo,* isso, após a finalização da instrução criminal. Apreciar nesta sede mandamental, a questão meritória enfocada, é tarefa impossível, até porque a via mandamental exige prova pré-constituída, além de constituir indevida supressão de instância, daí o desconhecimento, de plano.

A propósito, precedentes do colendo STJ:

> "(...) Evidenciado que o mérito dos temas levantados não foram objeto de debate e decisão por parte de órgão colegiado do Tribunal de origem, sobressai a incompetência desta Corte para o exame da matéria, sob pena de indevida supressão de instância. (...). V. Ordem não conhecida. (...)".
> (STJ, HC 66.743/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 25.06.2007).

> "(...) A verificação acerca da negativa de autoria e da inexistência de materialidade delitiva exige dilação probatória, medida incompatível com a via estreita do habeas corpus. Precedentes."
> (HC 223.207/SP, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), SEXTA TURMA, julgado em 13/12/2011, DJe 19/12/2011).

A segunda tese do *mandamus* deve ser conhecida. Todavia, denegada, uma vez que o decreto preventivo está devidamente fundamentado de forma que não merece censura. Ademais, não foi demonstrado nos fólios qualquer elemento que neutralizassem os argumentos da medida extrema.

A meu sentir, agiu bem a autoridade impetrada. É que demonstrado a gravidade e o risco de novos crimes, fato que justifica plenamente a manutenção da prisão provisória ora combatida.

A propósito:

> "(...) Se o paciente se revela perigoso ao convívio social, pode e deve ser submetido a regime de prisão provisória, no interesse da garantia da ordem pública". (STF RTJ 114/199).

De outro turno, não se pode esquecer ainda, o entendimento pacífico na jurisprudência dos tribunais pátrios, de que as condições pessoais do acusado, tais como a primariedade, isoladamente, não elidem a necessidade de decretação ou manutenção da prisão cautelar, bem como não autorizam automaticamente a concessão da liberdade provisória, se identificados motivos que justifiquem a medida..

Incindíveis à espécie os seguintes julgados:

> STJ: "Eventuais condições subjetivas favoráveis, tais como primariedade, bons antecedentes, residência fixa e trabalho lícito, por si sós, não obstam a segregação cautelar, se há nos autos elementos hábeis a recomendar a sua manutenção, como se verifica no caso em tela. Precedente do STF.
> (HC 122392. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. 5ª Turma. DJ 03/08/2009).

> STF: "Primariedade, bons antecedentes, residência e trabalho fixos não impedem a prisão preventiva quando presentes os requisitos do artigo 312 do CPP. Precedentes. Ordem denegada."
> (HC 98197/SP. Rel. Min. Eros Grau. DJ 01/07/2009).

Assim, considerando a impossibilidade da discussão do mérito da ação penal no presente *writ* e que a decisão denegatória da liberdade provisória do paciente encontra-se fundamentada juridicamente, pois demonstrou de forma concreta a presença dos requisitos necessários, conheço parcialmente da presente ordem, porém para denegá-la na parte conhecida, em parcial consonância com o parecer da ilustrada Procuradoria Geral de Justiça.

É como voto.

Fortaleza, 22 de abril de 2014.

PROCESSO N°: 0802905-49.2013.8.06.0000.
TIPO: *HABEAS CORPUS* DIGITAL.
IMPETRANTE: CARLOS AUGUSTO CORREIA LIMA .
PACIENTE: JUDEGLÉCIO PEREIRA GOMES .
IMPETRADO: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DA COMARCA DE IGUATU/CE.
RELATOR: DES. FRANCISCO PEDROSA TEIXEIRA.

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO E PORTE ILEGAL DE ARMA. PRISÃO PROCESSUAL. EXCESSO DE PRAZO PARA O JULGAMENTO DA AÇÃO PENAL CONFIGURADO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE NA DURAÇÃO DO PROCESSO. ILEGALIDADE MANIFESTA. A DEMORA ATRIBUÍDA À DEFESA E A DESIGNAÇÃO DO JÚRI NÃO SE MOSTRAM SUFICIENTES PARA JUSTIFICAR A LENTIDÃO DA TRAMITAÇÃO DO FEITO. PROCESSO SEM COMPLEXIDADE. UM ÚNICO DENUNCIADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. Hipótese em que o paciente, denunciado por crimes, em tese, de homicídio qualificado e porte ilegal de arma, se encontra preso preventivamente desde 31/07/2012, a pretexto de excesso de prazo para o julgamento da ação penal como motivo caracterizador da ilegalidade da prisão processual, consequente relaxamento do ergástulo.

2. Colhe-se dos autos que muito embora o réu tenha concorrido para a demora, deixando fluir o prazo para indicação de advogado de sua confiança e que a ação penal já se encontra com data designada para o seu julgamento 09/04/2014, o excesso de prazo observado, não se mostra razoável.

3. Atente-se que o colendo STJ pacificou o entendimento no sentido de que, se a instrução foi concluída, ou nos casos de processo de competência do Juri, o réu foi pronunciado, fica superada a alegação de excesso de prazo da eventual prisão ilegal, a teor das súmulas nº 52 e 21, respectivamente. Todavia,

tais enunciados não podem preponderar, chancelando a demora no julgamento das causas e violando princípios constitucionais, tais como o da proporcionalidade e da razoabilidade.

4. Configurada a tardança, máxime quando atribuível à inércia do aparelho judiciário, visivelmente ineficaz para a atempada prestação jurisdicional de réu submetido a prisão provisória, impõe-se o reconhecimento da mora processual.

5. Excesso de prazo configurado. Constrangimento ilegal evidenciado. Ordem conhecida e concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de petição de *habeas corpus* nº 0802905.49.2013.8.06.0000, ajuizado pelo advogado Carlos Augusto Correia Lima, em prol de Judeglecio Pereira Gomes, acoimando ato do Juízo da 1ª Vara da Comarca de Iguatu/CE.

Acordam os Desembargadores integrantes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer e conceder a ordem, nos termos do voto do eminente Relator.

RELATÓRIO

Cuidam os autos, de *habeas corpus* liberatório (art. 5º, inciso LXVIII da Constituição Federal c/c arts. 647 e seguintes do Código de Processo Penal), intentado pelo advogado Carlos Augusto Correia Lima em benefício de Judeglécio Pereira Gomes, atacando ato do Juízo da 1ª Vara da Comarca de Iguatu/CE. (fls. 01/10).

Aduz o impetrante, em suma, que o paciente suporta constrangimento em razão de prisão ilegal por excesso de prazo para o julgamento da ação penal, enfatizando que a prisão processual perdura desde julho de 2012.

Conclui requerendo liminarmente o deferimento da soltura.

No mérito, o reconhecimento do excesso de prazo, confirmando a liminar e concedendo a ordem.

Carreou-se à impetração os documentos de fls. 11/22.

Liminar indeferida nos termos da decisão de fls. 35/36.

Informações do Juízo impetrado às fls. 52/54.

Parecer da Ilustrada Procuradoria Geral de Justiça às fls. 57/59, opinando pela denegação da ordem.

VOTO

Em juízo de admissibilidade, conheço do *mandamus*, pois regularmente instruído e cabível na espécie. Presentes, demais, os requisitos do art. 654 do CPP.

Compulsando detidamente os fólios, observo que a ordem deve ser concedida em face da ilegalidade da prisão por excesso de prazo para o julgamento da ação penal.

Vislumbra-se que muito embora haja demonstração de que o réu contribuiu para a demora, deixando fluir o prazo para indicação de novo advogado de sua confiança, em substituição ao anterior cujos poderes foram revogados, isso, após a sentença de pronúncia, e que a ação penal já se encontra com a data de 09/04/2014, designada para o seu julgamento (Informações complementares do Juízo *a quo*), ainda assim o excesso de prazo observado, não se mostra razoável.

Narra, os autos que a ação penal foi instaurada em novembro de 2011 e o réu pronunciado em 10/06/201, sendo que a prisão preventiva foi efetivada em 31/07/2012 e de lá pra cá, já transcorridos mais de dezenove (19) meses de ergástulo processual, a prestação jurisdicional ainda não se concretizou. Destarte, conclui-se que, mesmo deduzindo-se o tempo de demora atribuído ao paciente, o entrave na tramitação do processo se opera principalmente, por culpa do aparelho judiciário que não se mostrou eficiente para a condução célere da ação.

O Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento no sentido de que, se a instrução foi concluída, ou nos casos de processo de competência do Juri, se o réu foi pronunciado, superada se acha a alegação de excesso de prazo da prisão.

São os enunciados das súmulas nº 21 e 52.

> Súmula 52: **"Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento ilegal por excesso de prazo"**,
>
> Súmula 21: **"Pronunciado o réu, fica superada a alegação do constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução."**

Todavia, tais enunciados não podem preponderar, chancelando a demora no julgamento das causas e violando princípios constitucionais, tais como o da proporcionalidade e razoabilidade.

Nesse contexto, a jurisprudência mais recente do colendo STJ, mitigando as supra mencionadas súmulas, orienta que:

> "(...)As Súmulas nº 52 e 21 deste Tribunal não impedem o reconhecimento do excesso de prazo nos casos em que a demora fere a proporcionalidade e a razoabilidade do tempo do processo. 2. Por outro lado, as previsões sumulares desta Corte hão de ceder espaço à previsão garantista da realização do processo em tempo hábil, ainda mais quando se observa que o paciente encontra-se preso por mais de 4 anos e 6 meses. 3. Ordem concedida para relaxar a prisão cautelar, sob compromisso de comparecimento a todos os atos do processo."
> (HC 122.786/PA, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 21/05/2009, DJ. 08/06/2009)." Grifei.

E ainda:

> "(...)Em que pese a gravidade dos fatos apurados na ação penal, constata-se que o Paciente está preso preventivamente desde 20/05/2006, ou seja, há mais de 6 (seis) anos, sem perspectiva de julgamento no Tribunal do Júri, o que já demonstra excesso a sinalizar o desrespeito ao Princípio da Razoabilidade. (...) A teor da Súmula n.º 21 desta Corte, "pronunciado o réu, fica superada a alegação do constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução". Tal entendimento, porém, deve ser mitigado, à luz do Princípio da Razoabilidade, em se considerando que não pode o réu permanecer preso cautelarmente, de forma indefinida, no aguardo do julgamento do mérito, como na espécie.(...)"
> (RHC 29.115/PI, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 18/12/2012, DJe 01/02/2013).

No caso dos autos, a demora afronta os limites da razoabilidade:
Eis julgados do Colendo STJ:

> "(...)As coisas hão de ter tempo e fim, hão de ter forma e medida, e os acontecimentos jurídicos não hão de ser diferentes; ao contrário, hão de ter, sempre e sempre, forma e medida (início, tempo e fim). 2. É garantido a todo preso o direito de ser julgado dentro de prazo razoável – razoável duração do processo (art. 7º da Convenção promulgada pelo Decreto nº 678/92 e art. 5º, LXXVIII, da Constituição).(...)."
> (STJ HC 142418/SP. Rel. Min. Nilson Naves. 6ª Turma. DJ. 24/05/2010) .

Ressalte-se que a carta constitucional assegura que:

> "Conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação ilegal em sua liberdade de locomoção por ilegalidade ou abuso de poder;"
> (CF/88, art. 5º, inciso LXVIII).

Pelo exposto, reconheço a ilegalidade da manutenção da prisão do paciente, por manifesto excesso de prazo para o julgamento da ação penal.

Assim, conheço e concedo a ordem liberatória, devendo o paciente ser posto em liberdade, se por outro motivo não tiver que permanecer preso, isso, em dissonância com a Procuradoria Geral de Justiça.

Alvará de soltura clausurado

É como voto.

Fortaleza, 18 de março de 2014.

PROCESSO N°: 0073385-22.2012.8.06.0000.
TIPO: *HABEAS CORPUS* DIGITAL.
IMPETRANTE: EURIDES RODRIGUES DE PAULA.
PACIENTE: MARIA ARACY PARENTE GONÇALVES DA JUSTA.
IMPETRADO: JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA DE EXECUÇÕES FISCAIS E DE CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA DA COMARCA DE FORTALEZA/CE.
RELATOR: DES. FRANCISCO PEDROSA TEIXEIRA.

EMENTA: PENAL. PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. PLEITOS DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL E DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO. DESCONHECIMENTO. NÃO COMPROVAÇÃO DO MARCO INICIAL PARA A CONTAGEM DO PRAZO, QUE É A DATA DO LANÇAMENTO DEFINITIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. Hipótese em que a paciente foi denunciada por crime, em tese, de não recolhimento de tributo obrigatório. Alega ainda incidência de extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva. Pede-se, o trancamento da ação penal.

2. Colhe-se dos autos, que não se comprovou o marco inicial para contagem da prescrição, que no caso, é o dia do lançamento definitivo do crédito tributário. Sem esta comprovação torna-se impossível averiguar a incidência do instituto prescricional sustentado.

3. "*A teor da farta jurisprudência deste Tribunal, o lançamento definitivo do crédito tributário é condição objetiva de punibilidade, ou seja, somente poderá ser iniciada a ação penal após esse marco, quando, então, estará configurado o tipo penal."* STJ.

4. *"O habeas corpus, ação de porte constitucional caracterizada por seu rito célere, não comporta dilação probatória e, portanto, demanda prova pré-constituída das alegações que sustentam a impetração."* STJ.

5. Ordem não conhecida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos de *habeas corpus* nº. 0073385-22.2012.8.06.0000 interposto pelo advogado Eurides Rodrigues de Paula, em benefício da paciente Maria Aracy Parente Gonçalves da Justa, contra ato do Juízo da 2ª Vara de Execuções Fiscais e Crimes Contra a Ordem Tributária de Fortaleza/CE.

Acordam os Desembargadores integrantes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, em não conhecer da ordem, nos termos do voto do eminente Relator.

RELATÓRIO

Tratam os autos de ordem de *habeas corpus*, ajuizado pelo advogado Eurides Rodrigues de Paula, em prol de Maria Aracy Parente Gonçalves da Justa, acoimando ato do Juízo da 2ª Vara de Execuções Fiscais e Crimes Contra a Ordem Tributária de Fortaleza/CE. (fls. 01/04).

Alega o impetrante em síntese, que a a ação penal instaurada contra a paciente se encontra fulminada pela prescrição já que o crime imputado foi consumado entre o mês de Janeiro de 2003 ao mês de agosto de 2005, sendo que desta última data até o recebimento da denúncia crime ocorrida em 12/05/2011, transcorreu tempo suficiente para caracterizar a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva estatal.

Por isso, pede liminarmente a suspensão da audiência de instrução designada e no mérito, a concessão da ordem para, reconhecendo a extinção do processo, tranque-o definitivamente.

Ao pedido colacionou-se os documentos de fls. 05/79.

Liminar indeferida nos termos da decisão de fls. 84/85.

Requisição das informações não atendida pelo Juízo impetrado.

Com vista, a douta Procuradoria Geral de Justiça exarou o parecer de folha 92/95, opinando pelo não conhecimento da ordem.

É o relatório.

VOTO

A presente ordem de *habeas corpus*, conforme ressaltado no relatório, tem objetivo claro o trancamento da ação penal na hipótese de reconhecimento da incidência do instituto prescricional.

Antes de mais nada, convêm destacar que o marco inicial para contagem do prazo, de acordo com a farta jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça, é a data do lançamento definitivo do crédito tributário e não a data do exercício fiscal como entende o impetrante.

Com efeito, vejamos o entendimento recente do STJ:

> **"(...) A teor da farta jurisprudência deste Tribunal, o lançamento definitivo do crédito tributário é condição objetiva de punibilidade, ou seja, somente poderá ser iniciada a ação penal após esse marco, quando, então, estará configurado o tipo penal."**
> (AgRg nos EDcl no REsp 1256080/PR, Rel. Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), QUINTA TURMA, julgado em 11/10/2011, DJe 01/02/2012)

> **"(...) LAPSO PRESCRICIONAL. TERMO A QUO. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PRESCRIÇÃO NÃO VERIFICADA. 1. Consolidou-se nesta Corte Superior de Justiça o entendimento no sentido de que o termo a quo para a contagem do prazo prescricional no crime previsto no art. 1º da Lei nº 8.137/90 é o momento da constituição do crédito tributário, ocasião em que há de fato a configuração do delito, preenchendo, assim, a condição objetiva de punibilidade necessária à pretensão punitiva (Precedentes)."**
> (RHC 25.728/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 18/11/2010, DJe 28/02/2011).

No caso que se cuida, o impetrante deixou de colacionar no *mandamus,* a documentação necessária à comprovar o marco inicial para a contagem do prazo prescricional e assim tornou-se impossível verificar a sua incidência.

Destaque-se, que o *habeas corpus* é ação de rito sumário que demanda prova pré-constituída e não comporta dilação probatória, exigindo-se, de plano, para o seu conhecimento a presença de elementos que possibilitem o exame das questões nele suscitadas.

Nesse sentido a jurisprudência é pacífica:

> **"O habeas corpus, ação de porte constitucional caracterizada por seu rito célere, não comporta dilação probatória e, portanto, demanda prova pré-constituída das alegações que sustentam a impetração. Ordem parcialmente conhecida e, nesta extensão, denegada."**
> (STJ – HC 27646 – RS – 6ª Turma)**.**

Segundo o Professor Paulo Lúcio Nogueira citado na obra "*Habeas Corpus*: antecedentes históricos, hipóteses de impetração, processo, competência e recursos,

jurisprudência atualizada" do autor Heráclito Antônio Mossin, 8ª edição (revisada e atualizada), Barueri-SP, Manole, 2008, página 229:

> "O instituto do habeas corpus visa amparar direito líquido, que se entende aquele cuja existência não é afetada por dúvidas ou incertezas. É de se ver que tal direito deve ser demonstrado com evidência, sem necessitar de produzir provas, pois no julgamento de habeas corpus não é admissível o exame aprofundado de provas. É claro que o impetrante terá que fornecer de plano os elementos indispensáveis que demonstrem a liquidez de seu direito".

Na vertência, sem a comprovação do marco inicial, torna-se impossível a avaliação do mérito da mandamental.

Pelos motivos acima expostos, sem delongas, **nego conhecimento** a presente ordem, por se encontrar deficientemente instruída, ficando prejudicada à análise dos argumentos levantados, em consonância com parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça.

É como voto.

Fortaleza, 18 de setembro de 2012.

PROCESSO: 0001985-74.2014.8.06.0000 – HABEAS CORPUS
IMPETRANTE: JOSÉ ANDERSON ALCANTARA DE MATOS
PACIENTE: WLADIMIR CAMPELO JÚNIOR
IMPETRANTE: JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA DE EXECUÇÃO PENAL DA COMARCA DE FORTALEZA
RELATOR: HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA: HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. REGIME SEMIABERTO. BENEFÍCIO DO TRABALHO EXTERNO. POSSIBILIDADE. CONDENADO QUE PREENCHE TODOS OS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DA BENESSE LEGAL. PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO PELA CONCESSÃO DO WRIT. ORDEM CONCEDIDA.

01 – Na espécie, a autoridade impetrada negou o benefício do trabalho externo ao Paciente fundamentada, unicamente, no fato de a empresa empregadora não possuir alvará de funcionamento e da vigilância sanitária, embora tenha ela o requerido à municipalidade há mais de um ano e tenha comprovada sua regularidade aos fins do que se destina a súplica, diante do regular cadastramento – CNPJ como pessoa jurídica junto à Receita Federal do Brasil, bem como favorável apreciação da Oficiala de Justiça deslocada para averiguação de local, entre os quais: **(1)** a veracidade da proposta do emprego, **(2)** a pluralidade de funcionários ali empregados, **(3)** a regularidade dos horários de funcionamento, **(4)** a natureza comerciária do estabelecimento, **(5)** a função que desempenhará o reeducando, **(6)** o tempo de funcionamento da empresa por cerca de 5 (cinco) anos e, como visto acima, **(7)** a apresentação de protocolo de petição do alvará municipal.".

02 – No caso dos autos, do que se vê, a digna autoridade impetrada, à margem da razoabilidade, desconsiderou um dos propósitos da sistemática penal, a ressocialização do condenado, de modo que se faz necessário, na hipótese, a adequação da norma à realidade vivenciada no país, considerando, no caso, que o indeferimento do pedido decorre

unicamente da ineficiência do aparato estatal, especificamente da municipalidade, em razão da delonga – por prazo superior a um ano – em deliberar acerca do fornecimento do necessário alvará de funcionamento da empresa empregadora.
03 – *Habeas corpus* concedido, nos termos do voto do relator.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de *Habeas Corpus*, acordam os Desembargadores da 2a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade de votos, em conceder a ordem impetrada, tudo em conformidade com o voto do Relator.

Fortaleza, CE, 09 de setembro de 2014.

RELATÓRIO

Cuida-se de habeas corpus impetrado por José Anderson Alcântara de Matos, em favor do paciente WLADIMIR CAMPELO JUNIOR, figurando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 3ª Vara de Execução Penal da Comarca de Fortaleza, manejado pela Defesa, onde se pretende desconstituir a decisão de 1º grau que negou-lhe o benefício do trabalho externo.

Aduz o Impetrante, em essência, que o Paciente, condenado à pena de 15 anos de reclusão em regime fechado, foi beneficiado com a progressão a regime menos rigoroso – semiaberto, e, embora preencha os requisitos objetivos e subjetivos para ser beneficiado com o trabalho externo, contando inclusive com parecer favorável do Ministério Público para ser alcançado pela benesse legal, teve o pleito negado pelo juízo a quo, ao argumento de que a empresa "Centro Automotivo de Serviços Retok Ltda – ME", onde iria o Paciente exercer suas atividades, não possuía alvará da vigilância sanitária, o que tornaria irregular o seu funcionamento.

Requer, por isso, liminarmente e no mérito, seja concedida ao Paciente o benefício do trabalho externo, com a expedição de alvará de soltura.

O pedido liminar foi indeferido nos termos da decisão de fl. 60.

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 90/91.

O Ministério Público Estadual manifestou-se às fls. 94/98, opinando pela concessão da ordem de habeas corpus.

É o relatório.

Em mesa para julgamento.

VOTO

Sustenta o impetrante, em essência, que o Paciente, condenado à pena de 15 anos de reclusão em regime fechado, foi beneficiado com a progressão a regime menos rigoroso – semiaberto, e, embora preencha os requisitos objetivos e subjetivos para ser beneficiado com o trabalho externo, contando inclusive com parecer favorável do Ministério Público para ser alcançado pela benesse legal, teve o pleito negado pelo juízo a quo, ao argumento de que a empresa "Centro Automotivo de Serviços Retok Ltda – ME", onde iria o Paciente exercer suas atividades, não possuía alvará da vigilância sanitária, o que tornaria irregular o seu funcionamento.

Tenho que a ordem comporta concessão.

Ao prestar os informes solicitados, o magistrado a quo assim consignou:

> "Por fim, saliento, quanto ao objeto do pedido de habeas corpus, que o recuperando foi beneficiado com o regime semiaberto, por decisão datada de 14/07/2014, tendo sido determinada por este juízo a condução do mesmo para estabelecimento penal adequado ao novo regime, bem como que, na presente data, este juízo indeferiu o pleito de trabalho externo, tendo em vista não existir alvará de vigilância sanitária e de funcionamento referente à empresa empregadora, apenas protocolo, datando respectivamente de 15/07/2013 e 14/07/2013, não sendo possível constatar, portanto, a regularidade quanto ao seu funcionamento." (fl. 91)

No caso, ao que me parece, o condenado satisfez todo os requisitos, de natureza subjetiva, necessários para a concessão do trabalho externo.

O impetrante fez chegar aos autos documentos comprobatórios do preenchimento desses requisitos, demonstrando as condições pessoais favoráveis do Paciente.

Do que se vê, a digna autoridade impetrada, à margem da razoabilidade, desconsiderou um dos propósito da sistemática penal, a ressocialização do condenado, de modo que se faz necessário, na hipótese, a adequação da norma à realidade vivenciada no país, considerando, no caso, que a ineficiência é do aparato estatal, especificamente da municipalidade, em razão da delonga – por prazo superior a um ano – em deliberar acerca do fornecimento do necessário alvará de funcionamento da empresa empregadora.

Como bem ponderou a douta Procuradoria Geral de Justiça, em seu bem lançado parecer:

> "Por outro norte, ademais de comprovada a boa conduta da empresa proponente, que a toda prova envida esforços para a regularização plena de sua atividade empresarial junto à Administração Pública de Fortaleza, é também possível perceber que a firma acima evidenciada ostenta **regular cadastramento – CNPJ** como pessoa jurídica junto à **Receita Federal do Brasil** (v. Fls. 37), bem como **favorável apreciação da Oficiala de Justiça** deslocada para averiguação de local, entre os quais citamos: **(1)** a veracidade a proposta do emprego, **(2)** a pluralidade de funcionários ali empregados, **(3)** a regularidade dos horários de funcionamento, **(4)** a natureza comerciária do estabelecimento, **(5)** a função que desempenhará o reeducando, **(6)** o tempo de funcionamento da empresa por cerca de 5 (cinco) anos e, como visto acima, **(7)** a apresentação de protocolo de petição do antes comentado alvará municipal." (fl. 96)

No mesmo sentido foi o parecer do Ministério Público Estadual oficiante junto ao juízo impetrado (fls. 73/74) ao opinar pelo deferimento do pleito formulado em favor do Paciente.

Com efeito, o trabalho extramuros proporciona ao preso a possibilidade de readaptação ao convívio social, ressocializando-o.

Júlio Fabbrini Mirabete ensina que:

> "O trabalho tem seu sentido ético, como condição da dignidade humana, e assim assume um caráter educativo. Se o condenado já tinha o hábito do trabalho, depois de recolhido ao estabelecimento penal seu labor irá manter aquele hábito, impedindo que degenere; se não o tinha, o exercício regular do trabalho contribuirá para ir gradativamente disciplinando-lhe a conduta, instalando-se em sua personalidade o hábito de atividade disciplinadora". (*in* Execução Penal, 9ª Edição, Editora Atlas S.A., 2.000, São Paulo, pág. 88).

Ante o exposto, concedo a ordem, permitindo ao paciente a benesse do trabalho externo, preenchidos os demais requisitos para a concessão do benefício, sujeitando-se às condições impostas pelo Juízo da Execução.

É como voto.

Fortaleza, 9 de setembro de 2014.

HABEAS CORPUS Nº 0623720-17.2014.8.06.0000
IMPETRANTES: JOSÉ CÂNDIDO LUSTOSA BITTENCOURT DE ALBUQUERQUE E OUTROS
PACIENTES: JOSÉ VILMAR FERREIRA, WANDER JEAN MATOS FERREIRA, MARIA ROSEMEIRE MATOS FERREIRA, MARIA JOSÉ FERREIRA E ROSE ALINE MATOS FERREIRA DE FREITAS GUIMARÃES
IMPETRADO: JUÍZO DE DIREITO DA ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE CAUCAIA/CE
RELATOR: DES. FRANCISCO GOMES DE MOURA

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO CULPOSO MAJORADO (ART. 121, §§ 3º E 4º DO CPB). I - PLEITO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE INDIVIDUALIZAÇÃO DAS CONDUTAS. INADMISSIBILIDADE. CRIME DE AUTORIA COLETIVA. ACUSAÇÃO GERAL. PRESENÇA DE INDÍCIOS MÍNIMOS DE AUTORIA PARA A PROPOSITURA DA AÇÃO PENAL. PREENCHIDOS OS REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP. II – ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE LASTRO PROBATÓRIO MÍNIMO PARA A DEFLAGRAÇÃO DO PROCESSO PENAL. NÃO CONHECIMENTO. INSTRUMENTALIDADE DEFICIENTE. INICIAL DESACOMPANHADA DE CÓPIA DOS DOCUMENTOS QUE INSTRUIRAM A AÇÃO PENAL DE ORIGEM. III – RECEBIMENTO DE DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. DECISÃO QUE RESSALTOU A PRESENÇA DE INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA E A COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE DELITIVA. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESTA PARTE, DENEGADA. PARECER MINISTERIAL PELO IMPROVIMENTO DO PEDIDO.

-O trancamento de processo penal por meio de *Habeas Corpus*, conquanto possível, é medida de todo excepcional, somente

admitida nas hipóteses em que se mostrar evidente, isto é, de plano, a ausência de justa causa, a inexistência de elementos indiciários demonstrativos da autoria e da materialidade do delito ou, ainda, a presença de alguma causa excludente de punibilidade.

-A despeito da alegação de inépcia da denúncia por ausência de descrição individualizada das condutas dos acusados e falta de detalhamento acerca da contribuição de cada um para a consumação do fato típico narrado na inicial acusatória, entendo que a exordial preenche todos os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, que prevê que "a denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas".

-Na hipótese contemplada nos autos, depreende-se do teor da peça acusatória que o Promotor de Justiça, ao descrever a conduta delitiva, não deixou de proceder à exposição dos fatos com todas as suas circunstâncias, embora o tenha feito de forma geral - e não genérica - em relação à contribuição de cada um dos autores do delito, em razão da impossibilidade, pela forma como consumado o crime de homicídio culposo (conduta criminosa omissiva), além de não ter se descuidado em demonstrar o vínculo entre a conduta omissiva dos acusados e o resultado naturalístico.

-As alegações que dizem respeito à matéria fática não podem ser examinadas em sede de *habeas corpus*, não sendo tampouco possível a valoração de depoimentos colhidos no inquérito policial assim como confrontar argumentos fáticos relacionados com a conduta delituosa, tendo em vista que, para tanto, seria necessário um exame aprofundado e valorativo da prova, o que não se comporta nos limites desta via processual.

-Lado outro, quanto ao argumento de que a inicial acusatória carece de justa causa, em razão da ausência de lastro probatório mínimo necessário para autorizar a deflagração do processo penal, a hipótese é de não conhecimento do *writ*, tendo em vista

que, ao contrário do que afirmado, os impetrantes deixaram de acostar à inicial cópia integral do inquérito policial e demais documentos anexados à ação penal de origem, inviabilizando o exame de todos os elementos utilizados pelo *Parquet* para respaldar à acusação em desfavor dos delatados.
Conquanto sintética, a decisão de recebimento da denúncia logrou demonstrar a presença dos pressupostos processuais e as condições da ação, e, acaso houvesse percebido a existência de alguma das hipóteses previstas no art. 395 do Código de Processo Penal, perante as quais teria que rejeitar a denúncia, o magistrado explanaria as razões e não receberia a exordial.
-Ordem parcialmente conhecida e, nesta extensão, denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos acima epigrafados, ACORDAM os Excelentíssimos Senhores Desembargadores da SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, sem discrepância de votos, em conhecer parcialmente da presente ordem de *habeas corpus e*, na parte conhecida, para LHE NEGAR PROVIMENTO, nos termos do voto do eminente relator.

RELATÓRIO

Tratam os autos de pedido de *habeas corpus*, com requesto de medida liminar, impetrado pelos advogados José Cândido Lustosa Bittencourt de Albuquerque, Daniel Maia e Victor Marcílio Pompeu em favor dos pacientes JOSÉ VILMAR FERREIRA, WANDER JEAN MATOS FERREIRA, MARIA ROSEMEIRE MATOS FERREIRA, MARIA JOSÉ FERREIRA e ROSE ALINE MATOS FERREIRA DE FREITAS GUIMARÃES, apontando como autoridade coatora o Exmo. Sr. Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Caucaia/CE.

Informam os impetrantes que o Ministério Público do Estado do Ceará, através da Promotoria de Justiça da Comarca de Caucaia ofereceu denúncia em face dos pacientes acima nominados, imputando-lhes a prática do crime de homicídio culposo, com aumento de pena pela suposta inobservância de regra técnica, tipificado no art. 121, §§ 3º e 4º, do Código Penal Brasileiro, em razão da morte do operário JORGE DE ASSIS SALES, fato ocorrido em 22 de maio de 2008, na sede da empresa AÇO CEARENSE INDUSTRIAL LTDA, situada na Comarca de Caucaia/CE.

Alegam que a denúncia, nos termos em que oferecida pelo Ministério Público e recebida pela autoridade reputada coatora, é manifestamente inepta, seja pelo fato de não individualizar a conduta de cada um dos acusados, seja pela imputação de responsabilidade absolutamente objetiva em relação aos pacientes, asseverando que os acusados acima nominados somente foram denunciados pelo *Parquet* pelo fato de integrarem o quadro societário da empresa supra referida.

Demais disso, sustentam que os sócios e ora pacientes, acima identificados, nunca exerceram qualquer função vinculada às atividades de administração relacionada às gestões de manutenção e fiscalização dos equipamentos de segurança no trabalho, estando suas funções relacionadas somente às questões estratégicas, financeiras ou burocráticas da empresa em questão, descuidando-se o órgão acusador de demonstrar o liame fático entre a conduta dos pacientes e o evento morte.

Ainda segundo os impetrantes, tanto os princípios e regras processuais, mas também as garantidas da ampla defesa e do contraditório, não só recomendam, mas também exigem, que a inicial acusatória contenha a descrição dos fatos, com todas as suas circunstâncias, assim como a individualização das condutas, mormente em casos de pluralidade de réus, desatendendo desta maneira o dispositivo legal previsto no art. 41 do CPP.

Ademais, argumentam os impetrantes que a inicial acusatória carece de justa causa, em razão da ausência de lastro probatório mínimo necessário para autorizar a deflagração do processo penal, especialmente pela inexistência de indícios que apontem os pacientes/denunciados como autores do acidente objeto da demanda penal ora questionada.

À continuidade, requerem a declaração de nulidade da decisão de recebimento da denúncia, da lavra do Magistrado impetrado, qualificando-a de superficial e desfundamentada, bem como afirmam que a inicial acusatória ofertada pelo Ministério Público, além de manifestamente inepta, padece de justa causa, circunstâncias que, ao sentir dos impetrantes, conduziriam à rejeição liminar da peça delatória, nos moldes do art. 395, I e III, do Código de Processo Penal.

A inicial, de fls. 01/21, veio acompanhada dos documentos de fls. 22/235.

A liminar foi indeferida, nos termos da decisão interlocutória de fls. 239/243, oportunidade em que foi determinada a notificação da autoridade coatora para prestar as informações de estilo e, em seguida, fossem os autos com vista à Procuradoria Geral de Justiça.

A autoridade impetrada prestou as informações acerca da movimentação processual (fls. 258/259).

Instada a se pronunciar, a Procuradoria Geral de Justiça, através do parecer da lavra do Dr. Francisco Marques de Lima, posicionou-se pelo improvimento da ordem, conforme revela o parecer de fls. 260/267.

Este é, no essencial, o relatório.

Feito que independe de revisão.

Peço dia para julgamento.

VOTO

Consta dos autos que em 10 de abril de 2012 o Ministério Público denunciou JOSÉ VILMAR FERREIRA, WANDER JEAN MATOS FERREIRA, MARIA ROSEMEIRE MATOS FERREIRA, MARIA JOSÉ FERREIRA e ROSE ALINE MATOS FERREIRA DE FREITAS GUIMARÃES pela prática, em tese, do crime de homicídio culposo, na modalidade negligência, por terem deixado de observar o dever objetivo de cuidado, especificamente no que toca à não obediência às Normas Regulamentadoras e ao ordenamento protetivo do trabalho industrial, permitindo ambiente de trabalho inseguro, resultando na morte do operário JORGE DE ASSIS SALES.

Foram então denunciados como incursos nas tenazes do art. 121, §§ 3º e 4º, do Código Penal Brasileiro.

A inicial acusatória aponta que no dia 22 de maio de 2008 (feriado de Corpus Christi), por volta das 18h:00min, na sede da Empresa Aço Cearense Industrial LTDA, na antiga Rodovia BR 222, s/nº, Km 19, Genipabu, no município de Caucaia/CE, a vítima Jorge de Assis Sales trabalhava como operador de máquinas, especificamente com uma máquina "SLITTER", utilizada para cortar e enrolar chapas de aço a grande velocidade.

Ainda de acordo com a denúncia houve inundação parcial da área, em decorrência das recentes chuvas, de modo que a porção inferior da máquina ("poço") estava inundada, já que ainda não havia ocorrido o esgotamento por parte da bomba d'água. Aduz que tal fato não impedia o funcionamento da máquina, todavia, ocorria defeito na passagem das chapas de aço, que ocasionava amassamento, produzindo restos indesejáveis de bobina.

Prossegue o *Parquet* relatando que a certa altura, com a máquina funcionando, a vítima postou-se abaixo do "mandril", buscando corrigir o defeito sem perder tempo de produção, momento em que suas luvas acabaram enganchadas, daí sendo puxado para o interior da máquina, tendo o corpo esmagado e enrolado na bobina,

sob voltas da chapa de aço. Relata o denunciante, referindo-se à prova testemunhal, que tal comportamento era comum por parte da vítima, sendo isto do conhecimento de seus pares e que tal situação não vinha sendo corrigida e nem reprimida por seus superiores.

Relata também o Ministério Público que, conforme inspeção levada a efeito pelo Ministério Público do Trabalho e Emprego, iniciada em 18 de outubro de 2008, ficou constatado que houve omissão de cautelas por parte da empresa e que os responsáveis por tais omissões são seus responsáveis jurídicos, parte dos empregados nas funções ligadas à segurança do trabalho e também os supervisores do trabalho da vítima, informando que ocorreram 13 (treze) autuações, sendo 09 (nove) delas ligadas à segurança em geral e, dentre estas, 04 (quatro) diretamente relacionadas à situação ora tratada. Refere-se ainda ao fato de que diversas Normas Regulamentadoras (Nrs), relacionadas nos itens 01 a 08 da inicial acusatória, todas de observância obrigatória, foram, de alguma forma, desobedecidas.

Tais condutas, segundo entendimento do órgão ministerial, evidenciaram a culpa dos autores, na modalidade negligência, já que se omitiram em seus deveres objetivos de proporcionar à fábrica ambiente seguro de trabalho, mormente porque desobedeceram diversas determinações legais e regulamentares referentes à segurança do trabalho, todas vinculadas à CLT e à Constituição Federal e estabelecidas justamente para garantir os direitos individuais e coletivos dos trabalhadores.

A denúncia foi recebida pelo impetrado em 13 de abril de 2012.

Em relação a todos os pacientes, qualificados na denúncia ora como diretor industrial e administrador, ora como sócio e administrador e como administradora da sociedade/empresa, eis os termos da exordial acusatória no que se refere às condutas omissivas:

> "...negligente ao permitir ambiente de trabalho inseguro, não cuidando com a atenção devida de obedecer e mandar obedecer as Normas Regulamentadoras (NR's) e ao ordenamento protetivo do trabalho industrial, tendo plena ciência de que o trabalho com maquinário pesado é especialmente perigoso e exige dos empregadores cuidados especiais e constante vigilância sobre seus subordinados, bem como seu suficiente treinamento, em especial sobre aqueles diretamente ligados à produção e à segurança do trabalho."

Inconformada, impetrou a defesa o presente *habeas corpus*, requerendo o trancamento da ação penal em razão da alegada inépcia da denúncia.

Todavia, após examinar detidamente os autos, tanto no que se refere às razões suscitadas pelos impetrantes, assim como às ponderações elaboradas pela Procuradoria Geral de Justiça, verifico que a ordem há de ser denegada.

Ab initio, há de se dizer que o trancamento da ação penal pela via de *habeas corpus* é medida de exceção, que só é admissível quando emerge dos autos, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático ou probatório, a atipicidade do fato, a ausência de indícios a fundamentarem a acusação ou, ainda, a extinção da punibilidade, circunstâncias não evidenciadas no caso em apreço.

Com efeito, a despeito da alegação de inépcia da denúncia por ausência de descrição individualizada das condutas dos acusados e falta de detalhamento acerca da contribuição de cada um para a consumação do fato típico narrado na inicial acusatória, entendo que a exordial preenche todos os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, que prevê que "a denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas".

Na hipótese contemplada nos autos, depreende-se do teor da peça acusatória que o Promotor de Justiça, ao descrever a conduta delitiva, não deixou de proceder à exposição dos fatos com todas as suas circunstâncias, embora o tenha feito de forma geral - e não genérica - em relação à contribuição de cada um dos autores do delito, em razão da impossibilidade, pela forma como consumado o crime de homicídio culposo (conduta criminosa omissiva), além de não ter se descuidado em demonstrar o vínculo entre a conduta omissiva dos acusados e o resultado naturalístico.

Sobre tal enfoque, impõe-se ressaltar, na linha do que já assentado pela doutrina e pela jurisprudência de nossos tribunais, que nos crimes multitudinários ou de autoria coletiva a denúncia pode narrar de forma geral a conduta de cada um dos autores ou partícipes, ficando a apuração da conduta específica reservada à fase instrutória, sem que por tal razão se possa vislumbrar qualquer resquício de responsabilização penal objetiva.

Sobre o tema, trago a baila a doutrina de Eugênio Pacelli de Oliveira[11], que ao discorrer sobre a matéria, bem esclarece sobre a questão:

> "Ocorre, entretanto, que quando o órgão da acusação imputa a todos, indistintamente, o mesmo fato delituoso, independentemente das funções exercidas por eles na empresa ou sociedade (e, assim, do poder de gerenciamento ou de decisão sobre a matéria), a hipótese não será nunca de inépcia da inicial, desde que seja certo e induvidoso o fato a eles atribuídos. A questão relativa à efetiva comprovação de eles terem agido da mesma maneira é, como logo se percebe, matéria de prova, e não pressuposto de desenvolvimento válido e regular do processo.

1 In Curso de Processo Penal, 16ª ed., São Paulo, Atlas, 2012, p. 164/165.

> Com efeito, quando se diz que todos os sócios de determinada sociedade, no exercício da sua gerência e administração, com poderes de mando e decisão, em data certa, teria deixado de recolher, "no prazo legal, contribuição ou outra importância destinada à previdência social que tenha sido descontada de pagamento efetuado a segurados, a terceiros" (atual art. 168-A, CP), está perfeitamente delimitado o objeto da questão penal, bem como a respectiva autoria. Não há, em tais situações, qualquer dificuldade para o exercício da defesa ou para a correta capitulação do fato imputado aos agentes.
> A hipótese não seria de acusação genérica, mas geral. Acaso seja provado que um ou outro jamais teriam exercido qualquer função de gerência ou administração na sociedade, ou que cumpriam função sem qualquer poder decisório, a solução será de absolvição, mas nunca de inépcia. É nesse sentido a decisão da Suprema Corte, no julgamento do HC nº. 85.579/MA, Rel. Min. Gilmar Mendes, 24.5.2005 (informativo STF nº. 389, 1.6.2005). E mais recentemente: STF – HC nº. 97.675/SP, Rel. Min. Lewandowski, 1ª Turma, julgado em 10.11.2009.
> (…)
> O que deve ser observado, pois – e insistimos nisso -, é o preenchimento, pela peça acusatória, das exigências relativas à tutela da efetividade do processo (correta classificação do fato, pelo juiz) e da ampla defesa.
> Somente sob tal perspectiva explica-se a orientação jurisprudencial no sentido de que, tratando-se de crimes de autoria coletiva, é admitida uma imputação geral aos acusados, reservando-se à fase instrutória a delimitação precisa de cada uma delas (HC nº. 22.265/BA, STF, DJ, I, 17.2.2003)."

Sobre a possibilidade de acusação geral em casos como o configurado nos autos, convém trazer à colação os seguintes pronunciamentos extraídos do acervo jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal:

> **EMENTA: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. TRANCAMENTO. INADMISSIBILIDADE. IMPROCEDÊNCIA. AUSÊNCIA DE INDIVIDUALIZAÇÃO DAS CONDUTAS. CRIME SOCIETÁRIO. PRESENÇA DE INDÍCIOS MÍNIMOS DE AUTORIA PARA A PROPOSITURA E RECEBIMENTO DA AÇÃO PENAL. ART. 41 DO CPP. ORDEM DENEGADA, CASSADA A LIMINAR ANTES CONCEDIDA.**
> I - Em crimes societários, a denúncia deve pormenorizar a ação dos denunciados no quanto possível. Não impede a ampla defesa, entretanto, quando se evidencia o vínculo dos denunciados com a ação da empresa denunciada. II - Para o recebimento da ação penal não se faz necessária a existência de prova cabal e segura acerca da autoria do delito descrito na inicial, mas apenas prova indiciária, nos limites da razoabilidade. III - A análise da suficiência ou não de provas para a propositura da ação penal, por depender de exame minucioso do contexto fático, não pode, como regra, ser levada a efeito pela via do habeas corpus. IV - Ordem denegada. V - Cassada a liminar antes concedida.

> (HC 95156, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 06/10/2009, DJe-218 DIVULG 19-11-2009 PUBLIC 20-11-2009 EMENT VOL-02383-01 PP-00207).
>
> EMENTA Agravo regimental em habeas corpus substitutivo de recurso ordinário constitucional. Artigo 102, inciso II, alínea a, da Constituição Federal. Inadequação da via eleita ao caso concreto. Precedente da Primeira Turma. Flexibilização circunscrita às hipóteses de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia. Não ocorrência. Inadmissibilidade. Precedentes.
> 1. Segundo o entendimento da Primeira Turma, é inadmissível o uso do habeas corpus que tenha por objetivo substituir o recurso ordinário constitucional prescrito no art. 102, inciso II, alínea a, da Carta da República (HC nº 109.956/PR, Primeira Turma, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJe de 11/9/12). 2. Essa circunstância, entretanto, não impede que a Suprema Corte, quando do manejo inadequado do habeas corpus como substitutivo (art. 102, inciso II, alínea a, da CF), analise a questão de ofício nas hipóteses de flagrante ilegalidade, abuso de poder ou teratologia, o que, como dito na decisão agravada, não é o caso dos autos. 3. Não há ilegalidade na denúncia que contenha descrição mínima dos fatos imputados aos acusados, principalmente se se trata, como no caso, de crime imputado a administradores de sociedade, não exigindo a doutrina ou a jurisprudência descrição pormenorizada da conduta de proprietário e administrador da empresa, devendo a responsabilidade individual de cada um deles ser apurada no curso da instrução criminal. 4. Segundo o entendimento da Corte "a análise da suficiência ou não de provas para a propositura da ação penal, por depender de exame minucioso do contexto fático, não pode, como regra, ser levada a efeito pela via do habeas corpus" (HC nº 98.840/SP, Segunda Turma Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJe 25/9/09). 5. Agravo regimental ao qual se nega provimento.
> (HC 115277 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 26/02/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-055 DIVULG 21-03-2013 PUBLIC 22-03-2013).

Ao contrário do que alegado, vê-se que o órgão do Ministério Público individualizou tanto quanto possível a conduta dos ora pacientes, o fazendo não simplesmente por integrarem o quadro societário da empresa onde se deu o acidente fatal, mas aventando a ocorrência de suposta negligência quanto à desobediência ou não adoção das normas regulamentadoras relacionadas à segurança do trabalho, razão pela qual o fato de ter imputado a mesma conduta omissiva aos delatados não me parece óbice intransponível à deflagração do processo penal.

Além disso, pela leitura das condutas imputadas aos denunciados na inicial acusatória, percebe-se que, na verdade, logrou o representante ministerial em demonstrar, mesmo que minimamente, o vínculo estabelecido entre a conduta omissiva

dos sócios/denunciados (conduta culposa na modalidade negligência) e o acidente ocorrido no interior da empresa, em que resultou na morte do operário, não havendo assim qualquer dificuldade ao exercício da ampla defesa em toda a sua extensão.

No que pertine à alegação de que as atividades desenvolvidas pelos sócios/denunciados limitavam-se às questões estratégicas da empresa, importa ressaltar que argumentações que dizem respeito à matéria fática não podem ser examinadas em sede de *habeas corpus*, tendo em vista que, para tanto, seria necessário um exame aprofundado e valorativo da prova, o que não se comporta nos limites desta via processual.

De tal sorte, tratando-se de imputação geral e não genérica, logrando êxito o Ministério Público em demonstrar o vínculo mínimo estabelecido entre a conduta omissiva dos denunciados e o fatídico acidente, narrando o fato delituoso com todas as suas circunstâncias, tudo a permitir o exercício da ampla defesa por parte dos denunciados, reserva-se à fase de instrução a análise acerca da efetiva contribuição dos acusados para a consumação do homicídio culposo, o que não se viabiliza nesta fase procedimental.

Lado outro, quanto ao argumento de que a inicial acusatória carece de justa causa, em razão da ausência de lastro probatório mínimo necessário para autorizar a deflagração do processo penal, a hipótese é de não conhecimento do *writ*, tendo em vista que, ao contrário do que afirmado, os impetrantes deixaram de acostar à inicial cópia integral do inquérito policial e demais documentos anexados à ação penal de origem, inviabilizando o exame de todos os elementos utilizados pelo *Parquet* para respaldar à acusação em desfavor dos delatados.

Não obstante, a despeito da instrumentalidade deficiente a impossibilitar o exame de mérito especificamente no que se refere à inépcia da denúncia por falta de justa causa, percebe-se, no entanto, que a peça acusatória não surge do relento, não vingando a tese de que os pacientes foram denunciados pelo simples fato de integrarem o quadro societário da empresa onde se deu a morte do operário, mas, ao revés, a atribuição de responsabilidade dos acusados operou-se após a análise pelo *Parquet* dos elementos de provas colacionados na fase inquisitorial.

Sob tal perspectiva, transcrevo fragmento da inicial acusatória, onde se percebe que o Ministério Público se valeu dos elementos de prova extraídos da fase pré-processual, referindo-se expressamente à comprovação da materialidade e aos indícios de autoria, aptos a fundamentar a acusação nos moldes em que apresentada, *verbis*:

> "(...) Fato comprovado pelo AECD-cadavérico e laudo pericial – fls. 23/36 e 46.
> Segundo prova testemunhal, tal comportamento era comum por parte da vítima, sendo isto do conhecimento de seus pares. Isto não vinha sendo

> corrigido nem reprimido nem impedido por seus superiores – fls. 13.
> Conforme inspeção do Ministério do Trabalho e Emprego iniciada no dia 18 de outubro de 2008, houve omissão de cautelas por parte da empresa. Responsáveis por tais omissões são seus responsáveis jurídicos, parte dos empregados nas funções ligadas à segurança do trabalho e também supervisores do trabalho da vítima. Houve 13 autuações, sendo 09 delas ligadas à segurança em geral e, dentre estas, 04 diretamente relacionadas à situação ora tratada.
> Foi constatada a desobediência de diversas Normas Regulamentadoras (Nrs) – de observância obrigatória, da seguinte forma (fls. 132 e ss):
> 1. Falta de proteção física (enclausuramento) ou eletrônica do equipamento, de forma a impedir o ingresso de pessoas aos seus movimentos de risco;
> 2. Permissão, pela empresa, da operação da máquina causadora do acidente por trabalhadores não qualificados/treinados, pois do documento apresentado não constava o assunto do treinamento e o período era ínfimo para execução da atividade, sem dados sobre medidas de proteção e operação;
> 3. Afastamento de auxiliares da área de atuação;
> 4. Falta de supervisão do serviço;
> 5. Falta de O.S de procedimentos específicos do acidentado quanto à operação da prensa, bem como sobre os riscos específicos e respectivas medidas de prevenção de acidentes;
> 6. Falta de segurança nas operações das máquinas "Sliters 3", que não dispunham de procedimentos de operação das Sliters 3, ou seja, orientações por escrito em documento específico quanto aos passos a serem seguidos pelos operadores;
> 7. Descumprimento da NR-12 e da NBR-1453, em garantem a segurança do sistema;
> 8. Descumprimento das NBRNM-ISO – 13852, 2003 e NBR 272 – 2002.
> (…) - (fls. 23/24).

Por fim, quanto à alegação de fundamentação superficial da decisão de recebimento da denúncia, nada socorre os impetrantes, uma vez que, como sabido, deve o magistrado evitar excesso de fundamentação, até mesmo para evitar que haja um pré-julgamento dos acusados, devendo o julgador monocrático manifestar-se apenas quanto à regularidade da peça acusatória, principalmente quanto à presença dos pressupostos processuais e as condições da ação.

Assim, conquanto sintética, a decisão de recebimento da denúncia logrou demonstrar a presença dos pressupostos processuais e as condições da ação, e, acaso houvesse percebido a existência de alguma das hipóteses previstas no art. 395 do Código de Processo Penal, perante as quais teria que rejeitar a denúncia, o magistrado explanaria as razões e não receberia a exordial.

É sempre bom lembrar que na fase de recebimento da denúncia prevalece o princípio *in dubio pro societate*, devendo a peça vestibular ser rejeitada somente quando o fato for manifestamente atípico ou, de plano, com provas pré-constituídas, já estiver comprovada alguma excludente de ilicitude, culpabilidade ou extinção da punibilidade do agente. Em contrapartida, se tais hipóteses ainda não se revelam estreme de dúvidas, o mais prudente é se aguardar o desenrolar da instrução processual, possibilitando, inclusive, que o Órgão Acusatório eventualmente produza as provas que julgue necessárias para desconstituir as teses defensivas.

A propósito, sobre a temática, oportuno conferir os seguintes pronunciamentos jurisprudenciais:

> **STF - HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. LEI Nº 11.343/06. DEFESA PRELIMINAR APRESENTADA. DECISÃO PELO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. FUNDAMENTAÇÃO. ORDEM DENEGADA.**
> 1. O exame da inicial acusatória é balizado pelos arts. 41 e 395 do Código de Processo Penal. No art. 41, a lei adjetiva penal indica um necessário conteúdo positivo para a denúncia. É dizer: ela, denúncia, deve conter a exposição do fato normativamente descrito como criminoso (em tese, portanto); as respectivas circunstâncias, de par com a qualificação do acusado; a classificação do crime e o rol de testemunhas (quando necessário). Aporte factual, esse, que viabiliza a plena defesa do acusado, incorporante da garantia processual do contraditório. Já no art. 395, o mesmo diploma processual impõe à peça acusatória um conteúdo negativo. Se, pelo art. 41, há uma obrigação de fazer por parte do Ministério Público, pelo art. 395, há uma obrigação de não fazer; ou seja, a peça de acusação não pode incorrer nas impropriedades que o art. 395 assim enumera: inépcia, falta de pressuposto processual ou de condição de ação e falta de justa causa para a ação penal. 2. Na concreta situação dos autos, a defesa, na fase instaurada por força do art. 54 da Lei nº 11.343/06, postulou a rejeição da denúncia, aduzindo a falta de indícios de materialidade delitiva. O Juízo, a seu turno, ao receber a inicial acusatória, ressaltou exatamente o oposto: a presença de indícios robustos tanto de autoria quanto de materialidade delitiva. Pelo que não é de se ter como carecedora de fundamento a decisão adversada. 3. Ordem indeferida.
> (STF - HC: 100908 SP , Relator: Min. CARLOS BRITTO, Data de Julgamento: 24/11/2009, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-022 DIVULG 04-02-2010 PUBLIC 05-02-2010 EMENT VOL-02388-02 PP-00293).

> **STF - EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. FURTO QUALIFICADO. RESPOSTA À ACUSAÇÃO. RECEBIMENTO DE DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. DECISÃO SUSCINTA QUE REFUTOU ADEQUADAMENTE TODAS AS TESES DEFENSIVAS. RECURSO IMPROVIDO.**

> 1. O juízo de primeiro grau, ainda que de forma concisa, registrou a presença dos requisitos viabilizadores da ação penal, postergando as questões referentes à análise probatória para o momento adequado (= fase instrutória), não havendo falar, por isso, em nulidade da decisão por ausência de fundamentação. 2. Ademais, não se pode afirmar que a decisão que rejeitou as questões suscitadas na resposta à acusação (CPP, art. 396-A) implique constrangimento ilegal ao direito de locomoção do paciente. A defesa terá toda a instrução criminal, com observância ao princípio do contraditório, para sustentar suas teses e produzir provas de suas alegações, as quais serão devidamente examinadas com maior profundidade no momento processual adequado. 3. Recurso ordinário improvido.
> (STF - RHC: 120267 SP , Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Data de Julgamento: 18/03/2014, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-065 DIVULG 01-04-2014 PUBLIC 02-04-2014).

Por certo, se assim não fez, é porque a denúncia encontra-se fundamentada em peças provenientes de inquérito policial, que embasaram o seu recebimento, razão pela qual, como já antecipado, o *writ*, neste ponto, encontra-se fadado ao insucesso.

Nesse contexto, impedir o Estado, de antemão, de exercer a função jurisdicional, coibindo-o de sequer realizar o levantamento dos elementos de prova para a verificação da verdade dos fatos, constitui uma hipótese de extrema excepcionalidade, não evidenciada na espécie, tornando-se, pois, prematuro o trancamento do processo penal instaurado em desfavor dos pacientes.

Pelos motivos acima expostos, em consonância com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, hei por bem conhecer parcialmente da presente ordem de *habeas corpus* e, nesta extensão, denegá-la.

Fortaleza, 2 de setembro de 2014.

PROCESSO: 0624366-27.2014.8.06.0000 – HABEAS CORPUS
IMPETRANTES: ANDRÉ CAMPOS PACHECO VASQUEZ
PACIENTE: FRANCISCO ROSIELITO GOMES DA SILVA
IMPETRANTE: JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA DA COMARCA DE PACAJUS
RELATOR: DES. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL EM CONTINUIDADE DELITIVA. PRISÃO PREVENTIVA. PRESSUPOSTOS. PRESENÇA. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. PLEITO NÃO SUBMETIDO À ANÁLISE DO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E DENEGADA.

1 – A prisão preventiva constitui medida excepcional ao princípio da não culpabilidade, cabível, mediante decisão devidamente fundamentada, quando evidenciada a existência de circunstâncias que demonstrem a necessidade da providência extrema, nos termos dos arts. 312 e seguintes do Código de Processo Penal. (HC 286.084/PE, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 03/04/2014, DJe 15/04/2014)

2 – No caso dos autos, a custódia está fundada em elementos concretos de cautelaridade, notadamente em circunstâncias abstraídas da conduta atribuída ao acusado, demonstrando a necessidade da prisão como forma de garantir-se a ordem pública.

3 – Quanto ao pleito de reconhecimento de excesso de prazo para a formação da culpa, ao que se vê dos autos, a tese não foi submetida à análise do juízo da 2ª Vara da Comarca de Pacajus, a quem cabe o controle da legalidade da custódia, de modo que fica este Tribunal impedido de enfrentar o tema sob pena de incidir em indevida supressão de instância.

4 – Ordem parcialmente conhecida, e, na extensão, denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de *Habeas Corpus*, acordam os Desembargadores da 2a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, em conhecer parcialmente da ordem impetrada, para, na extensão, denegá-la, tudo em conformidade com o voto do Relator.

Fortaleza, CE, 9 de setembro de 2014.

RELATÓRIO

Cuida-se de habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado pelo advogado André Campos Pacheco Vasquez, em favor do paciente FRANCISCO ROSIELITO GOMES DA SILVA, figurando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Pacajus.

Colhe-se dos autos que o paciente foi denunciado pela prática, em tese, do delito previsto no art. 217–A, na forma do art. 71, ambos do Código Penal Brasileiro e teve a prisão preventiva decretada pelo Juízo de 1º grau, em atendimento a representação da autoridade policial, entendendo a autoridade processante presentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal.

Postulada, por duas oportunidades, a revogação da prisão do réu, o magistrado singular desacolheu o pedido, o que ensejou a presente impetração, ao argumento de que inexiste motivação idônea para a mantença da custódia preventiva.

No mais, alega-se que o paciente encontra-se submetido a constrangimento ilegal decorrente do excesso de prazo na formação da culpa.

O pedido liminar restou indeferido (fl. 217).

Informações da autoridade impetrada à fl. 221.

Em parecer das fls. 223/230, opinou a douta Procuradoria Geral de Justiça pela denegação do *writ*.

É o relatório.

Em mesa para julgamento.

VOTO

A questão trazida aos autos envolve o exame alusivo à fundamentação adotada pelo juízo do feito para a segregação cautelar do Paciente e o alegado constrangimento ilegal decorrente do excesso de prazo na formação da culpa.

Quanto ao primeiro tópico, consoante se vê da decisão acostada nas fls. 41/44, a custódia cautelar foi decretada nos seguintes termos:

> "[...]
> É que as características pessoais do acusado demonstram sua periculosidade, sendo o mesmo frio nas ações que procede, utilizando-se da confiança que tinha das pessoas próximas para realizar suas práticas ardis.
> Assim, para que haja viabilidade da decretação da prisão preventiva é preciso verificar a presença, no caso concreto, dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, concernentes ao *fumus comissi e ao periiculum libertatis*.
> […]
> No caso dos autos, o *fumus coissi delicti* está configurado, uma vez que a materialidade do fato encontra-se inconfundivelmente inserida nos autos, estando presentes também os fundados indícios de autoria.
> O *periculum libertatis* também se apresenta configurado, primeiro pela periculosidade do representado, acautelando o meio social, depois como auxílio às investigações já iniciadas, tentando-se, por fim, preservar a integridade das testemunhas e dos familiares da vítima.
> [...]"

O delito cuja acusação recaí sobre o acusado foi assim narrado na exordial acusatória:

> "[...]
> Noticia os inclusos autos que, em datas incertas, ao longo dos últimos cinco anos (2009 a 2013), na residência da vítima e na residência da avó da vítima, nesta comarca de Pacajus, o acusado, FRANCISCO ROSIELITO GOMES DA SILVA, praticou atos libidinosos com sua própria afilhada, MARIA GISELE DA SILVA LIMA, de apenas 9 (nove) anos de idade (nascida em 18/03/2004), como introduzir o dedo na vagina da vítima e esfregar seu pênis na vagina da vítima, aproveitando-se da falta de entendimento da vítima sobre sua sexualidade e sobre as agressões que sofria.
> Segundo declarações prestadas pela vítima MARIA GISELE DA SILVA LIMA, os abusos ocorriam ainda quando seu padastro FRANCISCO ROSIELITO convivia com a mãe da vítima, MARTA MARIA RIBEIRO DA SILVA, e até um ano após separação, período que compreende os anos 2009 a 2013. a vítima afirmou que, em datas incertas, os abusos ocorriam quando estava sozinha com o acusado FRANCISCO ROSIELITO, oportunidade em que introduzia o dedo na vagina da vítima e esfregava seu pênis na vagina.
> [...]"

Com efeito, não vislumbro ilegalidade no decreto segregativo cautelar do paciente, conquanto presente a concreta gravidade do delito de modo a ensejar o resguardo da ordem pública. Conforme consignado, a periculosidade do paciente se

encontra evidenciada, pois ele, em tese, teria se aproveitado dos laços familiares para abusar da vítima, praticando com ela atos libidinosos durante vários anos.

Assim, no meu sentir, encontra-se o decreto prisional lastreado em elementos concretos colhidos dos próprios autos, de modo que não há que se imputar qualquer ilegalidade à custódia.

Quanto ao pleito de reconhecimento de excesso de prazo para a formação da culpa, ao que se vê dos autos, a tese não foi submetida à análise do juízo da 2ª Vara da Comarca de Pacajus, a quem cabe o controle da legalidade da custódia, de modo que fica este Tribunal impedido de enfrentar o tema sob pena de incidir em indevida supressão de instância.

Nesse sentido:

> HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GRAVIDADE CONCRETA. ORDEM PÚBLICA. EXCESSO DE PRAZO NÃO ENFRENTADO NO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ORDINÁRIO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA.
> NÃO CONHECIMENTO.
> 1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso ordinário.
> 2. Hipótese em que não há flagrante ilegalidade a ser reconhecida.
> Na espécie, está presente a gravidade in concreto do crime a ensejar o resguardo da ordem pública, visto que o paciente, em tese, com a finalidade de retirar a responsabilidade de seu irmão, corréu do processo, da suposta prática de crime de estupro de vulnerável, teria forjado um encontro de uma das vítimas com outro menor na intenção de que ocorresse prática sexual entre eles. Ademais, informações prestadas pelo juízo a quo dão conta da existência de notícias de ameaças feitas às vítimas menores.
> 3. **Quanto ao pedido relativo ao excesso de prazo para o oferecimento da denúncia, não é possível a análise por esta Corte de matéria que não foi ventilada perante o Tribunal de origem, sob pena de indevida supressão de instância**.
> 4. Habeas corpus não conhecido.
> (HC 271.116/PE, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 03/09/2013, DJe 17/09/2013) (destaquei)

Nesse contexto, meu voto é pelo parcial conhecimento da ordem, para, na extensão, denegá-la.

É como voto.

Fortaleza, 9 de setembro de 2014.

PROCESSO: 0625199-45.2014.8.06.0000 – HABEAS CORPUS
IMPETRANTES: ISRAEL HENDRIGO DE FREITAS E DIAS
PACIENTE: NATANEL NOBRE MORAIS
IMPETRANTE: JUIZ DE DIREITO DA VARA ÚNICA DA COMARCA DE SOLONÓPOLE
RELATOR: DES. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. LATROCÍNIO, OCULTAÇÃO DE CADÁVER, FORMAÇÃO DE QUADRILHA E ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULO AUTOMOTOR. LIBERDADE PROVISÓRIA. INDEFERIMENTO. DECISÃO SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E PARA ASSEGURAR A APLICAÇÃO DA LEI PENAL.
01 – Não é ilegal o encarceramento provisório que se funda em dados concretos a indicar a necessidade da medida cautelar, demonstrando a necessidade da prisão para a garantia da ordem e aplicação da lei penal.
02 – Eventuais condições subjetivas favoráveis, como primariedade, bons antecedentes, residência fixa e atividade laboral lícita, não são garantidoras da liberdade quando a manutenção da prisão se sustenta sob outros fundamentos.
03 – Ordem denegada.

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, por votação unânime, em DENEGAR a ordem impetrada, de conformidade com o voto do relator.

Fortaleza, 09 de setembro de 2014.

RELATÓRIO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Natanael Nobre Morais, preso preventivamente pela suposta prática dos crimes previstos nos artigos 157, § 3º, 211, 288 e 311, todos do Código Penal Brasileiro.

Alega a impetração a ilegalidade da prisão em flagrante do paciente, ausência dos motivos ensejadores da custódia preventiva e a inexistência dos requisitos previstos no art. 312, do CPP, como necessários à prisão preventiva.

Assim expondo, requer a concessão de sua liberdade provisória.

Indeferida a liminar, colhidas informações e remetidos os autos à douta Procuradoria Geral de Justiça, que se manifestou pela denegação da ordem impetrada.

É o relatório.

VOTO

Impetração voltada contra indeferimento de pedido de liberdade provisória de paciente acusado de latrocínio, ocultação de cadáver, formação de quadrilha e adulteração de sinal identificador de veículo automotor.

Alega o impetrante, de início, a nulidade do flagrante. Entretanto, eventual nulidade na prisão em flagrante encontra-se superada pela posterior decretação da custódia preventiva, que constitui o novo título prisional.

A respeito, confira-se jurisprudência do e. STJ:

> **RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ART. 155, § 1º, DO CÓDIGO PENAL.**
> **1. NULIDADE DA PRISÃO EM FLAGRANTE. QUESTÃO SUPERADA ANTE A CONVERSÃO EM PRISÃO PREVENTIVA. 2. REITERAÇÃO CRIMINOSA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA DEMONSTRADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. 3. RECURSO IMPROVIDO.**
> **1. Convertida a custódia em preventiva, fica superada a alegação de nulidade da prisão em flagrante, ante a existência de título autônomo a justificar a segregação cautelar.**
> **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.**
> **3. No caso, inexiste ilegalidade a ser sanada, pois a prisão provisória encontra-se motivada na necessidade de resguardo da ordem pública, nos termos disciplinados no art. 312 do Código de Processo Penal, ante a reiteração criminosa do recorrente, pois afirmou o Juízo de primeiro grau ser ele "afeto a vida criminosa, uma vez que já se envolveu em diversos delitos quando menor de idade e já está sendo processado como maior de idade por crime de trânsito e outros furtos nesta Comarca de**

> **Solânea e em Bananeira", fundamento este considerado idôneo pela uníssona jurisprudência desta Corte.**
> **4. Recurso ordinário em habeas corpus a que se nega provimento.**
> (RHC 46.997/PB, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 10/06/2014, DJe 18/06/2014)

É fora de dúvida que a prisão antes da existência de sentença penal condenatória, no atual contexto constitucional, é medida excepcional, por tratar-se de clausura de cunho processual, só se admitindo sua sustentação mediante demonstração concreta de pelo menos um dos pressupostos da prisão preventiva.

No caso, além de comprovada a materialidade e indícios suficientes de autoria, a manutenção da prisão encontra-se devidamente justificada na garantia da ordem pública e a garantia da aplicação da lei penal, uma vez que, segundo consta dos informes prestados pelo judicante, logo após o cometimento do delito os agentes empreenderam fuga do distrito da culpa.

Ademais, a forma como o delito ocorreu gera insegurança e instabilidade fazendo-se necessário resguardar a própria credibilidade da justiça, reafirmando a validade e a autoridade da ordem jurídica, abalada pela conduta criminosa e por sua repercussão na sociedade.

Por outro lado, os motivos do delito e outras informações constantes apontam para a conservação da sua segregação cautelar, em garantia da ordem pública. A jurisprudência das Cortes Superiores tem admitido a prisão preventiva, quando a forma de execução revela a periculosidade do agente, circunstância que atrai a necessidade de preservar a paz social:

> EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO E RESISTÊNCIA. QUALFICAÇÃO JURÍDICA DE FATO INCONTROVERSO. POSSIBILIDADE. PRISÃO PREVENTIVA: PRESUNÇÃO DE AMEAÇA A TESTEMUNHAS. INIDONEIDADE. PERICULOSIDADE DO AGENTE EVIDENCIADA PELO MODUS OPERANDI. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONDIÇÕES PESSOAIS IRRELEVÂNCIA.
> 1. Apesar de o rito do habeas corpus não comportar reexame de fatos e provas, é possível operar-se, nessa via, a qualificação jurídica de fatos incontroversos. Precedentes. 2. Prisão preventiva por conveniência da instrução criminal. Presunção de ameaça a testemunhas. Inidoneidade. 3. Prisão cautelar para garantia da ordem pública. Periculosidade do réu evidenciada pelo modus operandi na prática do crime. Idoneidade. Precedentes. 4. Primariedade, bons antecedentes, residência e trabalho fixos não impedem a prisão preventiva quando presentes os requisitos do artigo 312 do CPP. Precedentes. Ordem denegada.

(HC 98197, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 12/05/2009, DJe-121 DIVULG 30-06-2009 PUBLIC 01-07-2009 EMENT VOL-02367-04 PP-00693)

Cumpre assinalar que as condições pessoais favoráveis (primariedade e endereço certo vinculado ao distrito da culpa), por si sós, não são garantidoras do deferimento do benefício, se outros elementos estão a indicar a necessidade da segregação cautelar do paciente.

Dessa forma, tenho como acertada a decisão, eis que se apresenta bem fundamentada e em consonância ao previsto no artigo 312, do Código de Processo Penal.

Isso posto é o presente para denegar a ordem.

É como voto.

Fortaleza, 9 de setembro de 2014.

PROCESSO: 0625386-53.2014.8.06.0000 – HABEAS CORPUS
IMPETRANTE: ANA GARDENE ALVES UCHOA BARBOSA
PACIENTE: MARCELO INOCÊNCIO CORDEIRO JUSTO
IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA DE EXECUÇÃO PENAL DA COMARCA DE ÚNICA DA COMARCA DE FORTALEZA
RELATOR: DES. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA: HABEAS CORPUS – PENAL E PROCESSUAL PENAL – ROUBO MAJORADO – EXECUÇÃO EM REGIME FECHADO – PEDIDO DE PRISÃO DOMICILIAR PARA TRATAMENTO DE SAÚDE – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA IMPOSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DE TRATAMENTO ADEQUADO NO ESTABELECIMENTO PRISIONAL EM QUE O PACIENTE SE ENCONTRA - CONSTRANGIMENTO ILEGAL – INOCORRÊNCIA– ORDEM CONHECIDA E DENEGADA.

1. De acordo com o artigo 117, da Lei de Execução Penal, a prisão domiciliar só é admitida para o condenado que cumpre pena em regime aberto, admitindo, apenas em casos excepcionais, a concessão de prisão domiciliar para o sentenciado que se encontre em regime fechado ou semiaberto.
2. Ausente parecer médico suficiente a amparar tal pedido, eis que não comprovado que diante do grave estado de saúde do preso, existe impossibilidade de tratamento adequado no complexo médico penal.
3. Não restando provado o alegado estado de saúde debilitado do paciente, bem como a impossibilidade de realização do tratamento adequado no estabelecimento prisional em que ele se encontra, não ocorre o apontado constrangimento ilegal.
4. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Habeas Corpus, ACORDAM os Desembargadores integrantes da Turma julgadora da 2ª Câmara

Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em conhecer a ordem, mas para denegá-la, tudo em conformidade com o voto do Relator.

Fortaleza, 07 de outubro de 2014

RELATÓRIO

Cuida-se de habeas corpus, com pedido liminar, impetrado em favor de MARCELO INOCÊNCIO CORDEIRO JUSTO, em cumprimento de pena, em regime fechado, pela prática de dois crimes de roubo, apontando como autoridade coatora o juízo de direito da 3ª Vara de Execução Penal da Comarca de Fortaleza/CE.

Requer o impetrante, a possibilidade de cumprir a pena em prisão domiciliar, aduzindo, em resumo, que há constrangimento ilegal eis que o paciente é portador de várias doenças graves (embolia pulmonar, trombose venosa profunda e como diagnóstico associado apresenta hiperuricemia e gota).

Liminar indeferida às fls. 68.

Informações da autoridade dita coatora às fls. 72/73, apontando que determinou o encaminhamento do requerente ao Hospital Otávio Lobo, a fim de ser submetido a laudo conclusivo do estado de saúde, bem como sobre à possibilidade ou não de dar prosseguimento ao tratamento.

Às fls. 80/84, a Procuradoria Geral de Justiça se manifestou pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

Presentes os requisitos legais de admissibilidade. Conhece-se da ordem, porém para denegá-la.

O habeas corpus tem por objetivo a possibilidade do paciente cumprir a pena em prisão domiciliar, aduzindo, em resumo, que há constrangimento ilegal eis que o mesmo é portador de várias doenças graves (embolia pulmonar, trombose venosa profunda e como diagnóstico associado apresenta hiperuricemia e gota).

Nas informações da autoridade dita coatora às fls. 72/73, apontam o encaminhamento do requerente ao Hospital Otávio Lobo, a fim de ser submetido a laudo conclusivo do seu estado de saúde, bem como sobre à possibilidade ou não de dar prosseguimento ao tratamento.

No atestado médico de fls. 76/77, emitido no dia 10 de setembro do corrente ano, pela junta médica do Hospital Universitário Walter Cantídio, registrou-se o seguinte:" o paciente necessita realizar o referido exame semanalmente até alcançar ajuste da dose. O mesmo também está em crise de gota e necessita nova avaliação ambulatorial em trinta dias para ajuste de medicação"

Verifica-se que o pedido fundamenta-se na enfermidade acometida ao requerente, mas, em contrapartida, não há nos autos qualquer indício de que a sua custódia agrave seu estado de saúde. De fato, restou demonstrado que o paciente está a merecer cuidados médicos, lhe sendo de direito receber a medicação prescrita. Entretanto, tais direitos podem lhe ser garantidos dentro do próprio estabelecimento prisional.

Muito embora tenham sido trazidos aos autos documentos que comprovam a gravidade da enfermidade que acomete o paciente, não há entre eles algum que demonstre a impossibilidade de o condenado ser tratado no estabelecimento onde se encontra.

Assim, o pedido de cumprimento da pena em prisão domiciliar, em decorrência do suposto grave estado de saúde do paciente, embora não se discuta que este é um direito do acusado (nos termos do art. 318, II, do CPP), tal determinação depende de apresentação de relatório médico concreto indicando que esta é a solução adequada ao caso. E, diante da documentação acostada ao remédio constitucional, se mostra impossível uma maior intelecção acerca da real situação de saúde do paciente e, também, se este não teria condições de atendimento dentro do próprio complexo médico penal.

Ademais, de acordo com o artigo 117, da Lei de Execução Penal, a prisão domiciliar só é admitida para o condenado que cumpre pena em regime aberto, admitindo, apenas em casos excepcionais, a concessão de prisão domiciliar para o sentenciado que se encontre em regime fechado ou semiaberto. Para a excepcionalidade da colocação do preso em prisão domiciliar, necessário estar devidamente comprovado que o recluso sofre de debilidade extrema, cujo tratamento necessite de internação hospitalar, com inviabilidade de tratamento na prisão.

Nesse sentido temos:

> "A prisão domiciliar é uma espécie reservada aos condenados que cumprem pena em regime aberto, sendo absolutamente incompatível com outro (semiaberto ou fechado). Assim, por exemplo, não basta estar acometido de doença grave para obter o benefício".
> (Execução Penal, 11.ª edição, Editora Atlas, pág. 480).

Ante o exposto, em consonância com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, considerando não haver constrangimento ilegal que macule a prisão da paciente, conhece-se a presente ordem, porém para denegá-la.

Fortaleza, 07 de outubro de 2014.

Recurso Crime em Sentido Estrito

PROCESSO: 0000947-27.2014.8.06.0000
RECORRENTE: ROBERTO SELESTINO DA SILVA
RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: DES. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. PRONÚNCIA. PEDIDO DA DEFESA PELA DESCLASSIFICAÇÃO OU EXCLUSÃO DE QUALIFICADORAS. IMPROCEDÊNCIA. DEVE O RÉU SER PRONUNCIADO PARA, POSTERIORMENTE, SER JULGADO PELO TRIBUNAL DO JÚRI. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. Havendo prova da materialidade delitiva e indícios suficientes de autoria, remete-se o acusado ao julgamento pelo júri que é o órgão constitucional e soberanamente legitimado para valorar os crimes contra a vida.

2. O juízo exercido na pronúncia é de admissibilidade e não de condenação. Perante o júri é que se realiza aprofundado exame das provas, buscando-se através dos debates a verdade diante das teses conflitantes apresentadas pela defesa e acusação.

3. Não pode o magistrado singular, ao proferir sentença de pronúncia, excluir qualificadoras insertas na denúncia, sendo o Tribunal do Júri, por ser órgão soberano, competente para tal ato, a não ser quando sejam as mesmas manifestamente improcedentes. Incidência do enunciado nº 03 da súmula da jurisprudência deste Egrégio Tribunal de Justiça: "As circunstâncias qualificadoras constantes da peça acusatória somente serão excluídas da pronúncia quando manifestamente improcedentes, em face do princípio *in dúbio pro societate*."

4. Recurso conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso crime em sentido estrito, **ACORDAM** os Desembargadores integrantes da Turma julgadora da

2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em **conhecer do recurso**, porém, para **negar-lhe provimento**.

Fortaleza, 19 de agosto de 2014.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso em Sentido Estrito, interposto pelo réu Roberto Selestino da Silva, demonstrando insatisfação com a sentença que o pronunciou pelo crime de homicídio duplamente qualificado, em desfavor de Germano Fernandes Serafim, fato ocorrido em 22 de abril de 2013, no Município de Groaíras.

Alegou a defesa, em síntese, que pelas provas carreadas aos autos não se pode chegar à conclusão de que o réu tinha intenção de matar a vítima, mas tão somente de lesioná-la, requerendo por este motivo a desclassificação de homicídio qualificado para o crime de lesão corporal, ou caso assim não entenda, pugna pela exclusão das qualificadoras de motivo fútil e recurso que impossibilitou a defesa da vítima.

Recurso contra-arrazoado pelo órgão ministerial de primeiro grau, tendo sido a decisão objurgada mantida pelo juízo processante.

A douta Procuradoria de Justiça, em parecer, pugnou pelo improvimento do recurso.

É o breve relato.

Peço data para julgamento.

VOTO

Recurso que preenche as condições de admissibilidade previstas em lei, devendo assim ser conhecido.

Consta da exordial acusatória que no dia 22 de abril de 2013, no período da manhã, na Fazenda Liduína, zona rural do Município de Groaíras, o recorrente Roberto Selestino da Silva, utilizando-se de um instrumento pérfuro-contundente (arma de fogo), tirou a vida da vítima Germano Fernandes Serafim, conforme demonstra laudo cadavérico acostado às fls. 107/108.

A defesa, inconformada com a sentença que pronunciou o recorrente, manejou o presente recurso alegando que, pelas provas carreadas aos autos não se pode chegar à conclusão de que o réu tinha intenção de matar a vítima, mas tão somente

de lesioná-la, requerendo por este motivo a desclassificação de homicídio qualificado para o crime de lesão corporal, ou caso assim não entenda, pugna pela exclusão das qualificadoras de motivo fútil e recurso que impossibilitou a defesa da vítima.

Aqui, efetivamente, ao observar o conteúdo do *decisum* emanado pelo Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Groaíras, facilmente constato que, ao proferi-lo, estava plenamente convencido da materialidade e da autoria do delito imputado ao acusado.

Firmou seu convencimento, ao que se percebe, nos informes prestados pelas testemunhas em juízo às fls. 142/150 (indícios da autoria), além do laudo de exame cadavérico de fls. 107/108 (indícios da materialidade). Acervo probatório suficiente para que se firme convencimento de modo a se determinar que seja o acusado submetido ao julgamento popular, posto que ao Conselho de Sentença é que compete definir a exata tipificação de sua conduta.

Neste sentido, aliás, têm decidido o Superior Tribunal de Justiça, senão vejamos:

> PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. MANDANTE. INDÍCIOS DA AUTORIA. EXISTÊNCIA. MATERIALIDADE COMPROVADA. RÉU PRONUNCIADO. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. DESPRONÚNCIA. IMPROPRIEDADE.
> 1. **A decisão de pronúncia exige que o Juiz, motivadamente, indique tão somente a presença de indícios de autoria e a prova da materialidade do delito, em observância aos termos do art. 408, caput, do Código de Processo Penal.**
> 2. O Tribunal de origem, não obstante a comprovação da materialidade do crime e a possibilidade de o réu ser o mandante do crime, despronunciou o recorrido, por considerar que tais circunstâncias não seriam suficientes para submetê-lo a julgamento pelo Júri Popular.
> 3. É cediço que, havendo prova da materialidade e indícios de autoria, deve-se submeter o acusado a julgamento pelo Tribunal Popular, sob pena de afronta à soberania do Júri Popular. Não há, portanto, nessa fase – de prolação da pronúncia – a exigência de prova cabal da autoria.
> 4. Recurso a que se dá provimento para cassar o acórdão no que concerne ao ora recorrido e, nessa extensão, restabelecer a decisão de pronúncia.
> (REsp 705.597/PE, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 20/08/2009, DJe 08/09/2009)

Observa-se, portanto, que a sentença foi devidamente motivada, ao asseverar os pressupostos hábeis ao prosseguimento do feito e posterior julgamento do réu pelo órgão competente.

> Desse modo, num juízo de cognição primária, face aos elementos informativos que constam dos autos, não parece razoável admitir-se, tão facilmente, como se pretende, que o recorrente não tinha a intenção de matar a vítima, e sim de lesioná-la, fatos estes que dependem de uma análise mais profunda das provas, que só poderá ser feita a final, pelo juiz natural da causa, a saber, o Tribunal do Júri.

À respeito, trago à colação o seguinte julgado:

> EMENTA: "RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – PRONÚNCIA – MATERIALIDADE COMPROVADA – INDÍCIOS DA AUTORIA – PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO SOCIETATE*
> – A pronúncia é mero juízo de admissibilidade, bastando ao magistrado que esteja convencido da existência do crime e que haja indícios de sua autoria para pronunciar o acusado, em conformidade com o art. 408 do CPP, tal como ocorrente na hipótese. Prevalece, nesta fase, o princípio *in dubio pro societate*, não podendo o juiz adentrar no exame aprofundado do mérito, que deverá ser analisado e discutido perante o Tribunal do Júri. Recurso improvido. Unânime".
> (TJDF - RSE 19980610005144-DF, Rel. Des. Otávio Augusto, 1ª Turma Criminal, Acórdão nº 130296).

No que concerne ao segundo ponto do inconformismo da defesa, pedido de exclusão das qualificadoras, entendo que também não merece prosperar, tendo em vista que as qualificadoras, admitidas na decisão de pronúncia, comportam retirada somente quando manifestamente improcedentes e de todo descabidas, conforme enunciado nº 03 da súmula da jurisprudência deste Egrégio Tribunal de Justiça: **"As circunstâncias qualificadoras constantes da peça acusatória somente serão excluídas da pronúncia quando manifestamente improcedentes, em face do princípio *in dubio pro societate*.",** o que não verificamos *in casu*.

Nesse contexto, caberá ao Tribunal do Júri a apreciação de todo o esboço probatório para a emissão do juízo de valor sobre o caso. A pronúncia não é condenação e sim admissão, sendo atribuído constitucionalmente aos juízos leigos a tarefa de julgar as teses conflitantes apresentadas pela acusação e defesa.

Ante o exposto é o presente para tomar conhecimento do recurso interposto, porém, para negar-lhe provimento em conformidade com o parecer da douta Procuradoria de Justiça.

Fortaleza, 19 de agosto de 2014.

PROCESSO: 0004335-39.2010.8.06.0141 – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO
RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
ADVOGADO: ISRAEL SOARES CARNEIRO (OAB: 4047/CE)
RECORRIDO: LUIZ ARNOLDO VASCONCELOS SOUSA
RELATOR: FRANCISCO GOMES DE MOURA

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. TRANCAMENTO DE OFÍCIO DO INQUÉRITO POLICIAL. APELANTE INDICIADO PELOS DELITOS DE VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO EM PERÍODO NOTURNO, DANO E AMEAÇA, ASSOCIADOS À VIOLÊNCIA CONTRA MULHER, NOS TERMOS DOS ART. 147, ART. 150, §1º E ART. 163, *CAPUT*, TODOS DO CÓDIGO PENAL C/C ART. 7º, INCISOS II E IV DA LEI 11.340/06. RECURSO MINISTERIAL IMPUGNANDO A DECISÃO DE TRANCAMENTO. PROCEDÊNCIA. TRANCAMENTO BASEADO EM ELEMENTOS DE SUPOSTA ATIPICIDADE DA CONDUTA EM RAZÃO DA FALTA DE CAPACIDADE DE AUTODETERMINAÇÃO DO INDICIADO. IMPRESCINDIBILIDADE DO INÍCIO DA AÇÃO CRIMINAL PARA MELHOR APURAÇÃO DOS FATOS. OBRIGATORIEDADE DA INSTRUÇÃO CRIMINAL PARA AVERIGUAR ACERCA DA INIMPUTABILIDADE DO INDICIADO. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA COM A INTELIGÊNCIA DO ART. 397, INCISO II DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ADEMAIS, EXISTÊNCIA DE INCOERÊNCIA ENTRE OS EXAMES TÉCNICOS, O QUE ENFATIZA A NECESSIDADE DA FASE JUDICIAL DO FEITO PARA MAIS ACERTADO ENTENDIMENTO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1, Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO, através de seu representante, aos 25 de outubro de 2010, insurgindo-se contra decisão prolatada pela primeira instância julgadora, a qual determinou

o relaxamento de prisão e o trancamento do inquérito policial referente à apuração do fato em tese praticado por LUIZ ARNOLDO VASCONCELOS SOUSA, vulgo "Pé de Pato", indiciado pelos delitos de violação de domicílio em período noturno, dano e ameaça , associados à violência contra mulher.
2. Não cabe arrimo à decisão proferida pela magistrada de primeira instância, porquanto realizou um juízo de valor prematuro sobre a questão, vez que considerou apenas elementos anteriores a instrução judicial, prévios ainda à própria ação criminal, para decidir acerca da atipicidade da conduta do indiciado em razão de suposta inimputabilidade. No entanto, o Código de Processo Penal é expresso em seu art. 397, inciso II, ao determinar necessária a instrução judicial para aferir sobre a inimputabilidade do indivíduo, matéria que requer, por sua própria natureza, exame apurado e submetido aos prismas do contraditório e da ampla defesa.
3. Outrossim, não restou inequivocamente resolvida a questão da capacidade de autodeterminação do indivíduo, visto que os laudos técnicos acostados aos autos guardam certa incongruência entre si, haja vista que, enquanto um deles afirma que o indiciado era inteiramente incapaz de autodeterminar-se, o outro conclui pelo prejuízo apenas parcial de sua cognição quanto ao mundo exterior, o que apenas reitera a manifesta necessidade da devida instrução judicial.
4. Recurso CONHECIDO e PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do recurso de apelação acordam os Desembargadores integrantes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em **CONHECER** o recurso e julgá-lo **PROVIDO** nos termos do voto do eminente Relator.

Fortaleza, 19 de agosto de 2014.

RELATÓRIO

Conclusos os presentes autos aos 05 de setembro de 2013, sendo recebidos em Gabinete aos 09 de setembro de 2013, segundo fls. 96/96-v.

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO, através de seu representante, aos 25 de outubro de 2010 (fls. 48), impugnando decisão proferida pela primeira instância julgadora, a qual determinou o relaxamento de prisão e o trancamento do inquérito policial referente à apuração do fato acima descrito, em tese praticado por LUIZ ARNOLDO VASCONCELOS SOUSA, vulgo "Pé de Pato", indiciado, conforme já mencionado, pelos delitos de violação de domicílio em período noturno, dano e ameaça , associados à violência contra mulher (fls. 42/45). Referida decisão hostilizada fora publicada e registrada aos 18 de outubro de 2010 (fls. 46).

Em seu arrazoado, o representante do *Parquet* afirmou acerca da impossibilidade do trancamento *ex officio*, por parte da autoridade judiciária, do inquérito policial, visto que tal medida constituiria violação manifesta ao disposto no art. 129, I da Constituição Federal, o qual resguarda ao Ministério Público a legitimidade de propositura da ação penal, e ao art. 28 do Código de Processo Penal, que preceitua sobre o procedimento próprio para a ocorrência de arquivamento das investigações inquisitoriais. Ademais, entendeu por cabível o recurso em sentido estrito por analogia à concessão de *habeas corpus* de ofício, impugnável por esse recurso.

Assim sendo, o ato da magistrada de, por ofício, determinar o trancamento do inquérito policial, teria suprimido o pronunciamento do Promotor de Justiça acerca do caso investigado, ainda mais quando presente a devida representação da ofendida, possibilitando a propositura da denúncia para os delitos que a requerem, de modo que necessária a aferição da justa causa, indícios mínimos de autoria e materialidade, imprescindível para embasar a peça denunciatória, não sendo legal ou mesmo constitucional o ato de magistrada de adentrar em matéria meritória, qual seja a inimputabilidade do recorrido, ainda em sede de investigações iniciais (fls. 48/52).

Ao apresentar suas contrarrazões, a defesa aduziu inicialmente a irrecorribilidade da decisão determinante do arquivamento do inquérito policial, o qual apenas poderá ser desarquivado em caso de surgimento de novas provas. No entanto, ressaltou o defensor, caso o inquérito tenha sido arquivado em razão da inimputabilidade do indiciado, por força da coisa julgada material, não poderá ser desarquivado ainda que advenham novos elementos probatórios, de modo que posicionou-se pelo desprovimento do recurso (fls. 57/58).

Em sua manifestação, a julgadora de primeira instância entendeu por manter sua decisão, qual seja o trancamento do inquérito policial por razões de atipicidade, porquanto visivelmente ausente o elemento subjetivo necessário à tipificação da conduta, qual seja o dolo, visto que o indiciado, apesar de poder compreender o caráter ilícito do fato, não possuía capacidade de auto determinar-se, sendo suas ações manipuladas pela dependência química da qual perece, de modo que seu agir não era livre, mas condicionado pelo seu vício e por suas limitações cognitivas.

Por essas razões, faltaria ao Ministério Público o interesse de agir, principalmente no tocante à continuação das investigações policiais, as quais tenderiam a resultar no oferecimento da peça denunciatória, a qual, em sendo recebida, daria continuidade à persecução criminal em relação a um indivíduo que necessita de tratamento mental, haja vista sua grave dependência química e seu parcial retardo mental, comprovados a partir do auto de exame de sanidade mental (fls. 34) e do laudo pericial (fls. 37/40).

Seguiu expondo que, mesmo que sobreviesse aplicação de medida de segurança, no caso de advento de sentença absolutória imprópria, não poderia a mesma vir a ser efetivada pelo Estado na referida comarca, por razões de precariedade e deficiência estruturais, motivos pelos quais a magistrada decidiu por evitar o manejamento burocrático, e, em última análise, ineficaz, nesse caso concreto, do maquinário estatal (fls. 83/85).

Em sua manifestação, a Procuradoria Geral de Justiça, através de sua representante, pronunciou-se no sentido de deferimento do recurso em sentido estrito ministerial, visto que o inquérito policial visa colher elementos mínimos de autoria e materialidade do delito, inclusive componentes de tipicidade, sendo tal conjunto apto a oferecer supedâneo à justa causa, a qual, por sua vez, fundamente a denúncia crime, possuindo o órgão julgador a discricionariedade necessária para não recebê-la.

Ademais, apenas seria possível o trancamento do inquérito se ausente referida justa causa, quando a coação é considerada ilegal, nos termos do art. 648, inciso I do Código de Processo Penal, o que não ocorre no caso em análise, sendo imprescindível que seja oferecida a oportunidade de manifestação acerca da matéria pelo órgão ministerial (fls. 88/92).

É o essencial a relatar.

Peço data para Julgamento.

VOTO

O recurso é tempestivo e preenche os demais pressupostos de admissibilidade, devendo ser **CONHECIDO**.

Consoante relatado, trata-se de recurso em sentido estrito manejado pelo Ministério Público, por meio de seu representante, insurgindo-se contra decisão da magistrada de primeiro grau que, *ex officio*, determinou o relaxamento da prisão do recorrido e o trancamento do inquérito policial concernente ao fato em tese praticado pelo indiciado (fls. 42/45).

Em suma, o representante ministerial alegou acerca da ilegalidade e inconstitucionalidade da decisão da magistrada que suprimiu a atuação e o pronunciamento do órgão ministerial (fls. 48/52). Em suas contrarrazões, a defesa postulou pela irrecorribilidade da decisão que determina o arquivamento do inquérito policial, e que, uma vez arquivado por motivo de inimputabilidade, não poderia sequer ser desarquivado, mesmo surgindo novas provas (fls. 57/58). A julgadora de primeiro grau, pronunciando-se, ratificou sua decisão (fls. 37/40). Por sua vez, a Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se no sentido de deferimento do recurso, em razão da ilegalidade e inconstitucionalidade da decisão, a qual indevidamente negou oportunidade de apreciação da matéria pelo *Parquet* (fls. 88/92).

De acordo com o auto de prisão em flagrante acostado às fls. 05 dos fólios processuais, e com o relatório inquisitorial, o recorrido teria, na comarca de Paraipaba, aos 03 de outubro de 2010, por volta de 21:20 horas, invadido a residência da vítima Maria Helena Mota Alves. Não logrando êxito em seu objetivo, posto que acionados Policiais Militares, retornou o indiciado por volta de 23:30, intentando novamente adentrar à casa da vítima, tendo ainda danificado seu portão a pedradas e ameaçado a mesma de morte.

Dessa maneira, LUIZ ARNOLDO VASCONCELOS SOUSA, vulgo "Pé de Pato", fora indiciado pelos delitos de violação de domicílio, em período noturno (art. 151, §1º do Código Penal), dano (art. 163, *caput*, do CP) e ameaça (art. 147, CP), associados à violência contra a mulher, nos termos do art. 7º, incisos II e IV da Lei 11.340/2006, segundo constante nas fls. 31/33 do inquérito policial.

01. DA IMPOSSIBILIDADE DO TRANCAMENTO *EX OFFICIO* DO INQUÉRITO POLICIAL

No caso em apreço, tem-se que o juízo *a quo* determinou o trancamento do inquérito policial com base apenas em elementos probatórios colhidos durante a fase inquisitorial, a qual não conta, por sua própria natureza, com o contraditório e a ampla defesa, princípios e mandamentos tão caros à sistemática processual penal.

A respeitável juíza fundamentou sua decisão, portanto, não em uma ilegalidade cabal presente durante a instrução inquisitória, mas sim em um juízo de valor realizado pela mesma acerca da inimputabilidade, seja total ou parcial, do indiciado, o que, conforme será demonstrado, não pode servir de azo a uma decisão desse teor.

O trancamento de ofício do inquérito seria possível, de acordo com o entendimento jurisprudencial, e interpretando-se sistematicamente o Código de Processo Penal, em especial o art. 18 c/c o art. 654, §2º, em caso de ausência de justa causa, manifesta ilegalidade presente na investigação, por exemplo, em caso de atipicidade do fato, o que não ocorre no feito ora analisado.

Acerca da matéria, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal de Justiça, respectivamente:

> RECURSO ESPECIAL. PROCESSO PENAL. TRANCAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL.
> AÇÃO PÚBLICA INCONDICIONADA. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE VISTA AO MINISTÉRIO PÚBLICO. INEXISTÊNCIA DE IRREGULARIDADE. REMESSA EX OFFICIO.
> 1. Inexistem irregularidades se o Juiz, fundamentadamente, determinou o trancamento do inquérito policial, ante a ausência de justa causa para o processamento do feito, mesmo que não se tenha dado oportunidade ao órgão do *Parquet* para sua manifestação, pois evidente a desnecessidade de se ativar o "aparato judiciário" para apurar um fato que, de plano, não se mostra como delituoso.
> 2. Recurso provido;
> 3. Com o recebimento de denúncia em sede de ação privada subsidiária, constata-se a dupla persecução pelo mesmo fato;
> concede-se, pois, de ofício, a ordem de habeas corpus para trancar-lhe o andamento.
> (REsp 416.193/AM, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, SEXTA TURMA, julgado em 21/10/2004, DJ 22/11/2004, p. 395)

> Ementa: INQUÉRITO. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. PARLAMENTAR. NOMEAÇÃO DE FUNCIONÁRIO PARA O EXERCÍCIO DE FUNÇÕES INCOMPATÍVEIS COM O CARGO EM COMISSÃO OCUPADO. POSSIBILIDADE, EM TESE, DE CONFIGURAÇÃO DO CRIME DE PECULATO DESVIO (ART. 312, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL). ARQUIVAMENTO DE INQUÉRITO DE OFÍCIO, SEM OITIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO ACUSATÓRIO. DOUTRINA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL CONHECIDO E PROVIDO.
> 1. O sistema processual penal acusatório, mormente na fase pré-processual, reclama deva ser o juiz apenas um “magistrado de garantias”, mercê da

> inércia que se exige do Judiciário enquanto ainda não formada a *opinio delicti* do Ministério Público.
> 2. A doutrina do tema é uníssona no sentido de que, *verbis*: "Um processo penal justo (ou seja, um *due process of law* processual penal), instrumento garantístico que é, deve promover a separação entre as funções de acusar, defender e julgar, como forma de respeito à condição humana do sujeito passivo, e este mandado de otimização é não só o fator que dá unidade aos princípios hierarquicamente inferiores do microssistema (contraditório, isonomia, imparcialidade, inércia), como também informa e vincula a interpretação das regras infraconstitucionais." (BODART, Bruno Vinícius Da Rós. Inquérito Policial, Democracia e Constituição: Modificando Paradigmas. Revista eletrônica de direito processual, v. 3, p. 125-136, 2009).
> 3. Deveras, mesmo nos inquéritos relativos a autoridades com foro por prerrogativa de função, é do Ministério Público o mister de conduzir o procedimento preliminar, de modo a formar adequadamente o seu convencimento a respeito da autoria e materialidade do delito, atuando o Judiciário apenas quando provocado e limitando-se a coibir ilegalidades manifestas.
> 4. *In casu*: (i) inquérito destinado a apurar a conduta de parlamentar, supostamente delituosa, foi arquivado de ofício pelo i. Relator, sem prévia audiência do Ministério Público; (ii) não se afigura atípica, em tese, a conduta de Deputado Federal que nomeia funcionário para cargo em comissão de natureza absolutamente distinta das funções efetivamente exercidas, havendo juízo de possibilidade da configuração do crime de peculato-desvio (art. 312, caput, do Código Penal).
> 5. O trancamento do inquérito policial deve ser reservado apenas para situações excepcionalíssimas, nas quais não seja possível, sequer em tese, vislumbrar a ocorrência de delito a partir dos fatos investigados. Precedentes (RHC 96713, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 07/12/2010; HC 103725, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 14/12/2010; HC 106314, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 21/06/2011; RHC 100961, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 06/04/2010).
> 6. Agravo Regimental conhecido e provido.
> (Inq 2913 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 01/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-121 DIVULG 20-06-2012 PUBLIC 21-06-2012)

Assim sendo, a magistrada de primeira instância determinou o trancamento das investigações inquisitoriais a partir do que se pode chamar de julgamento extremamente precoce, antecipando-se às possíveis consequências que poderiam ser

desencadeadas com o trâmite processual, qual seja a de uma medida de segurança, conforme trecho do *decisum* vergastado:

> " […] OUTROSSIM, se NÃO É O COMPLEXO PENAL ADEQUADO PARA O CASO CONCRETO, NÃO HÁ PORQUE PROPULSIONAR A MÁQUINA ESTATAL PENAL, que no máximo culminaria com MEDIDA DE SEGURANÇA..
> Remeter-se a atuação mais EFICIENTE DA SEARA DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA TRATO DA DROGADIÇÃO, É MEDIDA QUE SE IMPÕE. […]
> Destarte, entendo que não vale sequer a pena mover o draconiano aparato repressor estatal para punir crimes desse jaez e de ciência deste Juízo que perfeitamente solúveis NA SEARA de POLÍTICAS PÚBLICAS, devendo a referida máquina estar disponível para apurar e punir com rigor o REAL APRISIONADOR PRIVADO E OBSCURO – O TRAFICANTE. [...]
> (Trecho da decisão, às fls. 44 dos autos)

Não pode ser negada a coerência da julgadora no tocante às deficiências no sistema de execução criminal brasileiro, como um todo, e às mazelas ocasionadas a partir do tráfico de entorpecentes. No entanto, o presente feito apura a conduta de um indivíduo que, por mais que seja vítima dessa chaga social, fora indiciado como sendo ele mesmo um ofensor, por mais que em menor escala, causando, por sua vez, prejuízos à sua vítima.

Justamente por esse fato que a conduta não pode deixar de ser devidamente apurada. É imprescindível a investigação acerca da capacidade cognitiva e de autodeterminação desse indivíduo, sendo realizada uma averiguação em juízo, sob a égide dos princípios constitucionais e processuais, principalmente no que se refere ao contraditório, formal e material.

A deliberação prematura realizada em âmbito de juízo *ad quem* é prejudicial a ambas as partes, além de ser uma ofensa ao devido processo legal, o que, no caso, é notoriamente insustentável. Por mais que a intenção da respeitável julgadora fosse a economia processual, em busca de uma maior eficiência para fins de solucionamento do presente caso concreto, não procede almejar tal escopo comprimindo e infringido os princípios norteadores já mencionados. O trâmite processual, além de ser um direito da ofendida, a qual inclusive prestou a representação necessária para a atuação ministerial, e do próprio indiciado, é o meio mais seguro, ou, pelo menos, o que guarda menos riscos quanto a arbitrariedades e equívoco de prestação do serviço jurisdicional.

Nesse diapasão, inafastável a apuração mais aprofundada dos fatos, especialmente quanto à hipotética inimputabilidade do agente. Nesse tocante, dispôs a magistrada:

> " […] O princípio da intervenção mínima e subsidiariedade do DIREITO PENAL, no Direito brasileiro, assume ares de imprescindibilidade. É, portanto, merecedor de guarita e atenção especial, dada a situação de nitidez de CASO SOLÚVEL NA SEARA NA SAUDE MENTAL. […]
> Ainda que o acusado tenha praticado os fatos, O DOLO É ELEMENTO SUBJETIVO QUE DEVE SER AFERIDO. Para tanto a conduta do mesmo teria que ser DEFLAGRADA por VONTADE não só CONSCIENTE, mas também LIVRE. *In casu*, a consciência da ilicitude apontada pelo laudo de fls. 33 não se equacionado com a FALTA DE LIBERDADE NA VONTADE – PELAS AMARRAS DA DROGADICÇÃO. No mínimo, pelo que consta dos autos, o mesmo sequer tinha forças PARA ATUAR (Em relato de fls. 18, a própria pretensa vítima informa que "*este estava drogado e, portanto, sem forças*"). […]
> (Trecho da decisão impugnada, às fls. 43/44 dos autos)

Ademais, o art. 397, inciso II do Código de Processo Penal veda a absolvição sumária em caso de inimputabilidade do agente, sendo, portanto, imprescindível a instrução criminal em juízo para aferir, mais substancialmente, a respeito da sua capacidade de autodeterminação. Se o referido dispositivo impede a dispensa da fase de produção de elementos probatórios já estando ajuizada a questão, é possível inferir que mais forçoso ainda o início da ação penal, para que, em seu âmbito, sejam manejados os instrumentos processuais pelas partes na defesa de seus interesses, sempre perante o contraditório e a ampla defesa.

Ressalta-se, dessa maneira, que, no caso em apreço, se imprescindível a instrução em juízo, que dizer do início da ação penal, absolutamente necessária, de modo que manifestamente inviável que o juízo exerça um juízo de valor acerca da inimputabilidade do indiciado ainda em sede inquisitorial, obstando, com o trancamento do inquérito, o desdobramento processual, ainda que tenha entendido como inequívoco o comprometimento da capacidade cognitiva e de autodeterminação do agente.

Outrossim, para fins de corroboração da imperiosidade da instrução criminal no caso sob análise, não resta certeza acerca da dimensão de apreensão da realidade, assim como da livre volição do agente, somente a partir dos documentos acostados aos autos até o presente momento.

Tem-se, por exemplo, que o auto de exame de sanidade mental, às fls. 34, concluiu que o indiciado apresentava retardo mental moderado, com comprometimento significativo de seu comportamento. Por sua vez, o ofício, às fls. 35, expôs que ao tempo da ação o periciado seria inteiramente, ressalte-se, incapaz de determinar-se, em razão de sua grave dependência química, e por ser portador de retardo mental moderado.

No entanto, o laudo pericial acostado às fls. 37/40 dos fólios processuais atestou que o indiciado "*Tentou simulação, depois mostrou-se cooperativo e orientado*", e que não era, frise-se, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se com esse entendimento. Ou seja, segundo referido laudo, havia certo discernimento por parte do indivíduo, além de aconselhável a intervenção judicial com aplicação de medida de segurança em razão da periculosidade do mesmo.

Diante do exposto, ainda mais frágil o juízo de valor realizado em sede de decisão pela magistrada, visto que notável a existência de inconsistência entre os dados técnicos colhidos e apresentados, não havendo como aferir em sede pré processual a respeito da atipicidade da conduta do indiciado, porquanto necessário antes o exame judicial apurado sobre sua capacidade de autodeterminação, e, por conseguinte, sua inimputabilidade.

Destarte, **CONHEÇO** do recurso em sentido estrito interposto para **JULGÁ-LO PROVIDO**, nos termos acima mencionados.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO N º 003573-53.2013.8.06.0000
RECORRENTE: JARBAS DELMOUTIEZ RAMALHO SAMPAIO
RECORRIDO: MINISTERIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
RELATORA: DESEMBARGADORA FRANCISCA ADELINEIDE VIANA

EMENTA: PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA EM RAZÃO DA LEGÍTIMA DEFESA OU DE EXCLUSÃO DA QUALIFICADORA. IMPROCEDÊNCIA. INDICAÇÃO DA MATERIALIDADE DO FATO E DOS INDÍCIOS DE AUTORIA. DÚVIDAS SOBRE AS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. *IN DUBIO PRO SOCIETATE*. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI. RECONHECIMENTO DO HOMICÍDIO PRIVILEGIADO. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO ART. 7º DO DECRETO LEI 3.931/41. Recurso conhecido e desprovido.

1. O réu foi pronunciado pela suposta prática do crime previsto no art. 121, § 2º, II, do Código Penal, sob a acusação de haver ceifado a vida da vítima, mediante golpe de canivete.

2. A versão apresentada pelo acusado, quanto às circunstâncias do crime, sobretudo no que tange à tese da legítima defesa ou à incidência da qualificadora, não restou comprovada, de maneira patente, até o presente momento.

3. Havendo nos autos elementos de convicção suficientes que demonstram a materialidade do fato, os indícios de autoria e a incerteza sobre a possibilidade de absolvição sumária ou de exclusão da qualificadora do motivo fútil, impõe-se a pronúncia do réu, pois prevalece, nesta fase processual, o princípio *in dubio pro societate*, sendo o seu julgamento de competência do Tribunal do Júri.

4. É vedado ao juiz reconhecer, em sede de sentença de pronúncia, a existência de causa especial de diminuição da pena, como dispõe o art. 7º do Decreto-Lei nº 3.931/41 (Lei de Introdução ao Código de Processo Penal)

5. Recurso conhecido e desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso em sentido estrito nº 0003573-53.2013.8.06.0000, em que é recorrente Jarbas Delmoutiez Ramalho Sampaio e recorrida a Justiça Pública.

Acordam os Desembargadores integrantes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer do recurso e negar-lhe provimento, nos termos do voto da eminente Relatora.

Fortaleza, 10 de junho de 2014.

RELATÓRIO

Trata-se de autos de recurso em sentido estrito, interposto por Jarbas Delmoutiez Ramalho Sampaio, contra sentença pela qual restou pronunciado nos termos do art. 121, § 2º, inciso II, do Código Penal, sob a acusação de ter ceifado a vida de vítima Marcelo Carlos de Luna, mediante golpe de canivete.

Consta que na denúncia o seguinte relato:

> "1.1.Consoante a peça inquisitorial, no dia 25 de maiô de 2009, por volta das 07h30min, na Rua do Vídeo, em frente à residência da genitora do indiciado Jarbas Delmoutiez Ramalho, utilizando de instrumento perfuro-cortante, um punhal, tipo canivete, efetuou um golpe certeiro e fatal à altura do coração da vítima, levando-a à morte imediata, decorrente de choque hipovolêmico por lesão de músculo cardíaco, conforme consta no AECD(cadavérico) de fls.04
> 1.2. O agente/executor morava com sua genitora vizinho a uma pequena construção administrada por Marcelo, mas que pertencia ao irmão deste, construção essa situada na Rua do Vídeo. Ocorre que o pintor que trabalhava em tal obra pintou de branco uma pequena divisória em cor 'salmon' que ficava entre as fachadas da casa e do prédio em reforma, no qual estava trabalhando (vide fotografias de fls. 44, 45 e 46). Por conta dessa banalidade, Jarbas discutiu com o pintor que trabalhava para Marcelo sobre a que prédio a parte pintada pertencia, se ao que estava em reforma ou ao da casa da genitora de Jarbas.
> 1.3 A genitora de Jarbas, dona Terezinha, tinha mandado pintar havia pouco tempo a fachada de sua casa, como era de costume fazer todos os anos quando se aproximava o início das festas de Santo Antônio.
> 1.4 No dia do crime, o pintor de dona Terezinha, Francisco Silva dos Santos, foi até a residência dela cobrar o restante do pagamento, e dona Terezinha pediu para que o mesmo pintasse novamente de salmão a parte da moldura

> que teria sido pintada de branco pelo pintor que trabalhava para Marcelo.
> 1.5 No momento em que o pintor de dona Terezinha começava a pintar novamente a pequena linha divisória entre as fachadas, a vítima Marcelo chegou com raiva, quase derrubando o pintor de dona Terezinha, dizendo que não era para pintar aquela parte da fachada, pois pertencia ao prédio o qual estava administrando a reforma. O réu Jarbas também chegou neste momento e começou a discutir com o Marcelo dizendo que aquela parte da fachada pertencia à residência de sua genitora dona Terezinha.
> 1.6 No meio da discussão, o Marcelo e o Jarbas foram às vias de fato, sendo que o Jarbas levou a pior, pois foi atingido com um soco no rosto, devido a isso, sacou um canivete, tipo punhal, que portava no bolso, e de forma abrupta e cruel, cravou a lâmina bem no peito de Marcelo, atingindo-o no coração".

Dito isso e atendendo ao princípio da efetividade e com o desígnio de conferir maior celeridade ao feito, adoto o relatório constante na decisão de pronúncia (fls. 204/208), passando a complementá-lo a partir de então, sem prejuízo de uma análise criteriosa no que tange à adequação do procedimento às disposições do Código de Processo Penal pátrio.

Por meio da mencionada sentença, foi julgado procedente o pedido formulado na denúncia, pronunciando-se o recorrente como incurso nas tenazes do art. 121, § 2º, II, do Código Penal Brasileiro.

Recurso em sentido estrito interposto pela Defesa do réu lastreado no art. 581, IV, da Lei Processual Penal (fls. 210).

Concomitantemente, foram oferecidas as razões recursais às fls. 211/227, pelas quais se requereu a reforma do mencionado *decisum* para que seja absolvido sumariamente o ora recorrente, sob a alegação de configuração da legítima defesa. Alternativamente, pede o reconhecimento do homicídio privilégiado, em virtude do relevante valor moral e social, bem como a exclusão da qualificadora do motivo fútil.

Contrarrazões às fls. 232/238, pelas quais o Representante do *Parquet* requer que o presente recurso desprovido, devendo o acusado ser submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri.

À fl. 260, decisão que manteve a sentença recorrida.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça às fls. 272/280, com opinião pelo conhecimento e pelo desprovimento do presente recurso.

É o relatório.

Fortaleza, 10 de junho de 2014.

VOTO

Conheço do recurso interposto, porque presentes os requisitos de sua admissibilidade.

Trata-se de autos de recurso em sentido estrito interposto por Jarbas Delmoutiez Ramalho Sampaio contra decisão da Excelentíssima Senhora Juíza de Direito da 1ª Vara da Comarca de Barbalha, que o pronunciou como incurso nas tenazes do art. 121, § 2º, II, do Código Penal, determinando o seu julgamento pelo Tribunal do Júri, como estabelece o art. 413, do Código de Processo Penal pátrio.

Reportando-me à decisão recorrida, verifico a sua pertinência e a sua adequação, na medida em que, de forma minuciosa e irreparável, cuidou de averiguar o conjunto probatório e, dentro dos preceitos legais, considerou induvidosa a materialidade do delito, com alicerce no laudo cadavérico de fls. 10/11, assim como os indícios de autoria, com suporte nos depoimentos das testemunhas – entre elas, uma ocular – na confissão do próprio réu perante a autoridade policial (fls. 13/14) e no interrogatório em juízo (fls.149/151), onde assumiu ter golpeado a vítima.

Da mesma forma, o Juiz singular não considerou ser o caso de reconhecimento da tese da legítima defesa e julgou possível a possibilidade de incidência da qualificadora do inciso II, do § 2º, do art. 121, do Código Penal, tendo em vista a forma e as circunstâncias pelas quais o crime foi perpetrado.

Conforme se sustentou na decisão de pronúncia, lastreada nas provas constantes dos autos (fls. 204/208), *in verbis*:

> "A pronúncia se constitui em mero juízo de admissibilidade da acusação, exigindo unicamente provas da existência do crime e indícios da respectiva autoria, presentes no caso concreto.
> **Com efeito, a materialidade do crime encontra-se comprovada pelo auto de exame de corpo de delito de fls.09/09v.**
> **Os indícios da autoria, por seu turno, emergem dos depoimentos das testemunhas, bem como da confissão do próprio réu**
> [...]
> **Como visto pelo depoimento das testemunhas, a versão do acusado de que estava diante de uma legítima defesa não condiz com as provas dos autos, posto que as testemunhas são uníssonas em afirmar que a vítima não portava arma alguma, nem tampouco existia desproporção de porte físico entre vítima e acusado.**
> **De outra banda, não há como, neste momento afastar a qualificadora da futilidade, uma vez que a reação do acusado foi desproporcional a ação da vítima**" (destaque nosso).

No que concerne à tese de legítima defesa, transcrevo abaixo o depoimento da testemunha Antonina de Luna, fls. 40/41, na fase inquisitorial, e no mesmo sentido, o seu depoimento prestado em juízo (mídia digital à fl. 120/122), respectivamente:

> **Depoimento prestado na fase policial pela testemunha Antonina de Luna (fls. 40/41)):** "QUE a depoente chegou a ficar entre os dois, tentando impedir a briga, puxando um e outro; QUE certo momento viu JARBAS com um objeto perfurante em mãos; [...] QUE a depoente notou sangue no peito do MARCELO e o viu objeto ponte agudo nas mãos do JARBAS, momento em que ouviu o JARBAS dizer ."EU VOU LHE MATAR!... ESSA VEI SER NO CORAÇÃO"; QUE o MARCELO já ferido corréu; QUE JARBAS corré atrás da vítima; QUE MARCELO caiu no chão e o JARBAS ao encontrar nele o chutou [...]".
>
> **Depoimento prestado em juízo pela testemunha Antonina de Luna (CD-ROM à fl. 122**): "Eu vi os dois agarrados, brigando muito, assim com agressão física, e vi muitá gente ao lado, mas ninguém chegava junto, no meio da rua, até porquê ninguém pensou na gravidade do caso... Eu comecei a gritar pedindo socorro... Eu e Francisca...Certo momento, eu vi que tinha sangue dentro da camisa de Marcelo...Quando eu vi que tinha sangue eu gritava com muito mais desespero...Viu que tinha uma arma... Que identificou que era um objeto pontiagudo...Quando ouviu Jarbas dizer: eu vou lhe matar, vou lhe dar uma no coração!...Confirma o que disse na delegacia, que o Marcelo correu, caiu e o Jarbas continuou chutando".

Dessa maneira, a partir do apanhado probatório, constato que restou demonstrado que o recorrente não se encontra acobertado pelo manto da legítima defesa, uma vez que, para que seja o réu absolvido sumariamente, é necessária a existência de prova incontroversa, nítida e estreme de dúvidas. Havendo dúvida, como efetivamente ocorreu, deve o juiz proferir a sentença de pronúncia contra o acusado, em virtude do princípio *in dubio pro societate*, que prevalece essencialmente no processo penal do júri em fase de pronúncia. Salienta-se que tal decisão apenas encerra um conteúdo declaratório em que o julgador proclama a admissibilidade da acusação, para que o acusado seja submetido a julgamento pelo Tribunal Popular do Júri.

A propósito, de acordo com o ponderado entendimento doutrinário de Heráclito Antônio Mossin:

> "[...] jamais se pode perder de vista que a subtração do acusado de seu juízo natural, que é o júri popular, é mecanismo processual de singular exceção, somente tendo cabimento quando a prova encartada nos autos demonstrar de forma clara, evidente e insofismável, a ocorrência de circunstância ou causas autorizadoras desta modalidade de absolvição. Nesta ordem de consideração, havendo dúvida ou incerteza sobre qualquer causa encartada

> no art. 415 do Código de Processo Penal, que conduza à dúvida, à incerteza, cumpre ao magistrado pronunciar o acusado, uma vez que no sumário de culpa prepondera a incidência do in dubio pro societate e não o in dubio pro reo"
> (MOSSIN, Heráclito Antônio. Júri**:** crimes e processo. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 294).

Nesse passo, consoante posição dominante na jurisprudência, em sendo admissível a acusação*,* "mesmo que haja dúvida ou ambiguidade, o réu deve ser pronunciado" (STF - HC 75.433-3-CE, 2ª Turma, Relator Ministro Marco Aurélio, DJU 13.03.1997, p. 272-277).

Tratando do tema, Guilherme de Souza Nucci diz o seguinte:

> "O juiz somente desclassificará a infração penal, cuja denúncia foi recebida como delito doloso contra a vida, em caso de cristalina certeza quanto à ocorrência de crime diverso daqueles previstos no art. 74, § 1º, do CPP [...] Outra solução não pode haver, sob pena de se ferir dois princípio constitucionais: a soberania dos veredictos e a competência do júri para apreciar os delitos dolosos contra a vida. A partir do momento em que o juiz togado invadir seara alheia, ingressando no mérito do elemento subjetivo do agente, para afirmar ter ele agido com *animus necandi* (vontade de matar) ou não, necessita ter lastro suficiente para não subtrair, indevidamente, do Tribunal Popular competência constitucional que lhe foi assegurada [...] O juízo de pronúncia é, no fundo, *um juízo de fundada suspeita* e não um *juízo de certeza.* Admissível a acusação, ela, com todos os *eventuais questionamentos,* deve ser submetida ao juiz *natural da causa*, em nosso sistema, o Tribunal do Júri"
> (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado.* 10. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 807-809).

Frise-se que se revela descabida a pretensão de exclusão da qualificadora, haja vista que essas circunstâncias só poderão ser afastadas na decisão de pronúncia quando forem manifestamente improcedentes – o que, como antes visto, não é o caso, já que o motivo do homicídio teria sido uma banal discussão entre vizinhos –, conforme posição sumulada desta Corte:

> Súmula 03 – TJ/CE: "As circunstâncias qualificadoras constantes da peça acusatória somente serão excluídas da pronúncia quando manifestamente improcedentes, em face do princípio *in dubio pro societate*".

Não é distinta, aliás, a posição sedimentada da jurisprudência, inclusive desta Corte, conforme colaciono a seguir:

PENAL. CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA. QUALIFICADORAS ACEITAS NA SENTENÇA DE PRONÚNCIA. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO PARCIALMENTE PROVIDO. EXCLUSÃO DA QUALIFICADORA DO RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA. IMPOSSIBILIDADE. DÚVIDAS. COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO CONSELHO DE SENTENÇA. RECURSO PROVIDO.
1. Compete ao Tribunal do Júri, conforme disposto na Constituição da República, o julgamento dos crimes dolosos contra a vida e todas as suas circunstâncias.
2. Na espécie, tendo o juiz singular pronunciado os réus pelo crime de homicídio qualificado (art. 121, § 2°, II, III e IV, do CP), não cabe ao Tribunal *a quo* afastar a qualificadora do meio que impossibilitou a defesa da vítima sob o fundamento de que a mera superioridade numérica daqueles em relação à vítima não constitui motivo suficiente para incidir a majorante, pois, havendo dúvidas acerca da existência de tal qualificadora, a questão deve ser submetida ao conselho de sentença.
3. Recurso especial a que se dá provimento a fim de restabelecer a sentença de pronúncia.
(STJ, REsp 1102422/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 14/09/2010, DJe 04/10/2010).

PENAL E PROCESSUAL PENAL – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – HOMICÍDIO CONSUMADO-ART.121, §2º INCISOS II E IV DO CPB – PEDIDO DE EXCLUSÃO DE QUALIFICADORAS-IMPOSSIBILIDADE- SÚMULA 3 DO TRIBUNAL ALENCARINO – MATERIALIDADE DELITIVA PLENAMENTE DEMONSTRADA – INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA – A PRONÚNCIA CONSTITUI FASE PROCEDIMENTAL EM QUE SE REALIZA MERO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DA ACUSAÇÃO, RESTANDO AO TRIBUNAL DO JÚRI A COMPETÊNCIA PARA PROCEDER O JUÍZO DE CERTEZA ACERCA DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO – RECURSO CONHECIDO, PORÉM IMPROVIDO.
1. A materialidade e indícios suficientes de autoria bastam para a mantença da sentença de pronúncia, nos termos do artigo 413, do Código de Processo Penal - Nesta fase, prevalece o brocardo "in dubio pro societate".
2. Se o Juiz estiver convencido desses requisitos, é de rigor a decisão de pronúncia.
3. Tese defensiva de exclusão das qualificadoras desmerece amparo.
4. Incidência da Súmula 3 do TJ/CE, in verbis: "As circunstâncias qualificadoras constantes da peça acusatória somente serão excluídas da pronúncia quando manifestamente improcedentes, em face do princípio *in dubio pro societate*".
5. A soberania para os crimes dolosos contra a vida é do Egrégio Tribunal do Júri, devendo esta prevalecer.
6. Recurso conhecido, porém improvido. Decisão de pronúncia mantida.
(TJCE, Recurso em Sentido Estrito 7300130201080600000, 2ª Câmara Criminal, Rel. p/ Acórdão: Des. Haroldo Correia de Oliveira Máximo, DJe de 10/06/2011).

> PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. HOMICÍDIO TENTADO. PRONÚNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA LESÃO CORPORAL E EXPURGO DE QUALIFICADORA. IMPROCEDÊNCIA.
> 1. Havendo prova da materialidade delitiva e indícios suficientes de autoria, remete-se o acusado a julgamento pelo júri que é o órgão constitucional e soberanamente legitimado para valorar os crimes contra a vida.
> 2. O juízo exercido na pronúncia é de admissibilidade e não de condenação. Perante o júri é que se realiza aprofundado exame das provas, buscando-se através dos debates verdade diante das teses conflitantes apresentadas pela defesa e acusação.
> (TJCE, Recurso em Sentido Estrito 777269201080601151, 2ª Câmara Criminal, Rel. p/ Acórdão: Des. Haroldo Correia de Oliveira Maximo, DJe de 24/06/2011).

Ademais, a partir do apanhado probatório, constato que não merece acolhimento a pretensão do acusado de reconhecimento do homicídio privilégiado, tendo em vista o que dispõe o art. 7º do Decreto-Lei nº 3.931/41 (Lei de Introdução ao Código de Processo Penal): "*O juiz da pronúncia, ao classificar o crime, consumado ou tentado, não poderá reconhecer a existência de causa especial de diminuição da pena*".

Não é distinta a posição da jurisprudência sobre o tema:

> RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - HOMICÍDIO QUALIFICADO - SENTENÇA DE PRONÚNCIA - PROVA DA MATERIALIDADE - INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA - LEGÍTIMA DEFESA NÃO COMPROVADA - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 408 DO CPP - DESCLASSIFICAÇÃO PARA HOMICÍDIO PRIVILEGIADO - IMPOSSIBILIDADE - ART. 7º DO DECRETO-LEI 3.931/41 - PRONÚNCIA CONFIRMADA - COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI - RECURSO NÃO PROVIDO.
> I - A sentença de pronúncia consiste em mero juízo de admissibilidade da acusação e não em certeza da autoria, devendo ser observados tão-somente a materialidade e os indícios suficientes de autoria em desfavor do acusado. Se tais requisitos foram devidamente evidenciados no contexto probatório dos autos, a pronúncia é medida que se impõe (art. 408, do Código de Processo Penal).
> II - As qualificadoras descritas na denúncia somente poderão ser afastadas quando se verificar que são improcedentes e de todo descabidas, devendo, em caso contrário, ser mantidas na sentença de pronúncia para posterior apreciação pelo Tribunal do Júri, que é competente para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.
> III - O reconhecimento da existência da excludente de ilicitude, para que se possa aplicar a absolvição sumária, conforme preceitua o artigo 411 do CPP, deve ser precedido de indispensável comprovação, incólume de dúvidas, de todos os elementos caracterizadores da legítima defesa alegada, conforme

prescrito no artigo 25 do Código Penal. Restando não devidamente comprovada tal circunstância, cabe ao Tribunal do Júri a análise da questão, nos termos do artigo 74, § 1º, do mesmo diploma.
IV - É defeso ao Juiz Sumariante reconhecer em sede de sentença de pronúncia causa especial de diminuição da pena, conforme previsto no art. 7º do Decreto-Lei nº 3.931/41.
(TJ-MG, Recurso em Sentido Estrito nº 1.0710.07.015458-2/001(1), Relator: FERNANDO STARLING, Data de Julgamento: 10/03/2009, Data de Publicação: 07/04/2009).

AÇÃO PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRONÚNCIA. PRETENSÃO VISANDO AO RECONHECIMENTO DO PRIVILÉGIO ESTATUÍDO NO § 1º DO ART. 121 DO ESTATUTO REPRESSIVO. IMPOSSIBILIDADE, EX VI DO ART. 7º DA LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.
"O juiz da pronúncia, ao classificar o crime, consumado ou tentado, não poderá reconhecer a existência de causa especial de diminuição de pena" (art. 7º da Lei de Introdução ao Código de Processo Penal).
QUALIFICADORAS. MOTIVO FÚTIL E EMPREGO DE RECURSO QUE DIFICULTOU OU IMPOSSIBILITOU A DEFESA DO OFENDIDO. EXCLUSÃO. INADMISSIBILIDADE. DÚVIDAS QUANTO À RESPECTIVA EXISTÊNCIA. COMPETÊNCIA DO CONSELHO DE SENTENÇA PARA APRECIÁ-LAS. RECURSO DESPROVIDO.
Na fase da pronúncia, porque vigora o princípio *in dubio pro societate*, as circunstâncias qualificadoras só podem ser afastadas quando manifestamente improcedentes, devendo ser submetidas à apreciação do Tribunal do Júri se possuírem algum respaldo na prova dos autos, pois à referida instituição compete o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, o exame e a valoração da prova.
(TJ/SC, Recurso em Sentido Estrito nº 2009.054055-6, Relator: Sérgio Paladino, Data de Julgamento: 19/03/2010, Segunda Câmara Criminal, Data de Publicação: Recurso Criminal n. , de Braço do Norte).

Assim sendo, verificando que foram devidamente indicados a materialidade do fato e os indícios de sua autoria, assim como que inexistem, nos autos, prova manifesta e irrefutável que autorize a absolvição sumária, a exclusão da qualificadora ou ainda o reconhecimento do homicídio privilégiado, revelam-se descabidas as pretensões aqui formuladas.

ISSO POSTO, por entender que não há qualquer reparo a ser feito na sentença atacada, conheço do presente recurso em sentido estrito, no entanto, para denegar-lhe provimento no todo, devendo o réu ser submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri.

É como voto.

Fortaleza, 10 de junho de 2014.

PROCESSO Nº 0058731-64.2011.8.06.0000
RECURSO EM SENTIDO ESTRITO
RECORRENTE: FRANCISCO VIEIRA DE SOUSA
RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: MÁRIO PARENTE TEÓFILO NETO

EMENTA: PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. HOMICÍDIO. IMPRONÚNCIA E ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. INVIABILIDADE. DÚVIDAS SOBRE A TESE DE LEGÍTIMA DEFESA. PRINCÍPIO DO "IN DUBIO PRO SOCIETATE". SENTENÇA DE PRONÚNCIA MANTIDA.

1. Na primeira fase do procedimento dos crimes de competência do Tribunal do Júri, quando houver dúvida ou incerteza sobre qual tese optar, a da defesa ou da acusação, esta se resolve em favor da sociedade, pois nesta fase vigora o princípio *in dubio pro societate*.

2. No caso vertente, insurge-se o recorrente contra decisão de pronúncia, pleiteando a sua absolvição sumária, em razão de ter cometido o delito resguardado pela excludente de ilicitude da legítima defesa.

3. Se mostra correta a sentença de pronúncia quando, considerando o acervo probatório que assegura a existência do delito e aponta indícios suficientes de autoria, determina o julgamento do acusado pelo Conselho de Sentença, porquanto fundada tão somente em juízo de prelibação, ou seja, juízo de suspeita.

4. Uma vez que não existe a certeza da ocorrência da dita excludente de ilicitude, sendo a tese plenamente discutível, medida que se impõe é a apreciação do caso pelo Tribunal do Júri, juízo competente para julgar crimes dolosos contra a vida, impossibilitando a absolvição sumária do recorrente.

5. Recurso conhecido e improvido.

ACORDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de recurso em sentido estrito nº 0058731-64.2011.8.06.0000, ACORDAM os desembargadores da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade e em consonância com o parecer ministerial, em conhecer do recurso, mas para negar-lhe provimento, tudo em conformidade com o voto do Relator.

Fortaleza, 15 de julho de 2014.

RELATÓRIO

Cuida-se de recurso em sentido estrito interposto pela defesa do recorrente, contra decisão prolatada pelo MM. Juiz da Vara Única da Comarca Vinculada de Granjeiro/CE, por meio da qual admitiu a denúncia apresentada pelo Ministério Público, pronunciando o acusado Francisco Vieira de Sousa, para se submeter a julgamento perante o Tribunal do Júri daquela Comarca.

Em suas razões recursais (fls. 161/166), a defesa do recorrente, com fulcro no disposto no artigo 581, inciso IV, do CPP, sustenta que o crime foi cometido em legítima defesa, quando se protegia de agressões injustas que haviam sido iniciadas pela vítima.

Nesse contexto, pugna por sua impronúncia e, por conseguinte, pela sua absolvição sumária, em virtude do reconhecimento de causa de isenção de pena, nos termos do art. 415, IV, Código de Processo Penal.

Contrarrazões às fls. 172/175.

O Magistrado de 1º Grau, em juízo de retratação, manteve a decisão vergastada (fls. 193/196).

Colheu-se o parecer escrito da douta Procuradoria de Justiça, opinando pelo improvimento do recurso defensivo (fls. 181/185).

Após o processo ser redistribuído por herança, os autos me vieram conclusos para julgamento, em 17/12/2013 (fls. 105).

É o relatório.

Peço data para Julgamento.

Fortaleza, 13 de junho de 2014.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade do recurso, dele conheço.

Dispõe o art. 413, caput e §1º, do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei nº 11.689/2008, que:

> **Art. 413 do CPP - O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação.**
> **§ 1º - 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.

Com efeito, para o decreto da pronúncia, nos termos do artigo supracitado, basta que o juiz se convença da existência do crime e de indícios de autoria, prevalecendo sempre, nesta fase, o princípio do *in dubio pro societate*, conforme se percebe nas jurisprudências do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça:

> EMENTA: Habeas corpus. **2. Pronúncia em sede de recurso em sentido estrito. Possibilidade. 3. Indícios de autoria e materialidade do crime.** 4. Excesso de linguagem. Não ocorrência. **5. In dubio pro societate. Prevalência. Garantia da competência reservada ao Tribunal do Júri. 6. Tratando-se de pronúncia, exige-se apenas juízo de admissibilidade.** Precedentes. 7. Ordem denegada.
> (STF - HC: 113156 RJ , Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 14/05/2013, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-101 DIVULG 28-05-2013 PUBLIC 29-05-2013)

> **"Para a pronúncia, que encerra simples juízo de admissibilidade da acusação, exige o ordenamento jurídico somente o exame da ocorrência do crime e de indícios de sua autoria, não se demandando aqueles requisitos de certeza necessários à prolação do édito condenatório, sendo que as dúvidas, nessa fase processual, resolvem-se contra o réu, e a favor da sociedade. É o mandamento do antigo art.408 e atual art. 413 do Código de Processo Penal.**
> (AgRg no REsp 123323-RJ, 5ª T., rel. Jorge Mussi, 24.05.2012)

Discorrendo sobre a natureza dessa previsão, ensina Fernando Capez:

> Na Pronúncia, há mero juízo de prelibação, pelo qual o juiz admite ou rejeita a acusação, sem penetrar no exame do mérito. Restringe-se à verificação da

> presença do fumus boni juris, admitindo todas as acusações que tenham ao menos probabilidade de procedência. No caso, se o juiz se convencer da existência do crime e de indícios suficientes da autoria, deve proferir sentença de pronúncia, fundamentando os motivos de seu convencimento. Não é necessária prova plena de autoria, bastando meros indícios, isto é, a probabilidade de que o réu tenha sido o autor do crime.
> (...)
> **Na fase de pronúncia vigora o princípio do in dubio pro societate, uma vez que há mero juízo de suspeita, não de certeza. O juiz verifica apenas se a acusação é viável, deixando o exame mais acurado para os jurados. Somente não serão admitidas acusações manifestamente infundadas, pois há juízo de mera prelibação**.
> (CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**, 6ª ed. São Paulo, saraiva, 2001, p. 565).

No caso dos autos, à materialidade resta plenamente evidenciada, tendo em vista o teor do Auto de Exame de Corpo de Delito de fls. 28, devidamente corroborado pelos demais elementos coligidos no processo, dentre os quais os depoimentos prestados pelas testemunhas e o próprio interrogatório prestado pelo acusado, que confessou a prática do delito, demonstrando a autoria, conforme trecho abaixo:

> DEPOIMENTO DO ACUSADO PRESTADO EM JUÍZO
> Que efetivamente efetuou os disparos que terminaram por ceifar a vida de José Soares da Costa, não obstante não pretendesse homicidá-lo; Que por volta das sete horas da manhã passou numa mercearia para comprar café e açúcar, Que no interior da mercearia já se encontrava a vítima; Que entre o interrogado e a vítima já existia certa inimizade (…) Que em seu trabalho não utiliza arma de fogo, mas no dia do fato estava portando um revólver calibre 38.
>
> INTERROGATÓRIO POLICIAL
> O declarante assassinou com três tiros de revólver calibre 38, o seu primo legítimo JOSÉ SOARES DA COSTA, mas conhecido por "NEGO", no bar do seu cunhado Francisco Félix da Silva, no Sítio Santa Vitória, município de Granjeiro-CE (...)
> O declarante sacou de seu revólver e deu dois disparos para o lado da porta e ele pulou para o lado de fora, afirmando que de lá o declarante não saía de forma alguma, quando então acionou a arma novamente, acertando o olho dele que caiu sobre um parapeito; Depois disso, o declarante empreendeu fuga e na carreira jogou seu revólver dentro do açude; Que acha que acertou três tiros na vítima; Que está muito arrependido pelo crime que praticou, mas afirma ter agido em legítima defesa, pois era certo que ele ia investir contra sua pessoa mais uma vez.

Da análise dos depoimentos coligidos nos autos, percebe-se que existem indícios suficientes de que o recorrente efetuou disparos contra a vítima, levando-a a óbito.

Ademais, quanto à tese de legítima defesa, tem-se que, conforme afirmado pelo magistrado de piso, a mesma decorre de versão do acusado, gerando dúvida do que realmente teria ocorrido.

Ressalte-se, ainda, que em sede de inquérito policial, duas testemunhas, denominadas Miguel Tavares de Souza e Francisco Félix da Silva afirmaram que o recorrente chegou ao bar e, sem qualquer discussão, sacou o revólver e atirou na vítima quando esta estava sentada, (fls. 10/11) não havendo provas inequívocas de que a ela provocou e agrediu primeiro o réu.

Além disso, o depoimento que confirma que houve ataque anterior por parte da vítima foi dado por testemunha que não estava no local quando da ocorrência do crime e que souberam do fato por narrativa de terceiros, conforme trecho abaixo:

> DEPOIMENTO DE FRANCISCO FÉLIX DA SILVA:
> Disse que quando chegou ao local do crime ficou sabendo que a vítima havia puxado a faca para o acusado e que este havia atirado nela.
> (…)
> Afirmou que no dia do fato ficou sabendo que houve uma discussão entre o acusado e a vítima e que os mesmos já haviam discutido antes, inclusive a vítima já teria puxado faca para o acusado.

Com efeito, nesse primeiro momento, parece-me que resta claro que o recorrente atirou na vítima, devendo a tese de legítima defesa, como bem salientou o juízo a quo, deve ser apreciada pelo Tribunal do Júri, já que não existe a certeza da ocorrência da dita excludente de ilicitude, sendo a tese eivada de dúvida, conforme explicitado acima. Corroborando com este entendimento, segue julgado do Superior Tribunal de Justiça:

> **EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRONÚNCIA. DÚVIDA EM RELAÇÃO À EXCLUDENTE DE ILICITUDE DE LEGÍTIMA DEFESA. PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO IN DUBIO PRO SOCIETATE. ALEGAÇÃO DE INOCÊNCIA E AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE AUTORIA. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DO VERBETE SUMULAR N.º 07 DESTA CORTE. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. QUALIFICADORA DO ART. 121, § 2.º, INCISO IV, DO CÓDIGO PENAL. EXCLUSÃO. IMPOSSIBILIDDE. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI**.

> **1. Mantida a sentença de pronúncia pelo Tribunal a quo, que aplicou o princípio in dubio pro societate, pois não seria possível a absolvição sumária do Acusado por faltar a inequívoca comprovação da ação em legítima defesa,** a pretensão do Agravante de afastar tais fundamentos implica, necessariamente, o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que não se coaduna com a via eleita, em face do óbice contido na Súmula n.º 07 do Superior Tribunal de Justiça.
> 2. Só podem ser excluídas da sentença de pronúncia as circunstâncias qualificadoras manifestamente improcedentes, uma vez que não se pode usurpar do Tribunal do Júri o pleno exame dos fatos da causa. Precedentes.
> 3. Agravo regimental desprovido.
> (STJ - AgRg no Ag: 1249874 GO 2009/0224271-2, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 03/02/2011, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 21/02/2011).

Neste sentido, ensinam Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar:

> A sentença de pronúncia conterá um relatório e uma fundamentação que aprecie as provas, sem apreciar qualquer juízo de condenação. É uma "sentença sem mérito". **As teses de defesa são enfrentadas, contudo, se não houver certeza de que, por exemplo, uma excludente de ilicitude restou configurada, o juiz não declara que a tese é sem cabimento: antes, deve ele afirmar que a dúvida que recai sobre a tese não autoriza seu acolhimento imediato, razão pela qual deve ser assegurado o julgamento do réu pelo tribunal popular.**
> (TÁVORA, Nestor e ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 6ª edição. p. 793).

A sentença de pronúncia, como já dito, consiste em mero Juízo de admissibilidade da acusação e não de certeza, devendo ser observados tão somente a materialidade e os indícios suficientes da participação ou autoria do agente na conduta criminosa narrada na denúncia.

Assim, havendo alguma dúvida quanto à existência da legítima defesa, a pronúncia é cabível, prevalecendo, como já salientado nessa fase processual, o princípio *in dubio pro societate,* impossibilitando a absolvição sumária do recorrente. Assim discorre Guilherme de Souza Nucci, tendo respaldo nos Tribunais:

> **Lembremos que a absolvição sumária exige certeza, diante da prova colhida. Havendo dúvida razoável, torna-se mais indicada a pronúncia, pois o júri é o juízo constitucionalmente competente para deliberar sobre o tema.**
> (NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal - 5ª Edição - Editora Revista dos Tribunais - 2008 - p. 753).

> **EMENTA: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. HOMICÍDIOS QUALIFICADOS. TENTADO E CONSUMADO. PRONÚNCIA. INSURGÊNCIA DEFENSIVA. TESE DE LEGÍTIMA DEFESA.**

> **PLEITO DE ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. PEDIDO SUBSIDIÁRIO DE AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA.**
> Havendo confronto entre a narrativa do réu e a da vítima sobrevivente, torna-se imperativo o julgamento da causa pelos juízes naturais, vez que **toda e qualquer dúvida que possa persistir na fase do judicium accusationes erige-se em defesa da sociedade. Ou seja, há inversão da regra procedimental do in dubio pro reo para o in dubio pro societate. Ademais, não se apresentando estreme de dúvida a causa excludente de ilicitude bradada pelo réu, não há falar em absolvição sumária.** De outra banda, sabido é que as qualificadoras só devem ser afastadas da pronúncia, quando não descritas na peça vestibular ou quando demonstrado, de forma cabal e inequívoca, que não se verificaram. RECURSO DESPROVIDO. (TJ-RS - RSE: 70051905602 RS , Relator: Rosane Ramos de Oliveira Michels, Data de Julgamento: 25/03/2014, Segunda Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 15/05/2014).

> **EMENTA: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. TRIBUNAL DO JÚRI. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. NÃO CABIMENTO DA LEGÍTIMA DEFESA. PROVA DA MATERIALIDADE E INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA.**
> **- De acordo com o art. 413 do CPP, para que se profira sentença de pronúncia é preciso apenas que haja prova da materialidade e indícios suficientes de autoria, pois se trata de mero juízo de admissibilidade da acusação. - Na fase de pronúncia, se não houver prova cabal de que o réu agiu sob o amparo da alegada legítima defesa, é incabível absolvê-lo sumariamente.**
> (TJ-MG - Rec em Sentido Estrito: 10261120026651001 MG , Relator: Catta Preta, Data de Julgamento: 19/09/2013, Câmaras Criminais / 2ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 30/09/2013).

Repiso que, na fase de pronúncia, julga-se apenas a admissibilidade da acusação, sem qualquer avaliação de mérito, sendo desnecessário o juízo de certeza imprescindível à condenação.

Sem mácula, pois, a decisão de pronúncia, eis que proferida em observância às disposições do art. 413 do Código de Processo Penal.

Pelo exposto, NEGO PROVIMENTO ao recurso em sentido estrito interposto por FRANCISCO VIEIRA DE SOUSA, mantendo íntegra a r. decisão de pronúncia.

É como voto.

Fortaleza, 15 de julho de 2014.

PROCESSO: 0079040-72.2012.8.06.0000 - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO
RECORRENTE: DEOMAR BARBOSA LOPES
RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: PAULO CAMELO TIMBÓ

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. NEGATIVA DE AUTORIA. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. EXAME MERITÓRIO. ATRIBUIÇÃO CONSTITUCIONAL DO TRIBUNAL DO JÚRI. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. 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 autoria, como restou demonstrado no caso em tela. O juízo meritório caberá exclusivamente ao Tribunal do Júri, por atribuição que decorre do texto constitucional.

2. Não há que se falar em absolvição sumária, quando do acervo probatório depreende-se a ocorrência do delito, bem como indícios suficientes de autoria.

3. 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.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito, interposto por Deomar Barbosa Lopes, em face da decisão de fls. 197/208, que o pronunciou nas tenazes do art. 121, § 2º, II, c/c art. 14, II, ambos do Código Penal.

Irresignado, o réu apresentou as razões recursais de fls. 217/226, negando a autoria do delito, afirmando que, a pedido de Derlânia, fiscalizava, esporadicamente, a casa desta, que passava muito tempo fechada e situava em local perigoso e, no dia do fato, ao ver luzes acesas e pessoas dentro da casa de Derlânia, a qual deveria estar vazia, efetuou um disparo de arma de fogo para cima, apenas para afugentar quem quer que estivesse indevidamente no imóvel. Requereu sua **absolvição sumária**.

Contrarrazões do Ministério Público às fls. 228/236, pelo improvimento do recurso, mantendo-se a decisão de pronúncia.

Às fls. 238/240, o juiz singular manteve a sentença de pronúncia, remetendo os autos a esta Instância.

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça às fls. 246/251, com manifestação pelo improvimento do recurso.

É o breve relatório.

VOTO

Como relatado, trata-se de Recurso em Sentido Estrito, interposto por Deomar Barbosa Lopes, em face da decisão de fls. 197/208, que o pronunciou nas tenazes do art. 121, § 2º, II, c/c art. 14, II, ambos do Código Penal.

Irresignado, o réu apresentou as razões recursais de fls. 217/226, negando a autoria do delito, afirmando que, a pedido de Derlânia, fiscalizava, esporadicamente, a casa desta, que passava muito tempo fechada e situava em local perigoso e, no dia do fato, ao ver luzes acesas e pessoas dentro da casa de Derlânia, a qual deveria estar vazia, efetuou um disparo de arma de fogo para cima, apenas para afugentar quem quer que estivesse indevidamente no imóvel. Requereu sua **absolvição sumária**.

O recorrente pretende sua absolvição sumária, sustentando a inexistência de provas de autoria.

Narra a denúncia que no dia 16.11.2003, o acusado tentou contra a vida de Antônio Martins da Silva, com disparos de arma de fogo, somente não consumando o delito de homicídio por circunstâncias alheias à sua vontade.

Através da prova colhida, especialmente dos depoimentos testemunhais e declarações da própria vítima, verifica-se a materialidade delitiva e a existência de indícios suficientes de autoria, capazes de justificar a pronúncia do ora recorrente, para que seja submetido ao crivo do Tribunal Popular do Júri. Vejamos:

Leila Alenir Ferreira Lima disse, às fls. 124/125:

> [...] que viu uma pessoa rodeando a rua, parou o carro, desceu e ficou gritando, dizendo palavrões; que essa pessoa era o acusado; que ele xingava a Derlânia; [...] que ouviu o primeiro tiro dado na frente da casa; que chegou a ver o acusado com arma em punho quando este veio para os fundos da casa; [...].
> Fernanda Ferreira de Lima relatou, às fls. 128/129:
> [...] que no dia do fato, estava sentada na calçada quando o acusado chegou em um veículo, desceu, foi para frente da casa e depois foi para os fundos da casa, bateu na porta, chama Derlânia de rapariga, e deu dois tiros; [...].
> A vítima, Antônio Martins da Silva, declarou, às fls. 133/135:
> [....] que o declarante mesmo assim foi e abriu a porta da rua, momento em que o acusado efetuou um disparo em sua direção, mas pegou na porta; que o declarante correu para sair pela porta dos fundos, mas o acusado rodeou por fora e quando o declarante abriu a porta dos fundos o acusado efetuou um tiro para o alto; [...].

Verifica-se, portanto, que existem indícios suficientes de participação a justificar a pronúncia do réu.

Ademais, 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.

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 Erro! A referência de hiperlink não é válida. 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 **Erro! A referência de hiperlink não é válida.Erro! A referência de hiperlink não é válida.** 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 TRIBUNAL DO JÚRI.**
1. 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 **Erro! A referência de hiperlink não é válida.Erro! A referência de hiperlink não é válida.** 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 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 Código Penal, bem como o art. 93, IX, CF/88.

Ademais, em havendo dúvida quanto à autoria do delito, 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.

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.

No presente caso, a ocorrência do delito, e indícios de autoria, restaram suficientemente demonstrados através dos elementos probatórios colacionados aos autos.

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, 14 de maio de 2013

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.

PROCESSO: 0803223-32.2013.8.06.0000 – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO
RECORRENTE: JOSÉ AUGUSTO MENEZES DE AGUIAR
RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: DES. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA: RECURSO CRIME EM SENTIDO ESTRITO. PRONÚNCIA. NULIDADE DA DECISÃO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. INOCORRÊNCIA. INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO DA LEGÍTIMA DEFESA. NECESSIDADE DE PROVA INCONTESTE DE SUA OCORRÊNCIA. EXCLUSÃO DE QUALIFICADORA. IMPOSSIBILIDADE.

1. A pronúncia constitui mero juízo de admissibilidade da acusação fundada em suspeita de autoria, não representando um juízo de certeza. Apóia-se no íntimo convencimento do magistrado no tocante à existência material do crime e de indícios que apontem alguém como seu provável autor, orientada nesta fase processual pelo principio *in dubio pro societate,* e não *in dubio pro reo*. Observa-se, assim, que a decisão foi devidamente motivada ao asseverar os pressupostos hábeis ao prosseguimento do feito e posterior julgamento do réu pelo órgão competente.

2. A absolvição sumária do art. 415 do CPP só tem lugar quando a excludente de antijuridicidade desponte nítida, clara, de modo irretorquível, da prova dos autos. Mínima que seja a hesitação da prova a respeito, impõe-se a pronúncia, para que a causa seja submetida ao Júri, juiz natural para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, por força de mandamento constitucional. No mesmo sentido: "*Para ser reconhecida na fase da absolvição sumária, a legítima defesa deve resultar estreme de dúvida da prova dos autos"*.(STF, RTJ 63/833, Rel. Min. Celso de Melo).

3. Não pode o magistrado singular, ao proferir sentença de pronúncia, excluir qualificadoras insertas na denúncia, sendo o Tribunal do Júri, por ser órgão soberano, competente para

tal ato, a não ser quando sejam as mesmas manifestamente improcedentes. Incidência do enunciado nº 03 da súmula da jurisprudência deste Egrégio Tribunal de Justiça: "As circunstâncias qualificadoras constantes da peça acusatória somente serão excluídas da pronúncia quando manifestamente improcedentes, em face do princípio in dubio pro societate." RECURSO IMPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso crime em sentido estrito, ACORDAM os Desembargadores integrantes da Turma julgadora da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, em conhecer do recurso, mas negar-lhe provimento, nos termos do voto do relator.

Fortaleza, CE, 13 de maio de 2014.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Crime em Sentido Estrito, interposto em favor de José Augusto Menezes de Aguiar, inconformado com a decisão de fls. 99/101, que o pronunciou como incurso nas penas do art. 121, § 2º, II, do Código Penal Brasileiro.

Pretende o recorrente no recurso que ora se aprecia, ver anulada a decisão em face da ausência de fundamentação idônea quanto à pronúncia do recorrente e, subsidiariamente, pretende o recorrente o reconhecimento de que o crime teria sido praticado em legítima defesa, pleiteando a sua absolvição sumária, ou ainda, a sua despronúncia ou exclusão de qualificadora.

Contra-arrazoando o recurso, o representante do órgão ministerial pugnou pelo seu improvimento.

Consta do caderno processual decisão da autoridade processante, em que mantém a pronúncia e determina a subida dos autos a este Egrégio Tribunal de Justiça.

Parecer da PGJ pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

Peço data para julgamento.

VOTO

Recurso que preenche as condições de admissibilidade, ensejando o seu conhecimento.

De logo, observo que a decisão de pronúncia foi proferida nos exatos termos do art. 413, § 1º, do Código de Processo Penal, que se acha assim redigido:

> Art. 413 – "O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ao de participação. (Redação dada pela Lei nº 11.689/2008)
>
> § 1º – 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".
> (Redação dada pela Lei nº 11.689/2008)

No caso *sub examine,* ao observar o conteúdo do *decisum* emanado do Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Caucaia, facilmente constato que o prolator estava plenamente convencido da materialidade e da autoria do delito imputado ao acusado José Augusto Menezes de Aguiar.

Firmou seu convencimento, ao que se percebe, nos informes prestados pelo autor do fato, bem como pelas testemunhas (indícios de autoria), além do Auto de Exame de Corpo de Delito, acervo probatório suficiente para que se firme convencimento de modo a se determinar seja o acusado submetido ao julgamento popular, posto que ao Conselho de Sentença é quem compete definir a exata tipificação de sua conduta.

Observa-se, portanto, que a decisão foi devidamente motivada ao asseverar os pressupostos hábeis ao prosseguimento do feito e posterior julgamento do réu pelo órgão competente.

Acrescente-se, por oportuno, que a pronúncia constitui mero juízo de admissibilidade da acusação fundada em suspeita de autoria, não representando um juízo de certeza. Apóia-se no íntimo convencimento do magistrado no tocante à existência material do crime e de indícios que apontem alguém como seu provável autor, orientada nesta fase processual pelo principio *in dubio pro societate,* e não *in dubio pro reo.*

Relativamente à tese de legítima defesa levantada pelo recorrente, insta esclarecer que não restou devidamente comprovada nos autos, não se prestando, portanto, para a absolvição sumária reivindicada, dado não se configurar a hipótese prevista no art. 415 do CPP.

Veja-se o teor da norma acima mencionada:

> Art. 415 CPP: O juiz, fundamentadamente, absolverá desde logo o acusado, quando:

> I – provada a inexistência do fato;
> II – provado não ser ele autor ou partícipe do fato;
> III – o fato não constituir infração penal;
> IV – demonstrada causa de isenção de pena ou de exclusão do crime.

Consoante a legislação processual vigente, para que o acusado seja absolvido sumariamente, faz-se necessário que exista prova inconteste da apontada excludente de ilicitude, o que inocorre na espécie, devendo ser o recorrente submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, isso porque, quando da decisão de pronúncia, impera o princípio do *in dubio pro societate.*

Acerca da matéria, convém destacar os seguintes julgados:

> TJAP: **Sem prova incontroversa da excludente de legítima defesa, não se há cogitar em absolvição sumária, mas sim em pronúncia, para submeter o agente a julgamento pelo Tribunal do Júri, máxime ante robusta prova da materialidade e autoria em crime de homicídio simples (art. 121, caput). Recurso improvido.** (RDJ 8/416).
>
> TJSP: **A absolvição sumária do art. 411 do CPP só tem lugar quando a excludente de culpabilidade desponte nítida, clara, de modo irretorquível, da prova dos autos. Mínima que seja a hesitação da prova a respeito, impõe-se a pronúncia, para que a causa seja submetida ao Júri, juiz natural dos crimes dolosos contra a vida, por força de mandamento constitucional."** (RT 656/279). No mesmo sentido STF: RTJ 63/833, 61/344; TJMG: RT 533/381-2, 543/402; TJSP: 503/328, 514/348, 532/338, 534/328, 564/326, 655/275, 735/580.

Veja-se, também, o que decidiu o STF:

> **"Para ser reconhecida na fase da absolvição sumária a legítima defesa deve resultar estreme de dúvida da prova dos autos"**.
> (STF, RTJ 63/833, Rel. Min. Celso de Melo).

No caso dos autos, perquirindo-se os elementos para a prolação da decisão de pronúncia, vale dizer, a existência do crime e indícios de autoria, verifica-se acertada a decisão do juízo singular que admitiu a acusação em face do recorrente, declarando a necessidade de submetê-lo a julgamento perante o Tribunal do Júri, juiz natural dos crimes dolosos contra a vida (CF, art. 5º, XXXVII).

Isto porque a materialidade do crime de homicídio encontra-se incontestavelmente comprovada pelo Auto de Exame de Corpo de Delito e os indícios da autoria pela própria confissão do réu.

Pelo mesmo motivo, inviável a despronúncia buscada subsidiariamente no presente recurso.

No tocante à exclusão da qualificadora do motivo fútil, segundo entendimento do Eg. Superior Tribunal de Justiça:

> "Ao juiz singular, ao fazer a pronúncia, é defeso excluir qualificadoras. O julgamento, por imposição constitucional, é do Tribunal do Júri".(CF, art. 5º XXXVIII). (RT 694/393). No mesmo sentido, STJ: RT 730/475, RSTJ 84/325).

Assim, tem-se que as qualificadoras admitidas na decisão de pronúncia comportam retirada somente quando manifestamente improcedentes e de todo descabidas, conforme enunciado nº 03 da súmula da jurisprudência deste Egrégio Tribunal de Justiça: "As circunstâncias qualificadoras constantes da peça acusatória somente serão excluídas da pronúncia quando manifestamente improcedentes, em face do princípio *in dubio pro societate*."

Dessa forma, a decisão de pronúncia só há de ser modificada quando, pelas provas trazidas à apreciação, resta demonstrada, de forma irrefragável, a presença de motivos suficientes, o que não ocorre no caso *sub examine*, razão pela qual nega-se provimento ao recurso.

Fortaleza, CE, 13 de maio de 2014.

ÍNDICE ALFABÉTICO

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

APELAÇÃO

Churrascaria – barulho excessivo provocado – ofensas verbais sofridas pela promovente - danos morais configurados – responsabilidade solidária entre o restaurante e sua sócia gerente ..... 61/62.

Compra de veículo novo – automóvel defeituoso – falhas não sanadas no prazo máximo – restituição do valor gasto – direito do consumidor – responsabilidade da concessionária – danos materiais e morais devidos .....47.

Compra e venda de imóvel – alegação de descumprimento de obrigações contratuais – inocorrência – autorizados cancelamento da hipoteca e adjudicação compulsória – dano material incabível quando não demonstrado o prejuízo – ausência de dano moral .....198.

Concessionária de serviço público – fornecimento de água e esgoto sanitário – defeito na prestação de serviço – depósitos de dejetos *in natura* em riacho – poluição – nexo de causalidade – elementos ensejadores da responsabilidade civil objetiva – dever de indenizar ..... 86/89.

Concurso público – ações cautelares e ordinária de nulidade de ato administrativo – processo administrativo disciplinar – exoneração – ampla defesa e contraditório – inobservância do devido processo legal – nulidade ..... 219/221.

Concurso público – exame psicotécnico – critérios objetivos não demonstrados – plena possibilidade de recurso – inexistente – afronta aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa – nulidade da avaliação psicológica do candidato – submissão a novo exame .....259.

Curso sequencial de jornalismo – negativa de registro pela Delegacia Regional do Trabalho e pelo Sindicato – dever de informar da universidade – defeito no serviço – dano moral caracterizado – instituição de ensino, aplicação do CDC .....107/109.

Fazenda pública – negativa em proceder alteração cadastral pleiteada por empresa em virtude de seus sócios possuírem débitos devidamente inscritos na Dívida Ativa Estadual – impossibilidade – ofensa à livre iniciativa(art. 1º, IV, c/c art. 170, ambos da C.F.) e ao devido processo legal .....291.

Hospital – falha na prestação do serviço – paciente grávida em processo de abortamento espontâneo – exame urgente não realizado com brevidade – malferimento do direito à informação imposto pelo art. 6º, III, do CDC – responsabilidade do hospital .....155.

ICMS – parcelamento – disciplina normativa: Lei Estadual nº 13.065/2000 – contribuinte beneficiário do favor legal – pedido ulterior de ampliação do benefício em relação a outros débitos de igual natureza – procedência .....282.

Interdição – pedido procedente – efeito *ex nunc* – atos praticados antes da sentença de interdição – necessidade de ação própria para anulação .....43.

Licitação – pregão eletrônico – alegação de insuficiência técnica da licitante vencedora – demonstração de prévia experiência nos quantitativos e qualitativos do objeto a ser contratado – atendimento à exigência editalícia..... 170/173.

Morte acidental do ex-marido da autora, ocorrida sob a égide do Código Civil de 1916 – responsabilidade fundada na presunção de culpa do empregador – comprovação do nexo de causalidade – teoria da causalidade direta e imediata – inexistência de causas excludentes da responsabilidade civil do empregador .....241/243.

Paciente com distúrbios psíquicos – dependência de bebidas alcoólicas e tendências suicidas – suicídio ocorrido nas dependências de clínica psiquiátrica – culpa *in vigilando* – dever de indenizar – danos materiais e morais configurados.. 75/77.

Pensão alimentícia – dever de ambos os genitores de contribuir para o sustento da prole – inexistência de comprovação dos rendimentos dos litigantes –

impossibilidade de estudo minucioso do quesito possibilidade – manutenção do *quantum*.....71.

Pensão militar – ex-policial excluído da corporação a bem da disciplina – direito a benefício em idêntico valor ao da pensão por morte – inadmissibilidade .....147.

Plano de saúde – indevida negativa de internamento do autor acometido de dengue hemorrágica – situação de urgência – inexigibilidade do cumprimento de prazo de carência – procedimento necessário à preservação da saúde e da vida do paciente – danos morais caracterizados ..... 125/126.

Policial militar - pensão por morte – reversão às filhas maiores – aplicação da Lei Estadual nº 10.972/84, em vigor na data do óbito do militar segurado – Súmula nº 340, do STJ .....267.

Promotor de justiça – férias não gozadas – interesse público – aposentadoria – indenização devida decorrente do art. 37, § 6º, da C.F.- enriquecimento ilícito da administração pública – desnecessidade de previsão legal.....186.

Serviços notariais e de registro – tabelionato – ação indenizatória – ilegitimidade passiva – reconhecimento – ausência de personalidade jurídica .....287.

Servidor – contratação sem concurso público – ilegalidade – desvio de função – ocorrência – pagamento das diferenças de remuneração referentes ao período de efetivo exercício – hipótese configurada – vedação ao enriquecimento sem causa da administração pública.....275.

Servidor público – desvio de função – impossibilidade de reenquadramento – diferenças salariais devidas correspondentes à função de fato exercida – Súmula 378 do STJ .....212.

Servidores públicos fazendários – teto remuneratório – incidência – direito adquirido – inexistência – impossibilidade de se evitar a submissão dos proventos ao teto..... 137/138.

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Ação de execução de título extrajudicial – decisão que deferiu o pleito de intransferibilidade de imóvel – não conhecimento por intempestividade – art. 527, I, c/c o art. 557, *caput*, do CPC .....314.

Concurso público – aprovação de candidato – classificação no universo das vagas previstas no edital de abertura – direito subjetivo à nomeação – relevância do fundamento – antecipação de tutela – configuração .....318.

Eleitoral e processual civil – ação declaratória de nulidade de filiação partidária – fundamento – inobservância de formalidade essencial.....326.

Execução de alimentos – indicação de bens à penhora – direito do alimentante – coleção de carros antigos – indicação desautorizada por inserção na esfera emocional – existência de outros bens livres e de fácil execução .....299.

Inventário judicial – nomeação de inventariante – inteligência do art. 990, do CPC – adiamento da legítima – sonegação – questões de "alta indagação" – art. 984, do CPC – impossibilidade de discussão nos autos do inventário – supressão de instância..... 332/333.

Mandado de segurança – constitucional e tributário – postulação de inscrição de empresa no CGF – negativa da fazenda pública – sócios com débitos – dívida ativa estadual – impossibilidade – ofensa à livre iniciativa e ao devido processo legal.....304.

Quebra de sigilo bancário – investigação policial – indícios suficientes de prática de ilícitos de improbidade administrativa – Lei Complementar nº 105/01 – possibilidade ..... 309/310.

AÇÃO RESCISÓRIA

Servidores públicos municipais – equiparação salarial – matéria constitucional – Súmula nº 343, do STF – inaplicabilidade – violação a literal disposição de Lei (art. 485, V, CPC) – configuração – arts. 5º, II, 7º, IV e 37, X, da C.F/88 – precedentes do STF e desta corte – Súmula Vinculante nº 37 do STF .. 341/342.

AGRAVO REGIMENTAL

Ação revisional de cláusulas contratuais – anatocismo – cumulação de comissão de permanência com correção monetária e outros encargos de natureza moratória – pedidos não formulados em 1º grau de jurisdição – revisão de ofício – impossibilidade – incidência da Súmula nº 381, do STJ – julgamento *extra petita* – anulação da sentença nesta parte – precedentes.....351.

Agravo interno em agravo de instrumento – aplicação do art. 526, Parágrafo Único, CPC – fluência do prazo – data do protocolo do agravo de instrumento – precedentes – início em dia não útil por ser continuidade do lapso recursal anterior, e não prazo novo – similitude à regra do art. 2º, da Lei nº 9.800/1999 – desobediência ao tríduo legal..... 379/381.

Aluno aprendiz – aposentadoria – contagem de tempo de serviço – averbação pelo Estado do Ceará – legitimidade passiva – possibilidade..... 372/373.

Concurso público – curso de capacitação aos sábados – candidato membro da Igreja Adventista do Sétimo Dia – abono de faltas – impossibilidade .....406.

ICMS – energia elétrica – demanda contratada e não utilizada – não incidência – repetição de indébito..... 363/364.

ICMS – energia elétrica – Súmula nº 391, do STJ – decisão monocrática que negou seguimento ao agravo de instrumento tratante de matéria preliminar não analisada em juízo singular – decisão mantida.....389.

IPTU - execução fiscal – tributo sujeito a lançamento de ofício – CDA relativa a exercício financeiro atingido pela prescrição – incidência do art. 174, do CTN 396.

Tributário, societário e processual civil – compensação – mandado de segurança – fato notório – objeto social – princípio da especialidade – inaplicabilidade, em regra ..... 359/360.

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

APELAÇÃO CRIME

Estupro de vulnerável – duas vítimas, uma com deficiência mental – concurso material e crime continuado – sentença condenatória – recurso defensivo alegando nulidade da prova produzida em virtude da não realização do exame de corpo de delito e que a autoria e materialidade delitivas não foram comprovadas – improcedência – palavra da vítima em harmonia com os depoimentos testemunhais e demais elementos de prova coligidos aos fólios ..... 453/455.

Exploração sexual de menores – condenação – recurso defensivo buscando absolvição – procedência – ausência de elementos constituintes do tipo penal – inocorrência de submissão – consentimento voluntário de adolescentes maiores de 14 anos – inexistência de exploração ..... 439/440.

Furto – condenação – alegação de fragilidade da prova para condenação – prova testemunhal assinalando a disposição da *res furtiva* pelo réu – elementos suficientes para prolação do édito condenatório ..... 429/431.

Furto qualificado – pleito de anulação da sentença – reprimenda fixada acima do patamar mínimo sem a devida fundamentação – cabimento – verificação de fundamentação inidônea – pena redimensionada .....483.

Homicídio qualificado – recurso da defesa alegando nulidade da decisão – art. 593, III, "D", do CPP – descabimento – inexistência de prova manifestamente contrária à decisão – existência de duas vertentes probatórias ..... 489/490.

Homicídio qualificado – sentença de pronúncia – juízo de admissibilidade – desclassificação para lesão corporal – exclusão de qualificadora – impossibilidade – exame meritório – atribuição constitucional do Tribunal do Júri .....422.

Homicídio qualificado e lesão corporal grave – pleito defensivo de novo júri – impossibilidade – inexistência de decisão manifestamente contrária às provas dos autos – princípio da soberania dos veredictos ..... 464/465.

Tráfico de drogas – pleito objetivando desclassificação para o delito tipificado no art. 28, da Lei nº 11.343/06 e, alternativamente, pela aplicabilidade do §4º do mesmo artigo em seu grau máximo de 2/3 – substituição da pena aplicada por restritiva de direitos.....417.

HABEAS CORPUS

Crime contra a ordem tributária – pleitos de trancamento da ação penal e de extinção da punibilidade pela prescrição – desconhecimento – não comprovação do marco inicial para a contagem do prazo – data definitiva do lançamento do crédito tributário.....521.

Estupro de vulnerável em continuidade delitiva – prisão preventiva – pressupostos – presença – gravidade concreta da conduta – fundamentação idônea – excesso de prazo na formação da culpa – pleito não submetido à análise do juízo de primeiro grau – supressão de instância .....542.

Execução penal – regime semiaberto – benefício do trabalho externo – possibilidade – condenado que preenche todos os requisitos para a concessão de benesse legal ..... 525/526.

Homicídio – *writ* manejado como substituto de recurso de agravo – impropriedade – desprezo à lógica do sistema recursal vigente – impossibilidade de conhecimento pela via eleita ..... 505/506.

Homicídio culposo majorado – pleito de trancamento da ação penal – inépcia da denúncia – ausência de individualização das condutas dos réus – inadmissibilidade – crime de autoria coletiva – acusação geral ..... 529/531.

Homicídio qualificado e porte ilegal de arma – prisão processual – excesso de prazo para o julgamento da ação penal configurado – ofensa ao principio da razoabilidade – ilegalidade manifesta – processo sem complexidade – um único denunciado ..... 516/517.

Latrocínio, ocultação de cadáver, formação de quadrilha e adulteração de sinal identificador de veículo automotivo – liberdade provisória – indeferimento – decisão fundamentada – garantia da ordem pública e para assegurar a aplicação da lei penal .....546.

Roubo majorado – execução em regime fechado – pedido de prisão domiciliar para tratamento de saúde – ausência de comprovação da impossibilidade de tratamento adequado no estabelecimento prisional – constrangimento ilegal inexistente .....550.

Tentativa de latrocínio – prisão em flagrante convertida em preventiva – negativa de autoria – não conhecimento – supressão de grau de jurisdição – ausência de requisitos para a prisão preventiva – inocorrência..... 512/513.

Tráfico e associação para o tráfico – prisão preventiva – excesso de prazo para formação da culpa – instrução concluída no tocante à prova oral - demora razoável – processo complexo – multiplicidade de réus – inexistência de constrangimento.....509.

RECURSO CRIME EM SENTIDO ESTRITO

Homicídio – impronúncia e absolvição sumária – inviabilidade – dúvidas sobre a tese de legítima defesa – princípio do *in dubio pro societate* .....580.

Homicídio duplamente qualificado – pronúncia – desclassificação ou exclusão de qualificadoras – improcedência – obrigatoriedade de julgamento pelo Tribunal do Júri – órgão constitucional e soberanamente legitimado para valorar os crimes contra a vida.....557.

Homicídio qualificado – pronúncia – absolvição sumária em razão da legítima defesa ou da exclusão da qualificadora – improcedência – indicação de materialidade do fato e dos indícios de autoria – dúvida sobre as circunstâncias do crime – *in dubio pro societate* – competência do Tribunal do Júri.....571.

Homicídio qualificado – pronúncia – negativa de autoria – pleito de absolvição sumária – impossibilidade – prova da materialidade e indícios suficientes de

autoria – juízo de admissibilidade – exame meritório – atribuição constitucional do Tribunal do Júri .....587.

Pronúncia – nulidade da decisão – fundamentação inidônea – inocorrência – indícios suficientes de autoria – absolvição sumária – pretensão de reconhecimento da legítima defesa – necessidade de prova inconteste de sua ocorrência – exclusão de qualificadora – impossibilidade..... 592/593.

Violação de domicílio em período noturno, dano e ameaça associado à violência contra mulher – trancamento de ofício do inquérito policial – recurso ministerial impugnando a decisão de trancamento – suposta atipicidade da conduta em razão da falta de capacidade de autodeterminação do indiciado – imprescindibilidade do início da ação penal para melhor apuração dos fatos – obrigatoriedade da instrução criminal para averiguar a inimputabilidade do indiciado..... 561/562.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DO CEARÁ

Esta obra foi composta em
Times New Roman e impresso em papel 24 kg.
Impressão e acabamento no Departamento Editorial e Gráfico
do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em
Fortaleza/CE, outubro de 2014.