

**Ano 2020 - v. 62**  
**Trimestral**

*Revista de Jurisprudência*  
*do Tribunal de Justiça*  
*do Ceará*





ISSN 2175-0874



ESTADO DO CEARÁ  
PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

# REVISTA DE JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ

Volume 62 - 2020 | Janeiro / Março

R. Jurisp. Trib. Justiça Est. Ceará, Fortaleza, v.62, p. 1 - 464, 2020

**Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará**  
**Volume 62.2020**

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

**Comissão de Regimento, Legislação e Jurisprudência**

Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha - Presidente  
Des. Carlos Alberto Mendes Forte  
Des. Francisco Carneiro Lima

**Suplentes**

Des. Mário Parente Teófilo Neto

**Expediente Coordenação**

Des. Paulo Francisco Banhos Ponte

**Conselho Editorial e Biblioteca**

Des. Paulo Francisco Banhos Ponte - Presidente  
Des. Durval Aires Filho  
Desa. Maria Edna Martins  
Dr. Emílio de Medeiros Viana  
Dra. Joriza Magalhães Pinheiro  
Bel. Francisco Hudson P. Rodrigues - Secretário

**Normalização**

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

**Revisão**

Conselho Editorial e de Biblioteca

**Diagramação e Arte Gráfica**

Hugo Leonardo Guedes Monteiro

**Impressão**

Coordenadoria de Apoio Operacional do TJCE

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

ISSN 2175-0874

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

CDU 340.342 (05)

**Tribunal de Justiça do Estado do Ceará**

Centro Administrativo Governador Virgílio Távora  
Av. General Afonso Albuquerque de Lima, s/n  
Cambéba - Fortaleza - CE - CEP: 60.822-325 - Fone: (85) 3207.7104  
[www.tjce.jus.br](http://www.tjce.jus.br) - e-mail: [jurispru@tjce.jus.br](mailto:jurispru@tjce.jus.br)

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ**

**DES. WASHINGTON LUIS BEZERRA DE ARAÚJO**  
PRESIDENTE

**DESA. MARIA NAILDE PINHEIRO NOGUEIRA**  
VICE-PRESIDENTE

**DES. TEODORO SILVA SANTOS**  
CORREGEDOR GERAL DA JUSTIÇA

**TRIBUNAL PLENO**

Des. Washington Luis Bezerra de Araújo - Presidente

Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha

Desa. Maria Iracema Martins do Vale

Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes

Des. Francisco de Assis Filgueira Mendes

Des. Francisco Lincoln Araújo e Silva

Desa. Maria Nailde Pinheiro Nogueira

Des. Haroldo Correia de Oliveira Máximo

Desa. Vera Lúcia Correia Lima

Des. Emanuel Leite Albuquerque

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. Carlos Alberto Mendes Forte

Des. Teodoro Silva Santos

Desa. Maria Iraneide Moura Silva

Des. Francisco Gomes de Moura

Des. Luiz Evaldo Gonçalves Leite

Desa. Maria Vilauba Fausto Lopes

Desa. Lisete de Sousa Gadelha

Des. Raimundo Nonato Silva Santos

Des. Paulo Airton Albuquerque Filho

Desa. Maria Edna Martins

Des. Mário Parente Teófilo Neto  
Desa. Tereze Neumann Duarte Chaves  
Des. José Tarcílio Souza da Silva  
Desa. Maria de Fatima de Melo Loureiro  
Desa. Lígia Andrade de Alencar Magalhães  
Desa. Lira Ramos de Oliveira  
Des. Heráclito Vieira de Sousa Neto  
Des. Francisco Carneiro Lima  
Des. Francisco Mauro Ferreira Liberato  
Desa. Marlúcia de Araújo Bezerra  
Des. Henrique Jorge Holanda Silveira  
Des. Sérgio Luiz Arruda Parente  
Des. Antônio Pádua Silva  
Des. Francisco Luciano Lima Rodrigues  
Desa. Maria do Livramento Alves Magalhães  
Des. José Ricardo Vidal Patrocínio  
Dra. Rosilene Ferreira Facundo - Juíza Convocada  
Dr. Nilsiton Rodrigues de Andrade Aragão- Secretário

### **ÓRGÃO ESPECIAL**

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

Des. Washington Luis Bezerra de Araújo - Presidente  
Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha  
Desa. Maria Iracema Martins do Vale  
Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes  
Des. Francisco de Assis Filgueira Mendes  
Des. Francisco Lincoln Araújo e Silva  
Desa. Maria Nailde Pinheiro Nogueira  
Des. Haroldo Correia de Oliveira Máximo  
Des. Emanuel Leite Albuquerque  
Desa. Francisca Adelineide Viana  
Des. Durval Aires Filho  
Des. Francisco Darival Beserra Primo  
Des. Inácio de Alencar Cortez Neto  
Des. Carlos Alberto Mendes Forte  
Des. Teodoro Silva Santos  
Des. Luiz Evaldo Gonçalves Leite  
Desa. Maria Vilauba Fausto Lopes

Desa. Maria Edna Martins  
Desa. Tereze Neumann Duarte Chaves  
Des. Heráclito Vieira de Sousa Neto  
Dr. Nilsiton Rodrigues de Andrade Aragão- Secretário

### **SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO**

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

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

### **1ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO**

(Reuniões às segundas-feiras com início às 13h30min)

Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha  
Des. Paulo Francisco Banhos Ponte- Presidente  
Desa. Lisete de Sousa Gadelha  
Des. Paulo Airton Albuquerque Filho  
Dra. Naiana Rocha Frota Philomeno Gomes - Secretária

### **2ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO**

(Reuniões às quartas-feiras com início às 13h30min)

Des. Francisco Gladyson Pontes- Presidente  
Desa. Maria Iraneide Moura Silva  
Des. Luiz Evaldo Gonçalves Leite

Desa. Tereze Neumann Duarte Chaves  
Dra. Maria Conceição Holanda Banhos - Secretária

### **3ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO**

(Reuniões às segundas-feiras com início às 13h30min)

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

### **SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO**

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

Desa. Vera Lúcia Correia Lima - Presidente  
Des. Emanuel Leite Albuquerque  
Des. Durval Aires Filho  
Des. Francisco Darival Beserra Primo  
Des. Francisco Bezerra Cavalcante  
Des. Carlos Alberto Mendes Forte  
Des. Francisco Gomes de Moura  
Desa. Maria Vilauba Fausto Lopes  
Des. Raimundo Nonato Silva Santos  
Desa. Maria de Fatima de Melo Loureiro  
Desa. Lira Ramos de Oliveira  
Des. Heráclito Vieira de Sousa Neto  
Des. Francisco Mauro Ferreira Liberato  
Des. Francisco Luciano Lima Rodrigues  
Desa. Maria do Livramento Alves Magalhães  
Des. José Ricardo Vidal Patrocínio  
Dr. Nilsiton Rodrigues de Andrade Aragão - Secretário

### **1ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO**

(Reuniões às quartas-feiras com início às 13h30min)

Desa. Vera Lúcia Correia Lima  
Des. Emanuel Leite Albuquerque - Presidente

Des. Heráclito Vieira de Sousa Neto  
Des. Francisco Mauro Ferreira Liberato  
Dra. Lia Karam Soares - Secretária

### **2ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO**

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

Des. Francisco Darival Beserra Primo- Presidente  
Des. Carlos Alberto Mendes Forte  
Des. Francisco Gomes de Moura  
Desa. Maria de Fatima de Melo Loureiro  
Dra. Maria do Socorro Loureiro de Oliveira Maia - Secretária

### **3ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO**

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

Desa. Maria Vilauba Fausto Lopes - Presidente  
Desa. Lira Ramos de Oliveira  
Des. Francisco Luciano Lima Rodrigues  
Des. José Ricardo Vidal Patrocínio  
Dr. Bruno Pinheiro Jucá - Secretário

### **4ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO**

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

Des. Durval Aires Filho  
Des. Francisco Bezerra Cavalcante - Presidente  
Des. Raimundo Nonato Silva Santos  
Desa. Maria do Livramento Alves Magalhães  
Dr. Marcel Benevides dos Santos - Secretário

### **SEÇÃO CRIMINAL**

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

Des. Francisco Lincoln Araújo e Silva - Presidente  
Des. Haroldo Correia de Oliveira Máximo  
Desa. Francisca Adelineide Viana  
Desa. Maria Edna Martins

Des. Mário Parente Teófilo Neto  
Des. José Tarcílio Souza da Silva  
Desa. Lígia Andrade de Alencar Magalhães  
Des. Francisco Carneiro Lima  
Desa. Marlúcia de Araújo Bezerra  
Des. Henrique Jorge Holanda Silveira  
Des. Sérgio Luiz Arruda Parente  
Des. Antônio Pádua Silva  
Dr. Nilsiton Rodrigues de Andrade Aragão- Secretário

### **1ª CÂMARA CRIMINAL**

(Reuniões às terças-feiras com início às 13h30min)

Desa. Maria Edna Martins  
Des. Mário Parente Teófilo Neto - Presidente  
Desa. Lígia Andrade de Alencar Magalhães  
Des. Francisco Carneiro Lima  
Dr. José Victor Ibiapina Cunha Moraes - Secretário

### **2ª CÂMARA CRIMINAL**

(Reuniões às quartas-feiras com início às 13h30min)

Des. Haroldo Correia de Oliveira Máximo  
Desa. Francisca Adelineide Viana - Presidente  
Des. Sérgio Luiz Arruda Parente  
Des. Antônio Pádua Silva  
Dra. Ana Amélia Feitosa Oliveira - Secretária

### **3ª CÂMARA CRIMINAL**

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

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

# SUMÁRIO

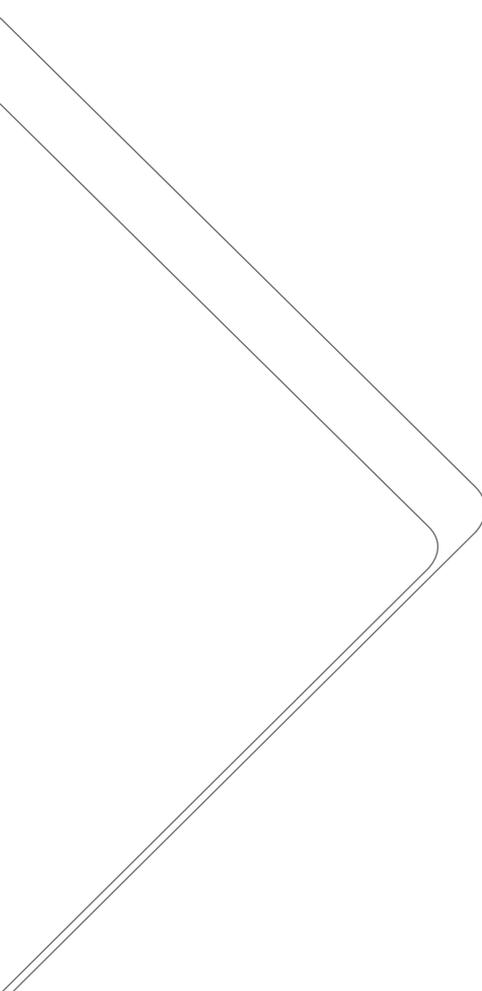
## JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Apelação Cível .....	15/186
Agravo de Instrumento .....	189/270
Mandado de Segurança .....	273/304

## JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

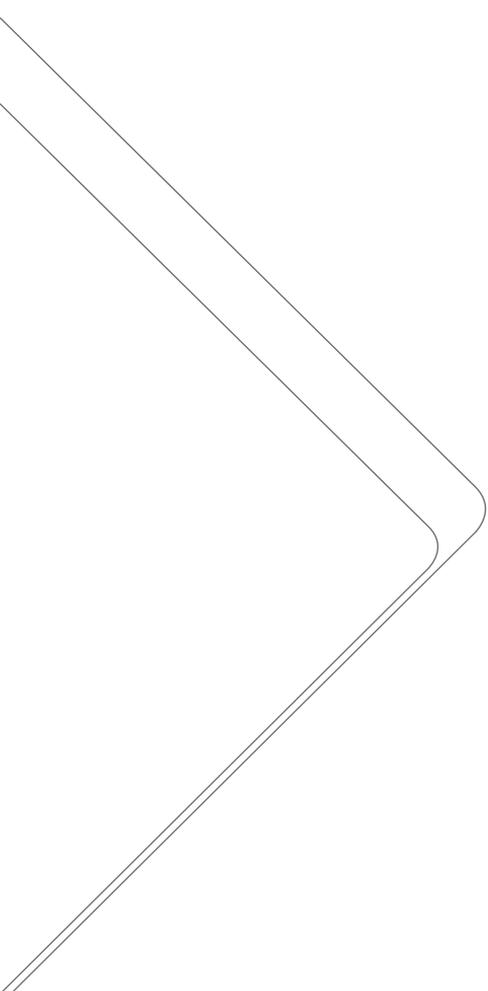
Apelação Crime.....	309/434
Habeas Corpus .....	437/460
Índice Alfabético .....	461/464





# **JURISPRUDÊNCIA CÍVEL**





**APELAÇÃO  
CÍVEL**



PROCESSO: 0000364-59.2005.8.06.0161

APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO

REMETENTE: JUIZ DE DIREITO DA VARA ÚNICA DA COMARCA DE SANTANA DO ACARAÚ

APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ

APELADOS: JOÃO ANANIAS VASCONCELOS E ANA SILVANIA GOMES

RELATOR: DESEMBARGADOR FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA

**EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REEXAME NECESSÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DECISÃO QUE INDEFERIU A INCLUSÃO DE PARTE NO POLO PASSIVO. AUSÊNCIA DE RECURSO. PRECLUSÃO. DESCABIMENTO DA ANÁLISE DA SUA RESPONSABILIDADE. APELO NÃO CONHECIDO NESTE PONTO. PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO (ART. 23, I, DA LEI Nº 8.429/1992) REJEITADA PELA FALTA DE LASTRO PROBATÓRIO MÍNIMO. ATO ÍMPROBO. FRAUDES EM PROCESSOS DE LICITAÇÃO. INOCORRÊNCIA. JUNTADA DOS RESPECTIVOS PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS DE LICITAÇÃO OU DE DISPENSA E INEXIGIBILIDADE. AUSÊNCIA DO ELEMENTO SUBJETIVO. REEXAME NECESSÁRIO E APELO DESPROVIDOS.**

1. Operou-se a preclusão do exame da legitimidade passiva de João Ananias Vasconcelos Neto, porquanto sua inclusão no polo passivo foi indeferida pelo Juiz singular em decisão interlocutória (p. 1708-1716) contra a qual não foi

interposto qualquer recurso pelo Órgão Ministerial. Nesse sentido, é descabido o apelo na parte que sustenta a sua responsabilidade pelos supostos atos de improbidade. Apelo não conhecido neste ponto.

2. O art. 23, inc. I, da Lei nº 8.429/1992, estipulou como termo inicial da prescrição na ação de improbidade o término do exercício do mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança, ou seja, fixou como *dies a quo* o primeiro dia subsequente à cessação do vínculo existente entre o agente ímprobo e a Administração Pública. *In casu*, considerando que não há notícia da data do rompimento do vínculo da ex-Secretária Municipal com a Administração Municipal, resta inviabilizada a perquirição da ocorrência ou não da prescrição. Preliminar rejeitada.

3. Na espécie, questiona-se a existência de supostos atos de improbidade administrativa praticados por Ana Silvânia Gomes, ex-Secretária de Educação local, como fora constatado no Acórdão nº 168/2005 do Tribunal de Contas dos Municípios – TCM, consubstanciados na ausência de licitação quando era obrigatória, o que se enquadraria na hipótese do art. 10, VIII, da Lei nº 8.429/1992.

4. Compulsando-se os fólios, observa-se que o Município de Santana do Acaraú coligiu aos autos as cópias dos processos licitatórios e de dispensa discutidos nos autos, não tendo o Ministério Público questionado tal material probatório. Nesse contexto, a vasta documentação juntada pela Fazenda Pública Municipal, correspondente ao período de 1998 a 1999, evidencia que foram

realizados os devidos procedimentos de licitação ou de dispensa e inexigibilidade e que, por conseguinte, inexistente a apontada conduta ímproba.

5. A jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça posiciona-se no sentido de que “é inadmissível a responsabilidade objetiva na aplicação da Lei 8.429/1992, exigindo-se a presença de dolo nos casos dos arts. 9º e 11 (que coíbem o enriquecimento ilícito e o atentado aos princípios administrativos, respectivamente) e ao menos de culpa nos termos do art. 10, que censura os atos de improbidade por dano ao Erário” (Jurisprudência em Teses – STJ, Improbidade Administrativa I, Edição nº 38, publicado em 05.08.2015). Na espécie, não está caracterizado o dolo, nem a culpa grave da apelante, pois na inicial da ação de improbidade sequer foi suscitada a presença de elemento subjetivo da ré.

6. Reexame necessário conhecido e desprovido.

7. Apelação parcialmente conhecida e desprovida; sem honorários recursais (Enunciado Administrativo 7 do STJ).

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por julgamento de Turma e decisão unânime, em conhecer do reexame e parcialmente da apelação para **negar-lhes provimento**, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 24 de junho de 2019.

## RELATÓRIO

Cuida-se de reexame necessário e de apelação cível interposta pelo Ministério Público do Estado do Ceará – MPCE em face de sentença (p. 1772-1782), proferida pelo Juiz de Direito Henrique Lacerda de Vasconcelos, da Vara Única da Comarca de Santana do Acaraú, integrada pela decisão de p. 1823-1825, na qual julgou improcedente o pedido formulado pelo apelante contra Ana Sylvania Gomes, nestes termos:

Isto posto, JULGO IMPROCEDENTES OS PEDIDOS INICIAIS, extinguindo o feito com resolução de mérito, nos termos do art. 269, I, do Código de Processo Civil.

Sem custas e sem honorários (REsp 859.737/DF, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10.10.2006, DJ 26.10.2006, p. 265). (p. 1782)

Na inicial (p. 02-04), o Ministério Público imputa a Ana Sylvania Gomes a prática de ato de improbidade administrativa referente à não realização de procedimento licitatório, nos termos do art. 10, inciso VIII, da Lei nº 8.429/1992, como fora constatado no Acórdão nº 168/2005 do Tribunal de Contas dos Municípios – TCM, quando era Secretária do Município de Santana do Acaraú.

Depois da apresentação de defesa prévia (p. 17-33), do recebimento da peça inicial (p. 204-213), e da apresentação de contestação (p. 226-245 e 379-398), o Município de Santana do Acaraú peticionou nos autos (p. 412-417), informando que os Secretários Municipais somente passaram a ter autonomia sobre as verbas de empenho após o advento da Lei Municipal nº 664/2009, e que até então “havia a concentração dos atos das Secretarias da Prefeitura, inclusive no que tange à realização de gastos, nas mãos do Secretário de Finanças e do Prefeito” (p. 412).

Mais adiante, em petição de p. 1623-1628, o MPCE requereu a citação de João Ananias Vasconcelos, tendo em vista a sua corresponsabilidade.

Após a manifestação de João Ananias Vasconcelos (p. 1636-1662) e do MPCE (p. 1668-1672), o Magistrado singular deixou de incluir este promovido no polo passivo em decisão de p. 1708-1716, contra a qual não houve recurso.

Posteriormente, o Judicante *a quo* julgou improcedente o pleito autoral (p. 1772-1782), sob o fundamento de que: **a**) a demanda trata-se de ação de improbidade pela prática de suposta conduta ilícita decorrente da não realização de licitação quando era obrigatória; **b**) foram apresentados aos autos os processos licitatórios questionados, “não tendo o Ministério Público questionado essa afirmativa” (p. 1774); **c**) é indubitável a ocorrência das licitações; **d**) “meras irregularidade<sup>[sic]</sup> em contas públicas não se consubstancia em ato de improbidade” (p. 1776); **e**) inexistem dano ao erário, dolo e ato ímprobo; e **f**) “como não fez parte da acusação irregularidade em licitação e restando provado através da documentação acostada pela requerida de que, ao contrário do afirmado na inicial, a requerida realizou os processos licitatórios, tenho como não ocorrida a improbidade administrativa narrada na inicial” (p. 1782).

Opostos embargos de declaração pelo Ministério Público (p. 1786-1796), aos quais foi negado provimento (p. 1823-1825), sob o argumento de que “ao afirmar o douto julgador que não houve ato de improbidade, em verdade, o tema da prescrição perde interesse de análise, já que a prescrição não se aplica a atos não considerados de improbidade” (p. 1825).

Irresignado com o teor dessas decisões, o MPCE interpôs apelação cível (p. 1830-1849), na qual aduz, em síntese: **a**) a configuração de ato de improbidade administrativa pela ausência de licitação (art. 10, VIII, da Lei nº 8.429/1992), consoante descrito em acórdão do TCM, no qual foi imputada nota de improbidade; e **b**) a prescrição da ação em relação às sanções previstas na Lei nº 8.429/1992, porquanto a demanda fora proposta após o quinquênio legal do término do mandato, motivo pelo qual o feito deve ser extinto quanto aos dois promovidos.

Prossegue, alegando: **a**) a imprescritibilidade do pedido de ressarcimento, a ser formulado em ação autônoma; **b**) que “é necessário ajuizar a ação denominada de ressarcimento ao erário, visto que, conforme

massifica jurisprudência nacional, este tipo de ação se caracteriza pela imprescritibilidade” (p. 1838); **c**) a corresponsabilidade de João Ananias Vasconcelos, na qualidade de ex-Gestor do Município, e de Ana Silvânia Gomes, na qualidade de ex-Secretária de Educação; **d**) a presença do dolo; **e**) a configuração de atos de improbidade; e **f**) prequestionamento dos princípios constitucionais da legalidade e da moralidade administrativa (art. 37, *caput*, da CF/1988).

Contrarrrazões de João Ananias Vasconcelos às p. 1855-1862, nas quais alega: **a**) a inexistência de ato de improbidade; e **b**) que “não há que se falar em imprescritibilidade da ação de ressarcimento, já que não se pode ressarcir alguém de algo que não existiu ou de fato que não gerou dano ou prejuízo” (p. 1861).

A representante do Ministério Público, em parecer de p. 1873-1876, entendeu ser desnecessária a sua atuação como fiscal da lei.

É, em suma, o relatório.

## VOTO

De início, observa-se que o Ministério Público ajuizou a presente ação de improbidade apenas em face de Ana Silvania Gomes, ex-Secretária de Educação local, tendo requerido posteriormente a citação de João Ananias Vasconcelos Neto para integrar o feito na qualidade de litisconsorte passivo (petição de p. 1623-1628).

Ocorre que o Magistrado singular indeferiu a inclusão de João Ananias Vasconcelos Neto no polo passivo da lide em decisão interlocutória (p. 1708-1716) contra a qual não foi interposto qualquer recurso pelo Órgão Ministerial. Por esse motivo, operou-se a preclusão do exame da legitimidade passiva daquele agente público, sendo descabida a análise de toda argumentação referente à sua responsabilidade pelos supostos atos de improbidade ora discutidos.

Acerca da preclusão das matérias de ordem pública, assevera a doutrina:

[...] Também entendemos que as matérias de ordem pública podem ser atingidas pela preclusão lógica [...]. (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil, De acordo com as alterações da Lei 13.356/2016. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1308).

Nessa linha, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que: “Mesmo as matérias de ordem pública estão sujeitas à preclusão *pro judicato*, razão pela qual não podem ser revisitadas se já tiverem sido objeto de anterior manifestação jurisdicional” (STJ, REsp 1800726/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/04/2019, DJe 04/04/2019).

Do STJ, cito ainda:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. VÍCIO NA CITAÇÃO. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. NÃO PRECLUSÃO. RAZÕES RECURSAIS INSUFICIENTES. AGRAVO DESPROVIDO. 1. **A jurisprudência desta Corte é no sentido de que as matérias de ordem pública, como a irregularidade de citação, não estão sujeitas à preclusão, a não ser que já tenham sido discutidas e decididas no processo, o que não consta do acórdão recorrido.** 2. Razões recursais insuficientes para a revisão do julgado. 3. Agravo interno desprovido. (STJ. AgInt no AREsp 1315626/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/03/2019, DJe 28/03/2019, negrite)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ILEGITIMIDADE PASSIVA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRECLUSÃO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. SÚMULA N. 83 DO STJ. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. INADMISSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO STJ. DECISÃO MANTIDA.

**1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, ainda que se trate de matéria de ordem pública, tal fato não tem o condão de afastar a preclusão, quando a questão foi anteriormente decidida.**

2. Inadmissível o recurso especial quando o entendimento adotado pelo Tribunal de origem coincide com a jurisprudência do STJ (Súmula n. 83/STJ). [...] 5. Agravo interno a que se nega provimento. (STJ. AgInt no AREsp 697.155/RJ, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 04/12/2018, DJe 12/12/2018, negritei)

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. INCLUSÃO DE EMPRESA SUCESSORA NO POLO PASSIVO EM EXECUÇÃO DE SENTENÇA. LEGITIMIDADE PASSIVA. COISA JULGADA. PRECLUSÃO.

**1. Não obstante as matérias de ordem pública possam ser apreciadas a qualquer momento nas instâncias ordinárias, a existência de anterior decisão sobre a mesma questão, quais sejam, as teses afetas à ilegitimidade passiva, impede a sua reapreciação, no caso, por existir o trânsito em julgado da mesma, estando assim preclusa sua revisão. Precedentes.**

2. Agravo interno não provido. (STJ. AgInt no REsp 1424168/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 13/06/2017, DJe 19/06/2017, negritei).

Desse modo, considerando a sobredita preclusão atinente à inclusão de João Ananias Vasconcelos Neto no polo passivo, não conheço do apelo quanto à sua suposta corresponsabilidade.

Presentes os requisitos de admissibilidade conheço do reexame necessário e, parcialmente, da apelação cível.

Antes de adentrar o mérito do recurso, impende afastar a prescrição suscitada pelo Ministério Público, que em suas razões recursais assim alegou:

**Com relação aos atos de improbidade praticados por qualquer agente público deverão ser punidos até cinco anos após o término de mandato.**

Na realidade, a presente ação tornou-se prescrita com relação a condenação nas penas previstas para o ato ímprobo realizado, restando somente proceder ao reconhecimento da ocorrência de tais atos ímprobos – a fim de possibilitar ação de ressarcimento ao erário – bem como proceder a extinção da demanda para ambos os promovidos, a partir do artigo 269, inciso IV, do Código de Processo Civil e NÃO PELO ART. 269, I, DO CPC, como equivocadamente fez o juízo singular. (p. 1838, negritei)

A princípio, destaco que duvidei se haveria interesse recursal do apelante para arguir a aludida prejudicial, pois causou-me estranheza o fato de o MPCE aduzir a prescrição da ação de improbidade por ele mesmo proposta.

Todavia, tendo em conta que a prescrição é questão de ordem pública, cognoscível em qualquer tempo e grau de jurisdição, entendo por superadas tais indagações e passo ao exame da matéria.

O art. 23, I e II, da Lei nº 8.429/1992, ao tratar da prescrição nas ações de improbidade, estabelece que:

Art. 23. As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas:

I - **até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança;**

II - dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego.

III - até cinco anos da data da apresentação à administração pública da prestação de contas final pelas entidades referidas no parágrafo único do art. 1º desta Lei. (Incluído pela Lei nº 13.019, de 2014)

Sobre esse dispositivo, Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves ensinam que:

Como se constata pela leitura do preceito legal, a disciplina do lapso prescricional variará, nos dois primeiros incisos, conforme o vínculo com o Poder Público, seja, ou não, temporário.[...]

Estabelecidas as premissas, **é possível dizer que, tratando-se de vínculo temporário (mandato, cargo em comissão e função de confiança), a teor do art. 23, I, o lapso prescricional somente começará a fluir a contar de sua dissolução.** Com isto, confere-se aos legitimados um eficaz mecanismo para a apuração dos ilícitos praticados, pois, durante todo o lapso em que os agentes permanecerem vinculados ao Poder Público, ter-se-á a prescrição em estado latente, a depender da implementação de uma condição suspensiva (dissolução do vínculo) para o seu início, o que permitirá ampla investigação dos fatos.

[...]

**Não se tratando de vínculo temporário, o lapso prescricional será idêntico àquele previsto em lei específica para os casos de demissão a bem do serviço público, conforme expressa disposição do art. 23, II.** A lei específica aqui referida normalmente será aquela que instituiu o regime jurídico da categoria a que pertença o ímprobo, mas nada impede haja previsão diversa em legislação esparsa. [...] (Cf. *Improbidade administrativa*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 756 e 759, negritei)

Como se vê, o art. 23, inc. I, da Lei nº 8.429/1992, estipulou como termo inicial da prescrição na ação de improbidade o término do exercício do mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança, ou seja, fixou como *dies a quo* o primeiro dia subsequente à cessação do vínculo existente entre o agente ímprobo e a Administração Pública.

A propósito, colaciono precedente do STJ:

[...] 5. Nos termos do art. 23, I, da Lei 8.429/1992, a pretensão condenatória, nas ações civis públicas por ato de improbidade, tem o curso da prescrição interrompido com o mero ajuizamento da ação dentro do prazo de cinco anos após o término do exercício do mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança, ainda que a citação válida tenha ocorrido em momento posterior. Precedente: (REsp 1.391.212/PE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe 09/09/2014. [...] (STJ. AgRg no AREsp 519.965/RJ, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/04/2018, DJe 13/04/2018)

Ademais, a Corte Superior firmou o entendimento de que, mesmo na hipótese de concurso de agentes, o prazo prescricional nas ações de improbidade deve ser analisado individualmente; veja-se:

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. PRESCRIÇÃO. CONCURSO DE AGENTES. PRAZO PRESCRICIONAL QUINQUENAL. TERMO INICIAL. ART. 23, I, DA LEI N. 8.429/1992. TÉRMINO DO MANDATO. CONTAGEM INDIVIDUALIZADA.

1. A jurisprudência desta Corte pacificou o entendimento de que o prazo de prescrição na ação de improbidade é quinquenal, nos termos do que dispõe o art. 23, I, da Lei n. 8.429/1992.

2. **Mencionado dispositivo é claro no sentido de que o início do prazo prescricional ocorre com o término do exercício do mandato ou cargo em comissão, sendo tal prazo computado individualmente, mesmo na hipótese de concurso de agentes, haja vista a própria natureza subjetiva da pretensão sancionatória e do instituto em tela.** Precedentes.

3. Acórdão recorrido que se coaduna com a jurisprudência desta Corte de Justiça.

4. A divergência jurisprudencial apontada não foi comprovada nos moldes exigidos nos arts. 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil e 255, § 2º, do Regimento Interno do STJ, uma vez que o recorrente apenas transcreveu as ementas dos julgados que entendeu favoráveis à sua tese, sem realizar o

necessário cotejo analítico entre a fundamentação contida nos precedentes invocados como paradigmas e no aresto impugnado.

5. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, não provido. (REsp 1230550/PR, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/02/2018, DJe 26/02/2018, negritei)

Nesse mesmo sentido: a) STJ, **AgInt no REsp 1536133/CE**, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/08/2018, DJe 14/08/2018; e b) STJ, **AgRg no AREsp 472.062/RJ**, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/09/2015, DJe 23/09/2015.

Dito isso, *in casu* denota-se que o MPCE objetiva o reconhecimento da prescrição referente às sanções por ato de improbidade administrativa praticado por Ana Silvania Gomes.

Da detida análise dos fólios, contudo, verifica-se que a promovida exercia o cargo comissionado de Secretária de Educação desde os idos de 1997 (Portaria nº 020107/1997 de p. 418), não havendo notícia da data do rompimento do seu vínculo com a Administração Municipal pela exoneração do sobredito cargo, ou da eventual manutenção dessa relação por outro motivo (exercício de mandato eletivo, de outro cargo em comissão, de função de confiança ou de cargo efetivo).

Nesse contexto, à míngua de lastro probatório mínimo, resta inviabilizada a perquirição da ocorrência ou não da prescrição prevista no art. 23, I, da Lei nº 8.429/1992, razão pela qual rejeito a preliminar.

Ultrapassada essa questão, passo ao mérito do recurso.

Na espécie, questiona-se a existência de supostos atos de improbidade administrativa praticados por Ana Silvânia Gomes, ex-Secretária de Educação local, como fora constatado no Acórdão nº 168/2005 do Tribunal de Contas dos Municípios – TCM, consubstanciados na ausência de licitação quando era obrigatória, o que se enquadraria na hipótese do art. 10, VIII, da Lei nº 8.429/1992, *in verbis*:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

[...]

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente; (redação anterior à edição da Lei nº 13.019, de 2014)

Ao analisar o citado inciso VIII do art. 10 da Lei nº 8.429/1992, Luiz Manoel Gomes Júnior e Rogério Favreto ensinam:

Para a caracterização da violação ao disposto no inciso VIII do art. 10, da Lei de Improbidade Administrativa revela-se necessário: **a-) que haja o ato de frustrar a regularidade do procedimento licitatório**, inclusive com a dispensa ou inexigibilidade irregulares; **b-) atuação do agente público**; **c-) dolo**, ou seja ciência de que esta sendo praticado um ato ilegal, ou mesmo a título de culpa grave, com a não adoção das cautelas necessárias e; **d-) dano ao erário**, aqui especialmente, inclusive, o dano moral coletivo. (Cf. GAJARDONI, Fernando da Fonseca; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; JUNIOR, Luiz Manoel Gomes; FAVRETO, Rogério. *Comentários à Lei de Improbidade Administrativa*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 146, negritei)

Portanto, para caracterizar o ato de improbidade administrativa é indispensável a constatação: a) da conduta ímproba; b) da atuação do agente público; c) do elemento subjetivo (dolo ou culpa grave nas hipóteses do art. 10 da Lei nº 8.429/1992); e d) do dano ao erário.

No caso em tablado, contudo, os elementos constantes nos autos são insuficientes para demonstrar a irregularidade da conduta da ré, como passo a explicar.

O Acórdão nº 168/2005 (p. 05-08), exarado pelo TCM no curso do processo de prestação de contas do exercício de 1999, assim dispôs:

Com efeito, **a defesa protocolou sua defesa em 28.07.04, sob o nº 19.310/04, mas fora do prazo legal, tendo em vista que o prazo havia expirado em 16.07.04, conforme certidão da Secretaria do TCM às fls. 155.** Tendo em vista que os prazos processuais são improrrogáveis, não conheço da defesa apresentada, configurando a revelia da gestora.

[...]

As irregularidades referentes à ausência de licitações, descritas nos itens 2.3, 2.4, e 2.5 são passíveis de nota de improbidade administrativa, por infração ao art. 10, VIII, da Lei nº 8.429/92:

[...]

Justifica-se a nota de improbidade em razão de manifesta intenção por parte da gestora em não realizar as devidas licitações, incorrendo em constante reincidência no descumprimento da Lei 8.666/93.

ISTO POSTO, e por tudo mais que dos autos constam, voto, em harmonia com o Parecer Ministerial no sentido de:

[...]

3- Imputar nota de improbidade administrativa, em face de irregularidades insanáveis, por infração ao art. 10, VIII, da Lei 8.429/92 (ausência de licitações – itens 2.3, 2.4 e 2.5); (p. 06-07).

A conclusão do TCM embasou-se, principalmente, nas informações prestadas pela 16ª Inspeção de Controle Externo da Coordenadoria de Fiscalização – COFIS sobre as contas de gestão do Fundo de Educação do Município de Santana do Acaraú, relativas ao exercício de 1999 (Informação nº 591/2004 de p. 154-160), cuja parte relevante ora transcrevo, *verbis*:

A Comissão composta pelos técnicos ao fim assinados, devidamente designada pela Presidência deste Tribunal, procedeu Inspeção nas Contas de Gestão do Fundo de Educação – FME do Município de Santana do Acaraú,

relativas ao exercício em epígrafe, da responsabilidade da Sr<sup>a</sup>. Ana Sylvania Gomes, cuja competência para ordenar as despesas realizadas pela referida Unidade Administrativa foi devidamente delegada pelo Sr. ex-Prefeito Municipal, conforme Portaria n<sup>o</sup> 020107/97, apresenta o resultado do<sup>[sic]</sup> trabalhos, considerando, também, a análise realizada na documentação e balancetes mensais, na forma que se apresenta adiante.

[...]

#### 9.1 DAS DESPESAS COM COMBUSTÍVEL

Durante o exercício em análise, o Fundo em questão dependeu com a aquisição de combustíveis a importância de R\$ 9.684,68 (nove mil, seiscentos e oitenta e quatro reais e sessenta e oito centavos).

**Ressalta-se que para os documentos de despesas relacionados abaixo, não foi localizado, na documentação, o respectivo processo licitatório, contrariando o que preceituam o art. 37 inciso XXI da Constituição Federal e artigo 2<sup>o</sup> do Estatuto das Licitações.**

Observou-se ainda que não foi localizado na documentação examinada, nenhum contrato celebrado entre a Administração Municipal e o Credor abaixo citado.

[...]

#### 9.2 DAS DESPESAS COM LIVROS E MATERIAL DIDÁTICO

Durante o exercício em análise, a Secretaria em questão despendeu com a aquisição de livros e material didático a importância de R\$ 35.763,77 (trinta e cinco mil, setecentos e sessenta e três reais e setenta e sete centavos).

**Salienta-se que para os documentos de despesas relacionados abaixo, não foi localizado na documentação o respectivo processo licitatório, ferindo o que preceituam o art. 37 inciso XXI da Constituição Federal e artigo 2<sup>o</sup> do Estatuto das Licitações.**

[...]

#### 9.3 DAS DESPESAS COM MATERIAL DE EXPEDIENTE

Durante o exercício em análise, a Secretaria de Educação despendeu com a aquisição de materiais de expediente a

importância de R\$ 52.365,50 (cinquenta e dois mil, trezentos e sessenta e cinco reais e cinquenta centavos).

**Ressalta-se que para os documentos de despesas relacionados abaixo, não foram localizados, na documentação, os respectivos processos licitatórios, contrariando o que preceituam o art. 37 inciso XXI da Constituição Federal e artigo 2º do Estatuto das Licitações.**

Observou-se ainda que não foi localizado na documentação examinada nenhum contrato celebrado entre a Administração Municipal e os Credores abaixo. (p. 154-158)

Como se vê, a Corte de Contas entendeu pela imputação de nota de improbidade em desfavor da apelante sob o fundamento de que não foram apresentados os documentos dos processos de licitação ou de dispensa listados no Acórdão nº 168/2005 (p. 05-08). Além disso, desconsiderou a peça de defesa e a documentação a ela acostada, ante a sua intempestividade.

Nessa linha, ao ajuizar a presente ação de improbidade, o MPCE apresentou como único substrato fático o Acórdão nº 168/2005 (p. 05-08) do TCM e descreveu a conduta supostamente ímproba nos seguintes termos:

Consta do Acórdão 168/05 julgado em definitivo pelo TCM que **a requerida, na qualidade de gestora do Fundo Municipal de Educação, no exercício de 1999, não realizou o devido procedimento licitatório** nos seguintes casos:

- Aquisição de combustível junto ao credor João Batista Alves, totalizando R\$ 9.684,68;
- Aquisição de livros e material didático, totalizando R\$ 35.763,77;
- Aquisição de material de expediente, totalizando R\$ 52.365,50; (p. 02-03)

Ocorre que, como bem observou o Judicante singular, o Município de Santana do Acaraú coligiu aos autos as cópias dos processos licitatórios e de dispensa discutidos, às p. 418-604 e 611-631, não tendo o Ministério Público questionado tal material probatório.

Nesse contexto, a vasta documentação juntada pela Fazenda Pública Municipal, correspondente ao período de 1998 a 1999, leva-me a concluir que foram realizados os devidos procedimentos de licitação ou de dispensa e inexigibilidade e que, por conseguinte, inexistente a apontada conduta ímproba.

Outrossim, no tocante ao elemento subjetivo, urge salientar que a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça posiciona-se no sentido de que “é inadmissível a responsabilidade objetiva na aplicação da Lei 8.429/1992, exigindo-se a presença de dolo nos casos dos arts. 9º e 11 (que coíbem o enriquecimento ilícito e o atentado aos princípios administrativos, respectivamente) **e ao menos de culpa nos termos do art. 10, que censura os atos de improbidade por dano ao Erário**” (Jurisprudência em Teses – STJ, Improbidade Administrativa I, Edição nº 38, publicado em 05.08.2015). É dizer, para delimitação de uma conduta de improbidade, punível nos moldes do art. 10 da LIA, é necessário ao menos a caracterização da culpa do agente.

Nesse aspecto, entendo que não está evidenciado o dolo, nem a culpa grave da apelante, pois na inicial da ação de improbidade sequer foi suscitada a presença de elemento subjetivo da ré.

Assim, considerando que não houve a prática de ato de improbidade previsto no art. 10, VIII, da Lei nº 8.429/1992, impõe-se a manutenção da sentença de improcedência dos pleitos autorais, incluindo o pedido de ressarcimento ao erário.

Sob tais fundamentos, conheço do reexame necessário e parcialmente da apelação para, neste limite, negar-lhes provimento; sem honorários recursais (Enunciado Administrativo 7 do STJ).

É como voto.

PROCESSO: 0004248-92.2012.8.06.0083 - APELAÇÃO  
APELANTE: FRANCISCO DE ASSIS DA SILVA PAULINO  
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ  
CUSTOS LEGIS: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
RELATOR: DES. FRANCISCO GLADYSON PONTES

**EMENTA: APELAÇÃO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AFASTADA PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA. AUSÊNCIA DE EFETIVA COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO À DEFESA. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DO *PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF*. MÉRITO. RECUSA DOLOSA EM DAR POSSE AO 1º SUPLENTE DE VEREADOR, EM RAZÃO DE LICENÇA PARA TRATAMENTO DE SAÚDE POR MAIS DE 30 (TRINTA) DIAS DO VEREADOR TITULAR. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, IMPESSOALIDADE E MORALIDADE. ATO DE IMPROBIDADE COMPROVADO. INCIDÊNCIA DO ART. 11, INCISO II, DA LEI Nº 8.429/92. CONDENAÇÃO IMPOSTA NA SENTENÇA CONDIZENTE COM OS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.**

1. Conforme jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça, o reconhecimento de eventual nulidade processual exige a efetiva comprovação de prejuízo à defesa, atraindo a incidência do

**princípio do *pas de nullité sans grief***, o que não se observa no presente caso. A alegação de suposto cerceamento de defesa carece de substrato apto a ensejar a nulidade dos atos processuais praticados, vez que não foram especificados os prejuízos sofridos pelo recorrente, razão pela qual deve ser afastada a preliminar deduzida.

2. A Lei de Improbidade Administrativa impõe que a conduta do agente público seja compatível com os princípios que regem a Administração Pública. Referida norma, no afincado de estabelecer padrões minimamente éticos aos ocupantes de cargos públicos, prioriza a probidade como um dos elementos fundamentais na gestão da máquina administrativa.

3. Nos termos do art. 11, da Lei nº 8.29/92, constitui ato de improbidade administrativa a conduta, comissiva ou omissiva, que contraria os princípios da Administração Pública, em desconformidade com os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, e notadamente retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício.

4. Evidenciado, pela provas acostadas aos autos, que o apelante, ao deferir licença para tratamento de saúde por mais de 30 (trinta) dias a vereador, deixou de empossar, de forma dolosa, o 1º suplente, sem justificativa legal plausível, em total desrespeito ao art. 15, § 4º, da Lei Orgânica do Município de Guaiúba, e arts. 12, § 3º, e 26, inciso V, do Regimento Interno da Câmara Municipal.

5. A conduta do recorrente ocorreu ao arrepio das exigências dos princípios da Administração Pública, mais precisamente os princípios da legalidade, impessoalidade e moralidade, bem como presentes os requisitos do dolo e de má-fé, a imputação de responsabilização ao agente público por ato de improbidade se impõe.

6. É indispensável observância da proporcionalidade entre a pena aplicada ao agente e o ato de improbidade praticado, de modo a evitar a cominação de sanções destituídas de razoabilidade em relação ao ilícito, sem que isto signifique, por outro lado, conferir beneplácito à conduta do agente.

7. Restando demonstrado que as penalidades aplicadas são suficientes, sua manutenção é de rigor.

8. Precedentes jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça e deste Sodalício.

9. Recurso Apalatório conhecido, para rejeitar a preliminar e, no mérito, negar-lhe provimento.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a Segunda Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, para rejeitar a preliminar e em conhecer do Recurso Apalatório e negar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator, que faz parte desta decisão.

Fortaleza, 4 de dezembro de 2019.

## RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Apelarório apresentado em face de sentença do Juízo da Vara Única da Comarca de Guaiúba (fls. 241/249), que, nos autos da Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa proposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ em desfavor de FRANCISCO DE ASSIS DA SILVA PAULINO, julgou procedente o pedido inicial, para condenar o réu ao pagamento de multa civil no valor de duas vezes a sua remuneração na época em que era Presidente da Câmara Municipal, nos termos do art. 11, inciso II c/c o art. 12, inciso III, da Lei nº 8.429/92, corrigida monetariamente pelo IPCA, a partir do ajuizamento da ação, com juros moratórios de 1% ao mês, a partir da citação.

Nas razões recursais, às fls. 254/259, o apelante alega, preliminarmente, o cerceamento de defesa, em razão do desrespeito aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, vez que não foram ouvidas testemunhas importantes e não foram realizadas diligências que culminariam com a juntada de documentação pertinente. No mérito, aduz o recorrente que a sentença, ao afirmar a prática do ato de improbidade administrativa descrito no art. 11, inciso II, da Lei nº 8.249/92, não demonstrou a vontade livre e consciente do apelante de lesar o princípio administrativo, ou seja, o mesmo não teria agido com dolo, mas sim com culpa. Afirma que o fato de um presidente de Câmara não ter agido de forma diligente, não caracteriza ato de improbidade administrativa, pois existem burocracias e tramites para a posse de um suplente alheios a vontade do presidente. Por fim, pugna pelo conhecimento e provimento do recurso, para que seja declarada nula a sentença por cerceamento de defesa, com o retorno dos autos a vara de origem com o fito de continuar a instrução processual.

Contrarrazões às fls. 263/269, refutando todos os pontos trazidos no apelo.

Parecer da Procuradoria de Justiça, às fls. 291/294, no qual ratifica os argumentos trazidos pelo Órgão Ministerial nas contrarrazões apresentadas.

É o relatório.

## VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhecimento do recurso e passo à análise da preliminar suscitada.

### PRELIMINAR

#### Do Cerceamento de Defesa

O recorrente alega, preliminarmente, que durante o trâmite processual foram desrespeitados os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, vez que não foram ouvidas testemunhas importantes, bem como não foram realizadas diligências que culminariam com a juntada de documentação pertinente.

No entanto, compulsando detidamente os autos, não se verifica o alegado cerceamento de defesa.

É assente na jurisprudência pátria de que o reconhecimento de eventual nulidade processual exige a efetiva comprovação de prejuízo à defesa, atraindo a incidência do **princípio do *pas de nullité sans grief***, o que não se observa no presente caso.

Sobre o tema, pronunciou-se o Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. **AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DESCUMPRIMENTO DE CONVÊNIO. AUSÊNCIA DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. DANO AO ERÁRIO. INFRINGÊNCIA AOS ARTIGOS 10 E 11 DA LEI 8.429/1992. ATOS ÍMPROBOS POR ATENTADO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PENALIDADES PREVISTAS**

NA LEI 8.429/1992. AUSÊNCIA DE CERCEAMENTO À DEFESA. INEXISTÊNCIA DE PROVA DO EFETIVO PREJUÍZO. PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. DOSIMETRIA DAS PENALIDADES. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DO CONTEÚDO FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. NECESSIDADE DE COTEJO ANALÍTICO. DEFICIÊNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO QUANTO À ALÍNEA “C” DO INCISO III DO ART. 105 DA CF/1988.

(...)

5. Sobre o tema, pronunciou-se o Tribunal Paraense: “Em suas razões recursais, o apelante alega nulidade da citação no procedimento administrativo instaurado perante a Corte de Contas do Estado do Pará, gerando, por consequência, violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa. A suscitação dessa matéria, contudo, de índole preliminar, mostra-se incabível nesta esfera processual, porquanto é dissociada do processo originário, já que diz respeito à apuração administrativa instaurada no âmbito do Tribunal de Contas do Estado - TCE, estando, inclusive, sendo discutida nos autos do processo nº 0027166-93.2012.8.14.0301, em trâmite na 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Belém. Além do mais, não se deve esquecer o princípio da independência das instâncias incidente na hipótese, sem contar que eventuais vícios ocorrido sem procedimentos administrativos ou no inquérito civil por certo que não contaminam a Ação de Improbidade Civil, considerando-se o fato de que nesta poderá ser arguida toda a matéria de fato e de direito concernentes às pressupostas prerrogativas ofendidas da parte requerida. Nesse sentido, não conheço da preliminar de nulidade da citação no processo administrativo instaurado perante o TCE”. Assim, o Tribunal a quo, soberano na apreciação dos elementos cognitivos da demanda, entendeu que não houve contaminação ou prejuízo à presente ACP pela indicada ausência de citação no processo administrativo do TC/PA, não cabendo, pois, falar em nulidade da decisão neste processo judicial.

**6. Ora, é assente no STJ que só se declara a nulidade de atos processuais caso verificada a ocorrência de efetivo prejuízo a uma das partes, o que não se observa no presente caso, como**

**expressamente consignado no acórdão recorrido. Deveras o reconhecimento de eventual nulidade processual exige a comprovação de prejuízo à defesa, o que, no presente caso, não foi constatado pelas instâncias de origem, atraindo a incidência do princípio pas de nullité sans grief, em observância ao princípio da instrumentalidade das formas no âmbito do direito processual.** Nesse norte: AgInt no REsp 1.621.949/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 23/2/2017; AgRg no AREsp 661.165/RJ, Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe 27/2/2018; AgRg em AREsp 426.672/RJ, Ministro Herman Benjamin, DJe 5/6/14; AgRg no AREsp 235.365/BA, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 16/12/2013; REsp 1.199.244/PI, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 3/10/2011; EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1.377.449/ES, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 10/11/2016.

CONCLUSÃO 16. Recurso Especial não conhecido.

(REsp 1816332/PA, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/08/2019, DJe 13/09/2019)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. NULIDADE. AUSÊNCIA DO RÉU NA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. O direito de presença do réu é desdobramento do princípio da ampla defesa, em sua vertente autodefesa, franqueando-se ao réu a possibilidade de presenciar e participar da instrução processual, auxiliando seu advogado, se for o caso, na condução e direcionamento dos questionamentos e diligências. Nada obstante, não se trata de direito absoluto, sendo pacífico nos Tribunais Superiores que a presença do réu na audiência de instrução, embora conveniente, não é indispensável para a validade do ato, e, consubstanciando-se em nulidade relativa, necessita para a sua decretação da comprovação de efetivo prejuízo para a defesa e arguição em momento oportuno, o que não ocorreu no caso dos autos. (RHC 39.287/PB, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 1/2/2017).

2. **Não há falar-se em nulidade por cerceamento de defesa, mormente por não ter sido demonstrado o efetivo prejuízo,** nos termos do art. 563 do CPP, uma vez que exercida a defesa do réu, na audiência de instrução e julgamento, por advogado por ele contratado, **inexistindo violação aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.**

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 474.780/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 22/10/2019, DJe 29/10/2019)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. **CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. NECESSIDADE DE REEXAME PROBATÓRIO E AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO.** SÚMULA 7/STJ. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Não logrando a defesa demonstrar o prejuízo processual decorrente do indeferimento das provas tidas por impertinentes, ausente a apontada nulidade.

2. Indicada pela Corte local a existência de provas lá valoradas como suficientes à condenação pelo crime do art. 217-A do CP, a desconstituição das premissas fáticas assentadas no acórdão exigiria o revolvimento fático-probatório, o que encontra óbice na Súmula 7/STJ.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 1490260/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 17/10/2019, DJe 24/10/2019)

Outro não tem sido o entendimento deste Egrégio Tribunal de Justiça:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ATO COATOR. RETENÇÃO DE PAGAMENTO DEVIDO A ENTIDADE PRIVADA COMO CONTRAPRESTAÇÃO POR SERVIÇO EFETIVAMENTE PRESTADO. VÍNCULO JURÍDICO DE NATUREZA CONTRATUAL. FUNDAMENTO DA RECUSA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA REGULARIDADE

FISCAL. ENRIQUECIMENTO INDEVIDO DO PODER PÚBLICO E OFENSA AO PRINCÍPIO DE LEGALIDADE. OCORRÊNCIA. CONCESSÃO DA ORDEM. APELAÇÃO. NULIDADE PROCESSUAL. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO ÓRGÃO DE REPRESENTAÇÃO JUDICIAL DA PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO PARA INGRESSAR NO FEITO. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. PRINCÍPIO DO PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. INCIDÊNCIA. APELAÇÃO DESPROVIDA. SENTENÇA CONFIRMADA EM SEDE DE DUPLO GRAU OBRIGATÓRIO.

(Relator (a): FRANCISCO GLADYSON PONTES; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 14ª Vara da Fazenda Pública; Data do julgamento: 15/05/2019; Data de registro: 15/05/2019)

CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INCISO VI, DO ART. 11, DA LEI Nº 8429/92. PRESTAÇÃO DE CONTAS TARDIA. DOLO NÃO DEMONSTRADO. INEXISTÊNCIA DE ATO DE IMPROBIDADE. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO. 1- A decisão monocrática agravada manteve a sentença de primeiro grau, que rejeitou a presente ação de improbidade. Em suas razões recursais, o agravante alega o impedimento do Advogado da parte agravada para patrocinar a causa em destaque, por manter vínculo contratual de prestação de serviços de assessoria com o Município de Abaiara/CE. No mérito, defende a existência de ato de improbidade, em virtude da conduta omissiva do agravado em remeter ao TCM os disquetes componentes do Sistema de Informação Municipal, referentes ao período de setembro a dezembro de 2004. **2- O defeito de representação processual não acarreta, necessariamente, a nulidade do ato processual ou mesmo de todo o processo, eis que tal defeito é sanável, devendo-se ter em mente o princípio da economia processual, bem como a teoria da nulidade, segundo a qual não há nulidade sem prejuízo (pas de nullité sans grief).** Preliminar rejeitada. Precedentes do STJ. 3- Constitui ato de improbidade a ausência de prestação de contas, não havendo qualquer menção ao seu envio tardio. Nos autos,

restou comprovado que não se tratou de ausência de envio, mas de atraso na entrega dos disquetes, o que pode, ou não, configurar ato de improbidade, a depender da demonstração do elemento subjetivo para que se reconheça a tipificação da conduta do réu nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa. Precedentes do STJ. 4- In casu, não há comprovação da existência de qualquer aproveitamento patrimonial por parte do promovido/agravado, bem como da presença do elemento subjetivo necessário ao reconhecimento da improbidade da Lei nº 8.429/92. Por tais motivos, ante a carência de elementos probatórios suficientes à configuração do ato de improbidade, não há como se condenar o agravado nos termos do inciso III, do art. 12, da Lei 8.429/92, devendo ser mantida a sentença de primeiro grau recorrida, bem como a decisão monocrática agravada, que considerou inexistente o ato de improbidade. 5- Recurso conhecido e improvido. Decisão Unânime.

(Relator (a): INACIO DE ALENCAR CORTEZ NETO; Comarca: Abaiara; Órgão julgador: Vara Única Vinculada de Abaiara; Data do julgamento: 09/10/2017; Data de registro: 09/10/2017)

No caso ora em discussão, o recorrente alega suposto cerceamento de defesa, em razão da não oitiva de testemunhas importantes e da não realização de diligências, das quais culminariam com a juntada de documentação pertinente. Entretanto, entendo que tais alegações carecem de substratos aptos a ensejarem a nulidade dos atos processuais praticados. O apelante se limita a apontar eventuais vícios ocorridos, mas sem demonstrar efetivamente o que mudaria no contexto fático-probatório caso fossem ouvidas as tais testemunhas indicadas e caso fossem realizadas as diligências requeridas, ou seja, não especifica quais foram os prejuízos efetivos que sofrera.

Por outro lado, cumpre consignar, que agiu acertadamente o magistrado de origem ao justificar o julgamento antecipado da lide, em razão de se tratar de matéria meramente de direito, pois uma vez comprovado a regular concessão de licença médica em favor do vereador titular, a controvérsia jurídica se limita em analisar se a conduta do recorrente incorre

em ato de improbidade administrativa, possível ante a prova documental acostada aos autos.

Dessa feita, concluindo-se que a nulificação de atos processuais, conforme exposto, demanda a efetiva constatação do prejuízo sofrido pela parte, o que não se observa na espécie, afastando a preliminar de cerceamento de defesa, passando a análise do mérito.

## MÉRITO

A improbidade administrativa traduz a designação técnica da chamada corrupção administrativa. Sob esse ângulo, embora abrangente o sistema normativo de proteção ao patrimônio e aos valores éticos que devem nortear a atuação dos agentes públicos, a normatização básica dos atos ímprobos, especificamente, está contida na Lei nº 8.429/92. Referida norma, no afim de estabelecer padrões minimamente éticos aos ocupantes de cargos públicos, prioriza a probidade como um dos elementos fundamentais na gestão da máquina administrativa.

Seu propósito é coibir condutas de agentes públicos e/ou terceiros com eles coligados que, imbuídos de desonestidade ou má-fé, importarem prejuízo ao erário, enriquecimento ilícito ou, simplesmente, ofenderem aos princípios inerentes à Administração Pública.

Firmadas essas premissas, destaco que as questões envolvendo ato de improbidade administrativa merecem análise pormenorizada, considerando-se cada caso concreto e a sua repercussão à sociedade. Sendo assim, passo a análise das questões trazidas.

Na espécie, cuida-se de Ação de Improbidade Administrativa proposta pelo *Parquet* em desfavor de Francisco de Assis da Silva Paulino (ex-Presidente da Câmara de Vereadores do Município de Guaiúba), requerendo seja condenado diante da alegada prática das condutas descritas no art. 11, inciso II, da Lei nº 8.429/92, com aplicação das penas enumeradas no art. 12 da mesma norma legal.

Segundo relatado na inicial, às fls. 03/15, no dia 11 de abril de 2012, o vereador José Alberto de Castro protocolizou pedido de licença

para tratamento de saúde pelo prazo de 60 dias. No entanto, apesar de deferido o licenciamento do referido vereador, não houve a convocação do 1º suplente, José Cordeiro Miranda, o qual apresentou representação junto ao Órgão do Ministério Público, bem como impetrou mandado de segurança, alegando a ocorrência de prevaricação e de improbidade administrativa por parte do Presidente da Câmara de Vereadores, o qual teria comunicado que “sua reassunção seria quando ele determinasse, em inusitada ação ao arrepio da legislação vigente”.

O Ministério Público Estadual continua aduzindo que, nas informações apresentadas pelo ora apelante no Mandado de Segurança contra si impetrado, este alegou que o cargo de vereador em questão não restou vago, uma vez que a vacância somente ocorre nos caso de cassação de mandato, morte ou renúncia, mas nunca por causa de licença por motivos de doença, além de invocar a regra do art. 56, § 1º, da CF, que estabelece a convocação de suplente no caso de licença superior a 120 dias.

Por fim, conclui o Órgão Ministerial que o Sr. Francisco Assis da Silva Paulino, à época Presidente da Câmara de Vereadores de Guaiúba, ao recusar de forma dolosa a posse do 1º suplente de vereador, praticou ato administrativo omissivo que atenta contra os princípios da legalidade, da impessoalidade e da moralidade, violando, ainda o dever de lealdade às instituições e incidindo da hipótese do art. 11, inciso II, da Lei nº 8.429/92.

O apelante, na peça de defesa (fls. 254/259), alega que a sentença impugnada, ao afirmar que houve a prática de ato de improbidade descrito no art. 11, inciso II, da Lei nº 8.429/92, não demonstrou a existência de vontade livre e consciente (dolo) de sua parte em violar princípios da Administração Pública. Aduz que não houve desídia em sua conduta, pois existem burocracias e trâmites a serem obedecidos para a posse de um suplente de vereador, os quais são alheios a sua vontade, incorrendo, no máximo, em culpa.

Assim, a controvérsia ora em discussão cinge-se em apurar se as condutas do recorrente consiste em ato de improbidade administrativa.

A Lei nº 8.429/92 estabelece as situações que configuram atos de improbidade, dividindo-os em: a) atos que importam enriquecimento

ilícito (art. 9º); b) atos que causam prejuízo ao Erário (art. 10); e, c) atos que atentam contra os princípios da administração pública (art. 11).

Tanto a doutrina como a jurisprudência entendem que para a ocorrência de ato ímprobo é necessária a comprovação de desonestidade, de má-fé do agente público. Observe-se que a improbidade administrativa deve traduzir, necessariamente, a falta de boa-fé, a desonestidade, não apenas um ato ilegal, em tese, porque este pode ser cometido pelo gestor inábil, mas probado, sendo, portanto, demasiado condená-lo nas duras penas da Lei de Improbidade Administrativa.

Nos termos do art. 11, da Lei nº 8.29/92, constitui ato de improbidade administrativa a conduta, comissiva ou omissiva, que contraria os princípios da Administração Pública, em desconformidade com os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, e notadamente, *in verbis*:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

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

III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;

IV - negar publicidade aos atos oficiais;

V - frustrar a licitude de concurso público;

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

VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.

VIII - descumprir as normas relativas à celebração, fiscalização e aprovação de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas;

IX - deixar de cumprir a exigência de requisitos de acessibilidade previstos na legislação;

X - transferir recurso a entidade privada, em razão da prestação de serviços na área de saúde sem a prévia celebração de contrato, convênio ou instrumento congêneres, nos termos do parágrafo único do art. 24 da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.

Pela simples leitura do dispositivo transcrito, percebe-se que o pressuposto essencial para a configuração do ato de improbidade, no caso, é a violação aos princípios da Administração Pública, independentemente do enriquecimento ilícito do agente ou de lesão ao erário. Ademais, a violação aos princípios deve ser conjugada com a comprovação do dolo do agente e o nexo de causalidade entre a ação/omissão e a respectiva violação ao princípio aplicável à Administração.

Quanto ao elemento subjetivo, é assente na doutrina e jurisprudência dominante que a aplicação do art. 11, da LIA, depende da comprovação do dolo eventual ou genérico de realizar a conduta que atente contra os princípios da Administração Pública, não sendo necessário, todavia, haver intenção específica (dolo específico) para caracterizar o ato como ímprobo, pois a atuação deliberada em desrespeito às normas legais, cujo desconhecimento é inescusável, evidencia a presença do dolo. (NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Resende. *Manual de Improbidade Administrativa: direito material e processual*. 7ª ed. São Paulo: Método, 2019)

Nesse sentido, a jurisprudência mencionada:

“ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE. RECONHECIMENTO DO ELEMENTO ANÍMICO NA CONDUTA DOS DEMANDADOS. DESNECESSIDADE DE REEXAME FATOS OU PROVAS. QUADRO FÁTICO INCONTROVERSAMENTE DELINEADO PELAS INSTÂNCIAS DE ORIGEM. REVALORAÇÃO JURÍDICA DE FATOS CERTOS. PRESENÇA DE DOLO GENÉRICO NAS CONDUTAS DOS DEMANDADOS. REITERAÇÃO NA COMPRA DE MATERIAIS ELÉTRICOS E DE SERVIÇOS PELA MUNICIPALIDADE. EMPRESA FORNECEDORA PERTENCENTE À SECRETÁRIA MUNICIPAL DE FAZENDA CUJO GENITOR OCUPAVA O CARGO DE PREFEITO. CONDUTA VEDADA PELO ART. 9º, III, DA LEI Nº 8.666/93. OFENSA A DIVERSOS PRINCÍPIOS REITORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

CONFIGURAÇÃO DO ATO DE IMPROBIDADE DESCRITO NO ART. 11 DA LEI Nº 8.429/92. RECURSO ESPECIAL DO PARQUET PROVIDO.

1. Hipótese em que o reconhecimento do elemento anímico na conduta dos demandados não reclama o reexame de fatos ou provas, mas sua tão só reavaliação jurídica.

2. Do arcabouço fático delineado no acórdão estadual, emerge demonstrado o dolo, no mínimo genérico, na reiterada aquisição de materiais elétricos e serviços, pela municipalidade, junto a empresa pertencente à então Secretária do Município, que tinha por Prefeito seu próprio genitor. Tal arranjo familiar, sobretudo atentatório aos princípios da legalidade, da impessoalidade e da moralidade administrativa, no caso concreto, conduz à desenganada caracterização do de improbidade descrito no art. 11 da Lei nº 8.429/92, certo ademais, que restou também ignorada a regra vedatória do art. 9º, III, da Lei de Licitações, segundo a qual não pode participar do fornecimento de bens para o ente público “servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação”.

**3. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, para a configuração dos atos de improbidade administrativa que atentam contra princípios da Administração Pública (art. 11 da Lei nº 8.429/92), é necessária a presença do dolo genérico, não se exigindo dolo específico nem prova de prejuízo ao erário ou de enriquecimento ilícito do agente (AgRg nos EDcl no AgRg no REsp 1. 066.824/PA, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 18/9/2013; REsp 951.389/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 4/5/2011).**

4. Recurso especial do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul provido.”

(REsp 1536573/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/03/2019, DJe 28/03/2019).

“DIREITO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL. SERVIDOR PÚBLICO DO EXTINTO TERRITÓRIO FEDERAL DE RONDÔNIA.

PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PENA DE DEMISSÃO. ALTERAÇÃO DA CAPITULAÇÃO LEGAL. AUSÊNCIA DE NULIDADE. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DA ADMINISTRAÇÃO. INEXISTÊNCIA. INVESTIGAÇÃO RELATIVAMENTE À IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. POSSIBILIDADE EM PROCEDIMENTO DISCIPLINAR. AUSÊNCIA DE DOLO NA ESPÉCIE. ATO PRATICADO EM RAZÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS QUE CERCAVAM O CASO CONCRETO. SEGURANÇA PARCIALMENTE CONCEDIDA.

I. Mandado de segurança contra ato praticado pela Sra. Ministra de Estado do Planejamento, consubstanciado na Portaria n. 10, de 10 de fevereiro de 2011, que o demitiu do Cargo de Engenheiro Civil do Quadro de Pessoal Ativo do Extinto Território Federal de Rondônia, pela prática de ato de improbidade administrativa, conforme apurado no Processo Administrativo Disciplinar n. 029/2010, o qual tramitou no âmbito da Secretaria de Estado de Administração do Estado de Rondônia, tendo em vista que o servidor era cedido àquele ente federativo.

II. É pacífico, no âmbito desta Corte, o entendimento de que “o indiciado se defende dos fatos que lhe são imputados, e não de sua classificação legal, de sorte que a posterior alteração da capitulação legal da conduta não tem o condão de inquirir de nulidade o Processo Administrativo Disciplinar; a descrição dos fatos ocorridos, desde que feita de modo a viabilizar a defesa do acusado, afasta a alegação de ofensa ao princípio da ampla defesa.” (MS 14.045/DF, Terceira Seção, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 29.04.2010).

III. Não houve prescrição na espécie, porquanto a Administração Federal tomou conhecimento do fato em 21.10.08, por meio do Memorando n. 836/GAB/CGA/2008 (fl. 45e), sendo que o procedimento disciplinar foi instaurado em 13.07.10 (fl. 43e) e a penalidade aplicada em 10.02.11 (fls. 38/39e).

IV. No âmbito do processo administrativo disciplinar, é possível a aplicação da pena de demissão por ato de improbidade administrativa praticado por servidor público, hipótese que não se confunde com a perda da função pública

prevista no art. 12 da Lei n. 8.429/92, esta sim da competência exclusivamente da autoridade judiciária.

V. Admite-se, na via do mandado de segurança, valorar a congruência entre a conduta apurada no procedimento disciplinar e a capitulação legal utilizada pela autoridade julgadora para aplicar a pena de demissão - na espécie, art. 132, IV, da Lei n. 8.112/90, combinado com art. 11, inciso I, da Lei n. 8.429/92 -, buscando, dessa forma, preservar a correta aplicação do princípio da legalidade.

**VI. Esta Corte possui entendimento consolidado segundo o qual, para a configuração de ato de improbidade administrativa, é necessária a análise do elemento subjetivo, qual seja, dolo nas condutas tipificadas nos arts. 9º e 11 ou, ao menos, culpa, quanto às condutas do art. 10 da Lei n. 8.429/92. Precedentes.**

VII. Na espécie, embora tenha existido reprovável irregularidade na assinatura de documento atestando a conclusão da obra, porquanto o indiciado, ora Impetrante, não havia efetivamente vistoriado a obra, cuja conclusão certificou, não poderia a Administração fazer a enquadramento do ato infracional, classificando-o como ímprobo, sem levar em consideração as circunstâncias que envolviam o caso concreto.

VIII. As peculiaridades do caso sugerem não ter havido dolo na conduta do Impetrante - requisito essencial para o reconhecimento do ato de improbidade por violação dos princípios da Administração Pública (art. 11 da Lei n. 8.429/92) -, o qual agiu induzido pelo excesso momentâneo de trabalho, e confiando na vistoria realizada por seu colega, cujo erro não pode a ele prejudicar de forma tão severa.

IX. Segurança parcialmente concedida.”

(MS 17.151/DF, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/02/2019, DJe 11/03/2019).

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. AUSÊNCIA DE SINGULARIDADE. SÚMULA 7/STJ. ARESTO COM DUPLA FUNDAMENTAÇÃO. INEXISTÊNCIA

DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SÚMULA 126/STJ. DANO AO ERÁRIO. PRESUMIDO. DANO *IN RE IPSA*. EXISTÊNCIA DE DOLO E MÁ-FÉ. PRETENSÃO RECURSAL QUE ENCONTRA ÓBICE NA SÚMULA 7/STJ. COMUNICABILIDADE DA COISA JULGADA OPERADA EM AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS. TRIBUNAL A QUO RECONHECEU QUE O TÍTULO JUDICIAL FUNDOU-SE NA ATIPICIDADE DA CONDUTA. REVER A POSIÇÃO IMPLICA O REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.

1. A inexigibilidade de licitação preceituada no art. 25, II, da Lei n. 8.429/1992 exige a consubstanciação de três elementos: a) serviço técnico profissional especializado; b) referir-se a profissional ou a empresa com notória especialização; e c) natureza singular do serviço prestado. Na espécie, o aresto recorrido afastou a singularidade do serviço lastreado no acervo probatório dos autos. Dessa forma, alterar a conclusão do referido julgado implicaria nítida violação da disposição da Súmula 7/STJ: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.” 2. O aresto combatido possui dupla fundamentação, infraconstitucional e constitucional, entretanto, a parte não interpôs recurso extraordinário. Logo, inviável o apelo nobre por força da Súmula 126/STJ: “É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário.” **3. No tocante à necessidade de comprovação de dolo e má-fé nos atos de improbidade “a jurisprudência desta Corte já se manifestou no sentido de que se faz necessária a comprovação dos elementos subjetivos para que se repute uma conduta como ímproba (dolo, nos casos dos artigos 11 e 9º e, ao menos, culpa, nos casos do artigo 10), afastando-se a possibilidade de punição com base tão somente na atuação do mal administrador ou em supostas contrariedades aos ditames legais referentes à licitação, visto que nosso ordenamento jurídico não admite a responsabilização objetiva dos agentes públicos” (REsp 997.564/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, in DJe 25/3/2010). No presente caso,**

**o Tribunal de origem reconheceu o elemento subjetivo necessário à subsunção da supracitada norma. Assim, alterar a conclusão do julgado quanto à presença do dolo e má-fé do agente administrativo enseja reapreciação dos fatos e da prova, obstada nesta instância especial. Incidência da Súmula 7/STJ.** 4. Quanto à comunicabilidade da coisa julgada, saliento que este é um instituto de manutenção da estabilidade das decisões emanadas pelo Poder Público. Por força do art. 935 do Código Civil, a coisa julgada operada no título criminal somente se comunica com a esfera administrativa/civil quando negada a existência do fato ou da autoria. 5. Na espécie, a controvérsia reside no conteúdo do título judicial prolatado no Habeas Corpus n. 27344-5/217. Apesar de o recorrente alegar que o título judicial sob comento reconheceu a inexistência material do fato e afastou a autoria do insurgente, o Tribunal de origem, soberano na análise dos fatos, consubstanciou, no acórdão recorrido, entendimento diverso. Dessa forma, rever a posição do aresto impugnado quanto à ausência de elementos viabilizadores da comunicabilidade da coisa julgada implicaria clara ofensa a Súmula 7/STJ: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.” 6. Recursos especiais não conhecidos.” (REsp 1431610/GO, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe 26/02/2019).

Com efeito, a improbidade deve ser reconhecida diante da comprovação da prática do ato visando ao fim diverso do interesse público, movido por dolo e má-fé, que extrapolam o limite da mera ilegalidade.

No caso dos autos, entendo evidenciado o ato de improbidade administrativa, porquanto o apelante, então Presidente da Câmara Municipal, ao deferir licença para tratamento de saúde por mais de 30 (trinta) dias ao vereador José Alberto de Castro, deixou de empossar o 1º suplente, sem justificativa legal plausível, em total desrespeito ao art. 15, § 4º, da Lei Orgânica do Município de Guaiúba, que assim dispõe:

**Art. 15** – Não perderá o mandato o vereador investido no cargo de Secretário Municipal ou licenciado.

(...)

§ 4º. **O suplente será convocado no caso de vaga**, de investidura em função de Secretário, de licença gestante ou **licença por motivo de doença que ultrapasse 30 dias**.

Ademais, estabelece o Regimento Interno da Câmara Municipal, em seus arts. 12, § 3º, e 26, inciso V, *in verbis*:

**Art. 12** Os vereadores tomarão posse nos termos do art. 108, § 1º, deste Regimento.

(...)

§ 3º - Verificadas as condições de existência de vaga do Vereador a apresentação do diploma e a demonstração de identidade, cumpridas as exigências do inciso I do art. 9º do presente Regimento, **não poderá o Presidente negar posse ao suplente, sob nenhuma alegação, salvo os casos de vedação legal**.

Art. 36 Compete ainda ao Presidente:

(...)

V – **Dar posse** aos vereadores que não foram empossados no 1º dia da legislatura **aos suplentes** e Vereadores, presidir a sessão de eleição da Mesa do período legislativo seguinte e dar-lhes posse;

De fato, a prova produzida nos autos traz a convicção necessária da existência de dolo e de má-fé, pois, como dito, a doutrina e a jurisprudência são no sentido que não se presumem, não se baseiam em hipóteses, em indícios; há de estarem devidamente comprovados esses requisitos para importar na responsabilização do agente, como demonstrado *in casu*, bastando observar os documentos acostados às fls. 52 e 62, os quais dão ciência ao recorrente acerca do afastamento do vereador para tratamento de saúde e solicitam a convocação do 1º suplente para assumir a vaga em aberto, no entanto, sem nenhuma providência efetiva ou justificativa.

Outrossim, ofícios expedidos pelo Ministério Público estadual (fls. 63/64) requisitando informações acerca da recusa de posse de suplente de vereador, aos quais o apelante se limita a informar que a questão encontra-se *sub judice*, se referindo ao mandado de segurança (nº 0004088-67.2012.8.60083) impetrado pelo Sr. José Cordeiro de Miranda.

Assim, é de fácil percepção que o recorrente, de forma deliberada, deixou de dar posse ao suplente de vereador, não obstante os diversos requerimentos e requisições acima mencionadas, incorrendo no art. 11, inciso II, da Lei nº 8.429/92 (*retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício*), não subsistindo as alegações de que existem burocracias e trâmites alheios à vontade do Presidente da Câmara, pois, além de não demonstrar efetivamente que adotou as providências cabíveis no sentido de dar posse ao suplente, apesar de instado diversas vezes pelos demais vereadores e pelo Ministério Público, somente o fez por força de decisão judicial, nos autos do mandado de segurança de nº 0004088-67.2012.8.60083, no dia 29 de maio de 2012, isto é, passados mais de 40 dias do deferimento da licença para tratamento de saúde ao vereador titular.

À luz dos princípios constitucionais da legalidade, moralidade e impessoalidade, corolários do direito fundamental à boa administração pública, entendido, na síntese de Juarez Freitas, “como direito à administração eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito a moralidade, a participação social e a plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissiva”, e que acarreta “o dever de observar, nas reações administrativas, a totalidade dos princípios constitucionais” (*In Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*, São Paulo, Editora Malheiros, 2007, p. 96), resta inequívoco que o réu praticou ato ímprobo, por violar os princípios da legalidade, moralidade e impessoalidade, nos exatos termos do *caput* do art. 11, da Lei. 8.429/92.

Além disso, a conduta exigida do agente público não se limita à sua convicção pessoal sobre a licitude, abrangendo também a observância de um padrão mínimo esperado no âmbito da administração pública, tendo

em vista o objetivo primordial de atender o interesse público. Por essa razão, comportamentos que revelem ter o agente público causado danos em virtude de uma atuação despreocupada e descompromissada com o bem comum (culpa) não podem ser tolerados em um Estado Democrático de Direito, no qual a Administração Pública é regida, inclusive, pelo princípio da eficiência, conforme preceitua o *caput* do art. 37, da Constituição Federal. É que essa espécie de comportamento demonstra deslealdade com o dever de bem servir ao interesse público e reclama punição, na forma do art. 11, da Lei de Improbidade Administrativa. Destaque-se que do agente público exige-se grau de diligência superior ao do homem médio. Isso porque ele não pode dispor da coisa pública como bem lhe aprouver. Ao contrário, deve empregar na proteção da *res publica* zelo maior do que aquele com que trata dos seus interesses privados.

Superada a ocorrência do ato de improbidade, devemos observar à aplicação das penalidades, isoladas ou cumuladas, que precisam ser sopesadas com respeito aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Vejamos o que dispõe a norma nos casos tipificados em seu art. 11:

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

(...)

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

(...)

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.”

Com esse raciocínio, a redação do art. 12, inciso III, e parágrafo único, da LIA, conduziu a jurisprudência a posicionar-se pela observância da proporcionalidade entre a pena aplicada ao agente e o ato de improbidade praticado, de modo a evitar a cominação de sanções destituídas de razoabilidade em relação ao ilícito, sem que isto signifique, por outro lado, conferir beneplácito à conduta do agente.

Nesse cenário, diante do ato praticado pelo recorrente, observa-se que a pena aplicada – pagamento de multa civil no valor de duas vezes a remuneração na época que exercia o cargo de Presidente da Câmara Municipal – mostra-se razoável e proporcional, não sendo a decisão impugnada carecedora de reforma, devendo ser mantida a penalidade aplicada.

Diante do exposto, conheço do Recurso Apelatório para rejeitar a preliminar e, no mérito, negar-lhe provimento.

É como voto.

Fortaleza, 4 de dezembro de 2019.

PROCESSO: 0005060-07.2013.8.06.0114 - APELAÇÃO

APELANTE: PAULA VITORINO DE SOUZA

APELADO: MUNICÍPIO DE LAVRAS DA MANGABEIRA

RELATORA: DESEMBARGADORA MARIA NAILDE PINHEIRO  
NOGUEIRA

**EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. GRATIFICAÇÃO “PÓ DE GIZ”. ART. 249 DA LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE LAVRAS DA MANGABEIRA. EMENDA À LEI ORGÂNICA MUNICIPAL Nº 02/2007. VERBA EXTINTA. EMENDA PUBLICADA NO ÁTRIO DA PREFEITURA E DA CÂMARA MUNICIPAL. INEXISTÊNCIA DE IMPRENSA OFICIAL. REGULARIDADE DA PUBLICAÇÃO. PRECEDENTES DO STJ E DAS CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO DO TJCE. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.**

1. A controvérsia exposta à análise deste Órgão Jurisdicional versa sobre a possibilidade de concessão de gratificação denominada “adicional pó de giz” com fundamento no art. 249, da Lei Orgânica do Município de Lavras da Mangabeira.

2. Pode-se averiguar que a Lei Orgânica do Município de Lavras da Mangabeira sofreu diversas alterações, dentre elas, houve por bem revogar os arts. 249 e 250, através da edição da emenda nº 02 de 30, de maio de 2007.

3. Do conjunto probatório acostado aos autos, pode-se aperceber resposta à requisição de informações da Promotoria de Justiça da Comarca de Lavras da Mangabeira, oportunidade em que a Câmara Municipal daquela localidade afirmou

(fls. 38/41) que as emendas à Lei Orgânica foram publicadas no átrio daquela Casa.

4. Este Órgão possui julgado assentando o entendimento de que a afixação dos textos legislativos e administrativos em locais públicos, tais como a sede da Prefeitura ou da Câmara Municipal, torna regular a publicização do ato em razão da presunção de legitimidade e veracidade dos atos por ela praticados, emitidos com estrita observância aos preceitos legais.

5. “A publicação constitui requisito indispensável à validade de determinada Lei, devendo ser realizada com a disponibilização do texto integral no competente Diário Oficial. Excepcionalmente, inexistindo imprensa oficial no município, é permitida a publicação de atos legislativos e administrativos por meio da afixação de seu conteúdo em locais públicos, como o átrio da Prefeitura ou da Câmara Municipal. Precedentes do STJ”. (Apelação Cível de nº 0005033-24.2013.8.06.0114, Relatora: TEREZE NEUMANN DUARTE CHAVES; Comarca: Lavras da Mangabeira; Órgão julgador: Vara Única; Data do julgamento: 11/11/2015; Data de registro: 11/11/2015).

6. Portanto, através do contexto processual delineado, resta patente que a gratificação implementada pela Lei Orgânica do Município de Lavras da Mangabeira, de acordo com os arts. 249 e 250, restou devidamente revogada pela Emenda nº. 02, de 30, de maio de 2007, não subsistindo direito da parte promovente em obter para si a referida gratificação, revogada .

7. Recurso conhecido e improvido.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em conhecer e não dar provimento a Apelação, nos termos do voto da Desembargadora Relatora.

Fortaleza, 28 de março de 2018.

## RELATÓRIO

Tratou-se na origem de Ação Ordinária págs. 2/3, ajuizada por Paula Vitorino de Souza, em face do Município de Lavras da Mangabeira em que buscou o pagamento do adicional Pó de Giz no valor percentual de 40% (quarenta por cento) em cima do salário mensal, supostamente, devido pelo Município com base no artigo 249 da lei orgânica Municipal.

Na decisão o Juiz “a quo” págs. 54/58, determina que o artigo 249 da lei orgânica Municipal foi revogado pela Emenda nº 02/2007, inexistindo as retrocitadas as verbas anteriores a 2008. Ressalta que o Município não alegou a revogação pela Emenda e não juntou nos autos sequer a cópia da Emenda promulgada e assinada pela Diretoria da Câmara Municipal.

Apelação interposta págs. 64/69, por Paula Vitorino de Souza em contrariedade a sentença prolatada pelo Exmo. Juiz da Vara Única da Comarca de Lavras da Mangabeira, o qual julgou extinto o processo em razão da revogação da gratificação solicitada e da prescrição quinquenal incidente sobre a pretensão da parte autora.

Na Apelação a parte recorrente argumenta com fulcro na Súmula de nº 85, do Superior Tribunal de Justiça, que se tratando de parcelas das parcelas de trato sucessivo, a prescrição somente atinge aquelas parcelas vencidas antes do quinquênio anterior ao ajuizamento da ação, não havendo que se tratar de perecimento do fundo de direito.

Em contrarrazões págs. 76/85, o Município apelado defende que a parte recorrente confunde o ato de publicação oficial com a publicação em imprensa oficial, explanando que os atos do Município de Lavras da Mangabeira possuem ampla divulgação, através de publicação nos prédios da Câmara e da Prefeitura, ou por meio da publicização das reuniões em rádio, atingindo o requisito da publicidade, pois inexistente imprensa oficial local, restando inquestionável a publicidade da referida Lei Municipal e pede a improcedência do pedido formulado na inicial, com a manutenção da sentença “a quo”.

É o relatório

### VOTO

No que se refere ao Recurso de Apelação Cível interposto pela Paula Vitorino de Souza, observa-se que o mesmo atende a todos os requisitos de admissibilidade previstos na legislação processual aplicável à espécie, **razão pela qual deve ser CONHECIDO.**

Trata-se de Apelação interposta contrária a sentença prolatada pelo Exmo. Juiz da Vara Única da Comarca de Lavras da Mangabeira, o qual decretou a extinção do processo em razão da revogação da gratificação solicitada e da prescrição quinquenal incidente sobre a pretensão da parte autora.

Primeiramente, quanto a afixação dos textos legislativos e administrativos em locais públicos, tais como a sede da Prefeitura ou da Câmara Municipal, quando inexistente imprensa oficial, este Órgão possui julgado assentando o entendimento que torna regular a publicização do ato em razão da presunção de legitimidade e veracidade dos atos por ela praticados, emitidos com estrita observância aos preceitos legais:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. GRATIFICAÇÃO “PÓ DE GIZ” (ART. 249 DA LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE LAVRAS DA MANGABEIRA). IMPOSSIBILIDADE DE PERCEPÇÃO PELA SERVIDORA APELANTE. VERBA

EXTINTA POR FORÇA DA EMENDA À LEI ORGÂNICA MUNICIPAL Nº 02/2007 E, POSTERIORMENTE, RETIRADA DO ROL DE GRATIFICAÇÕES DESTINADAS AOS DOCENTES PELA LEI MUNICIPAL Nº 180/09. EMENDA PUBLICADA POR AFIXAÇÃO NO ÁTRIO DA PREFEITURA E DA CÂMARA MUNICIPAL, MODALIDADE AMPLAMENTE ACEITA CASO INEXISTA IMPRENSA OFICIAL. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

1 - A publicação constitui requisito indispensável à validade de determinada Lei, devendo ser realizada com a disponibilização do texto integral no competente Diário Oficial. Excepcionalmente, inexistindo imprensa oficial no município, é permitida a publicação de atos legislativos e administrativos por meio da afixação de seu conteúdo em locais públicos, como o átrio da Prefeitura ou da Câmara Municipal. Precedentes do STJ.

2 - Comprovada a publicação e vigência da Emenda à Lei Orgânica Municipal nº 02/2007, em especial considerando o teor do Procedimento de Investigação Criminal nº 08/2014, instaurado pelo Ministério Público de primeiro grau, inexistente obrigação do Ente Público em incluir nos vencimentos da parte autora a verba denominada “pó de giz”, extinta a teor da citada emenda e da Lei nº 180/2009, responsável pela reestruturação do Plano de Carreira e Remuneração dos Profissionais do Magistério da Educação Básica Pública do Município de Lavras da Mangabeira, a qual não contemplou o mencionado benefício no rol de gratificações destinadas aos docentes municipais.

3 - Recurso conhecido e desprovido.

ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível de nº 0005033-24.2013.8.06.0114. ACORDA a Turma Julgadora da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer do recurso de Apelação Cível, para desprovê-lo, nos termos do voto da Desembargadora Relatora. Fortaleza, 11 de novembro de 2015. MARIA NAILDE PINHEIRO NOGUEIRA Presidente do Órgão Julgador TEREZE NEUMANN DUARTE CHAVES Relatora

(Relator (a): TEREZE NEUMANN DUARTE CHAVES;

Comarca: Lavras da Mangabeira; Órgão julgador: Vara Única; Data do julgamento: 11/11/2015; Data de registro: 11/11/2015).

Nesse sentido, decidiu STJ:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. IPTU. PUBLICAÇÃO DA LEI. VALIDADE. SÚMULAS 7 DO STJ E 280 DO STF. SITUAÇÃO DO IMÓVEL. NOTIFICAÇÃO AO INCRA SOBRE ALTERAÇÃO DO PERÍMETRO URBANO. DISPOSITIVO LEGAL VIOLADO. AUSÊNCIA. SÚMULA 284 DO STF.

1. O Plenário do STJ decidiu que “aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça” (Enunciado Administrativo n. 2).

**2. Não possuindo a edilidade órgão de imprensa oficial, é válida a publicação das leis e dos atos administrativos municipais por meio de afixação dos seus termos na sede da prefeitura. Precedentes.**

3. Hipótese em que a revisão do acórdão recorrido, que decidiu pela validade da publicação da lei referente ao IPTU, por meio de afixação, à época de sua produção, no átrio da prefeitura, permanecendo acessível à consulta pública em órgão da Administração municipal (secretaria e procuradoria), pressupõe o reexame dos fatos da causa e da legislação local, o que é inviável no âmbito do recurso especial, nos termos das Súmulas 7 do STJ e 280 do STF.

4. É firme a jurisprudência desta Corte Superior no sentido de que a falta de indicação clara e precisa do dispositivo de lei federal de cuja interpretação o acórdão impugnado divergiu implica deficiência na fundamentação do recurso especial, no que se refere à alegada necessidade de o Município notificar o INCRA como requisito para começar a exigir o IPTU. Inteligência da Súmula 284 do STF.

Precedentes.

5. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp 761.867/PR, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/09/2017, DJe 16/10/2017) (grifos e sublinhados nossos).

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 535, DO CPC. IPTU. PUBLICAÇÃO OFICIAL DA LEI E DA PLANTA DE VALORES NA PREFEITURA. AUSÊNCIA DE IMPRENSA OFICIAL. QUESTÃO ATRELADA AO REEXAME DE PROVA. SÚMULA 7/STJ.

1. Não havendo no acórdão recorrido omissão, obscuridade ou contradição, não fica caracterizada ofensa ao art. 535 do CPC.

2. **A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que se o Município não possui órgão de imprensa oficial é válida a publicação das leis e dos atos administrativos municipais através da afixação dos seus termos na sede da prefeitura.**

3. O reexame de matéria de prova é inviável em sede de recurso especial (Súmula 7/STJ).

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 832.803/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/03/2016, DJe 08/03/2016) (grifos e sublinhados nossos).

LEI MUNICIPAL - PUBLICAÇÃO - AUSÊNCIA DE DIÁRIO OFICIAL. NÃO HAVENDO NO MUNICÍPIO IMPRENSA OFICIAL OU DIÁRIO OFICIAL, A PUBLICAÇÃO DE SUAS LEIS E ATOS ADMINISTRATIVOS PODE SER FEITA POR AFIXAÇÃO NA PREFEITURA E NA CÂMARA MUNICIPAL. RECURSO PROVIDO.

(REsp 105.232/CE, Rel. Ministro GARCIA VIEIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/09/1997, DJ 20/10/1997, p. 52977).

Da mesma forma, vem decidindo as Câmaras de Direito Público:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. PRELIMINAR DE NULIDADE DA

CITAÇÃO REJEITADA. REALIZADA NA PESSOA DO PREFEITO. OBSERVÂNCIA AOS DITAMES DO ART. 12, II, DO CPC. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. LEI ORGÂNICA MUNICIPAL PREVENDO A PERCEPÇÃO DO ADICIONAL DENOMINADO “PÓ DE GIZ”. DEMONSTRAÇÃO DA PUBLICAÇÃO DA EMENDA QUE REVOGOU OS DISPOSITIVOS DA LEI ORGÂNICA ATINENTE À MATÉRIA.

1. Da análise do acervo probatório constante nos autos, denota-se que a citação do Município de Lavras da Mangabeira, ora embargante, foi efetivada na pessoa do Prefeito Municipal, nos termos do disposto no art. 12, II, do CPC/73, aplicável à época. Preliminar de nulidade da citação rejeitada.

2. O cerne da pretensão recursal consiste em analisar se a requerente, detentora do cargo de professora, detém o direito de perceber o adicional denominado “pó de giz” previsto na Lei Orgânica do Município de Lavras da Mangabeira após a edição de Emenda à citada lei revogando os dispositivos legais que tratavam acerca da matéria.

3. Apesar da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro dispor que a lei somente entra em vigor após oficialmente publicada, a jurisprudência do STJ posiciona-se no sentido de que a afixação do texto da lei no átrio do prédio das repartições públicas satisfaz a exigência de publicação quando, no Município, inexistir órgão de imprensa oficial para a publicação de seus atos, sem que isso implique em nulidade ou inexistência do ato, considerando-o, para todos os efeitos, devidamente publicado.

4. Em análise aos autos, notadamente o parecer do Ministério Público de primeiro grau, constata-se a instauração do Procedimento de Investigação Criminal nº 08/2014, no qual o *Parquet* solicitou informações ao ente municipal e este ofertou resposta, anexando a lista de emendas à Lei Orgânica Municipal, a Mensagem nº 58/2007, o texto integral da Emenda nº 02 e a ata da sessão ordinária do Poder Legislativo do Município, de 19.06.2007, em que se aprovou, por unanimidade, a referida emenda, consoante documentos de fls. 38/52, os quais não foram analisados quando do julgamento do recurso apelatório.

5. Nesse diapasão, verifica-se a plena validade da Emenda nº 02/2007, a qual revogou os arts. 249 e 250 da Lei Orgânica do Município de Lavras da Mangabeira, visto que cumpriu com os requisitos necessários para sua vigência. Sendo assim, não há falar em obrigação de o ente público pagar a gratificação de pó de giz, extinta por força da citada emenda.

6. Embargos de Declaração conhecidos para sanar a omissão alegada, dando-lhes parcial provimento, com efeitos modificativos, a fim de manter a r. sentença em todos os seus termos. ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 1ª Câmara Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer dos Embargos de Declaração para dar-lhes parcial provimento, nos termos do voto do e. Relator. (ED 0005087-87.2013.8.06.0114/50000 Relator (a): PAULO AIRTON ALBUQUERQUE FILHO; Comarca: Lavras da Mangabeira; Órgão julgador: Vara Única; Data do julgamento: 13/03/2017; Data de registro: 13/03/2017).

Diante do exposto, entendo que o artigo 29 da Lei Orgânica Municipal restou-se revogado pela Emenda nº. 02, de 30, de maio de 2007, não subsistindo direito da parte promovente em obter para si a referida gratificação.

Em vista de todo o exposto, **CONHEÇO** da Apelação interposta às págs. 64/69, julgando-a **IMPROCEDENTE**, mantendo-se, assim, a sentença firmada pelo juízo sentencial.

É como voto.

Fortaleza, 28 de março de 2018.

PROCESSO: 0037607-64.2015.8.06.0071 - REMESSA NECESSÁRIA  
AUTOR: SINDICATO DOS SERVIDORES MUNICIPAIS DO CRATO –  
SINDSMCRATO  
REMETENTE: JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA CÍVEL DA COMARCA  
DE CRATO  
RÉU: MUNICÍPIO DO CRATO  
CUSTOS LEGIS: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL  
RELATOR: DESEMBARGADOR PAULO FRANCISCO BANHOS PONTE

**EMENTA: REMESSA NECESSÁRIA. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. GREVE DO SINDICATO DOS SERVIDORES PÚBLICOS DO MUNICÍPIO DO CRATO. AMEAÇA CONCRETIZADA DE DESCONTO NOS VENCIMENTOS DOS GREVISTAS. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE DECLARAÇÃO JUDICIAL DA ILEGALIDADE OU DA ILEGITIMIDADE DA GREVE. TESE DE PERDA DE OBJETO SUPERVENIENTE. NÃO ACOLHIDA. REEXAME NECESSÁRIO CONHECIDO E DESPROVIDO.**

1. Trata-se de Reexame Necessário, em face de sentença proferida pelo juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Crato, em sede de Mandado de Segurança Coletivo, que concedeu a segurança ao Sindicato dos Servidores Municipais do Crato - SINDSMCRATO, no sentido de determinar que o impetrado, Município de Crato, se abstenha de efetivar corte de ponto e descontos de salários dos servidores municipais grevistas enquanto não declarada judicialmente a ilegalidade da greve.

2. Cinge-se a querela em análise da concessão de segurança para se evitar o corte de ponto e os descontos dos dias de paralisação no que diz respeito à greve realizada pelos servidores públicos municipais de Crato/CE, cujo marco inicial data de setembro de 2015.

3. Não sendo possível vislumbrar flagrantes irregularidades ou violações aos requisitos elencados pela Lei nº 7.783/89 quanto à legalidade e à legitimidade da greve, ante o farto lastro probatório acostado aos autos pelo impetrante, e pelo fato de que a via processual do Mandado de Segurança não é a adequada para se discutir acerca da ilegitimidade ou da ilegalidade do movimento grevista, verifica-se não assistir razão o ente municipal por ter adotado meios de constranger os servidores grevistas a comparecerem ao trabalho, bem como de tentar frustrar o movimento grevista, sendo tal conduta, aliás, vedada pelo artigo 6º da supracitada Lei.

4. Nessa ordem de ideias, não é possível verificar qualquer declaração de abuso do direito de greve por parte dos servidores municipais que paralisaram suas atividades, circunstância que corrobora com a antijuridicidade da medida tomada pela Administração Pública Municipal.

5. Note-se que a jurisprudência desta Corte vem construindo o entendimento de que o desconto na folha de pagamento dos servidores grevistas é, sim, possível, contudo, depende de prévia declaração judicial no sentido de reconhecer a ilegalidade do movimento grevista. Precedentes.

6. Noutro giro, não há de se falar em perda superveniente do objeto deste *writ* ao passo que, restando comprovado o descumprimento da determinação liminar do juízo de piso, por meio do desconto nas folhas de pagamento dos servidores grevistas, a prestação jurisdicional que se faz necessária nesta via processual é no sentido de garantir, aos servidores que aderiram à paralisação, o pagamento integral de seus vencimentos, ante a ausência de declaração de ilegalidade da greve.

7. Reexame Necessário conhecido e desprovido. Sentença mantida.

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 1ª Câmara Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, unanimemente, em conhecer da Remessa Necessária, mas para negar-lhe provimento, mantendo incólume a sentença do magistrado de primeira instância, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 04 de novembro de 2019

### **RELATÓRIO**

Trata-se de Reexame Necessário, em face de sentença proferida pelo juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Crato, em sede de Mandado de Segurança Coletivo, que concedeu a segurança ao Sindicato dos Servidores Municipais do Crato - SINDSMCRATO, no sentido de determinar que o impetrado, Município de Crato, se abstenha de efetivar corte de ponto e descontos de salários dos servidores municipais grevistas enquanto não declarada judicialmente a ilegalidade da greve.

Inicialmente, a parte autora impetrou Mandado de Segurança Preventivo, com pedido liminar, em face de suposto ato ilegal que poderia vir a ser praticado pelo Prefeito do Município de Crato, ao proceder à adoção de punições aos servidores grevistas, como corte de salários e anotações negativas, dentre outras.

Conforme relata a parte impetrante na exordial, não obstante o movimento grevista tenha preenchido os requisitos elencados pelo art. 13 da Lei 7.783/89, como a prévia comunicação ao Município e à população com antecedência mínima de 72 horas e a permanência de cerca de 40% do quadro de funcionários prestando o serviço público durante a greve, a autoridade impetrada fez ameaças de corte de pontos e suspensão do pagamento da remuneração relativo aos dias de paralisação, bem como ameaçou aplicar punições para os servidores em estágio probatório.

O juízo *a quo*, em primeiro momento, não vislumbrou elementos de prova da probabilidade do eventual ato coator, de modo que entendeu por bem indeferir a liminar (fl. 133).

O impetrado foi notificado, se manifestando às fls. 156/163, contestando a veracidade dos fatos narrados pela parte impetrante e sustentando a ilegalidade de qualquer tipo de interrupção ou irregularidade do serviço público, posto que a descontinuidade do serviço expõe a população a situação de risco, sob a ótica do art. 98 da Lei 8.069/90.

Sentença, em fls. 135/140, concedendo parcialmente a segurança para determinar que o Prefeito do Município de Crato se abstinhasse de proceder a qualquer desconto sobre a remuneração dos servidores grevistas, bem como, nos casos de descontos já efetivados, procedesse ao imediato pagamento dos valores devidos, por meio de folha complementar, até ulterior decisão judicial que tenha o condão de reconhecer ou declarar a ilegalidade da greve deflagrada em 25/09/2015 e 14/10/2015.

Após esgotado o prazo para recurso voluntário, sem que nada fosse apresentado pela impetrante ou pelos impetrados, foram os autos encaminhados a esta egrégia Corte de Justiça por força do reexame obrigatório (art. 496/CPC).

Eis o relatório. Decido.

## VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do reexame necessário.

Cinge-se a querela em análise da concessão de segurança para se evitar o corte de ponto e os descontos dos dias de paralisação no que diz respeito à greve realizada pelos servidores públicos municipais de Crato/CE, cujo marco inicial data de setembro de 2015.

A princípio, faz-se menção ao fato de que, por força dos Mandados de Injunção nº 670, 708 e 712, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela omissão legislativa quanto ao dever constitucional em editar lei que regulamente o direito de greve no setor público e pela **aplicação, no que couber, da Lei 7.783/89, responsável por disciplinar a greve no setor privado, aos casos de greve dos agentes públicos.**

Assim, o Poder Judiciário, quando provocado a se pronunciar quanto ao exercício do direito de greve no âmbito do serviço público, deve realizar cautelosa compatibilização entre a Lei que rege a greve no setor privado, haja vista a especificidade do serviço público e sua atividade-fim pautada no atendimento aos interesses materiais coletivos.

Dentro de tal compatibilização, ganham destaque os requisitos elencados pelo texto normativo que dizem respeito à legalidade e à legitimidade da greve. Tais requisitos não consistem em entraves ao exercício do direito constitucional à greve, e sim em ponderações necessárias entre o direito em questão e os interesses dos indivíduos diretamente atingidos pela paralisação das atividades. Insta transcrever os seguintes fragmentos da lei:

Art. 9º Durante a greve, o sindicato ou a comissão de negociação, mediante acordo com a entidade patronal ou diretamente com o empregador, manterá em atividade equipes de empregados com o propósito de assegurar os serviços cuja paralisação resultem em prejuízo irreparável, pela deterioração irreversível de bens, máquinas e equipamentos, bem como a manutenção daqueles essenciais à retomada das atividades da empresa quando da cessação do movimento.

Parágrafo único. Não havendo acordo, é assegurado ao empregador, enquanto perdurar a greve, o direito de contratar diretamente os serviços necessários a que se refere este artigo.

Art. 10 São considerados serviços ou atividades essenciais:

II - assistência médica e hospitalar;

Art. 11. Nos serviços ou atividades essenciais, os sindicatos, os empregadores e os trabalhadores ficam obrigados, de comum acordo, a garantir, durante a greve, a prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

Parágrafo único. São necessidades inadiáveis, da comunidade aquelas que, não atendidas, coloquem em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população.

Art. 13 Na greve, em serviços ou atividades essenciais, ficam as entidades sindicais ou os trabalhadores, conforme o caso, obrigados a comunicar a decisão aos empregadores e aos usuários com antecedência mínima de 72 (setenta e duas) horas da paralisação.

Não sendo capaz de vislumbrar flagrantes irregularidades ou violações aos requisitos acima transcritos, ante o farto lastro probatório acostado aos autos pelo impetrante (fls. 39/97), e por entender que a via processual do Mandado de Segurança não é a adequada para se discutir acerca da ilegitimidade ou da ilegalidade da greve, **verifico não assistir razão o ente municipal por ter adotado meios de constranger os servidores grevistas a comparecerem ao trabalho, bem como de tentar frustrar o movimento grevista, sendo tal conduta, aliás, vedada pelo artigo 6º da citada Lei 7.783/89.**

Incontroverso é o fato de que a municipalidade de Crato adotou tais meios ilegais, ante os descontos nas folhas de pagamento demonstrados às fls. 146/154 dos autos e a ausência de impugnação da veracidade destes documentos.

Nessa ordem de ideias, não é possível verificar qualquer declaração de abuso do direito de greve por parte dos servidores municipais que paralisaram suas atividades, circunstância que corrobora com a antijuridicidade da medida tomada pela Administração Pública Municipal.

Note-se que a jurisprudência desta Corte vem construindo o entendimento de que **o desconto na folha de pagamento dos servidores grevistas é, sim, possível, contudo, depende de prévia declaração judicial no sentido de reconhecer a ilegalidade do movimento grevista**, senão vejamos:

**EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE ILEGALIDADE DE GREVE. SINDICATO DOS SERVIDORES PÚBLICOS DO MUNICÍPIO DE JUAZEIRO DO NORTE.**

Acolhimento das preliminares de ilegitimidade passiva do *siatrans*, por inexistência de adesão ao movimento grevista, bem como do *sindracse XXI* e do *sindiguardas*, por ausência de registro junto ao Ministério do Trabalho e emprego. Aplicação analógica da Lei 7.783/89 em decorrência de omissão legislativa. Orientação emanada do STF. Paralisação geral dos serviços ou atividades públicas essenciais, como saúde, educação e segurança pública. Relativização do direito de greve em razão da índole de determinadas atividades públicas. **Não preenchimento dos requisitos que autorizam a legítima deflagração do movimento paredista. Desrespeito ao disposto nos arts. 9º e 11º da Lei 7.783/89. Desconto dos dias não trabalhados. Possibilidade.** Precedentes do STJ e TJCE. Preliminares de ilegitimidade acolhidas e, em observância ao princípio da causalidade, condena-se a parte autora ao pagamento dos honorários advocatícios ao *siatrans* e *sindracse-XXI*, no valor de R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), para cada um, nos termos do art. 85, §§ 2º, 8º do CPC/2015. **No mérito, julga-se procedente a presente ação em relação ao *sisemjun*, para declarar a abusividade da greve, autorizando os descontos salariais dos dias não trabalhados.** Honorários sucumbenciais a serem pagos pelo *sisemjun*, fixados no valor de R\$ 1.500,00

(um mil e quinhentos reais), nos termos do art. 85, §§ 2º e 8º do CPC/2015. (TJCE – Seção de Direito Público - Ação declaratória de ilegalidade de greve nº 0627093-51.2017.8.06.0000 – Relator: Des. Paulo Airton Albuquerque Filho – Julgado em 18/12/2018 – DJe 21/01/2019)

Noutro giro, atentando-se à tese de perda superveniente do objeto do *writ*, suscitada pelo Município de Crato, denota-se que o ente, mais uma vez, não assiste razão.

Conquanto o Sindicato dos Servidores Municipais do Crato e o ente municipal tenham atingido a autocomposição, nos termos do acordo homologado aos autos do processo nº 0046938-36.2016.8.06.0071, e acostado às fls. 382 e 383 do presente feito, não houve qualquer menção aos descontos realizados nos vencimentos dos servidores grevistas, de modo que a controvérsia objeto deste *writ* não foi contemplada pelo acordo em questão.

Diante disto, não há de se falar em perda superveniente do objeto deste *writ* ao passo que, restando comprovado o descumprimento da determinação liminar do juízo de piso, por meio do desconto nas folhas de pagamento dos servidores grevistas (fls. 282/310), a prestação jurisdicional que se faz necessária nesta via processual é no sentido de garantir, aos servidores que aderiram à paralisação, o pagamento integral de seus vencimentos, ante a ausência de declaração de ilegalidade do movimento grevista.

ISSO POSTO, conheço do Reexame Necessário, mas para negar-lhe provimento, mantendo incólume a sentença em espeque.

É como voto.

Fortaleza, 04 de novembro de 2019.

PROCESSO: 0097508-57.2007.8.06.0001 - APELAÇÃO

APELANTE: COMPANHIA ENERGÉTICA DO CEARA – COELCE

APELADO: ESTADO DO CEARÁ

RELATOR: DESEMBARGADOR FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA

**EMENTA: ADMINISTRATIVO E CONSUMIDOR. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA. SANÇÃO IMPOSTA PELO DECONEMRAZÃO DO DESCUMPRIMENTO DA LEGISLAÇÃO CONSUMERISTA. APRECIÇÃO DO MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO. POSSIBILIDADE. AMPLITUDE DO CONTROLE JURISDICIONAL DA LEGALIDADE. DEMANDA DESTINADA À ANULAÇÃO OU REDUÇÃO DAS PENALIDADES. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. FRAUDE NO MEDIDOR. NÃO COMPROVAÇÃO DA AUTORIA. ÔNUS QUE INCUMBE À CONCESSIONÁRIA. ILEGALIDADE DA IMPUTAÇÃO DA RESPONSABILIDADE À CONSUMIDORA. PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL ADMINISTRATIVO OBSERVADO (ART. 5º, LIV, CF). CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CARACTERIZADO. SANÇÃO PECUNIÁRIA. REDUÇÃO. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. PLEITO SUBSIDIÁRIO ACOLHIDO. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO DA AUTORA.**

1. É inegável a competência do Programa Estadual de Proteção e Defesa do Consumidor – DECON, órgão integrante da estrutura do Ministério

Público Estadual, para fiscalizar as relações de consumo e cominar as penalidades resultantes do múnus público exercido (art. 4º, II, da Lei Complementar Estadual nº 30/2002).

2. É possível o controle judicial do ato administrativo sem que isso implique violação ao princípio da separação dos poderes. Nesse sentido, nada impede que o Poder Judiciário examine os atos da administração pública – inclusive incursionando no mérito – porquanto sem tal limitação estaria a administração dotada de poder absoluto e irrestrito, viabilizando práticas arbitrárias, o que, na realidade, deve ser avaliado à luz do caso concreto, sob pena de se cometer injustiças. Precedentes do c. STJ.

3. O caso *sub examine* cinge-se ao pedido de anulação da referida decisão administrativa, que imputou à apelante a multa correspondente a 18.000 (dezoito mil) UFIR do Ceará.

4. É descabida a imputação de débito em desfavor de titular de conta quando não restou comprovada a autoria da violação do medidor de energia elétrica instalado fora da sua residência. Precedentes do STJ.

5. Não há vício na aplicação da sanção pecuniária, porquanto o processo administrativo que culminou na imposição da multa em debate observou o princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF/1988).

6. Impõe-se diminuir a multa infligida contra a demandante pela violação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, ante a verificação de que: a) a sanção é exorbitante quando

comparada com o valor da cobrança efetuada pela COELCE em desfavor da consumidora; e b) devem ser afastadas as agravantes aplicadas pela decisão administrativa, pois não foi indicada qualquer cominação precedente apta a ser tomada como referência para agravar a penalidade pela reincidência, e não foram apontados os prejuízos sofridos pela reclamante.

7. Apelo provido em parte.

## ACÓRDÃO

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

Fortaleza, 10 de junho de 2019.

## RELATÓRIO

Trata-se de apelação cível interposta pela Companhia Energética do Ceará – COELCE em face de sentença (p. 249-254) proferida pelo Juiz de Direito Joaquim Vieira Cavalcante Neto, da 13ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza/CE que, nos autos da ação declaratória de nulidade ajuizada pela apelante em face do Estado do Ceará, julgou improcedente a pretensão autoral, nestes termos:

Assim, por entender ser impossível ao Poder Judiciário verificar, quanto ao mérito, os atos do Programa Estadual de Proteção e Defesa do Consumidor, como também por não vislumbrar qualquer motivo que viabilize a pretendida anulação da multa imposta, julgo IMPROCEDENTE a presente demanda, com fundamento no art. 487, I, do CPC. Custas já recolhidas.

Condeno a parte autora a pagar honorários advocatícios, estes arbitrados em R\$ 1.00,00<sup>[sic]</sup> (hum mil reais), nos termos do art. 85, § 2º, do CPC.

Na sentença recorrida, o Judicante singular deliberou que:

a) o Programa Estadual de Proteção e Defesa do Consumidor – DECON é competente para fiscalizar as relações de consumo e aplicar sanções administrativas; b) discute-se na demanda a regularidade do procedimento administrativo que culminou na fixação da multa de 18.000 (dezoito mil) UFIRCE em desfavor da COELCE; c) é vedado ao Poder Judiciário adentrar o mérito do ato administrativo para aferir os critérios de conveniência e oportunidade; e d) não houve ofensa ao princípio do devido processo legal administrativo.

Nas razões do apelo (p. 271-284), a COELCE aduz, em síntese:

a) tratar-se de ação anulatória com o intuito de desconstituir multa administrativa cominada à recorrente por meio de decisão proferida pelo DECON/CE no processo administrativo nº 361/2006, no qual se apurava a reclamação feita pela Sra. Francineide Justino de Oliveira, que pretendia o cancelamento da cobrança referente ao Termo de Ocorrência – TO nº 395240/05;

b) a legitimidade da cobrança do valor de R\$ 373,60 (trezentos e setenta e três reais e sessenta centavos), referente ao consumo de energia elétrica de 12 meses, em consonância com o disposto na Resolução nº 456/2000 – ANEEL e no TO nº 395240, uma vez que o medidor havia sido adulterado;

c) ser válida a suspensão no fornecimento de energia por falta de pagamento, sendo descabida a imputação da multa administrativa quando não está configurada qualquer infração praticada pela apelante;

d) o cabimento do controle jurisdicional para anular a sanção pecuniária em virtude da ofensa aos princípios da motivação, da forma, da razoabilidade, da proporcionalidade e da legalidade; e

e) a desconformidade da multa de 18.000 (dezoito mil) UFIRCE, correspondente a R\$ 37.589,40 (trinta e sete mil, quinhentos e

oitenta e nove reais e quarenta centavos), com a situação descrita nos autos do processo administrativo, qual seja: cobrança de fatura no valor de R\$ 373,60 e consequente corte de energia por inadimplência.

Contrarrazões do Estado do Ceará às p. 289-294, nas quais o ente público sustenta: a) a regularidade do processo administrativo, tendo sido atendidos os princípios da motivação, do contraditório e da ampla defesa; b) a proporcionalidade da multa, aplicada em consonância com o disposto no art. 28 do Decreto nº 2.181/1997; e c) a impossibilidade de o Poder Judiciário verificar o mérito dos atos administrativos do Poder Executivo.

Em 21.09.2016, o recurso foi a mim distribuído por sorteio no âmbito da 1ª Câmara de Direito Público (p. 298).

O representante do Ministério Público, em parecer de p. 301-304, opinou pelo desprovimento do apelo.

É o relatório.

## VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do apelo.

*Ab initio* destaco ser inegável a competência do Programa Estadual de Proteção e Defesa do Consumidor – DECON, órgão integrante da estrutura do Ministério Público Estadual, para fiscalizar as relações de consumo e cominar as penalidades resultantes do *munus* público exercido (*vide* art. 4º, II, da Lei Complementar Estadual nº 30/2002).

Todavia, é possível o controle judicial do ato administrativo sem que isso implique violação ao princípio da separação dos poderes.

Corroborando, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do **AgRg no REsp 1436903/DF**, sob a relatoria do Min. Herman Benjamin, **DJe 04/02/2016**, teve a oportunidade de se manifestar na direção de que “em face da constitucionalização do direito administrativo e da evolução do estado de direito, tem-se entendido que o Poder Judiciário pode se imiscuir na análise do mérito do ato administrativo, desde que seja analisado sob o seu aspecto jurídico, e para que sejam observados, além da

legalidade em sentido amplo do ato, também os princípios e mandamentos constitucionais.”

Nesse sentido, defendo ser possível que o Poder Judiciário no desempenho de sua função constitucional de aplicar a lei em sua amplitude, examine os atos da Administração pública – inclusive incursionando no mérito – porquanto sem tal limitação estaria a administração dotada de poder absoluto e irrestrito, viabilizando práticas arbitrárias, o que, na realidade, deve ser avaliado à luz do caso concreto, sob pena de se cometer injustiças.

A propósito, cito ainda:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. LICENÇA PARA TRATAR DE INTERESSES PARTICULARES. ATO DISCRICIONÁRIO. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. ABUSO DA ADMINISTRAÇÃO. REVISÃO PELO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE.

**1. Embora não se desconheça a vedação imposta ao Poder Judiciário de adentrar no mérito dos atos discricionários, entre os quais se inclui o pedido formulado por servidor público de concessão de licença para tratar de assuntos particulares, a faculdade de análise dos motivos e da finalidade do ato não pode ser excluída do magistrado quando evidenciado abuso por parte do Administrador, situação constatada na hipótese *sub examine*. Precedente: AgRg no REsp 1.087.443/SC, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, DJe 11/6/2013.**

2. Agravo regimental não provido. (STJ – AgRg no REsp 1336559/SC, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe 19/05/2015, grifei).

Fixadas essas premissas, passo à análise do mérito.

Extrai-se dos autos que a COELCE havia efetuado a cobrança do valor de R\$ 373,60 (trezentos e setenta e três reais e sessenta centavos), referente ao consumo de energia elétrica de 12 meses, em consonância com o disposto na Resolução nº 456/2000 – ANEEL e no TO nº 395240 (p. 85), que apurou a existência de defeito no medidor de energia elétrica.

Observa-se, ainda, que tal cobrança ensejou a instauração de processo administrativo junto ao DECON, após reclamação da consumidora supostamente inadimplente, no qual foi imputada à apelante a multa administrativa correspondente a 18.000 (dezoito mil) UFIR do Ceará (decisão de p. 57-65).

Nesse contexto, o caso *sub examine* cinge-se ao pedido de anulação da referida decisão administrativa.

Pois bem.

Da leitura da decisão administrativa, depreende-se que, nada obstante ter restado incontroversa naquela via a existência de defeito no medidor de energia elétrica, o que, em um primeiro momento, poderia ensejar a cobrança efetuada pela apelante, não restou comprovado que a violação do aparelho tenha sido realizada pela consumidora, titular da unidade, pois este estava instalado fora da sua residência. Assim, considerou-se ser descabido “imputar à consumidora a responsabilidade pela aferição a menor do consumo de energia da unidade” (p. 60).

Essa conclusão está em conformidade com os precedentes do STJ, que entende “não ser possível a responsabilização do consumidor por débito de consumo sem a comprovação inequívoca de sua autoria na fraude do medidor” (AgInt nos EDcl no REsp 1502609/PR, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 04/11/2016).

Do STJ cito, ainda:

PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. CONSUMIDOR. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. FRAUDE NO MEDIDOR. NÃO COMPROVAÇÃO DA AUTORIA. ÔNUS QUE INCUMBE À CONCESSIONÁRIA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NÃO OBSERVADO.

1. Na hipótese dos autos, o consumidor faz jus à inversão do ônus da prova, consoante disposto no Código de Defesa do Consumidor. Desta forma, está equivocado o Sodalício *a quo* ao estabelecer que a responsabilidade pela produção da prova técnica seria do consumidor.

2. O consumidor pode invocar a não realização da perícia técnica em seu benefício, porquanto o ônus dessa prova é do fornecedor. Se o medidor que comprovaria a fraude foi retirado pela fornecedora de energia para avaliação, permanecendo em sua posse após o início do processo judicial, caberia a ela a conservação do equipamento para realização de oportuna perícia técnica.

3. **Não se pode presumir que a autoria da suposta fraude no medidor seja do consumidor, em razão somente de considerá-lo depositário de tal aparelho.** Isso porque a empresa concessionária, além de todos os dados estatísticos acerca do regular consumo, ainda dispõe de seu corpo funcional, que, mês a mês, verifica e inspeciona os equipamentos. Não é razoável que deixe transcorrer considerável lapso de tempo para, depois, pretender que o ônus da produção inverta-se em dano para o cidadão. Precedentes do STJ.

4. Recurso Especial provido. (REsp 1736567/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/06/2018, DJe 28/11/2018)

Esse também é o entendimento perfilhado por esta Corte:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO. MEDIDOR DE ENERGIA. SUPOSTA FRAUDE APURADA UNILATERALMENTE PELA CONCESSIONÁRIA. ILEGALIDADE. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. O Termo de Ocorrência e Inspeção (TOI), realizado pela apelante (fls. 92/93 ), bem como o Relatório de Avaliação Técnica do Medidor (fl. 96), elaborado por empresa indicada pela concessionária recorrente, dado seu caráter unilateral, não podem ser considerados como prova suficiente para comprovação de pretensa fraude, vez que não possibilitou ao autor a oportunidade de ampla defesa e do contraditório.

2. **Apesar do referido relatório ter detectado supostas anomalias no medidor, não restou demonstrado, de forma clara, a fraude alegada pela concessionária reclamada. Ademais, embora registrado maior consumo de energia após a substituição do medidor, o recorrido fez prova de**

**que o imóvel estava passando por reforma naquele período, com utilização de equipamentos de alto consumo elétrico, corroborando com o aumento da demanda de energia. [...]**

5. Por fim, diante do trabalho adicional realizado em grau de recurso pelo apelado, ofertando contrarrazões, elevo os honorários em mais 5% do valor da causa, nos termos do art. 85, §11º do CPC.

6. Recurso conhecido e improvido. (TJCE. 2ª Câmara Direito Privado. Relator DESEMBARGADOR CARLOS ALBERTO MENDES FORTE. Apelação nº 0172462-93.2015.8.06.0001. Data do julgamento: 06/12/2017; Data de registro: 06/12/2017)

Vale destacar, por oportuno, que nesta via processual também não restou demonstrada a autoria das violações realizadas no medidor de energia fixado na fachada da unidade consumidora (p. 85), de modo que afigura-se temerário imputar à titular da conta a responsabilidade pelo pagamento do vultoso débito.

Improcede, portanto, a alegação recursal quanto à legalidade da cobrança da quantia apontada na inicial pelo suposto consumo de energia elétrica no período de 12 (doze) meses.

Do mesmo modo, é inconteste nos autos a regularidade do procedimento administrativo em tela, porquanto o DECON/CE fundamentou sua decisão (p. 57-65) e também conferiu oportunidade de defesa e exercício do contraditório pela reclamada/apelante (p. 66).

Nessa perspectiva, infere-se que o órgão fiscalizador agiu de acordo com os ditames legais, inexistindo, na espécie, qualquer violação ao devido processo legal (art. 5º, LIV, da Carta Magna).

A respeito da sanção pecuniária e da arguida ofensa aos princípios constitucionais da razoabilidade, da proporcionalidade e da legalidade, cerne do conflito no presente momento, tem-se a deliberar o que segue.

De início, observa-se que o Poder Judiciário, no exercício do controle de legitimidade, tem competência para apreciar a legalidade dos atos administrativos e sua conformidade com os princípios constitucionais, podendo anulá-los quando incompatíveis com o ordenamento jurídico vigente, sem que isso implique violação ao princípio da separação dos poderes.

Nesse contexto, é cabível o controle judicial do ato administrativo fixador da sanção pecuniária, pois este, além de estar devidamente motivado e de observar os parâmetros mínimo e máximo delimitados em lei, deve sempre respeitar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, que exsurgem como instrumentos de controle pelo Poder Judiciário para evitar excesso de poder e condutas desarrazoadas da Administração Pública.

Esse foi o entendimento perfilhado por esta Corte em diversas oportunidades, nas quais inclusive houve a análise minuciosa do importe fixado a título de multa administrativa e a sua redução quando constatada a violação aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade; veja-se:

ADMINISTRATIVO E CONSUMIDOR. APELAÇÃO CÍVEL. APLICAÇÃO DE MULTA PELO DECON. AMPLITUDE DO CONTROLE JURISDICIONAL DA LEGALIDADE. DEMANDA DESTINADA À ANULAÇÃO OU REDUÇÃO DAS PENALIDADES. NULIDADE DA SENTENÇA QUE JULGA A LIDE IMPROCEDENTE, À MÍNGUA DE MOTIVAÇÃO. ENFRENTAMENTO DO MÉRITO DA CAUSA PELO TRIBUNAL (ART. 1.013, § 3º, DO CPC/2015). CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CARACTERIZADO. PLEITO SUBSIDIÁRIO ACOLHIDO. PROVIMENTO DO RECURSO DA AUTORA. INVERSÃO DO ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. APELO PROVIDO.

1. O controle jurisdicional da legalidade das sanções aplicadas por infração à legislação consumerista não se restringe ao exame dos aspectos formais, sob pena de ensejar impunidade a eventuais arbítrios cometidos pelo DECON, descabendo cogitar, na espécie, de invasão no mérito administrativo. Precedentes do STJ.

2. Carece de motivação a sentença que rejeita a tese de mácula ao devido processo legal sob a afirmação genérica de que referido órgão de fiscalização fundamentou suas decisões e conferiu oportunidade irrestrita de defesa e de exercício do contraditório, devendo o Tribunal, ante a verificação da nulidade (art. 93, IX, CF/1988) avançar no julgamento da apelação para a análise imediata do objeto do litígio (art. 1.013, §3º, incs. III e IV, CPC/2015).

3. Não caracteriza cerceamento de defesa o arbitramento de penalidades pelo DECON sem prévia realização das perícias pleiteadas pela sociedade empresária reclamada, em face da desnecessidade da dilação probatória para a formação de convencimento acerca da concretização das condutas arbitrárias anunciadas, consubstanciadas em suma na recusa da concessionária de providenciar o conserto das motocicletas adquiridas pelos reclamantes, as quais manifestaram problemas no funcionamento com pouco tempo de uso, considerados a vulnerabilidade técnica do consumidor e o dever de informação do fornecedor/vendedor.

4. Impõe-se diminuir as multas infligidas contra a demandante, ante a verificação de que há exorbitância quanto ao critério da vantagem auferida pela infratora, tendo em vista a fixação de sanção bem superior ao triplo do valor médio de venda dos produtos.

5. Apelação conhecida e provida para, com fulcro no art. 1.013, § 3º, do CPC/2015, julgar a lide procedente, com acolhimento do pedido subsidiário de redução das multas, invertidos os ônus de sucumbência. (TJCE. Apelação nº 0049681-74.2012.8.06.0001. Relator: Desembargador FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA. Órgão julgador: 1ª Câmara Direito Público. Data do julgamento: 18/12/2017)

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL. VALOR TOTAL DAS MULTAS APLICADAS PELO DECON. PREMISSA FÁTICA EQUIVOCADA. PRETENSÃO DO EMBARGADO DE VER RECONHECIDA A SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. ARGUMENTO NÃO ENFRENTADO, ANTE A VEDAÇÃO DA REFORMATIO IN PEJUS. PROVIMENTO.

1. O acórdão embargado exhibe premissa fática equivocada, pois as multas aplicadas pelo DECON em detrimento da autora totalizam 19.000 (dezenove mil) Ufirse, e não 26.000 (vinte e seis mil) Ufirse, de sorte que a redução efetivada no julgamento da apelação acarreta a diminuição das sanções administrativas para o montante de 9.000 (nove mil) Ufirse.

2. O ato combatido reputou satisfatório e razoável minorar o *quantum* global em 10.000 (dez mil) Ufirse, o que permanece

inalterado sob os critérios e fundamentos expostos na decisão colegiada, mormente porque, mesmo diante dos dados ora corrigidos (8.000 Ufirce e 5.000 Ufirce), ao se considerar a Ufirce atualizada após o julgamento dos recursos administrativos (Processos n.ºs. 0109-029.142-4 e 0109-030.820-5), mantém-se a constatação da expressiva exorbitância das penalidades impostas em cotejo com a vantagem auferida pela insurgente, destacada no acórdão adversado.

3. O argumento da sucumbência recíproca exibido pela parte embargada deixa de ser analisado, porquanto eventual acolhida poderia ensejar *reformatio in pejus*.

4. Embargos de declaração conhecidos e providos, para afastar a premissa fática equivocada e esclarecer que as multas arbitradas restaram reduzidas de 19.000 (dezenove mil) Ufirce para 9.000 (nove mil) Ufirce. (TJCE. Embargos de declaração n.º 0139297-60.2012.8.06.0001. Relator: Desembargador FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA. Órgão julgador: 1ª Câmara Direito Público. Data do julgamento: 20/03/2017)

Vale destacar que contra esse último julgado foi interposto o recurso cabível perante a Suprema Corte, que negou-lhe provimento sob o argumento de que “não viola o princípio da separação dos poderes o exame da legalidade e abusividade dos atos administrativos pelo Poder Judiciário” (STF, ARE 1147810/CE, Relator Ministro Luiz Fux, DJE 09/08/2018).

Nesse mesmo sentido colaciono precedentes das outras Câmaras de Direito Público deste Tribunal de Justiça, segundo os quais é possível a redução da multa fixada pelo DECON quando ofensiva aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade; *verbis*:

CONSUMIDOR. CONSTITUCIONAL. RECURSO DE APELAÇÃO EM AÇÃO ANULATÓRIA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO. SANÇÃO ADMINISTRATIVA APLICADA PELO PROGRAMA ESTADUAL DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR - DECON. ATENDIMENTO AO ORDENAMENTO JURÍDICO E PRINCÍPIOS QUE REGEM A MATÉRIA. INTELIGÊNCIA

DO ART. 5º, LIV E LV DA CF/88. ART. 4º DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL Nº 30. CONTROLE JURISDICIONAL DO ATO ADMINISTRATIVO. ANÁLISE DO MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. VALOR DA MULTA. REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. ART. 57 DO CDC. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

I. O cerne da questão cinge-se acerca da possibilidade de revisão judicial de procedimento administrativo realizado pelo DECON, em que foi aplicada a penalidade de multa à empresa apelada por violação aos artigos 6º, incisos IV e VI e e 18º inciso II, parágrafo 1º, todos do Código de Defesa do Consumidor.

II. No presente caso, deve ser observado o disposto na Lei Complementar Estadual nº 30/2002, que determina, em seu art. 4º, ter o DECON competência para aplicar as sanções administrativas decorrentes de infrações cometidas no âmbito das relações de consumo.

III. No mais, encontrando-se o processo administrativo em conformidade com os princípios que regem a matéria, em especial o devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório e com o ordenamento jurídico, inclusive quanto ao cumprimento da regularidade do procedimento, bem como estando a decisão administrativa devidamente motivada e fundamentada, verifica-se a sua legalidade, sendo defeso ao Poder Judiciário adentrar no mérito administrativo, com o fito de aferir a conveniência e oportunidade na atuação discricionária da Administração Pública, sob pena de ofensa ao princípio da separação dos poderes, consubstanciado no art. 2º da Constituição Federal de 1988.

**IV. Em relação aos valores fixados a título de penalidade, observa-se que a quantificação da multa a ser aplicada em caso de descumprimento da legislação consumerista, encontra-se no campo da discricionariedade administrativa do órgão público, porquanto a lei confere margem de escolha segundo a sua conveniência e oportunidade.**

**Tal circunstância, contudo, não se confunde com uma liberdade absoluta, pois o ato administrativo, além de estar devidamente motivado e de observar os parâmetros mínimos e máximos delimitados em lei, deve sempre respeitar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, que exsurtem como instrumentos de controle pelo Poder Judiciário para evitar excesso de poder e condutas desarrazoadas da Administração Pública quando patente a ilegalidade administrativa.**

V. O artigo 57 do Código de Defesa do Consumidor, dispõe acerca da pena de multa, a qual possui 3 (três) pressupostos, quais sejam, a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica do fornecedor.

VI. Verifica-se que a decisão administrativa foi instaurada, após a consumidora reclamar junto ao DECON a restituição do valor pago por um notebook. No entanto, a quantia foi paga 6 (seis) meses após acordo formalizado. **Portanto, apesar de ser uma empresa de grande porte, constata-se que houve apenas um atraso no cumprimento do acordo, sendo o valor da multa administrativa arbitrada cerca de 200 (duzentas) vezes o valor do objeto, revelando um desacordo em reação aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, razão pela que o magistrado sentenciante, de forma acertada entendeu pela redução do valor da multa em obediência aos ditames preconizados art. 57 do CCD, bem como nos princípios constitucionais citados.**

VII. Recurso de apelação conhecido e improvido. Sentença mantida. (TJCE. Apelação nº 0148323-43.2016.8.06.0001. Relator: Desembargador INACIO DE ALENCAR CORTEZ NETO; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 12ª Vara da Fazenda Pública; Data do julgamento: 20/05/2019; Data de registro: 20/05/2019, negritei)

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. RELAÇÃO DE CONSUMO. MULTA ADMINISTRATIVA APLICADA PELO PROGRAMA ESTADUAL DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR – PROCON/DECON. PODER DE POLÍCIA. CONTROLE DE LEGALIDADE PELO PODER JUDICIÁRIO. REDUÇÃO DO QUANTUM PELO

JUÍZO A QUO. POSSIBILIDADE. DESOBEDIÊNCIA AOS CRITÉRIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. PRECEDENTES DO STJ E TJ/CE. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

1. Nos termos do art. 4º, inciso II, da Lei Complementar estadual nº 30/2002, o Programa Estadual de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON/DECON detém competência para, no exercício regular do poder de polícia, impor sanções administrativas relacionadas às transgressões dos preceitos estabelecidos pelo Código de Defesa do Consumidor.

2. É pacífico o entendimento de que o controle jurisdicional do processo administrativo se limita ao exame da regularidade do procedimento e à legalidade do ato, não sendo possível adentrar na análise do mérito administrativo a fim de aferir o grau de conveniência e oportunidade determinados pela autoridade competente. Permitir a intervenção indiscriminada do Poder Judiciário nos atos administrativos implicaria em indevida ingerência deste Poder na esfera administrativa, em total desrespeito ao princípio da Separação dos Poderes. No entanto, o Poder Judiciário tem o poder de examinar se a conduta foi praticada dentro dos limites da discricionariedade, o que é feito com base no sopesamento de princípios como a razoabilidade e a proporcionalidade, tratando-se, na verdade, de uma análise de legalidade, e não de mérito. De fato, o Judiciário pode decidir, se for o caso, que a atuação da Administração se deu fora da esfera legal de discricionariedade, uma atuação ilegítima, com desproporcionalidade.

3. A multa aplicada administrativamente pelo PROCON/DECON deve observar os parâmetros legais previstos no art. 57, do Código de Defesa do Consumidor, quais sejam, a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica do fornecedor, fixada em montante não inferior a duzentas e não superior a três milhões de vezes o valor da UFIR. *In casu*, o valor da multa aplicada à parte apelada no valor de 150.000 UFIRCEs, ou aproximadamente R\$ 639.000 (seiscentos e trinta e nove mil reais) em valores atualizados, não obstante lastreada nos limites previstos no

parágrafo único do art. 57, do CDC, não se mostra razoável e proporcional às circunstâncias do caso concreto, pois superior a trezentas vezes o valor do débito cobrado da reclamada.

**4. Dessa feita, ante a desproporcionalidade da sanção aplicada e a possibilidade de controle judicial do ato administrativo, mostra-se correta a conduta do magistrado de primeiro grau ao reduzir o *quantum* da multa ao patamar de 5.000 (cinco mil) UFIRCEs, quantia essa condizente à finalidade das sanções administrativas previstas no Código de Defesa do Consumidor.**

5. Sentença mantida. (TJCE. Apelação nº 0184609-83.2017.8.06.0001. Relator: Desembargador FRANCISCO GLADYSON PONTES; Órgão julgador: 8ª Vara da Fazenda Pública; Data do julgamento: 08/05/2019; Data de registro: 08/05/2019, negritei)

Desse modo, entendo ser cabível a minoração do *quantum* sancionador quando restar caracterizada a ofensa aos princípios constitucionais da razoabilidade, da proporcionalidade e da legalidade.

Decerto, a quantificação da multa a ser aplicada em caso de descumprimento da legislação consumerista, nos moldes fixados no art. 57, parágrafo único, do CDC, encontra-se no campo da discricionariedade administrativa do órgão público, porquanto a lei confere margem de escolha segundo a sua conveniência e oportunidade, o que, contudo, não se confunde com uma liberdade absoluta, pois é cabível o controle judicial nos moldes acima delineados.

Na espécie, da análise da decisão do procedimento administrativo (p. 57-65), constato que o cálculo da pena por parte do DECON/CE foi realizado da seguinte maneira:

No caso a infratora não tem a favor de si nenhuma condição atenuante.

[...]

Assim, aplica-se à COMPANHIA ENERGÉTICA DO CEARÁ – COELCE as agravantes dos incisos I, II, III, IV e V, senão vejamos: I – a reclamada já tivera outras

decisões administrativas por este órgão que culminaram na aplicação de sanções administrativas; II – a reclamada tem conhecimento das resoluções da ANEEL e da legislação consumerista e insistiu na cobrança de valores para obter vantagens indevidas; III – por se tratar de um serviço essencial a vida e saúde de qualquer consumidor tal fato não poderia ter resultado em corte de fornecimento de energia a consumidora; IV – a reclamada em momento algum tentou diminuir os danos ocasionados; V – ao suspender o fornecimento de energia a reclamada com dolo coagiu a consumidora a pagar valores que a mesa não concordava que estivesse sendo cobrada inclusive já discutido tais valores administrativamente.

Para mensurar o *quantum* levamos em consideração, além das circunstâncias atenuantes e agravantes conforme dispõe o artigo 28 do mesmo decreto a gravidade da prática infrativa, a extensão do dano causado aos consumidores, a vantagem auferida com o ato infrativo e a condição econômica do infrator, respeitados os parâmetros estabelecidos no parágrafo único do artigo 57 da Lei nº 8.078 de 1990.

Assim, arbitramos inicialmente a multa em 3.000 UFIRCE. Contudo, levando em consideração as cinco agravantes aplicáveis a gravidade da prática infrativa, a extensão do dano causado a consumidora, a vantagem auferida com o ato infrativo e a excelente condição econômica do infrator, hei por bem multiplicar a pena base por seu sêxtuplo, fixando a multa em 18.000 (dezoito mil) UFIRCE. (p. 64)

O cálculo administrativo embasou-se no art. 57 do CDC, segundo o qual:

Art. 57. A pena de multa, graduada de acordo com a **gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica do fornecedor**, será aplicada mediante procedimento administrativo, revertendo para o Fundo de que trata a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, os valores cabíveis à União, ou para os Fundos estaduais ou municipais de proteção ao consumidor nos demais casos.

Parágrafo único. A multa será em montante não inferior a duzentas e não superior a três milhões de vezes o valor da Unidade Fiscal de Referência (Ufir), ou índice equivalente que venha a substituí-lo.

Por sua vez, os arts. 25 e 26 do Decreto Federal nº 2.181/1997, que dispõe sobre as normas gerais de aplicação das sanções administrativas previstas no CDC, estabelecem que:

Art. 25. Consideram-se circunstâncias atenuantes:

- I - a ação do infrator não ter sido fundamental para a consecução do fato;
- II - ser o infrator primário;
- III - ter o infrator adotado as providências pertinentes para minimizar ou de imediato reparar os efeitos do ato lesivo.

Art. 26. Consideram-se circunstâncias agravantes:

- I - ser o infrator reincidente;**
- II - ter o infrator, comprovadamente, cometido a prática infrativa para obter vantagens indevidas;**
- III - trazer a prática infrativa consequências danosas à saúde ou à segurança do consumidor;**
- IV - deixar o infrator, tendo conhecimento do ato lesivo, de tomar as providências para evitar ou mitigar suas consequências;**
- V - ter o infrator agido com dolo;**
- VI - ocasionar a prática infrativa dano coletivo ou ter caráter repetitivo;
- VII - ter a prática infrativa ocorrido em detrimento de menor de dezoito ou maior de sessenta anos ou de pessoas portadoras de deficiência física, mental ou sensorial, interditas ou não;
- VIII - dissimular-se a natureza ilícita do ato ou atividade;
- IX - ser a conduta infrativa praticada aproveitando-se o infrator de grave crise econômica ou da condição cultural, social ou econômica da vítima, ou, ainda, por ocasião de calamidade.

Como se vê, por força do art. 57 do CDC, as multas arbitradas nos procedimentos de proteção ao consumidor são graduadas conforme **a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica do fornecedor.**

Em relação aos dois primeiros fatores mencionados, a insurgente alega que o *quantum* individualmente fixado é exorbitante porque supera o valor cobrado da consumidora (R\$ R\$ 373,60) e os possíveis danos sofridos pelo corte no fornecimento de energia, e que não houve irregularidade no seu procedimento.

Assiste-lhe razão quanto à desproporcionalidade da sanção pecuniária, pois, levando-se em conta que o valor da UFIRCE para 2007 correspondia a R\$ 2,0883, o cálculo da multa resultaria em R\$ 37.589,40 (trinta e sete mil, quinhentos e oitenta e nove reais e quarenta centavos), quantia equivalente ao cêntuplo do valor cobrado pela apelante. Ademais, considerando as informações contidas nos autos, depreende-se que a infração descrita é de baixa gravidade, o que também possibilita a minoração da multa.

Além disso, a decisão administrativa majorou a penalidade com base nas agravantes: a) da reincidência (art. 26, inc. I, do Decreto federal nº 2.181/1997), sem especificar qualquer sanção precedente apta a ser tomada como referência para agravar a penalidade; b) da prática de conduta ofensiva à saúde do consumidor (inciso III) e de deixar de tomar as providências para evitar ou mitigar as consequências do ato lesivo (inciso IV), sem apontar os efetivos prejuízos sofridos pela reclamante; e c) da prática infrativa para obter vantagem indevida (inciso II) e de ter agido com dolo (inciso V), sendo que a invalidade da cobrança da COELCE apenas foi constatada no curso do processo administrativo, quando não restou comprovado que a violação do medidor de energia havia sido realizada pela consumidora.

Assim, impõe-se acolher o pedido de atenuação da multa, razão pela qual reputo satisfatório reduzir as sanções fixadas para 2.000 (duas mil) UFIRCE.

Do exposto, dou parcial provimento à apelação da autora para julgar a lide procedente em parte, acolhendo o pedido subsidiário de redução da multa, fixada em 18.000 (dezoito mil) UFIRCE, para 2.000 (duas mil) UFIRCE.

É como voto.

PROCESSO: 0121259-68.2010.8.06.0001 - APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA

APTE/APDO: ESTADO DO CEARÁ E MARIA DO SOCORRO ARAÚJO LIMA

REMETENTE: JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE FORTALEZA

RELATOR: DES. PAULO AIRTON ALBUQUERQUE FILHO

**EMENTA: REMESSA NECESSÁRIA, APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO EM AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. MORTE DO EX CÔNJUGE DA PROMOVENTE. AUSÊNCIA DE DISPONIBILIZAÇÃO DE LEITO EM UTI. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO. INCIDÊNCIA DO ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. REQUISITOS MÍNIMOS PARA CONFIGURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE (DANO, NEXO DE CAUSALIDADE, DEFICIÊNCIA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO). DANOS MORAIS CONFIGURADOS. QUANTUM DE R\$ 40.000,00 (QUARENTA MIL REAIS) MANTIDO. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. DANOS MATERIAIS. PENSÃO MENSAL EM RELAÇÃO À VIÚVA. FIXAÇÃO EM 2/3 DOS RENDIMENTOS DO *DE CUJUS* (01 SALÁRIO MÍNIMO), TENDO COMO TERMO FINAL A DATA CORRESPONDENTE À EXPECTATIVA MÉDIA DE VIDA DA VÍTIMA, SEGUNDO TABELA DO IBGE NA DATA DO ÓBITO OU ATÉ O FALECIMENTO DA BENEFICIÁRIA.**

AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO, NO RECURSO ADESIVO, QUANTO AO VALOR DOS DANOS MATERIAIS. PENSÃO ALIMENTÍCIA MENSAL EM FAVOR DA ESPOSA, ORA AUTORA, NA RAZÃO DE 2/3 DO SALÁRIO MÍNIMO ATÉ O LIMITE DO MONTANTE ARBITRADO PELO JUÍZO DE ORIGEM NA SENTENÇA (R\$ 40.000,00), EM OBEDIÊNCIA AO PRINCÍPIO DE VEDAÇÃO AO *REFORMATIO IN PEJUS*. CORREÇÃO MONETÁRIA A PARTIR DO ARBITRAMENTO PELO IPCA. JUROS DE MORA. CADERNETA DE POUPANÇA. ART. 1º-F DA LEI 9.494/1997, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI N.º 11.960/2009. PEDIDO DE CONDENAÇÃO EM SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. ACOLHIMENTO PARCIAL DO PLEITO DE DANOS MORAIS E MATERIAIS. SUCUMBÊNCIA MÍNIMA. ART. 21, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC/73, VIGENTE À ÉPOCA. VERBA HONORÁRIA ARBITRADA EM 15% SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO MANTIDA.

REMESSA NECESSÁRIA E RECURSOS CONHECIDOS PARA NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ADESIVO E DAR PARCIAL PROVIMENTO À REMESSA NECESSÁRIA E À APELAÇÃO PARA FIXAR, A TÍTULO DE DANOS MATERIAIS, A PENSÃO ALIMENTÍCIA MENSAL EM FAVOR DA ESPOSA, ORA AUTORA, NA RAZÃO DE 2/3 DO SALÁRIO MÍNIMO ATÉ O LIMITE DO MONTANTE ARBITRADO PELO

**JUÍZO DE ORIGEM NA SENTENÇA (R\$ 40.000,00). ADEMAIS, FIXA-SE A CORREÇÃO MONETÁRIA A PARTIR DO ARBITRAMENTO (SÚM. 362, STJ) PELO IPCA E OS JUROS DE MORA DESDE O EVENTO DANOSO (SÚM. 54, STJ), CALCULADOS COM BASE NOS JUROS INCIDENTES SOBRE A CADERNETA DE POUPANÇA, MANTENDO-SE OS DEMAIS ASPECTOS DA SENTENÇA, INCLUSIVE QUANTO AOS ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA.**

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer da Remessa Necessária e dos recursos interpostos, para negar provimento ao Recurso Adesivo e dar parcial provimento ao Reexame Necessário e à Apelação Cível, nos termos do voto do e. Relator.

Fortaleza, 13 de fevereiro de 2017.

### **RELATÓRIO**

Trata-se de remessa necessária, apelação cível e recurso adesivo em face da sentença de fls. 187/194 proferida pelo Douto Juiz da 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza

A autora alega, na exordial de fls. 01/15, que seu ex-marido, o Sr. Dilermando Ferreira Lima, possuía grave enfermidade, tendo sido internado em 24 de março de 2010 no Hospital Regional de Iguatu, apresentando em seu quadro clínico diversas complicações. Afirma que solicitou uma vaga em UTI à Secretaria de Saúde do Estado – SESA ou a transferência do paciente para leito de UTI em rede de saúde privada, contudo, tal necessidade não foi atendida, levando o Sr. Dilermando a óbito no dia 02 de abril de 2010.

Afirma que dependia financeiramente do falecido e defende a responsabilidade civil do Estado do Ceará. Nesses termos, requer a condenação do promovido ao pagamento de danos materiais e morais.

Devidamente citado, o Estado do Ceará apresentou contestação às fls. 125/137 alegando a inexistência de responsabilidade civil do Estado por ausência de comprovação do nexo de causalidade. Aduz que o paciente já chegou ao hospital em estado de saúde grave e que não se pode afirmar que a internação na UTI seria suficiente para evitar o falecimento. Assim, alega que não houve omissão do ente público em não disponibilizar o leito de UTI, vez que registrou a solicitação do leito e providenciou o mesmo no dia 01 de abril de 2010. Defende a falta de comprovação de danos materiais e, subsidiariamente, requer a minoração na fixação da indenização.

Réplica à Contestação às fls. 140/146, a parte autora reafirma os argumentos da inicial, alegando que o fato do promovido não ter disponibilizado o leito de UTI foi determinante para o óbito do paciente, estando, portanto, caracterizada a responsabilidade civil do Estado do Ceará.

Termo de audiência às fls. 156, não houve produção de provas, entendendo o d. Juiz que todos os fatos narrados na inicial se achavam devidamente comprovados por documentos e prontuários médicos acostados aos autos.

Memoriais do Estado do Ceará às fls. 160/174, afirmando a inexistência de responsabilidade civil do Estado por ausência de nexo de causalidade entre a não disponibilização do leito de UTI e a morte do paciente. Alega a ausência de comprovação do prejuízo financeiro da autora que justifique a indenização por danos materiais. Por fim e subsidiariamente, requer a fixação do *quantum* indenizatório em observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, evitando o enriquecimento ilícito da autora.

Alegações finais da autora às fls. 175/182, defendendo a responsabilidade civil do promovido por omissão, qual seja, a prestação do tratamento de saúde do paciente, consubstanciado no fornecimento de leito de UTI, que ocasionou a morte do ex-marido da promovente.

Sentença às fls. 187/194, o Juiz *a quo* julgou parcialmente procedente o pedido feito na inicial, para condenar o promovido no pagamento de Danos Materiais e Morais, arbitrados no valor de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais) referente aos Danos Materiais e R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais) tocante aos Danos Morais. Condenou o promovido ao pagamento do ônus de sucumbência equitativamente em 15% (quinze por cento) sobre o valor total da condenação.

Apelação do Estado do Ceará, às fls. 197/216, arguindo a ausência de nexo de causalidade, uma vez que, para que se reste configurada a responsabilidade do Estado, é necessária a comprovação do elemento subjetivo da culpa. Assim, aduz que a autora não comprovou a falta do serviço, ou seja, a culpa do ente público.

Alega, ainda, a ausência de prova pericial médica, ônus que cabia à parte autora, bem como da ausência de comprovação dos danos materiais sofridos. Defende o excesso no valor arbitrado à título de indenização por danos morais e, subsidiariamente, arguiu sobre o termo *a quo* da correção monetária e juros, requerendo que sejam arbitrados a partir da decisão judicial que os fixou, bem como requer a minoração dos honorários advocatícios.

Contrarrazões às fls. 219/232, a autora rebate os argumentos da apelação e defende a ocorrência de danos morais e materiais, pleiteando, assim, a manutenção da sentença.

Recurso Adesivo às fls. 233/238, pugnando pela majoração da condenação dos danos morais para o valor de R\$ 140.760,00 (cento e quarenta mil, setecentos e sessenta reais), diante da compatibilidade com as peculiaridades do caso *supra*.

Contrarrazões do Estado do Ceará às fls. 243/247, requerendo que o pedido de majoração dos danos morais seja desprovido.

Manifestação do Ministério Público às fls. 263/275, no sentido de conhecer a remessa necessária, a apelação e o recurso adesivo, mas para manter a sentença vergastada.

É o relatório.

À secretaria para a devida inclusão do feito em pauta para julgamento.

## VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço da remessa necessária, da apelação cível e do recurso adesivo.

### **Recurso apelatório apresentado pelo Estado do Ceará**

O cerne da questão consiste em analisar a responsabilidade civil do Estado do Ceará pela morte do ex-marido da autora, face a não disponibilização de leito de Unidade de Terapia Intensiva - UTI, bem como verificar a possibilidade do percebimento de indenização à título de danos morais e materiais.

Em análise aos autos, verifica-se que o paciente deu entrada no Hospital Regional de Iguatu no dia 24/03/2010 com a observação de “risco de vida” (fls. 27). Observa-se, ainda, que o médico atendente informou a necessidade de internação na UTI e solicitou o leito desde o primeiro dia de internação (fls. 28), contudo, não foi disponibilizado por parte da Secretaria de Saúde do Estado Ceará.

Registre-se que decorreram oito dias de espera pelo leito de UTI sem qualquer retorno por parte do Estado, fato que demonstra negligência do Ente Público em providenciar o tratamento adequado ao paciente mesmo que em unidade particular.

*Ab initio*, cumpre ressaltar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se firmou no sentido de que as pessoas jurídicas de direito público respondem objetivamente pelos danos que causarem a terceiros, com fundamento no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, tanto por atos comissivos quanto por omissivos, desde que demonstrado o nexo causal entre o dano e a omissão do Poder Público.

O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 677139, cuja Relatoria pertenceu ao e. Ministro Gilmar Mendes, fixou entendimento no sentido de que, mesmo nos casos de responsabilidade civil por omissão, “*A possibilidade de gerar danos resulta,*

*para a Administração, o dever de indenizar, decorrente do ato lesivo causado à vítima, independentemente da demonstração de culpa pela falta do serviço. Para que se configure a responsabilidade, é necessária apenas a demonstração da conduta, do dano e do nexo causal entre eles.” (RE 677139 AgR-EDv-AgR / PR, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Relator Gilmar Mendes, DIVULG 07-12-2015 PUBLIC 09-12-2015).*

Sobre o dispositivo em comento, pertinente é o ensinamento de Hely Lopes Meirelles:

“O exame desse dispositivo revela que o constituinte estabeleceu para todas as entidades estatais e seus desmembramentos administrativos a obrigação de indenizar o dano causado a terceiros por seus servidores, independentemente da prova de culpa no cometimento da lesão” (Direito Administrativo Brasileiro, 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 622).

No caso dos autos, verifica-se que a conduta omissiva do Estado constituiu o fato gerador da responsabilidade civil do ente público (omissão específica), ou seja, o réu se omitiu diante de um dever legal de impedir a ocorrência do dano, pois deixou de agir com as cautelas devidas ao se omitir no dever de fornecer adequadamente os cuidados médicos ao paciente, devendo ser aplicada, por consequência, a responsabilidade civil objetiva.

A responsabilidade só será elidida se, uma vez comprovada a omissão do agente público, esteja demonstrada excludente da exigibilidade da conduta esperada ou das exceções representadas pelo caso fortuito, força maior ou ato próprio do ofendido. Confira-se, a propósito, os seguintes precedentes:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR MORTE DE DETENTO. ARTIGOS 5º, XLIX, E 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

**1. A responsabilidade civil estatal, segundo a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, § 6º, subsume-se à teoria do risco administrativo, tanto para as condutas estatais comissivas quanto para as omissivas, posto rejeitada a**

**teoria do risco integral. 2. A omissão do Estado reclama nexos de causalidade em relação ao dano sofrido pela vítima nos casos em que o Poder Público ostenta o dever legal e a efetiva possibilidade de agir para impedir o resultado danoso. 3. É dever do Estado e direito subjetivo do preso que a execução da pena se dê de forma humanizada, garantindo-se os direitos fundamentais do detento, e o de ter preservada a sua incolumidade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal). 4. O dever constitucional de proteção ao detento somente se considera violado quando possível a atuação estatal no sentido de garantir os seus direitos fundamentais, pressuposto inafastável para a configuração da responsabilidade civil objetiva estatal, na forma do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal. 5. Ad impossibilia nemo tenetur, por isso que nos casos em que não é possível ao Estado agir para evitar a morte do detento (que ocorreria mesmo que o preso estivesse em liberdade), rompe-se o nexo de causalidade, afastando-se a responsabilidade do Poder Público, sob pena de adotar-se contra legem e a opinião doctorum a teoria do risco integral, ao arripio do texto constitucional. 6. A morte do detento pode ocorrer por várias causas, como, v. g., homicídio, suicídio, acidente ou morte natural, sendo que nem sempre será possível ao Estado evitá-la, por mais que adote as precauções exigíveis. 7. A responsabilidade civil estatal resta conjurada nas hipóteses em que o Poder Público comprova causa impeditiva da sua atuação protetiva do detento, rompendo o nexo de causalidade da sua omissão com o resultado danoso. 8. Repercussão geral constitucional que assenta a tese de que: em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte do detento. 9. In casu, o tribunal a quo assentou que incoorreu a comprovação do suicídio do detento, nem outra causa capaz de romper o nexo de causalidade da sua omissão com o óbito ocorrido, restando escorreita a decisão impositiva de responsabilidade civil estatal. 10. Recurso extraordinário DESPROVIDO. (STF - RE 841526 / RS - RIO GRANDE DO SUL - Relator(a): Min. LUIZ FUX - Órgão Julgador: Tribunal Pleno - Julgamento: 30/03/2016 - DJe-159 DIVULG 29-07-2016)**

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. AGENTE PÚBLICO. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM.

**1. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 327.904, sob a relatoria do Ministro Ayres Britto, assentou o entendimento no sentido de que somente as pessoas jurídicas de direito público, ou as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, é que poderão responder, objetivamente, pela reparação de danos a terceiros. Isto por ato ou omissão dos respectivos agentes, agindo estes na qualidade de agentes públicos, e não como pessoas comuns. Precedentes.** 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 593525 AgR-segundo, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 09/08/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-216 DIVULG 07-10-2016 PUBLIC 10-10-2016)

Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Decisão monocrática. Competência do relator. 3. Ofensa ao art. 544, § 4º, II, “b”, do CPC e ao princípio da colegialidade. Inocorrência. 4. **Responsabilidade objetiva prevista no art. 37, § 6º, da Constituição Federal abrange também os atos omissivos do poder público.** Precedentes. 5. Impossibilidade de reexame do conjunto fático-probatório. Enunciado 279 da Súmula do STF. 6. Ausência de argumentos suficientes a infirmar a decisão recorrida. 7. Agravo regimental a que se nega provimento. (ARE 842.088-AgR, de minha relatoria, Segunda Turma, Dje 16.3.2015).

**RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO – ELEMENTOS ESTRUTURAIS – PRESSUPOSTOS LEGITIMADORES DA INCIDÊNCIA DO ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO – HOSPITAL PÚBLICO QUE INTEGRAVA, À ÉPOCA DO FATO GERADOR DO DEVER DE INDENIZAR, A ESTRUTURA DO MINISTÉRIO DA SAÚDE –**

RESPONSABILIDADE CIVIL DA PESSOA ESTATAL QUE DECORRE, NA ESPÉCIE, DA INFLIÇÃO DE DANOS CAUSADA A PACIENTE EM RAZÃO DE PRESTAÇÃO DEFICIENTE DE ATIVIDADE MÉDICO-HOSPITALAR DESENVOLVIDA EM HOSPITAL PÚBLICO – LESÃO ESFINCTERIANA OBSTÉTRICA GRAVE – FATO DANOSO PARA A OFENDIDA RESULTANTE DE EPISIOTOMIA REALIZADA DURANTE O PARTO – OMISSÃO DA EQUIPE DE PROFISSIONAIS DA SAÚDE, EM REFERIDO ESTABELECIMENTO HOSPITALAR, NO ACOMPANHAMENTO PÓS-CIRÚRGICO – DANOS MORAIS E MATERIAIS RECONHECIDOS – RESSARCIBILIDADE – DOCTRINA – JURISPRUDÊNCIA – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. (AI 852.237-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, Dje 9.9.2013).

**Ementa:** ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO. INCIDÊNCIA DO ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. REQUISITOS MÍNIMOS PARA CONFIGURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE (DANO, NEXO DE CAUSALIDADE, DEFICIÊNCIA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO). NÃO-PREENCHIMENTO. PRECEDENTE: RE 481.110 AgR, MIN. CELSO DE MELLO, SEGUNDA TURMA, DJ DE 09-03-2007 RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 279/STF. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (STF - SEGUNDO AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO : AI 724098 RJ – Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI - Órgão Julgador: Segunda Turma – Julgamento: 16/04/2013 – Publicação: DJe-079 DIVULG 26-04-2013 PUBLIC 29-04-2013).

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. OMISSÃO. DEVER DE FISCALIZAÇÃO DO MUNICÍPIO. ART. 37, § 6º, CF/88. NEXO CAUSAL. FATOS E PROVAS. SÚMULA STF 279.

**1. Existência de nexo causal entre a omissão do Município e o dano causado ao agravado.** Precedente. 2. Incidência da Súmula STF 279 para afastar a alegada ofensa ao artigo 37, § 6º, da Constituição Federal - responsabilidade objetiva do Estado. 3. Agravo regimental improvido. (AI 742.555-AgR, rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe 10.9.2010).

Para se eximir da responsabilidade, cumpriria ao promovido, ora apelante, demonstrar fato extintivo, modificativo ou impeditivo do direito da autora (artigo 333, II, CPC/1973). Contudo, o Estado do Ceará não trouxe aos autos qualquer prova que rompesse o nexos de causalidade e, conseqüentemente, a sua responsabilidade civil.

É possível constatar que o réu foi instado, por meio da Secretaria de Saúde do Estado do Ceará, a disponibilizar leito de UTI em hospital público para o paciente ou, em caso de não haver vaga, que fosse feita a transferência do paciente para leito de UTI em rede de saúde privada, porém o Estado do Ceará se manteve inerte, o que resta caracterizada a sua omissão em prestar o serviço de tratamento de saúde.

Ademais, ainda que se levassem em consideração os argumentos esboçados na apelação do promovido no sentido de aplicar a responsabilidade civil subjetiva, restaria configurada a negligência do Estado, haja vista que, mesmo instado a solucionar o problema, preferiu quedar-se omissos. Logo, até mesmo o elemento subjetivo, no caso, a culpa, restou plenamente satisfeito.

Dessa forma, considerando toda a dinâmica do evento danoso e as provas carreadas aos autos, resta configurada a responsabilidade civil do Estado e, conseqüentemente, o dever de indenizar pelos danos causados.

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

A indenização por dano moral deve, ainda, obedecer aos princípios da proporcionalidade (intensidade do dano, da culpa, dos transtornos etc.), da exemplaridade (desestímulo à conduta) e da razoabilidade (adequação e modicidade).

O valor da reparação do dano sofrido tem efeito reparatório e compensatório além do efeito punitivo e repressivo à conduta desta natureza, mensuração esta garantida a partir da sentença recorrida pela aferição da condição social da vítima e possibilidade econômica do Promovido.

No presente caso, deve-se levar em consideração que o ex-marido da autora já chegou ao Hospital Regional de Iguatu com grave risco de vida, não se podendo considerar que a sua morte teve como única justificativa a não disponibilização do leito de UTI.

Assim, considerando as peculiaridade do caso, infere-se que a condenação arbitrada em primeiro grau em R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais) encontra-se proporcional e razoável, devendo, portanto, ser mantida.

Quanto aos danos materiais, cumpre salientar que, em relação à viúva da vítima, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que, em caso de morte do trabalhador, a viúva tem direito à percepção de pensão mensal de 2/3 da remuneração do falecido (ou o salário mínimo caso não exercça trabalho remunerado), pois presume-se que este gastaria uma parcela – a fração de 1/3 – com seu próprio sustento e o restante seria direcionado aos gastos familiares, tendo como termo final a data correspondente à expectativa média de vida da vítima, segundo tabela do IBGE na data do óbito ou até o falecimento da beneficiária, o que ocorrer primeiro. Veja-se:

PROCESSO CIVIL. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ACIDENTE EM RODOVIA FEDERAL. MORTE. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. ESPOSA E FILHOS. PREQUESTIONAMENTO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REVOLVIMENTO DE PROVAS. TERMO AD QUEM DO PENSIONAMENTO. TABELA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. 1. Do Agravo em recurso especial interposto pelo DNIT:

1.1. Não se conhece do recurso especial quando a tese suscitada no recurso - violação do art. 333, I, do CPC - não foi objeto de análise pela Corte de origem. Incidência da Súmula 282/STF. 1.2. Fixada a responsabilidade estatal com base nos pressupostos contidos no art. 37, § 6º, da CF/88, não é possível reexaminá-los no âmbito do apelo especial, sob pena de usurpar competência do Pretório Excelso. 1.3. Ademais, a análise acerca da presença de elementos probatórios hábeis a ensejar a responsabilidade da autarquia implica o revolvimento dos aspectos fáticos da demanda, providência vedada na instância extraordinária, ante o óbice contido na Súmula 7/STJ. 2. Do recurso especial interposto pelos particulares: 2.1. Estando ausente o prequestionamento acerca dos arts. 460 do CPC e 950, parágrafo único, do CC/02, a matéria não pode ser apreciada no apelo nobre. Aplica-se a Súmula 282/STF. Prejudicado, nesse ponto, o recurso fundamentado no dissídio pretoriano. **2.2. É razoável estipular como parâmetro da indenização por danos materiais o valor da remuneração a que fazia jus a vítima, descontando-se 1/3 referente à parcela que seria destinada ao próprio sustento dela. Interpretação consentânea com o princípio da restitutio in integro, já que propicia aos beneficiários da indenização uma situação material mais próxima ao prejuízo obtido. Precedentes.** 2.3. **O termo ad quem para o cálculo do pensionamento deve ser atualizado em conformidade com a tabela de expectativa de vida adotada pela Previdência Social, nos termos dos dados estatísticos levantados pelo IBGE, permitindo-se maior adequação com a realidade do país.** Precedente: AgRg nos EDcl no AgRg no REsp 1.253.342/PE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 28.06.13. Acórdão recorrido modificado nesse ponto. 2.4. No recurso especial, é vedado modificar o valor da indenização por danos morais, salvo nos casos em que são estipulados em quantia irrisória ou exorbitante, o que não se afigura na hipótese. Óbice da Súmula 7/STJ. 2.5. Na condenação da Fazenda Pública, os honorários advocatícios podem ser fixados em patamar inferior ao percentual de 10%, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC. Matéria pacificada sob o rito dos recursos repetitivos. 3. Agravo em recurso especial não provido e recurso especial,

conhecido em parte e provido também em parte. (STJ), Resp nº 1353734/PE, Relator: Ministro CASTRO MEIRA, Data de Julgamento: 05/09/2013, T2 - SEGUNDA TURMA)

Na mesma direção, posicionam-se os Tribunais Pátrios:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL EM ACIDENTE DE TRÂNSITO. ATROPELAMENTO EM PÁTIO DE ESTACIONAMENTO. DINÂMICA DO ACIDENTE.

Evidencia-se a culpa do motorista do caminhão que, por falta de cautela, atropelou a vítima Roni, a qual o auxiliava na realização da manobra. Embora deixando de ver o auxiliar, iniciou a marcha. Tanto agiu de forma imprudente, que prensou a vítima contra outro caminhão. Dano moral: a morte prematura de ente querido acarreta dano moral “in re ipsa”. Fixação de valor equivalente a 100 salários mínimos nacionais para as autoras (esposa, filha e mãe da falecida vítima), nos termos do parâmetro normalmente adotado por esta Câmara para hipóteses semelhantes. Danos materiais É devida a indenização pelos gastos feitos para pagar as despesas com o sepultamento. Os recibos acostados aos autos comprovam gastos, para o sepultamento da vítima, em um total de R\$ 3.830,13. Esse valor deve ser reembolsado, atualizado pelo IGP-M, com juros de 1% ao mês desde a data do desembolso. Pensionamento em face da morte da vítima. É devido o pensionamento às autoras Rita de Cássia Romeiro da Silva e Sandra Maier Romeiro da Silva. Aquela por ser a filha da vítima, menor de idade, e esta por ser a sua esposa. **O montante indenizatório deve ser fixado no valor equivalente a 2/3 da remuneração média percebida pelo falecido.** Assim, considerando que os documentos juntados à exordial demonstram que a vítima era trabalhador autônomo, sem comprovação dos... ganhos auferidos, deve ser fixado pensionamento em valor equivalente a 2/3 do salário mínimo por mês, ressalvado à autora Sandra o direito de crescer quando a filha Rita de Cássia atingir a maioridade. Deram provimento. (Apelação Cível Nº 70065763344, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Umberto Guaspari Sudbrack, Julgado em 10/09/2015).

DIREITO CIVIL - OBRIGAÇÕES - RESPONSABILIDADE CIVIL - INDENIZAÇÃO POR ACIDENTE DE TRÂNSITO - COLISÃO TRASEIRA - MORTE DA VÍTIMA - DANO MORAL E MATERIAL - IMPROCEDÊNCIA EM 1º GRAU - INSURGÊNCIA DA AUTORA - 1. CULPA EXCLUSIVA DO RÉU PELO ACIDENTE - ACOLHIMENTO - PRESUNÇÃO DE CULPA PELO REQUERIDO NÃO ELIDIDA - ALTA VELOCIDADE COMPROVADA - CONDUÇÃO IMPRUDENTE - OBRIGAÇÃO INDENIZATÓRIA ACOLHIDA - 2. PENSÃO MENSAL - DEPENDÊNCIA ECONÔMICA - FIXAÇÃO EM 2/3 DOS RENDIMENTOS DO DE CUJUS ATÉ A DATA EM QUE ESSE COMPLETARIA 70 ANOS DE IDADE - EXPECTATIVA DE VIDA PELO IBGE - RECONHECIMENTO - 3. DANOS MATERIAIS - COMPROVAÇÃO - RECIBOS SUFICIENTES - PEDIDO ACOLHIDO - 4. DANOS MORAIS - ACOLHIMENTO - PERDA DE CÔNJUGE - PREJUÍZO MORAL PRESUMIDO - FIXAÇÃO COM BASE NA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE - RECURSO PROVIDO - SENTENÇA REFORMADA.

1. Caracteriza imprudência motorista não guardar distância legal do veículo que trafega à sua frente, abalroando este na traseira, praticando ilícito com culpa presumida e importando na obrigação de indenizar os danos suportados pela vítima. **2. A pensão mensal devida à esposa do falecido deve corresponder a 2/3 dos rendimentos que auferia a vítima por ocasião do acidente que a levou à morte. Tal valor será devido desde o evento danoso até a data em que o de cujus completasse 70 anos de idade.** 3. Comprovados os danos materiais emergentes do ilícito praticado, condena-se o causador dos danos a repará-los integralmente. 4. São presumidos os danos morais advindos do falecimento de cônjuge, devendo ser fixado o quantum em parâmetros razoáveis e proporcionais, a fim de assegurar um lenitivo ao sofrimento da vítima. (TJ-SC - AC: 20100742611 SC 2010.074261-1 (Acórdão), Relator: Monteiro Rocha, Data de Julgamento: 26/09/2012, Quinta Câmara de Direito Civil Julgado)

Em relação à viúva, mostra-se desnecessária a prova da dependência econômica em relação à vítima, vez que, por força da comunhão de interesses e dever de mútua assistência entre o casal, previsto no art. 231, III do Código Civil, é devido o pensionamento ao cônjuge supérstite, militando em favor dele a presunção de dependência econômica.

À propósito:

**Civil. Acidente de veículo. Vítima fatal. Ação de indenização por danos materiais e morais.** Sentença de improcedência. Pretensão à reforma manifestada pela autora. Viabilidade. Lide principal. Responsabilidade solidária do proprietário do veículo pelos danos causados pelo condutor. Precedentes do C. STJ e deste E. Tribunal de Justiça. Presunção hominis de culpa (do condutor do veículo que invade a contramão de direção, colhendo o veículo que trafega na outra mão direção), que não foi elidida no caso concreto. Danos materiais. Pensão mensal. **Reconhecimento de que a esposa tem direito ao recebimento de pensão alimentícia pela morte marido. Dependência econômica presumida.** A base de cálculo da pensão alimentícia deve ser o valor do salário mínimo, na proporção de 2/3 (dois terços), porquanto se presume que 1/3 (um terço) seria gasto pela vítima com o próprio sustento, conforme precedentes do C. STJ. Pensão devida desde a data do acidente até a data em que a vítima completasse 65 (sessenta e cinco) anos de idade, conforme pedido feito na inicial. Danos morais. A morte do cônjuge em acidente de trânsito gera dano moral in re ipsa. Quantum indenizatório arbitrado com razoabilidade e em conformidade com precedentes do C. Superior Tribunal de Justiça e desta C. Corte Estadual. (...) Ainda que assim não fosse, não ficou caracterizada concorrência de culpas pelo evento danoso. RECURSO DA AUTORA PROVIDO EM PARTE. (TJ-SP - APL: 00000967119988260394 SP 0000096-71.1998.8.26.0394, Relator: Mourão Neto, Data de Julgamento: 02/06/2015, 27ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 11/06/2015)

Diante da ausência de comprovação, nos autos, acerca dos rendimentos da vítima, a pensão mensal devida à esposa deve corresponder a 2/3 sobre o salário mínimo até a data correspondente à expectativa média da vítima quando do falecimento, consoante tabela do IBGE ou até o falecimento do beneficiário, o que ocorrer primeiro.

No entanto, considerando que o pensionamento mensal à esposa da vítima nos moldes acima delineados corresponde a um valor superior ao fixado na sentença vergastada e diante da parte autora não ter impugnado, no recurso adesivo, o valor dos danos materiais arbitrado na sentença, fixa-se, a título de danos materiais, a pensão alimentícia mensal em favor da esposa, ora autora, na razão de 2/3 do salário mínimo até o limite do montante arbitrado pelo juízo de origem na sentença, qual seja, R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais), em obediência ao princípio de vedação ao *reformatio in pejus*.

No que tange à correção monetária, deve incidir, em relação aos danos morais, a partir da data do arbitramento, conforme a Súmula n.º 362 do Superior Tribunal de Justiça, que enuncia: “**A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento**”, e calculada com base no IPCA – Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo, índice que melhor reflete a inflação no período.

Quanto aos juros de mora, **serão calculados com respaldo nos juros incidentes sobre a caderneta de poupança, nos termos da regra do art. 1º-F da Lei 9.494/1997, com redação dada pela Lei 11.960/2009**. E por se tratar de responsabilidade extracontratual, aplica-se a Súmula 54 do STJ, assim redigida: “**Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual.**”

Neste sentido:

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL. TERMO INICIAL DE CÔMPUTO DOS JUROS MORATÓRIOS. DATA DO EVENTO DANOSO. SÚMULA 54 DO STJ. EXISTÊNCIA DE OMISSÃO. VÍCIO SANADO.

1. Nos termos do art. 535, incisos I e II do CPC, os Embargos de Declaração destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade, sanar contradição ou erro material existente no julgado. Assim, excepcionalmente, admite-se a concessão de efeitos infringentes quando restar evidenciado algum dos vícios apontados. 2. A recorrente sustenta a existência de omissão na decisão monocrática em relação ao marco inicial para a aplicação dos juros sobre o dano moral. 3. **Tratando-se de responsabilidade extracontratual, são aplicáveis juros moratórios desde o evento danoso, a teor do enunciado 54 da Súmula do STJ.** 4. Embargos de Declaração conhecidos e providos, a fim de sanar a omissão alegada, determinando que o termo inicial de incidência dos juros moratórios corresponde à data do evento danoso, mantendo-se os demais aspectos da decisão monocrática proferida. (TJCE – Embargos de Declaração 0099095-17.2007.8.06.0001, Rel. Des. PAULO AIRTON ALBUQUERQUE FILHO, 1ª Câmara Cível, Data de registro: 24/08/2015)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ANISTIADO POLÍTICO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PERSEGUIÇÃO POLÍTICA OCORRIDA DURANTE O REGIME MILITAR INSTAURADO EM 1964. PRAZO PRESCRICIONAL. INAPLICABILIDADE DO ART. 1º DO DECRETO 20.910/32. VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS. IMPRESCRITIBILIDADE. PRECEDENTES. ART. 16 DA LEI Nº 10.559/02. REPARAÇÃO ECONÔMICA NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO QUE NÃO INIBE A REIVINDICAÇÃO DE DANOS MORAIS PELO ANISTIADO NA VIA JUDICIAL. JUROS E CORREÇÃO INCIDENTES SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO.

APLICABILIDADE DO ART. 1º-F DA LEI Nº 9.494/97 COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 11.960/09. RECURSO DA UNIÃO PARCIALMENTE ACOLHIDO.

1. Não ocorre ofensa ao art. 535 do CPC, quando a Corte de origem dirime, fundamentadamente, as questões que lhe são submetidas, apreciando integralmente a controvérsia posta nos autos. 2. Conforme jurisprudência do STJ, “a prescrição

quinquenal, disposta no art. 1º do Decreto 20.910/1932, não se aplica aos danos decorrentes de violação de direitos fundamentais, os quais são imprescritíveis, principalmente quando ocorreram durante o Regime Militar, época em que os jurisdicionados não podiam deduzir a contento suas pretensões” (AgRg no AREsp 302.979/PR, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 5/6/2013).

3. Mesmo tendo conquistado na via administrativa a reparação econômica de que trata a Lei nº 10.559/02, e nada obstante a pontual restrição posta em seu art. 16 (dirigida, antes e unicamente, à Administração e não à Jurisdição), inexistirá óbice a que o anistiado, embora com base no mesmo episódio político mas porque simultaneamente lesivo à sua personalidade, possa reivindicar e alcançar, na esfera judicial, a condenação da União também à compensação pecuniária por danos morais. 4. **Nas hipóteses de condenação imposta à Fazenda Pública, como regra geral, a atualização monetária e a compensação da mora devem observar os critérios previstos no art. 1º-F da Lei n.º 9.494/97, com a redação dada pela Lei n.º 11.960/09.** Acolhimento, nesse específico ponto, da insurgência da União. 5. Recurso especial a que se dá parcial provimento. (REsp 1485260/PR, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/04/2016, DJe 19/04/2016)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. FALECIMENTO DE PRESO NAS DEPENDÊNCIAS DE ESTABELECIMENTO PRISIONAL. OMISSÃO NO DEVER DE VIGILÂNCIA. PERDA DE GENITOR. ALÍNEA “C”. NÃO DEMONSTRAÇÃO DA DIVERGÊNCIA. ARTS. 407, 927 E 944 DO CÓDIGO CIVIL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. QUANTUM INDENIZATÓRIO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA. MATÉRIA PENDENTE DE TRÂNSITO EM JULGADO NO STF. ADI 4.357/DF E ADI 4.425/DF. SOBRESTAMENTO DO FEITO. DESCABIMENTO. ART. 1º-F DA LEI 9.494/1997. LEI

11.960/2009. INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL POR ARRASTAMENTO DECLARADA PELO STF. PRECEDENTE DA PRIMEIRA SEÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. OBSERVÂNCIA DA NATUREZA DA DÍVIDA. JUROS DE MORA. CADERNETA DE POUPANÇA.

1. Na madrugada do dia 13 de agosto de 2016, a Delegacia Regional de Neópolis, Estado de Sergipe, foi invadida por homens armados, que executaram barbaramente presos que lá se encontravam custodiados, entre os quais o pai dos autores. 2. O art. 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal prescreve que “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”. Cabe ao Estado garantir a segurança de todos os cidadãos, em especial daqueles que se encontram custodiados sob sua gestão e guarda. Quem comete crimes ou deles se acusa não deixa de ser cidadão nem se transforma em cidadão de segunda classe, fazendo jus a todos os direitos que o Estado Democrático de Direito associa ao status dignitatis de qualquer um. A “integridade física e moral” dos detidos deve ser salvaguardada não só em relação a ações e omissões danosas ou degradantes dos próprios agentes estatais, como também em face de comportamentos de terceiros, internos ou externos ao ambiente carcerário. (...) 6. A partir da declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 5º da Lei 11.960/2009: a) aplicam-se às dívidas da Fazenda Pública os índices de correção monetária que reflitam a inflação acumulada no período, observada a natureza do débito, afastando-se a incidência dos índices de remuneração básica da caderneta de poupança; b) os juros moratórios corresponderão aos juros aplicáveis à caderneta de poupança, computados de forma simples, exceto quando a dívida ostentar natureza tributária, para a qual prevalecerão as regras específicas. Nesse sentido: REsp 1.270.439/PR, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, DJe 2.8.2013. 7. **No caso dos autos, como a condenação imposta é de natureza não tributária, os juros moratórios serão calculados com respaldo nos juros incidentes sobre a caderneta de poupança, nos termos da regra do art. 1º-F da Lei 9.494/1997, com redação dada pela Lei 11.960/2009.**

Por sua vez, a correção monetária deverá ser estimada de acordo com a natureza da obrigação, aplicando-se o INPC para as dívidas previdenciárias do Regime Geral de Previdência Social (art.41-A da Lei 8.213/1991) e o IPCA para os demais débitos não tributários. Precedentes: REsp 1.270.439/PR, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, DJe 2.8.2013; AgRg no REsp 1.427.958/SC, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 2.6.2014; AgRg no REsp 1.425.305/PR, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 19.5.2014; AgRg no AREsp 231.080/PE, Rel. Ministro Ari Pargendler, Primeira Turma, DJe 3.6.2014; AgRg no REsp 1.324.934/RS, Rel. Ministro Ari Pargendler, Primeira Turma, DJe 3.6.2014. 8. A pendência de julgamento no STF de ação em que se discute a constitucionalidade de lei não enseja o sobrestamento dos recursos que tramitam no STJ, salvo determinação expressa da Suprema Corte. A propósito: AgRg no REsp 1.359.965/RJ, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe 31.5.2013. 9. Recurso Especial parcialmente provido, de forma a incidir o art.1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação dada pela Lei 11.960/2009, sobre os débitos vencidos a contar da vigência desta última norma. Considerem-se, portanto, para os juros moratórios os juros incidentes sobre a caderneta de poupança, computados de forma simples, e, em observância ao decidido pelo STF nas ADIs 4.357/DF e 4.425/DF, aplique-se o IPCA para a correção monetária do débito. (REsp 1393421/SE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/11/2014, DJe 24/10/2016)

Sobre o tema, é imperioso ressaltar que “o julgador ao acolher o pedido de indenização por danos morais, deverá agir de ofício, procedendo à fixação de correção monetária e de juros de mora, sem que o ato caracterize julgamento extra ou ultra petita, pois a correção monetária é mera atualização do valor da dívida e os juros de mora integram o pedido principal, conforme expressa determinação legal constante do artigo 293 do Código de Processo Civil” (AgRg no REsp 783.674/RS, Relator o Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, DJe de 19/4/2011).

Quanto aos honorários de sucumbência, matéria impugnada no recurso apelatório manejado pelo réu, cumpre ressaltar que a jurisprudência consolidada no âmbito do STJ é no sentido de que a fixação do valor do dano moral abaixo do requerido pelo autor não acarreta sucumbência recíproca, nos termos do Enunciado da Súmula 326/STJ, *in verbis*:

Súm. 326, STJ. “Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca”.

Considerando que o valor dos danos materiais fora fixado abaixo do pleiteado pela autora na exordial e levando em conta que, em relação aos danos morais, não se pode considerar que houve sucumbência recíproca (Súm. 326, STJ), denota-se que a autora decaiu de parte mínima do pedido, aplicando-se ao caso vertente o parágrafo único do art. 21 do Código de Processo Civil, vigente à época da prolação da sentença, que assim dispõe:

“Se um litigante decair de parte mínima do pedido, o outro responderá, por inteiro, pelas despesas e honorários.”

### **Recurso adesivo ofertado por Maria do Socorro Araújo Lima**

No que tange ao recurso adesivo apresentado pela requerente, que se restringe ao pleito de majoração da indenização por danos morais, denota-se que a aludida tese já foi abordada quando do julgamento do recurso apelatório, mantendo-se o valor fixado pelo juízo de origem em R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais).

### **DISPOSITIVO**

Isto posto, em consonância com os excertos jurisprudenciais acima invocados, conheço da Remessa Necessária e dos recursos interpostos para negar provimento ao recurso adesivo interposto pela parte autora e dar parcial provimento ao Reexame Necessário e à Apelação Cível para

fixar, a título de danos materiais, a pensão alimentícia mensal em favor da esposa, ora autora, na razão de 2/3 do salário mínimo até o limite do montante arbitrado pelo juízo de origem na sentença, qual seja, R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais), em obediência ao princípio de vedação ao *reformatio in pejus*. Ademais, fixa-se a correção monetária a partir do arbitramento (súm. 362, STJ) pelo IPCA e os juros de mora desde o evento danoso (súm. 54, STJ), calculados com base nos juros incidentes sobre a caderneta de poupança, mantendo-se os demais aspectos da sentença, inclusive quanto aos ônus de sucumbência.

É como voto.

Fortaleza, 13 de fevereiro de 2017.

PROCESSO: 0129141-81.2010.8.06.0001 – APELAÇÃO

APELANTE/APELADO: ESTADO DO CEARÁ E UNIMED FORTALEZA  
SOCIEDADE COOPERATIVA MÉDICA LTDA

RELATORA: DESEMBARGADORA MARIA NAILDE PINHEIRO  
NOGUEIRA

**EMENTA: DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DIREITO ADMINISTRATIVO. APELAÇÕES CÍVEIS. ORGÃO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. MULTA ADMINISTRATIVA. SOCIEDADE COOPERATIVA UNIMED FORTALEZA. LIMITAÇÃO A PROCEDIMENTOS E EXAMES. ALEGATIVA DE OBEDIÊNCIA AO CONTRATO. VIOLAÇÃO ÀS REGRAS CONSUMERISTAS. REGULARIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO DA MULTA. LEGALIDADE. ARBITRAMENTO DA CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. VALOR DIMINUTO. MAJORAÇÃO. RECURSO DA UNIMED FORTALEZA IMPROVIDO. RECURSO DO ESTADO DO CEARÁ PROVIDO.**

1. Tratam-se de Apelações apresentadas, de um lado, pelo Estado do Ceará, e de outro, pela Unimed Fortaleza Sociedade Cooperativa Médica Ltda, ambos em contrariedade a sentença prolatada pelo Exmo. Juiz de Direito da 8ª Vara da Fazenda Pública o qual julgou improcedente a Ação Anulatória proposta pela Unimed Fortaleza em face do Estado do Ceará, mantendo a multa administrativa fixada pelo Programa Estadual de Defesa do Consumidor - DECON.

2. A Unimed Fortaleza Sociedade Cooperativa Médica Ltda alega em suas razões que a decisão administrativa encontra-se eivada de vícios que ensejariam sua anulação. Argumenta que i) a conduta da sociedade cooperativa foi completamente lícita, não subsistindo fundamento apto a ensejar abertura de processo administrativo; ii) argui que a prestação integral de assistência à saúde é dever do Estado; iii) ocorrer desobediência ao regramento do contrato de prestação de serviços médico-hospitalares firmado entre as partes; e iv) haver ilegalidade de admissão dos critérios de aferição do valor a ser pago, regulados através de Decreto.

3. O Código de Defesa do Consumidor disciplina em seu art. 55 e segs. que a União, os Estados e o Distrito Federal, devem, em caráter concorrente e nas suas respectivas áreas de atuação administrativa, regulamentar normas relativas à produção, industrialização, distribuição e consumo de produtos e serviços, devendo, também, atuar na fiscalização e na cominação de sanções às infrações das normas de defesa do consumidor.

4. A reclamação ensejada pela Sra. Maria Ivanise de Carvalho Rabelo deu abertura ao Processo Administrativo de nº. 00005678/08 (fl. 750), nos exatos moldes do inciso IV, do art. 4, da Lei Complementar Estadual de nº. 30, de 26/07/2002, que regulamenta o Programa Estadual de Proteção e Defesa do Consumidor – DECON.

5. Na tramitação do processo administrativo de nº. 0108-013.653-5, a sociedade cooperativa apresentou defesa, ofertando, inclusive, provas

documentais, e participou da audiência de julgamento. Em face da decisão administrativa foi ajuizado Recurso Administrativo, sendo o mesmo julgado improvido pela Junta Recursal do Programa Estadual de Proteção e Defesa do Consumidor – JURDECON. Dessa feita, não se pode aquilatar qualquer irregularidade ou vício na proposição do processo administrativo que culminou na multa estipulada pelo Órgão de Defesa do Consumidor.

6. No que concerne ao argumento quanto a prestação integral de assistência à saúde como dever do Estado e de desobediência ao regramento do contrato de prestação de serviços médico-hospitalares, pode-se aperceber que o processo administrativo de competência do DECON teve por escopo a violação do disposto no art. 51, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor. Dessa feita, a arguição de prestação de saúde pelo Estado não se apresenta congruente, pois o argumento apresentado se volta ao fornecimento de prestação de saúde suplementar, ofertado pela Unimed Fortaleza Sociedade Cooperativa Médica Ltda.

7. O Órgão de Defesa do Consumidor, ao apurar a reclamação efetivada, concluiu pela prática de conduta abusiva por parte da prestadora de serviços médico-hospitalares, pois a limitação da quantidade de procedimentos a ser efetivado durante o ano representa prática incompatível com o regramento do art. 51, IV do CDC.

8. A parte recorrente postula haver ilegalidade de admissão dos critérios de aferição do valor a ser pago, regulados através de Decreto, apresentando

tese visando a minoração do valor que lhe fora imputado na sanção administrativa. Alega, para tanto, que há inconstitucionalidade no valor fixado através de decreto e que montante ultrapassa a proporcionalidade e razoabilidade que devem ser aplicadas na fixação da pena.

9. O argumento de inconstitucionalidade em si não se sustenta, pois a parte recorrente sequer descreve qual seria o parâmetro legal a ser examinado, havendo plena plausibilidade do Decreto 2.181, de 20 de março de 1997 representar meio legal suficiente para regulamentar a multa a ser fixada pelos Órgãos de Defesa do Consumidor, nos termos da legislação de regência. Acrescente-se que o art. 55, do Estatuto de Defesa do Consumidor prescreve que as normas relativas à produção, industrialização, distribuição e consumo de produtos e serviços, devem ser editadas pela União, os Estados e o Distrito Federal, em caráter concorrente.

10. No que tange a condenação pelos honorários advocatícios, e atendendo-se a premissa do art. 20, §3º, do CPC/73, ao passo que a decisão fora efetivada sob a vigência da legislação processual antecedente, acolho a pretensão do Estado do Ceará e, através de apreciação equitativa, estabelecida no pretérito §4º, do art. 20, do CPC/73, majoro a condenação pelos honorários advocatícios de R\$ 500,00 (quinhentos reais) para R\$ 1.000,00 (um mil reais).

11. Recursos conhecidos, julgando-se improvida a apelação da Unimed Fortaleza Sociedade Cooperativa Médica Ltda e provida a Apelação do Estado do Ceará.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 2ª Câmara Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em conhecer e negar provimento a Apelação de Unimed Fortaleza Sociedade Cooperativa Médica Ltda, e dar provimento a Apelação do Estado do Ceará, tudo nos termos do voto da Des. Relatora.

Fortaleza, 19 de dezembro de 2018.

## RELATÓRIO

Tratam-se de Apelações apresentadas, de um lado, pelo Estado do Ceará, e de outro, pela Unimed Fortaleza Sociedade Cooperativa Médica Ltda, ambos em contrariedade a sentença prolatada pelo Exmo. Juiz de Direito da 8ª Vara da Fazenda Pública o qual julgou improcedente a Ação Anulatória proposta pela Unimed Fortaleza em face do Estado do Ceará, mantendo a multa administrativa fixada pelo Programa Estadual de Defesa do Consumidor - DECON.

Primordialmente, o Estado do Ceará ajuíza recurso apelatório, fls. 230/237, em que se opõe ao valor irrisório fixado a título de honorários advocatícios, uma vez que a demanda foi julgada improcedente em todos os seus termos, acolhendo-se os argumentos postos da defesa estatal. Aponta que os honorários advocatícios devem ser fixados em consonância com o art. 20, § 3º, e alíneas, do Código de Processo Civil, observando-se a) o grau de zelo do profissional, b) o lugar da prestação do serviço e c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

Afirma ter restado evidenciada a necessidade de majoração dos honorários arbitrados em montante declaradamente irrisório, devendo ser reformada parcialmente a sentença recorrida, para se fixar o valor dos honorários em quantia compatível com a dignidade da advocacia, observando-se, ainda, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Ao cabo, que o presente recurso seja conhecido e provido, reformando-se parcialmente a respeitável sentença apelada no que tange aos honorários advocatícios arbitrados, majorando-os para uma quantia compatível com a realidade processual e com a dignidade remuneratória da profissão.

Unimed Fortaleza Sociedade Cooperativa Médica Ltda também ajuíza Apelação Cível, fls. 238/264, em que narra que o Programa Estadual de Defesa e Proteção do Consumidor – DECON – instaurou Processo Administrativo nº. 0108-013.653-5, com fito de apurar reclamação de autoria da Sra. Maria Ivanise de Carvalho Rabelo, a qual requereu à Promovente autorização para a realização de exame de ultrassom, o qual foi negado em face da limitação contratual anual de 04 (quatro) procedimentos.

Alega que o processo administrativo foi instaurado ao arrepio da lei e do contrato com o fim de coagir a autora a prestar serviço que não se encontrava obrigada. Sustenta que o Programa de Defesa e Proteção do Consumidor – DECON procedeu à sanção administrativa no exercício do poder de polícia que lhe confere a Lei Complementar estadual, restando evidente a legitimidade passiva do Estado do Ceará, ente político ao qual se vincula a autoridade pública mencionada.

Informa que a instauração do processo administrativo contra a qual se insurge, fundou-se na apuração de suposto ilícito praticado pela Unimed de Fortaleza, trazido a conhecimento por meio de relatos do Sra. Maria Ivanise de Carvalho Rabelo, que entendeu ter sofrido prejuízo ao custear exame de ultrassom.

Disserta ter fornecido todas as informações atinentes ao caso, conforme demonstra o processo administrativo, todavia, seus argumentos foram desconsiderados pela Autoridade Pública, que entendeu pela cominação de sanção pecuniária à Requerente no valor de 2.000 (dois mil) UFIRCEs.

Ressalta que a conduta da Unimed Fortaleza foi completamente lícita, não sendo apta a ensejar o desenvolvimento de processo administrativo com o fito de apurar conduta, razão pela qual se apresenta descabida a aplicação de sanção administrativa, como a que restou determinada.

Elenca a impossibilidade de admissão dos critérios de aferição do valor a ser pago, regulados através de Decreto, tal como foi praticado neste caso. Postula a declaração de inconstitucionalidade da decisão administrativa, ora impugnada, pois a sanção aplicada baseou-se em norma inidônea, devendo ser desconstituída a multa pela ausência de requisito de validade que legitime sua existência.

Atesta que a integral e irrestrita prestação de assistência à saúde é dever do Estado, que institui para este fim o Sistema Único de Saúde, homenageando os princípios positivados da integralidade e universalidade da assistência sanitária como corolários. No que pertine à iniciativa privada, os princípios assistenciais acima mencionados são aplicáveis à participação complementar, que se distingue da suplementar.

Anota que a Administração Pública, *in casu*, o DECON, utilizando-se de argumentos jurídicos inaplicáveis, não pode coagir a recorrente, sob pena de vultuosa sanção, a prestar serviços não regulamentados pela Agência Nacional de Saúde, bem como não pactuados no contrato de prestação de serviços celebrado, visto que não há proporcional remuneração para a concessão do procedimento solicitado.

Aduz que o contrato de prestação de serviços médico-hospitalares firmado entre as partes disciplina, de forma clara, legível e de fácil compreensão para o consumidor o respeito as condições que regem a relação contratual existente entre as partes.

Em conclusão, requer o conhecimento e o provimento deste recurso, devendo ser recebida consoante os ditames do art. 520, do CPC em seu efeito devolutivo e suspensivo, por todos os fatos e fundamentos constantes das razões que ora se apresentam.

O recurso foi recebido em ambos os efeitos legais, fl. 332.

Em contrarrazões, Unimed Fortaleza Sociedade Cooperativa Médica Ltda opõem as razões apresentadas pelo Estado do Ceará detalhando que não assiste direito ao Recorrente, pois a causa não comportou grande complexidade e não houve a necessidade de dilação probatória com a realização de audiências e perícia.

Finaliza solicitando a manutenção da sentença determinada pelo juízo *a quo*, quanto a condenação do nas cominações de estilo.

Em contrarrazões do Estado do Ceará, argumenta que ao contrário do que defende a sociedade cooperativa, a limitação de exames em plano de saúde, sem sombra de dúvidas, importa mácula às normas contidas no Código de Defesa do Consumidor, mais precisamente aos arts. 6º, inciso IV, e 51, inciso IV, §1º, inciso II, desse diploma legislativo.

Relata nesse tocante, que o contrato de plano de saúde deve obediência às diretrizes traçadas no CDC, não sendo lícitas cláusulas nele inseridas que ponham o consumidor em desvantagem exagerada ou que sejam incompatíveis com a boa-fé e a equidade.

Refuta a tese arguida da ilegalidade de cominação da multa, a qual restou imputada com base não só nos arts. 24 a 28 do Decreto nº 2.181/1997, como também à luz do disposto no art. 57 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Continua afirmando que o Decreto Federal nº 2.181/1997 somente representa regulamentação da norma legal, servindo apenas para fixar o montante da multa de acordo com o grau de gravidade da infração cometida, não havendo que se cogitar, portanto, em afronta ao postulado constitucional da legalidade.

Ao final, requer o não provimento do recurso, mantendo-se inalterada a sentença prolatada pelos seus próprios termos.

É o relatório.

## VOTO

Tratam-se de Apelações ajuizadas pelo Estado do Ceará e Unimed Fortaleza Sociedade Cooperativa Médica Ltda em face da sentença prolatada pelo Exmo. Juiz de Direto da 8ª Vara da Fazenda Pública o qual julgou improcedente demanda visando a anulação de decisão administrativa prolatada pelo Programa Estadual de Proteção e Defesa do Consumidor – DECON/CE, ora representado pelo Estado do Ceará.

Primordialmente, deve-se estabelecer que o Programa Estadual de Proteção e Defesa do Consumidor – DECON/CE detém poder de polícia

para impor sanções administrativas relacionadas à transgressão dos preceitos ditados pelo Código de Defesa do Consumidor. Tal orientação encontra-se firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, em diversos julgados:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. MULTA POR INFRAÇÃO AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ACÓRDÃO RECORRIDO ASSENTADO EM FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. ACÓRDÃO EMBASADO EM NORMA DE DIREITO LOCAL. DECRETO MUNICIPAL N. 13.239/2012. INCIDÊNCIA, POR ANALOGIA, DA SÚMULA N. 280/STF. PROCON. APLICAÇÃO DE MULTA. POSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 83/STJ. MULTA. LEGITIMIDADE. MANUTENÇÃO DA SANÇÃO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. INCIDÊNCIA.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, in casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

II - O recurso especial possui fundamentação vinculada, não se constituindo em instrumento processual destinado a revisar acórdão com base em fundamentos eminentemente constitucionais, tendo em vista a necessidade de interpretação de matéria de competência exclusiva da Suprema Corte.

III - Não cabe ao Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial, rever acórdão que demanda interpretação de direito local, à luz do óbice contido na Súmula n. 280, do Supremo Tribunal Federal.

IV - É pacífico o entendimento no Superior Tribunal de Justiça segundo o qual a sanção administrativa prevista no artigo 57 do Código de Defesa do Consumidor funda-se no Poder de Polícia que o PROCON detém para aplicar multas relacionadas à transgressão dos preceitos da Lei n. 8.078/1990, independentemente da reclamação ser realizada

por um único consumidor, por dez, cem ou milhares de consumidores.

V - O recurso especial, interposto pelas alíneas a e/ou c do inciso III do art. 105 da Constituição da República, não merece prosperar quando o acórdão recorrido encontra-se em sintonia com a jurisprudência desta Corte, a teor da Súmula n. 83/STJ.

VI - In casu, rever o entendimento do Tribunal de origem, que consignou pela legitimidade da multa aplicada, demandaria necessário revolvimento de matéria fática, o que é inviável em sede de recurso especial, à luz do óbice contido na Súmula n. 7/STJ.

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

VIII - Agravo Interno improvido.

(AgInt no REsp 1594667/MG, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/08/2016, DJe 17/08/2016) (sublinhados nossos).

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PODER DE POLÍCIA. ARTS. 535 DO CPC, 51, 56 E 57 DO CDC E 2º DA LEI 9.784/99. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. APLICAÇÃO DE MULTA PELO PROCON. POSSIBILIDADE. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA.

1. Não se conhece da alegada violação ao art. 535 do CPC quando as alegações que fundamentam a pretensa ofensa são genéricas, sem discriminação dos pontos em que efetivamente houve omissão, contradição ou obscuridade ou sobre os quais tenha ocorrido erro material. Incide, no caso, a Súmula 284/STF, por analogia, segundo a qual “é inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia”.

2. O óbice da Súmula 284/STF também é aplicável no tocante aos artigos 51, 56 e 57 do Código de Defesa do Consumidor e 2º da Lei n.

9.784/99, uma vez que a parte recorrente não logrou demonstrar, de forma objetiva, como o Tribunal a quo os teria violado.

3. “Sempre que condutas praticadas no mercado de consumo atingirem diretamente o interesse de consumidores, é legítima a atuação do Procon para aplicar as sanções administrativas previstas em lei, no regular exercício do poder de polícia que lhe foi conferido no âmbito do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. Tal atuação, no entanto, não exclui nem se confunde com o exercício da atividade regulatória setorial realizada pelas agências criadas por lei, cuja preocupação não se restringe à tutela particular do consumidor, mas abrange a execução do serviço público em seus vários aspectos, a exemplo, da continuidade e universalização do serviço, da preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão e da modicidade tarifária.” (REsp 1138591/RJ, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/09/2009, DJe 05/10/2009)

4. A falta de cotejo analítico apto a comprovar o dissídio pretoriano, bem como a demonstrar a similitude fática entre os julgados confrontados, inviabiliza o conhecimento do recurso com amparo na alínea “c” do permissivo constitucional. 5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1541742/GO, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/09/2015, DJe 28/09/2015) (sublinhados nossos).

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. MULTA APLICADA PELO PROCON À COMPANHIA DE SEGUROS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. DESPROVIMENTO DO RECURSO ORDINÁRIO.

1. Na hipótese examinada, a ora recorrente impetrou mandado de segurança contra ato do Secretário de Justiça e Direitos Humanos do Estado da Bahia, em face da aplicação de multa administrativa em decorrência de processo que tramitou no PROCON, a qual violaria direito líquido e certo por incompetência do órgão de proteção ao consumidor, pois as companhias de seguro somente podem ser supervisionadas pela SUSEP.

2. O tema já foi analisado por esta Corte Superior, sendo consolidado o entendimento de que o PROCON possui legitimidade para aplicar multas administrativas às companhias

de seguro em face de infração praticada em relação de consumo de comercialização de título de capitalização e de que não há falar em bis in idem em virtude da inexistência da cumulação de competência para a aplicação da referida multa entre o órgão de proteção ao consumidor e a SUSEP.

3. Nesse sentido, em hipóteses similares, os seguintes precedentes desta Corte Superior: RMS 24.708/BA, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 30.6.2008; RMS 25.065/BA, 1ª Turma, Rel.

Min. Francisco Falcão, DJe de 5.5.2008; RMS 26.397/BA, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 11.4.2008; RMS 25.115/BA, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 28.3.2008.

4. Desprovimento do recurso ordinário.

(RMS 24.921/BA, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/10/2008, DJe 12/11/2008) (sublinhados nossos).

Portanto, nos termos acima delineados, o Órgão possui competência administrativa para aplicar a multa questionada, ao utilizar-se poder de polícia.

A Unimed Fortaleza Sociedade Cooperativa Médica Ltda alega em suas razões que a decisão administrativa encontra-se eivada de vícios que ensejariam sua anulação. Argumenta que i) a conduta da sociedade cooperativa foi completamente lícita, não subsistindo fundamento apto a ensejar abertura de processo administrativo; ii) argui que a prestação integral de assistência à saúde é dever do Estado; iii) ocorrer desobediência ao regramento do contrato de prestação de serviços médico-hospitalares firmado entre as partes; e iv) haver ilegalidade de admissão dos critérios de aferição do valor a ser pago, regulados através de Decreto.

O Código de Defesa do Consumidor disciplina em seu art. 55 e segs. que a União, os Estados e o Distrito Federal, devem, em caráter concorrente e nas suas respectivas áreas de atuação administrativa, regulamentar normas relativas à produção, industrialização, distribuição e consumo de produtos e serviços, devendo, também, atuar na fiscalização e na cominação de sanções às infrações das normas de defesa do consumidor.

A reclamação ensejada pela Sra. Maria Ivanise de Carvalho Rabelo deu abertura ao Processo Administrativo de nº. 00005678/08 (fl. 750, nos exatos moldes do inciso IV, do art. 4, da Lei Complementar Estadual de nº. 30, de 26/07/2002, que regulamenta o Programa Estadual de Proteção e Defesa do Consumidor – DECON.

Art. 4º. Ao Programa Estadual de Proteção e Defesa do Consumidor - DECON, no âmbito do Estado do Ceará, compete exercer as atribuições previstas nos artigos 3º e 4º do Decreto 2.181/97.

[...]

VI - dar atendimento aos consumidores, processando regularmente as reclamações;

Repara-se que na tramitação do processo administrativo de nº. 0108-013.653-5, a sociedade cooperativa apresentou defesa (fls. 95/102), ofertando, inclusive, provas documentais (fls. 104/119), e participou da audiência de julgamento (fl. 151). Em face da decisão administrativa foi ajuizado Recurso Administrativo (fls. 159/164), sendo o mesmo julgado improvido pela Junta Recursal do Programa Estadual de Proteção e Defesa do Consumidor – JURDECON (fls. 168/174). Dessa feita, não se pode aquilatar qualquer irregularidade ou vício na proposição do processo administrativo que culminou na multa estipulada pelo Órgão de Defesa do Consumidor.

No que concerne ao argumento quanto a prestação integral de assistência à saúde como dever do Estado e de desobediência ao regramento do contrato de prestação de serviços médico-hospitalares, pode-se aperceber que o processo administrativo de competência do DECON teve por escopo a violação do disposto no art. 51, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor. Dessa feita, a arguição de prestação de saúde pelo Estado não se apresenta congruente, pois o argumento apresentado se volta ao fornecimento de prestação de saúde suplementar, ofertado pela Unimed Fortaleza Sociedade Cooperativa Médica Ltda.

Nesta senda, o Órgão de Defesa do Consumidor, ao apurar a reclamação efetivada, concluiu pela prática de conduta abusiva por parte da prestadora de serviços médico-hospitalares, pois a limitação da quantidade de procedimentos a ser efetivado durante o ano representa prática incompatível com o regramento do art. 51, IV do CDC e do item 02, da Portaria SDE/MJ nº. 03/1999. Tal entendimento encontra acolhida no Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PLANOS DE SAÚDE. LIMITAÇÃO OU RESTRIÇÃO A PROCEDIMENTOS MÉDICOS, FISIOTERÁPICOS E HOSPITALARES. CONTRATOS ANTERIORES À LEI 9.656/98. NÃO INCIDÊNCIA. CLÁUSULA ABUSIVA. RECONHECIMENTO. POSSIBILIDADE. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

1. Não configura ofensa ao art. 535 do CPC/73 o fato de o col. Tribunal de origem, embora sem examinar individualmente cada um dos argumentos suscitados, adotar fundamentação contrária à pretensão da parte, suficiente para decidir integralmente a controvérsia.

2. As regras estabelecidas na Lei 9.656/98 restringem-se ao contratos de plano de saúde celebrados após sua vigência (art. 35), mas o abuso de cláusula contratual prevista em avenças celebradas em datas anteriores pode ser aferido com base no Código de Defesa do Consumidor.

3. À luz do Código de Defesa do Consumidor, devem ser reputadas como abusivas as cláusulas que nitidamente afetam de maneira significativa a própria essência do contrato, impondo restrições ou limitações aos procedimentos médicos, fisioterápicos e hospitalares (v.g. limitação do tempo de internação, número de sessões de fisioterapia, entre outros) prescritos para doenças cobertas nos contratos de assistência e seguro de saúde dos contratantes.

4. Se há cobertura de doenças ou sequelas relacionadas a certos eventos, em razão de previsão contratual, não há possibilidade de restrição ou limitação de procedimentos prescritos pelo médico como imprescindíveis para o êxito do tratamento, inclusive no campo da fisioterapia.

5. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp 1349647/RJ, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 13/11/2018, DJe 23/11/2018) (sublinhados nossos).

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. REEMBOLSO DE DESPESAS MÉDICO-HOSPITALARES. PRESCRIÇÃO DECENAL. LESÃO AO DIREITO DE INFORMAÇÃO. REEMBOLSO DEVIDO. MATÉRIA QUE DEMANDA REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. JURISPRUDÊNCIA. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. Aplica-se a prescrição geral decenal do art. 205 do Código Civil às pretensões de cobrança de despesas médico-hospitalares contra plano de saúde.

2. “A Segunda Seção deste Tribunal Superior, quando do julgamento do REsp nº 1.360.969/RS e do REsp nº 1.361.182/RS, submetidos ao rito dos recursos repetitivos, consagrou o entendimento de que não incide a prescrição anual, própria das relações securitárias (arts. 178, § 6º, II, do CC/1916 e 206, § 1º, II, do CC/2002), nas ações que discutem direitos oriundos de planos de saúde ou de seguros saúde, dada a natureza sui generis desses contratos” (AgInt no AREsp 986.708/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 25/04/2017, DJe de 12/05/2017).

3. O Tribunal de origem, com base no acervo fático-probatório, concluiu que não pode a recorrente impor a limitação de reembolso, pois não houve a devida ciência da parte segurada a respeito dos valores a serem restituídos no caso de utilização dos serviços de saúde, havendo lesão ao direito de informação do consumidor, devendo ocorrer o reembolso integral das despesas médicas.

4. No caso em voga, a modificação das conclusões do v. acórdão recorrido, nos moldes em que postulada pela ora recorrente, demandaria a análise de cláusulas do contrato original firmado entre as partes e das peculiaridades fáticas do tratamento pleiteado, o que encontraria óbice nas Súmulas 5 e 7 do Superior Tribunal de Justiça.

5. Outrossim, observa-se que o eg. Tribunal a quo seguiu a jurisprudência desta Corte no sentido de considerar que “a exclusão de cobertura de determinado procedimento médico/hospitalar, quando essencial para garantir a saúde e, em algumas vezes, a vida do segurado, vulnera a finalidade básica do contrato” (REsp 183.719/SP, Relator o Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, DJe de 13.10.2008).

6. Agravo interno ao qual se nega provimento.  
(AgInt no REsp 1756087/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 16/10/2018, DJe 26/10/2018) (sublinhados nossos).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ART. 535 DO CPC. NÃO VIOLAÇÃO. PLANO DE SAÚDE. RECUSA INJUSTIFICADA DE COBERTURA. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL. REEXAME DE PROVAS. SÚMULAS NºS 5 E 7/STJ. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTO CAPAZ DE ALTERAR A DECISÃO AGRAVADA.

1. Não há falar em negativa de prestação jurisdicional se o tribunal de origem motiva adequadamente sua decisão, solucionando a controvérsia com a aplicação do direito que entende cabível à hipótese, apenas não no sentido pretendido pela parte.

2. É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a abusividade das cláusulas contratuais de planos de saúde pode ser aferida à luz do CDC sem que isso signifique ofensa ao ato jurídico perfeito.

3. É abusiva a negativa de cobertura pelo plano de saúde de procedimento, tratamento, medicamento ou material considerado essencial para preservar a saúde e a vida do paciente.

4. No caso, o tribunal de origem interpretou o contrato de forma favorável ao recorrido, afirmando que a limitação se mostrou abusiva, porquanto o contrato mais recente não continha previsão de exclusão dos exames. Incidência das Súmulas nºs 5 e 7/STJ.

5. Agravo regimental não provido.  
(AgRg no AREsp 492.007/SP, Rel. Ministro RICARDO

VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/05/2015, DJe 02/06/2015) (sublinhados nossos).

Dessa feita, não há que se tratar, no caso em apreço, de suposta desobediência as regras contratuais que violam, expressamente, o direito à saúde do consumidor, ao passo que restringe, inexoravelmente, a garantia à saúde e a vida da paciente.

Por fim, a parte recorrente postula haver ilegalidade de admissão dos critérios de aferição do valor a ser pago, regulados através de Decreto, apresentando tese visando a minoração do valor que lhe fora imputado na sanção administrativa.

Alega, para tanto, que há inconstitucionalidade no valor fixado através de decreto e que montante ultrapassa a proporcionalidade e razoabilidade que devem ser aplicadas na fixação da pena.

O argumento de inconstitucionalidade em si não se sustenta, pois a parte recorrente sequer descreve qual seria o parâmetro legal a ser examinado, havendo plena plausibilidade do Decreto 2.181, de 20 de março de 1997 representar meio legal suficiente para regulamentar a multa a ser fixada pelos Órgãos de Defesa do Consumidor, nos termos da legislação de regência. Acrescente-se que o art. 55, do Estatuto de Defesa do Consumidor prescreve que as normas relativas à produção, industrialização, distribuição e consumo de produtos e serviços, devem ser editadas pela União, os Estados e o Distrito Federal, em caráter concorrente.

Neste contexto, não cabe ao Poder Judiciário se imiscuir no mérito administrativo, de modo a efetivar incursão no grau de conveniência e oportunidade administrativas na fixação de valores sancionatórios, a fim de adotar conclusão diversa daquela à qual chegou a autoridade administrativa competente.

Em verdade, o controle jurisdicional do processo administrativo limita-se ao exame da regularidade do procedimento e à legalidade do ato, não sendo possível nenhuma incursão no mérito administrativo a fim de aferir o grau de conveniência e oportunidade determinados pela autoridade competente, conforme premissa do artigo 57 do Código de

Defesa do Consumidor. Portanto, observadas a gravidade da infração, a vantagem auferida pela empresa e a condição econômica do fornecedor, verifica-se a legalidade da exação administrativa. Noutro giro, mostra-se inviável a reanálise do *quantum* da multa aplicada, sob pena de invadir-se indevidamente o teor da decisão administrativa. Sob tal tema, seguem julgados do STJ:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. MULTA ADMINISTRATIVA. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 458 E 535 DO CPC/73. INEXISTÊNCIA. PROCON. ANÁLISE DE CONTRATOS E APLICAÇÃO DE MULTAS E OUTRAS PENALIDADES. COMPETÊNCIA. PRECEDENTES DO STJ. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. CONTROVÉRSIA RESOLVIDA, PELO TRIBUNAL DE ORIGEM, À LUZ DAS PROVAS DOS AUTOS. NECESSIDADE DE INTERPRETAÇÃO DE CLAUSULA CONTRATUAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS 5 E 7 DO STJ. PROPORCIONALIDADE DA MULTA APLICADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

I. Agravo interno aviado contra decisão publicada em 04/12/2017, que, por sua vez, julgara recurso interposto contra decisum publicado na vigência do CPC/73.

II. Na origem, trata-se de ação proposta por Omint Serviços de Saúde Ltda.

em desfavor da Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON, objetivando a anulação do auto de infração que lhe impôs multa de R\$ 500.498,67 (quinhentos mil, quatrocentos e noventa e oito reais e sessenta e sete centavos), ou, subsidiariamente, a redução do seu valor.

III. Não há falar, na hipótese, em violação aos arts. 458 e 535 do CPC/73, porquanto a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, de vez que os votos condutores do acórdão recorrido e do acórdão proferido em sede de Embargos de Declaração apreciaram fundamentadamente, de modo coerente e completo, as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida.

IV. Na forma da jurisprudência, “o PROCON, embora não detenha jurisdição, pode interpretar cláusulas contratuais, porquanto a Administração Pública, por meio de órgãos de julgamento administrativo, pratica controle de legalidade, o que não se confunde com a função jurisdicional propriamente dita, mesmo porque ‘a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’ (art. 5º, XXXV, da CF)” (STJ, REsp 1.279.622/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 17/08/2015).

No mesmo sentido: STJ, REsp 1.652.614/GO, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 27/04/2017; REsp 1.256.998/GO, Rel.

Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 06/05/2014.

V. O Tribunal de origem, ao examinar as provas dos autos e interpretar o contrato, concluiu que “os fatos ilegais perpetrados pela autora são evidentes: aplicou reajuste em periodicidade inferior a um ano, expressamente vedado por lei; a cláusula de reajuste e as conseqüências do inadimplemento não asseguraram informações corretas, claras e ostensivas, na apresentação do serviço, ferindo explícita disposição legal”. Nesse contexto, considerando a fundamentação do acórdão objeto do Recurso Especial, os argumentos utilizados pela parte recorrente somente poderiam ter sua procedência verificada mediante o necessário reexame de matéria fática, não cabendo a esta Corte, a fim de alcançar conclusão diversa, reavaliar o conjunto probatório dos autos, em conformidade com as Súmulas 5 e 7/STJ.

VI. No que tange à proporcionalidade da multa aplicada, o Tribunal a quo, à luz das provas dos autos, concluiu que “o critério para a aplicação das multas estipulado pela Portaria nº 06/2000, do PROCON, está de acordo com o princípio da proporcionalidade. A forma de apuração das multas obedece ao subprincípio da adequação, por obedecerem aos critérios e graduações estabelecidos pelo legislador consumerista, ou seja, a gravidade da infração, vantagem auferida e condição econômica do fornecedor”. Acrescentou que “a pena se mostra apta a atingir a sua função, qual seja, a de proteger os direitos básicos do consumidor, sendo imprescindível que ela efetivamente tenha um caráter intimidativo e desmotivador,

a fim de coibir práticas abusivas e ilegais e competir o fornecedor a gerenciar melhor o seu estabelecimento, estabelecendo-se uma regular relação de consumo”. Assim, a alteração do entendimento do tribunal de origem, a fim de aferir a proporcionalidade da penalidade atribuída ao autor, ensejaria a incursão nos aspectos fático-probatórios dos autos, procedimento vedado, em sede de Recurso Especial, ante a incidência da Súmula 7 do STJ.

VII. Agravo interno improvido.

(AgInt no REsp 1211793/SP, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/04/2018, DJe 10/04/2018).

CONSUMIDOR. PRÁTICA ABUSIVA. CLÁUSULAS ABUSIVAS EM CONTRATO DE ADESÃO A CARTÃO DE CRÉDITO. MULTA ADMINISTRATIVA APLICADA PELO PROCON AO FORNECEDOR. INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS PARA FINS DE REDUÇÃO DA SANÇÃO. INVIABILIDADE. SÚMULA 5/STJ. REEXAME DE PROVAS. DESCABIMENTO. SÚMULA 7/STJ. CONTRATO DE DURAÇÃO. INCIDÊNCIA DO CDC E DE SUAS ALTERAÇÕES.

1. O Procon-MG instaurou processo administrativo contra fornecedora de serviços de cartão de crédito, resultando na aplicação de multa por: cobrança de tarifa de administração; cobrança de taxa de emissão de boleto bancário para emissão mensal de fatura, independentemente de o pagamento ser realizado por meio de débito em conta, dinheiro ou cheque pós-datado; cobrança de tarifa de débito em conta corrente; contratação adesiva de cláusula de débito em conta corrente do cliente; cobrança de seguro por perda ou roubo do cartão; e envio de produtos e/ou serviços sem solicitação do consumidor.

2. Prática abusiva (lato sensu) é aquela que contraria as regras mercadológicas de boa e leal conduta com os consumidores, sendo, de rigor, sua prevenção, reparação e repressão. O Código de Defesa do Consumidor traz rol meramente exemplificativo de práticas abusivas (art. 39), cabendo ao juiz identificar, no caso concreto, hipóteses de violação dos princípios que orientam o microsistema.

3. Independentemente do número de consumidores lesados ou do abuso de poder econômico pelo fornecedor, a presença da cláusula abusiva no contrato é, por si só, reprovável, pois contrária à ordem econômica e às relações de consumo. O Código de Defesa do Consumidor elenca as cláusulas abusivas de modo não taxativo (art. 51), o que admite o enquadramento de outras abusividades que atentem contra o equilíbrio entre as partes.

4. O Código de Defesa do Consumidor (e suas alterações) pode ser aplicado “ao contrato que se renovou sob sua égide e que, por isso, não pode ser qualificado como ato jurídico perfeito” (REsp 735.168/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, DJe 26/3/2008.).

5. O Tribunal de origem, ao examinar as provas dos autos e interpretar o contrato, concluiu pela existência de cláusulas abusivas. Modificar o entendimento da instância ordinária, na via do recurso especial, encontra óbice nas Súmulas 5 e 7 do STJ.

6. A multa administrativa fixada pelo Procon é “graduada de acordo com a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica do fornecedor” (art. 57 do CDC). O reexame de sua proporcionalidade é vedado, em recurso especial, pela Súmula 7 do STJ.

Recurso especial da CETELEM Brasil S.A. - Crédito, Financiamento e Investimento parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido.

PROCESSO CIVIL E CONSUMIDOR. MAJORAÇÃO DE MULTA ADMINISTRATIVA APLICADA PELO PROCON. INVIABILIDADE NA VIA ESPECIAL. MAJORAÇÃO DA VERBA FIXADA A TÍTULO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SÚMULA 7/STJ.

1. A multa administrativa fixada pelo Procon baseia-se em critérios como “a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica do fornecedor” (art. 57 do CDC). O reexame de sua proporcionalidade para majorá-la ou reduzi-la é vedado em recurso especial por exigir revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos (Súmula 7 do STJ).

2. A fixação da verba honorária sucumbencial compete às instâncias ordinárias, já que envolve a apreciação equitativa e a avaliação subjetiva do julgador no quadro fático dos autos (Súmula 7 do STJ).

3. Eventual desproporção entre o valor da causa e o valor fixado a título de honorários advocatícios nem sempre indica irrisoriedade ou exorbitância da verba honorária, pois a fixação desta envolve a análise da efetiva complexidade da causa e do trabalho desenvolvido pelo advogado no patrocínio dos interesses da parte que representa.

Agravo do Estado de Minas Gerais conhecido para negar seguimento ao recurso especial.

(REsp 1539165/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/08/2016, DJe 16/11/2016).

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO ORDINÁRIA. MULTA ADMINISTRATIVA. PROCON.

VALOR. ADEQUAÇÃO. PRETENSÃO QUE ENCONTRA ÓBICE NA SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADO. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA ENTRE OS ACÓRDÃOS CONFRONTADOS.

1. A revisão da conclusão a que chegou o Tribunal de origem acerca da adequação do montante da multa administrativa aplicada pelo Procon à recorrente, em razão da observância dos requisitos previstos no art. 57 do CDC (gravidade da infração, vantagem auferida pela empresa e condição econômica do fornecedor), demanda o reexame dos fatos e provas constantes dos autos, o que é vedado no âmbito do recurso especial, nos termos da Súmula n. 7 do STJ.

2. Não se conhece do recurso especial interposto com base na alínea “c” do permissivo constitucional quando a divergência não é demonstrada nos termos em que exigido pela legislação processual de regência (art. 541, parágrafo único, do CPC, c/c art. 255 do RISTJ). No caso, a recorrente não demonstrou a existência de similitude fática e jurídica entre os arestos confrontados.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 836.916/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/03/2016, DJe 30/03/2016).

Por fim, no que tange a condenação pelos honorários advocatícios, e atendendo-se a premissa do art. 20, §3º, do CPC/73, ao passo que a decisão fora efetivada sob a vigência da legislação processual antecedente, acolho a pretensão do Estado do Ceará e, através de apreciação equitativa, estabelecida no pretérito §4º, do art. 20, do CPC/73, para majorar a condenação pelos honorários advocatícios de R\$ 500,00 (quinhentos reais) para R\$ 1.000,00 (um mil reais).

Diante do exposto, CONHEÇO dos recursos, mas para NEGAR PROVIMENTO ao recurso da Unimed Fortaleza Sociedade Cooperativa Médica Ltda, mantendo-se a decisão recorrida a qual julgou improcedente a Ação Anulatória de ato administrativo; e DAR PROVIMENTO ao recurso manejado pelo Estado do Ceará, majorando-se a condenação da sociedade cooperativa recorrente às custas e honorários advocatícios de R\$ 500,00 (quinhentos reais) para R\$ 1.000,00 (um mil reais).

É como voto.

Fortaleza, 19 de dezembro de 2018

PROCESSO N. 0135002-38.2016.8.06.0000

REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CÍVEL

APELANTE: ESTADO DO CEARÁ

APELADO: ALLAN MOREIRA SILVEIRA

RELATOR: DESEMBARGADOR FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA

**EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CÍVEL EM AÇÃO ORDINÁRIA. CONCURSO PÚBLICO PARA O CARGO DE ESCRIVÃO DA POLÍCIA CIVIL. REMARCAÇÃO DE PROVA PRÁTICA DE DIGITAÇÃO. VEDAÇÃO EDITALÍCIA. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL NÃO ALBERGADA PELA REGRA PROIBITIVA. CANDIDATO PREJUDICADO POR FATO OCORRIDO NO AMBIENTE DO CURSO DE FORMAÇÃO. RESPONSABILIDADE ATRIBUÍDA À DESÍDIA DOS RESPONSÁVEIS PELA ORGANIZAÇÃO DO CERTAME. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DO AMPLO ACESSO AOS CARGOS PÚBLICOS (ART. 5º, *CAPUT*, E ART. 37, I E II, DA CF/88). REMESSA NECESSÁRIA E RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDOS.**

1- A controvérsia cinge-se a aferir se a sentença que concedeu a segurança a candidato para garantir-lhe a realização de nova prova prática de digitação na qual fora reprovado vai de encontro à exegese delineada pelo STF no bojo do RE 630.733, submetido ao regime de repercussão geral.

2- O caso dos autos não é idêntico ao versado no paradigma invocado pelo recorrente. Primeiro, porque o feito não cuida de remarcação de teste

de aptidão física. Tal aspecto, por si só, não obstaría a aplicação da lógica daquele julgado ao presente, desde que as circunstâncias fáticas fossem análogas, em razão do dever de coerência imposto pelo art. 926, *caput*, do CPC. Porém, a hipótese em exame possui relevantes traços distintivos.

3- Do inteiro teor do acórdão proferido no RE 630.733 constata-se que o padrão decisório evocado tratou dos casos em que os candidatos, por razões externas ao certame, tais como doenças e problemas de ordem pessoal de modo geral, solicitam a remarcação de testes de aptidão física.

4- Na hipótese dos autos, o fato que prejudicou o candidato diz respeito à própria organização do concurso. Sua capacidade foi momentaneamente alterada em decorrência de acidente sofrido durante o Curso de Formação, que lhe causou traumatismo craniano, cuja responsabilidade atribui à negligência da Academia Estadual de Segurança Pública do Estado do Ceará (AESP), incumbida da realização daquela etapa. As alegações autorais foram corroboradas pelas provas produzidas e o ente público não se desincumbiu a contento do ônus de infirmá-las.

5- Não se está a discutir a higidez da cláusula editalícia que veda a concessão de nova oportunidade ao candidato reprovado no teste de digitação, cuja validade, inclusive, já foi reconhecida por esta Corte de Justiça. Precedente do TJCE.

6- Embora válida, a disposição editalícia não é absoluta e deve ser flexibilizada quando sua aplicação irrestrita infringir normas de superior

hierarquia. O ponto fundamental do debate ora travado diz respeito, portanto, ao alcance da regra, que não pode se sobrepor a preceitos com *status* constitucional, tais como os princípios da igualdade e do amplo acesso aos cargos públicos (art. 5º, *caput*, e art. 37, I e II, da CF/88), os quais, em razão das particularidades do caso concreto, restaram maculados por fato interno do concurso, relacionado à sua organização.

7- Deve, pois, ser mantida a sentença que, diante da excepcionalidade da espécie e em prestígio ao princípio da isonomia, entendeu pela não incidência da regra editalícia à hipótese e permitiu ao candidato a repetição do teste, no qual veio a ser aprovado.

8- Remessa necessária e recurso de apelação desprovidos.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Desembargadores integrantes da 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por julgamento de Turma e decisão unânime, em conhecer da remessa necessária e do recurso de apelação para negar-lhes provimento, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 15 de julho de 2019.

## RELATÓRIO

Trata-se de remessa necessária e apelação cível interposta pelo Estado do Ceará com o fim de obter a reforma da sentença (p. 477-484) proferida pelo Juiz de Direito Carlos Augusto Gomes Correia, respondendo

pela 4ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza, nos autos da ação ordinária promovida por Allan Moreira Silveira, ora apelado.

Na inicial, o autor alegou ter sido vitimado por golpe na cabeça, no interior da Academia Estadual de Segurança Pública do Estado do Ceará (AESP), quando participava do Curso de Formação e Treinamento Profissional para o cargo de Escrivão de Polícia Civil do Estado do Ceará, no âmbito do concurso regido pelo Edital nº 001/2014 – SSPDS/SEPLAG. O fato ocorreu dois dias antes da realização da prova prática de digitação, o que, segundo argumentou, prejudicou o seu desempenho no referido exame, no qual foi reprovado.

O Magistrado *a quo* julgou procedente o pedido inicial nos seguintes termos:

Diante do exposto, julgo procedente a presente ação, confirmo os efeitos da liminar concedida às fls. 356/359, que determinou o reingresso do autor no Curso de Formação para o Cargo de Escrivão de Polícia Civil de 1ª Classe do Estado do Ceará, disponibilizando-lhe a realização de nova prova prática de digitação, avaliações subsequentes, com o consequente e necessário abono de faltas e/ou reposição das aulas perdidas no Curso de Formação, concedendo ao autor, nos termos do art. 300, do novo CPC, a tutela de urgência, no sentido de garantir-lhe a nomeação e posse no cargo de Escrivão de Polícia Civil de 1ª Classe, em razão de ter sido classificado e aprovado no referido curso, destacando-se que a medida deve ser cumprida, caso tenham sido convocados para nomeação e posse os candidatos classificados até a colocação do autor. Sem custas.

Condeno o Estado do Ceará ao pagamento dos honorários advocatícios, que ora arbitro em R\$ 1.000,00 (um mil reais), nos termos do art. 85, § 8º do CPC.

Cumpra-se a tutela ora concedida, expedindo-se o devido mandado, em caráter de urgência.

Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição obrigatório. (p. 484).

Nas razões de apelação (p. 492-503) o Estado do Ceará alega, em suma, que a decisão de primeiro grau afrontaria o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento do Recurso Extraordinário n. 630.733, cuja exegese seria aplicável ao caso vertente. Concluiu-se, naquele julgado, que as alterações de condições físicas e psicológicas não são suficientes para que se conceda ao candidato nova oportunidade de realização de prova de concurso, principalmente quando este realiza o exame, é reprovado e, somente então, postula uma nova chance sob a alegação de não ter realizado a prova em boas condições de saúde. Por consequência, não haveria na espécie *sub judice* qualquer ilegalidade ou irregularidade atribuível à Administração Pública, que agiu em prestígio ao princípio da vinculação ao Edital (artigo 41 da Lei 8.666/93). Acrescenta que a concessão de nova oportunidade ao apelado nessa hipótese configuraria ofensa ao princípio da isonomia. Pede o provimento do recurso para reformar a sentença e requer a manifestação expressa sobre os artigos 2º, 5º e 37, I e II, todos da Constituição Federal de 1988.

Nas contrarrazões (p. 507-515), o apelado argumentou, em síntese, que o precedente do STF mencionado pelo Estado do Ceará não seria aplicável ao caso em tela, pois “o acidente que ocasionou o traumatismo craniano no demandante se deu por conta de uma desorganização (falha) da AESP, instituição estatal” e “se o tumulto não tivesse ocorrido, o Demandante não teria sido vitimado”, devendo o acidente ser considerado caso fortuito. Pugna pelo desprovimento do apelo e pela consequente manutenção da sentença.

O Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará **denegou** o pedido de suspensão da antecipação de tutela concedida ao apelante (p. 541-544).

Instada a se manifestar, a Procuradoria Geral de Justiça apresentou o parecer de p. 558-566, em que opina pelo **desprovimento** do apelo, sob o fundamento de que a situação de desigualdade sofrida pelo recorrido, causada pelo traumatismo craniano, resultou de fato ocorrido nas dependências da AESP, ambiente estatal, durante o curso de formação.

O apelado peticionou à **p. 569** para informar que foi nomeado para o cargo de Escrivão da Polícia Civil Classe D no dia 14/05/2018 por força da liminar.

É o relatório.

## VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhecimento do apelo e da remessa necessária.

A controvérsia cinge-se a aferir se a sentença impugnada vai de encontro à exegese delineada pelo Supremo Tribunal Federal, no bojo do Recurso Extraordinário 630.733, submetido ao regime de repercussão geral.

O *decisum* concedeu a segurança a candidato participante do concurso público destinado ao provimento do cargo de Escrivão da Polícia Civil do Estado do Ceará, organizado pela Fundação VUNESP (Edital n. 001/2014, DOE de 19/09/2014 - p. 82-95), assegurando-lhe a realização de **nova prova prática de digitação**.

No apelo, o Estado do Ceará defende que o provimento judicial afronta o entendimento consagrado pelo STF no referido julgado (RE 630.733-DF), sintetizado na seguinte tese da repercussão geral:

Inexiste direito dos candidatos em concurso público à prova de segunda chamada nos **testes de aptidão física**, salvo contrária disposição editalícia, em razão de circunstâncias pessoais, ainda que de caráter fisiológico ou de força maior, mantida a validade das provas de segunda chamada realizadas até 15/5/2013, em nome da segurança jurídica. (Tema 335 da Repercussão Geral; **grifei**).

Segundo aduz o recorrente, a questão em análise encontra-se albergada pelo posicionamento hoje prevaletente na Suprema Corte, no sentido de que as alterações de condições físicas e psicológicas de candidato não são suficientes para que se lhe conceda nova oportunidade de realização de prova em concurso, principalmente quando aquele se submete ao teste,

é reprovado e apenas posteriormente postula o direito a uma nova chance, sob a alegação de não dispor de boas condições de saúde para tanto.

A solução da controvérsia pressupõe a compreensão da teoria dos precedentes à luz da codificação vigente, que fortaleceu sobremaneira a tendência de se estimular a uniformização da jurisprudência, antes já expressada com a criação da Súmula Vinculante e do regime de julgamento conjunto de recursos especiais e extraordinários repetitivos.

Do imperativo contido no *caput* do artigo 926 do CPC, segundo o qual: “Os Tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la íntegra, estável e coerente”, extrai-se o manifesto intuito de disciplinar a aplicação do direito jurisprudencial, tudo em prestígio à segurança jurídica, à isonomia e à razoável duração do processo.

O dever de uniformidade a que se refere o Código de Processo Civil consubstancia-se em evitar divergências entre diferentes órgãos julgadores, mormente quando integrantes de um mesmo tribunal, acerca de idêntica questão.

A estabilidade funda-se na manutenção dos entendimentos firmados, o que “não significa engessamento, mas tão somente uma pressão normativa – superável – para que um precedente, uma vez produzido, não seja alterado”.<sup>1</sup> Do dever de estabilidade decorre a conclusão de que a carga argumentativa para a superação do precedente deve ser maior do que a ordinária, enquanto a aplicação do precedente a casos semelhantes impõe menor ônus persuasivo, eis que basta indicar a *ratio decidendi* do precedente utilizado e demonstrar que o caso em julgamento é similar a ponto de ser regido pela norma extraída do julgado.<sup>2</sup>

A obrigação de coerência consiste em evitar a contradição lógica entre os posicionamentos adotados pelo tribunal. Enquanto o ideal de uniformidade corresponde à inexistência de divergência sobre um mesmo tema, a coerência decorre da utilização da mesma premissa para

---

1 PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 166.

2 DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paulo Sarno. **Curso de direito processual civil**. 11. Ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 2, p. 488.

casos que, embora diversos, estejam relacionados entre si. Ravi Peixoto assim ilustra a matéria:

Se um tribunal afirma que a legitimidade passiva no mandado de segurança é da pessoa jurídica, deve afirmar que as informações prestadas pela autoridade coatora são apenas elementos de prova, não gerando revelia e não se aplicando a regra da eventualidade; caso o posicionamento seja de que a legitimidade passiva é da pessoa física da autoridade impetrada, terá de defender que as informações prestadas têm natureza de resposta, sendo submetida à regra da eventualidade e a sua falta implicaria revelia.<sup>3</sup>

Já a integridade está relacionada à noção de unidade do ordenamento jurídico.<sup>4</sup> Busca-se “impedir o voluntarismo judicial e as argumentações arbitrárias, eis que compete ao juiz decidir em conformidade com o direito em toda a sua complexidade (normas constitucionais, administrativas, negociais, precedentes etc.)”<sup>5</sup>

Lênio Streck associa a noção de integridade e coerência à obra de Ronald Dworkin e sua teoria da *chain novel*, expressão traduzida como “romance em cadeia”.<sup>6</sup> O jusfilósofo americano compara o trabalho dos magistrados ao de romancistas que escrevem um único romance em série, incumbindo a cada um dos responsáveis por dar continuidade à história um dever de coerência com o que foi produzido até então. Assim explica Dworkin:

---

3 PEIXOTO, *op. cit.*, p. 166.

4 Nesse sentido, o enunciado n. 456 do FPPC: “Uma das dimensões do dever de integridade consiste em os tribunais decidirem em conformidade com a unidade do ordenamento jurídico”.

5 PEIXOTO, *op. cit.*, pp. 167-168.

6 STRECK, Lenio Luiz. **Porque a discricionarietà é um grave problema para Dworkin e não o é para Alexy / Why judicial discretion is a problem to Dworkin but not to Alexy.** *Revista Direito e Práxis*, [s.l.], v. 4, n. 7, p. 343-367, 10 dez. 2013. Universidade de Estado do Rio de Janeiro. <http://dx.doi.org/10.12957/dep.2013.8350>.

[...] cada romancista, a não ser o primeiro, tem a dupla responsabilidade de interpretar e criar, pois precisa ler tudo o que foi feito antes para estabelecer, no sentido interpretativista, o que é o romance criado até então. Deve decidir como os personagens são “realmente”, que motivo os orientam, qual é o tema ou o propósito do romance em desenvolvimento, até que ponto algum recurso ou figura literária, consciente ou inconscientemente usado, contribui para estes, e se deve ser ampliado, refinado, aparado ou rejeitado para impelir o romance em uma direção ou outra. [...]

Decidir casos controversos no Direito é mais ou menos como esse estranho exercício literário. A similaridade é mais evidente quando os juízes examinam e decidem casos do *Common Law*, isto é, quando nenhuma lei ocupa posição central na questão jurídica e o argumento gira em torno de quais regras ou princípios de Direito “subjazem” a decisões de outros juízes, no passado, sobre matéria semelhante. Cada juiz, então, é como um romancista na corrente.<sup>7</sup>

A partir desse raciocínio, Humberto Theodoro Júnior alerta que o uso do direito jurisprudencial não permite a escolha de trechos de julgados em consonância com o interesse de confirmação do aplicador, de acordo com suas preferências, pois “é preciso promover uma reconstrução de toda a história institucional do julgamento do caso, desde o seu *leading case*, para que evitemos o clima de *self service* insano, ao gosto do intérprete, que vivenciamos na atualidade”<sup>8</sup>.

O CPC adere a essa ideia ao assim dispor:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a summa do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

---

7 DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. trad. de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 236-238.

8 THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. **Novo CPC: Fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 307.

**II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;**

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º **Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial**, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, **que:**  
[...]

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, **sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;**

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, **sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.**

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé. (**grifei**).

Portanto, a aplicação de um precedente pressupõe a interpretação a partir de todos os seus elementos, com destaque para os seus fundamentos determinantes, que abrangem não apenas todas as questões jurídicas debatidas, mas também a matéria fática.

Não se deve aplicar a tese de um precedente vinculante ou até mesmo o enunciado de súmula da jurisprudência indistintamente aos casos submetidos à cognição do magistrado, como se fossem texto legal, considerando que este último é dotado de abstração, enquanto os primeiros não o são.

O Supremo Tribunal Federal aponta a necessidade de distinção dos pressupostos fáticos dos precedentes ao tratar da possibilidade de remarcação do teste de aptidão física de candidata que esteja grávida à época de sua realização. Em casos tais, a Corte Excelsa rejeita a aplicação da

orientação firmada no RE 630.733 e afasta a incidência da vedação do edital mediante argumentação principiológica. Nesse sentido:

Ressalto, inaplicável ao caso a orientação firmada no julgamento do RE 630.733, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado sob a sistemática da repercussão geral, no qual decidiu-se pela impossibilidade de remarcação de teste físico em razão de problema temporário de saúde quando presente vedação expressa no edital. Com efeito, a hipótese presente versa situação fática distinta, conforme consignado pela Corte de origem, porquanto “(...) não há previsão no edital no sentido de que a candidata será eliminada em virtude de gravidez (...)”, tampouco constitui estado de gravidez “problema temporário de saúde”. (ARE 820.065-AgR, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, DJe de 17/12/2015).

Diversamente do que sustenta o Agravante, não afronta o princípio da isonomia entre os candidatos o que decidido pelo Tribunal de origem assegura-o [*sic*], pois impedir a candidata grávida de prosseguir no certame seria tratar de maneira desigual pessoa em condições peculiares a necessitar de cuidados especiais.

Não há como se ter considerar contrariado o princípio da isonomia, que, conforme assente na doutrina, consiste justamente em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades. Tampouco houve afronta aos requisitos exigidos para a admissão em concurso público, por se tratar de **situação excepcional, sem previsão nas normas editais** [...] (ARE 901.116, Rel. Min. Cármen Lúcia, decisão monocrática, julgado em 06/08/2015; **grifei**).

A repercussão geral da matéria foi reconhecida no RE 1.058.333, pendente de julgamento, em cujos autos o Ministro Luiz Fux, Relator, assim se manifestou:

Nada obstante, considero inaplicável às candidatas gestantes o entendimento assentado no julgamento do RE 630.733, que tratou de remarcação em razão de problema temporário de saúde, hipótese absolutamente diversa da presente.

A incongruência do Tema 335 da Repercussão Geral aos pleitos de gestantes tem sido o entendimento prevalecente em diversas decisões recentes, como RE 1.065.080, Rel. Min. Celso de Mello julgado em 10/08/2017; RE 1.015.798, Rel. Min. Dias Toffoli julgado em 09/02/2017; ARE 820.065-AgR, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, DJe de 17/12/2015; ARE 901.116, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 06/08/2015; e AI 825545 AgR, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 13/04/2011. (Brasília – residência –, 19 de outubro de 2017).

Mesmo em casos idênticos no plano fático, deve-se observar se determinado argumento suscitado na hipótese em exame fora enfrentado no julgado paradigma, o que pode vir a ensejar a superação do precedente.

Consideradas tais premissas, cumpre perquirir se a tese firmada pelo STF no RE 630.733-DF incide na espécie em análise, o que pressupõe o cotejo fático entre as demandas e a extração da *ratio decidendi* do julgado paradigmático.

Infere-se dos autos que no dia 11 de fevereiro de 2016, durante o Curso de Formação para o cargo de Escrivão da Polícia Civil do Estado do Ceará, **dois dias antes da etapa do concurso consistente na prova prática de digitação**, ao caminhar pelo corredor da **Academia Estadual de Segurança Pública do Ceará - AESP**, o apelado foi surpreendido por outro candidato que o atingiu culposamente com uma cotovelada. A força do impacto jogou sua cabeça contra uma janela do corredor da AESP, provocando um corte na região frontal direita, e os exames médicos atestaram a ocorrência de **traumatismo craniano**. Tais sequelas o impossibilitaram de obter desempenho satisfatório na prova de digitação, levando à sua reprovação.

O fato, segundo afirma o postulante, ocorreu no próprio local do curso, durante tumulto causado pela liberação antecipada de uma das turmas e por negligência da AESP.

As circunstâncias narradas não foram contestadas pelo ente público. Este limitou-se a asseverar que o acidente, embora acontecido dentro do espaço físico da AESP, não foi acarretado por fato relacionado diretamente ao curso.

Das provas acostadas destaco as seguintes: fotos do autor com a lesão aparente (p. 215); declaração de atendimento hospitalar no dia 11/02/2016 (p. 216); laudo médico atestando ferimento cortocotuso no supercílio direito frontal, dia 11/02/2016, evoluindo com cefaleia, realizado sutura e curativo local com uso de antibiótico e anti-inflamatório oral, sendo orientado profilaxia do tétano (p. 217); ficha de atendimento hospitalar no dia 13/02/2016 com queixa de cefaleia intensa (p. 218); atestado subscrito pela Médica Neurologista Dra. Lúcia Helena C. L. Falcão (CRM 2260) datado de 16/02/2015 segundo o qual o paciente encontrava-se em tratamento por apresentar cefaleia intensa após traumatismo craniano frontal direito (p. 219); comunicação interna da Célula de Formação Profissional da AESP, que narra a acareação realizada com os candidatos envolvidos no fato em questão (p. 226-227); atestado de que o candidato interessado foi prejudicado no seu exame prático de digitação ocorrido em 14/02/2016 em razão do traumatismo craniano sofrido em 11/02/16 (p. 259).

**Após a concessão de medida liminar (p. 356-359), o candidato foi aprovado no teste em questão com nota 9,65 (p. 390-391).** Na sentença, o magistrado de primeiro grau concedeu a segurança por entender que, diante da excepcionalidade do caso, o deferimento de nova oportunidade ao autor não configura tratamento diferenciado e privilegiado, nem desrespeito aos princípios da igualdade ou aos termos editalícios (p. 479).

A começar do escorço fático supra, constata-se que o caso dos autos não é idêntico ao versado no paradigma invocado pelo recorrente. Primeiro, porque o presente feito não cuida de remarcação de teste de aptidão física. Tal aspecto, por si só, não obstará a aplicação da lógica daquele julgado ao presente, desde que as circunstâncias fossem análogas, em virtude do dever de coerência abordado linhas acima. Porém, a hipótese em exame possui relevantes traços distintivos em relação ao precedente oriundo do STF, consoante passo a demonstrar.

**O Recurso Extraordinário 630.733-DF** foi interposto contra acórdão do Tribunal Federal da 1ª Região assim ementado:

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. AGENTE DE POLÍCIA FEDERAL. PROVA DE CAPACIDADE FÍSICA. CANDIDATO QUE SE APRESENTA TEMPORARIAMENTE INCAPACITADO PARA SUA REALIZAÇÃO, COMPROVADA POR ATESTADO MÉDICO. PRETENSÃO A SEGUNDA CHAMADA. POSSIBILIDADE.

1. Afigura-se ofensiva ao princípio da isonomia disposição, contida na Instrução Normativa n. 5/2001/ANP, que não leva em consideração, para efeito de realização da prova de aptidão física de candidatos a concurso público para provimento de cargos da Carreira Policial Federal, as alterações psicológicas e fisiológicas temporárias, comprovadas por atestado médico, como no caso.

2. Sentença concessiva da segurança, que se confirma.

3. Apelações e remessa oficial, esta tida por interposta, desprovidas.

(TRF1, Apelação em Mandado de Segurança - AMS 10540 DF 2002.34.00.010540-4, 6ª Turma, Relator: Des. Federal Daniel Paes Ribeiro, julgado em 03/11/2003).

**Naquele caso, o recorrido não se submeteu ao teste de aptidão física na data designada pelo edital do concurso, pois estava temporariamente incapacitado em virtude de doença (epicondilite gotosa no cotovelo esquerdo) comprovada por atestado médico.**

O Tribunal de origem, com fundamento no princípio da isonomia, afastou a regra prevista na Instrução Normativa n. 5/2001 ANP/DPF que regulamenta a aplicação da prova de capacidade física nos processos seletivos instituídos pela Academia Nacional de Polícia, na qual consta que “os casos de alterações orgânicas (estados menstruais, indisposições, câibras, contusões, etc.) que impossibilitem o candidato de submeter-se aos testes ou diminuam sua capacidade física e/ou orgânica não serão aceitos para fins de tratamento diferenciado por parte da Administração”.

Assim ponderou o Ministro Gilmar Mendes, Relator do julgado paradigmático:

Há que se ressaltar que a discussão não se restringe à eventual violação do princípio da isonomia pela mera remarcação do teste de aptidão física. *In casu*, repita-se, há norma editalícia expressa que veda a remarcação em casos de

alteração “psicológica e/ou fisiológica temporários (estados menstruais, luxações, fraturas, etc.) que impossibilitem a realização das provas ou diminuam a capacidade física dos candidatos” (item 5.18.8).

Embora esta Corte tenha firmado posicionamento acerca da possibilidade de se remarcar teste físico em razão de ocorrência de casos fortuitos, a existência de previsão editalícia que prescreva que alterações corriqueiras de saúde não são aptas a ensejar a remarcação do teste físico não viola o princípio da isonomia.

[...]

A essência do princípio da isonomia não configura, de plano, a possibilidade de realização de segunda chamada em etapa de concurso público decorrente de situações individuais e pessoais de cada candidato. Tal fato, todavia, não inviabiliza que bancas examinadoras entendam por pertinente a inclusão da referida cláusula em edital de concurso, uma vez tratar-se de disposições referentes à organização e realização do certame. É certo que, se tais disposições estivessem presentes em determinado edital, e fosse possibilitado a alguns candidatos a remarcação do teste em detrimento de outros em mesmas condições, estaria, aí sim, configurada a violação ao citado preceito constitucional. **A meu ver, a norma editalícia que prevê a impossibilidade de remarcação do teste físico para data diversa daquela prevista no edital, em virtude de alterações fisiológicas de forma geral, estabelece tratamento isonômico a todos os candidatos que, estando em presumida posição de igualdade dentro da mesma relação jurídica, são tratados de forma igualitária.**

Ademais, há que se levar em conta o **interesse público**, tendo sempre em vista que a Administração ao realizar um concurso público pretende não apenas a escolha dos candidatos mais bem qualificados, mas também que a escolha seja realizada com transparência, impessoalidade e igualdade, com o menor custo para os cofres públicos.

Assim, não me parece razoável a movimentação de toda a máquina estatal para privilegiar determinados candidatos que se encontravam impossibilitados de realizar alguma das etapas do certame **por motivos exclusivamente individuais**

**e particulares.** Trata-se de obediência aos princípios da isonomia e impessoalidade. Permitir a remarcação do teste de aptidão física em **situações previsíveis e corriqueiras**, abriria precedentes para possibilidade de adiamento de qualquer etapa do certame, o que causaria verdadeiro tumulto e dispêndio desnecessário para a Administração. Outra questão que deve ser levada em consideração é o limite de quantas vezes admitir-se-ia a remarcação do teste, pois é possível que, marcada a segunda chamada, o candidato ainda não se encontrasse em plenas condições para realizá-la. Ora, não é razoável que a Administração fique à mercê de situações adversas para colocar fim ao certame, deixando os concursos em aberto por prazo indeterminado. Se cada caso for isoladamente considerado, conferindo-se tratamento diferenciado a cada candidato que apresentar doença, a conclusão do processo seletivo poderia restar inviabilizada. [...]

Em síntese, entendo que tanto a Administração Pública quanto os candidatos estão vinculados às normas do edital, e verifico que a cláusula editalícia que proíbe a remarcação do teste de aptidão física para data diversa daquela prevista no edital em virtude de caso fortuito que atinja a higidez física do candidato não padece de inconstitucionalidade, mas, ao contrário, confere eficácia ao princípio da isonomia à luz dos postulados da impessoalidade e da supremacia do interesse público. (RE 630733, Relator: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 15/05/2013).

Como se nota, o precedente tratou dos casos em que os candidatos, **por razões externas ao certame**, tais como doenças e problemas pessoais de modo geral, solicitam a remarcação de testes de aptidão física. Mais por conveniência administrativa do que pela observância ao princípio da isonomia, como forma de não dilatar demasiadamente os prazos dos certames e onerar ainda mais os cofres públicos em razão de intercorrências pessoais dos candidatos, o reconhecimento da validade da cláusula do edital que veda a remarcação é o entendimento que melhor se adequa aos princípios e regras que regem a Administração Pública.

No caso dos autos, todavia, o fato que prejudicou o candidato diz respeito à própria organização do concurso. Sua capacidade foi momentaneamente alterada em decorrência de acidente cuja responsabilidade atribui à negligência da AESP, e **o Estado não se desincumbiu do ônus de afastar a tese da sua responsabilidade.**

A corroborar tal entendimento, colho do Parecer n. 1656/2016, lavrado pelo Procurador do Estado, Fábio Carvalho de Alvarenga Peixoto em Recurso Administrativo do candidato, *in verbis*:

O entendimento jurisprudencial é de impossibilidade de concessão de segunda oportunidade a candidatos afetados por circunstâncias pessoais.

Porém, no caso concreto, a despeito do posicionamento jurisprudencial, entendo que a simples negativa pode representar sacrifício ao princípio da igualdade de oportunidades. Explique-se:

No caso sob análise, **a circunstância potencialmente prejudicial ao candidato-interessado ocorreu nas dependências da AESP, durante a realização de curso de formação.** A AESP informa que:

“[...] **outro candidato no tumulto nos corredores da AESP** (5º andar) quando no encerramento vespertino das atividades discentes do dia 11/02/2015 (quinta-feira), lhe atingiu na altura do olho direito, ou seja, foi atingido pelo cotovelo de um candidato do Grupo 03 - EPC na parte superior do olho direito (...) 1. O referido compareceu ao médico e após consulta foi suturado (4 pontos)”.

A questão deve ser analisada sob o prisma da máxima da proporcionalidade do postulado da ponderação: “[...] afigura-se inegável que, não raras vezes, a aplicação do princípio da proporcionalidade decorre de uma compreensão ampla e geral da ordem jurídica como um todo”.

**Trata-se aqui de possível desigualdade causada pela ação de um agente quase-estatal (aluno-candidato), em ambiente estatal (AESp), em momento relacionado ao próprio concurso (curso de formação).**

**A aplicação pura e simples do princípio da vinculação ao edital acarretaria, no caso concreto, a violação do princípio da igualdade de oportunidades, uma vez que o estado deixaria de dar tratamento desigual a indivíduo cuja desigualdade decorreu de fatos, como já se viu, em elevado grau relacionados ao próprio ente público e ao concurso público em questão.**

Uma vez constatadas (i) a significativa debilidade psíquica, e (ii) a relação entre esta e os falos narrados pelo candidato-interessado, mais razoável seria mitigar a regra editalícia para o fim de autorizar, na situação excepcionalíssima, o refazimento do exame. (p. 306-307; **grifos no original**).

A situação também difere daquelas em que o candidato, durante exame de aptidão física, sofre lesão e vem a ser reprovado. O STF enfrentou a matéria no RE 351.142, *in verbis*:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ISONOMIA. CONCURSO PÚBLICO. PROVA DE APTIDÃO FÍSICA. LESÃO TEMPORÁRIA. NOVA DATA PARA O TESTE. INADMISSIBILIDADE. 1. Mandado de segurança impetrado para que **candidata acometida de lesão muscular durante o teste de corrida pudesse realizar as demais provas físicas em outra data.** Pretensão deferida com fundamento no princípio da isonomia. 2. **Decisão que, na prática, conferiu a uma candidata que falhou durante a realização de sua prova física uma segunda oportunidade para cumpri-la. Benefício não estendido aos demais candidatos. Criação de situação anti-isonômica.** 3. Recurso extraordinário conhecido e provido.

(RE 351142, Relatora: Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 31/05/2005).

A jurisprudência deste Tribunal de Justiça não diverge desse entendimento (Apelação Cível 0020721-21.2006.8.06.0001; Relator: Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha, 1ª Câmara Direito Público, julg. 17/12/2018).

Entretanto, mesmo nessas hipóteses deve haver um tratamento distinto se a causa da lesão for imputável à organizadora do concurso. Para

ilustrar, imagine-se que o certamista submetido a teste de corrida sofra um grave corte no pé ao pisar em objeto cortante jogado à pista durante a prova e, devido à lesão, venha a ser reprovado. Nessa hipótese, se o candidato foi colocado em evidente desvantagem em relação aos concorrentes por desídia da organização do concurso, a sua automática exclusão do certame seria ofensiva ao princípio da isonomia.

Da mesma forma, entendo que o caso dos autos é peculiar, **não se lhe aplicando o precedente assentado no julgamento do Recurso Extraordinário 630.733**. O parecer final do recurso administrativo colacionado às p. 309-311, embora desfavorável ao candidato, fortalece tal conclusão ao asserir que:

Embora o caso possa nos trazer peculiaridade que o distancie do precedente julgado pelo Supremo, contrário à sua pretensão, cremos, em reserva ao Parecer, com a devida vênia, que o deslinde da questão não tem como ser favorável, na esfera administrativa, ao interessado. (p. 310).

Não se está a discutir a higidez da cláusula editalícia que veda a concessão de nova oportunidade ao candidato reprovado no teste de digitação, cuja validade, inclusive, já foi reconhecida por esta Corte de Justiça:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA. CONCURSO PÚBLICO. ESCRIVÃO DA POLÍCIA CIVIL DO ESTADO DO CEARÁ. CANDIDATA CONSIDERADA INAPTA NA PROVA PRÁTICA DE DIGITAÇÃO. PRETENSÃO DE NOVA OPORTUNIDADE. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO EXPRESSA NO EDITAL. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. A agravante, considerada inapta na prova prática de digitação do concurso para provimento do cargo de Escrivão da Polícia Civil do Estado do Ceará, pretende obter tutela jurisdicional que lhe conceda uma nova oportunidade para a realização do referido teste. 2. Sobre a prova prática de digitação, de caráter eliminatório, o edital dispõe acerca da impossibilidade de segunda chamada ou repetição do exame, bem como que o candidato inapto será eliminado do certame. 3. No tocante ao controle dos critérios

de formulação e avaliação das provas, o STF, com supedâneo no princípio da separação dos poderes, firmou o entendimento de que “não compete ao Poder Judiciário substituir a banca examinadora para reexaminar o conteúdo das questões e os critérios de correção utilizados, salvo ocorrência de ilegalidade ou de inconstitucionalidade” (Tese de Repercussão Geral nº 485, RE 632.853, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJE 29.06.2015). 4. Desse modo, considerando a inaptidão da agravante na prova de digitação em virtude de não ter alcançado a nota mínima prevista no edital, não se antevê a pertinência da tese recursal de ilegalidade por parte da banca examinadora ao não lhe conceder uma nova oportunidade para a sua realização, nos moldes do exame de capacidade física para os cargos de Delegado e Inspetor, haja vista a vedação expressa no edital, além do que as regras previstas em cada instrumento convocatório aplicam-se exclusivamente ao cargo correspondente. 5. Outrossim, acolher a pretensão da recorrente com a redesignação de nova oportunidade para a realização do referido teste ofenderia o princípio da isonomia, que deve reger os certames públicos. 6. Agravo de instrumento conhecido e desprovido.

(Agravo de Instrumento 0622697-94.2018.8.06.0000; Relator: DES. FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 1ª Câmara Direito Público; Data do julgamento: 24/09/2018).

Embora válida, a disposição editalícia não é absoluta e deve ser flexibilizada quando sua aplicação irrestrita infringir normas de superior hierarquia. O ponto fundamental do debate ora travado diz respeito, portanto, ao **alcance** da regra, que não pode se sobrepor a preceitos com *status* constitucional, tais como os princípios da igualdade e do amplo acesso aos cargos públicos (art. 5º, *caput*, e art. 37, I e II, da CF/88), os quais, no caso concreto e em razão das particularidades expostas, restaram maculados por fato interno do concurso, relacionado à sua organização.

Feita a distinção entre o caso ora enfrentado e o padrão decisório apontado pelo recorrente, entendo que o apelo não merece provimento. As provas robustecem as alegações autorais no sentido de

que a lesão sofrida pelo candidato foi causada no interior da Academia Estadual de Segurança Pública do Estado do Ceará, no âmbito do curso de formação, em tumulto ocorrido durante o encerramento vespertino das atividades, fato que poderia ser evitado pela organização do certame com a tomada de medidas básicas de segurança, tais como a liberação progressiva dos formandos, enfileiramento, dentre outras. O apelante, por seu turno, não infirmou adequadamente os fundamentos que atribuem a si a responsabilidade pelo ocorrido.

Deve, pois, ser mantida a sentença que, diante da excepcionalidade do caso e em prestígio ao princípio da isonomia, entendeu pela não incidência da regra editalícia à hipótese e permitiu ao candidato a repetição do teste.

Diante do exposto, conheço da remessa necessária e do recurso de apelação para negar-lhes provimento.

É como voto.

PROCESSO: 0185181-49.2011.8.06.0001 - APELAÇÃO

APELANTE: JOSÉ MESQUITA ARAÚJO

APELADO: ESTADO DO CEARÁ

CUSTOS LEGIS: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL

RELATOR: DESEMBARGADOR PAULO FRANCISCO BANHOS PONTE

**EMENTA: RECURSO DE APELAÇÃO. DIREITO ADMINISTRATIVO. DEMISSÃO DE POLICIAL DA PMCE. INFRAÇÃO DISCIPLINAR QUE CONSISTE NA VENDA DE MUNIÇÃO DURANTE OPERAÇÃO POLICIAL. ALEGAÇÃO DE PUNIÇÃO DESUMANA E DESARRAZOADA. INOCORRÊNCIA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR QUE ATENDE AOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS DA LEGALIDADE, DA AMPLA DEFESA, DO CONTRADITÓRIO, DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. SANÇÃO QUE CORRESPONDE À GRAVIDADE DA INFRAÇÃO E CONSIDERA O HISTÓRICO DO POLICIAL. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA. HONORÁRIOS MAJORADOS PARA R\$ 2.000,00 (DOIS MIL REAIS).**

1. A presente querela versa sobre a legalidade acerca da pena aplicada a um ex-policia, outrora pertencente aos quadros da Polícia Militar do Ceará, que, supostamente, pôs em risco a si mesmo, à corporação e à segurança da Sefaz, quando vendeu a munição da qual dispunha para realizar a proteção do órgão público objeto de operação policial, fato este que culminou na

sua submissão ao Conselho de Disciplina da instituição, que determinou sua demissão das fileiras da PMCE.

2. Registre-se que, na presente controvérsia, foi instaurado procedimento administrativo disciplinar em desfavor do recorrente, por meio da Portaria nº 063/2010-CDDP/3, que resultou na aplicação de medida sancionatória, procedendo à demissão do policial militar, conforme se extrai do documento presente às fls. 21/23 dos autos.

3. Cumpre asseverar que a insurgência recursal, no tocante à alegação de ausência de comprovação do Conselho de Ética da PMCE acerca do fato de que o recorrente tinha consigo “as diárias de pousada e alimentação” não merece ser acolhida. Embora, à época da suposta infração, o autor não dispusesse, de fato, de valores concedidos pela instituição para custear hospedagem e alimentação necessários à Operação Sefaz, tal argumento não justifica a prática da venda de munições, circunstância que compromete o sucesso da operação e a segurança dos envolvidos. Desse modo, caso o autor viesse a desembolsar valores para custear gastos imediatamente decorrentes da operação, deveria ter procedido ao requerimento administrativo do ressarcimento. Isso em virtude do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

4. Ao compulsar os autos, percebe-se, ainda, que o recorrente é reincidente em transgressões disciplinares, tendo sido submetido a inúmeras medidas disciplinares, conforme conteúdo do documento apresentado pelo Estado do Ceará constante nos presentes fólios. Ressalte-se que tal

circunstância há de ser levada em consideração durante o momento em que a respectiva sanção de demissão foi ponderada.

5. Válido fazer menção aos dispositivos correspondentes aos incisos XIV, XVI, XIX, XXXII e LVIII, do art. 13, §1º, da Lei Estadual nº 13.407/2003. Todos eles consistem em transgressões disciplinares efetivamente configuradas no ato antijurídico do autor, ao ter procedido à venda da munição ao qual foi confiada em virtude de sua condição de policial militar. Note-se que é possível enquadrar a conduta, ainda, ao crime de peculato, tipificado no art. 312 do Código Penal, contudo, não se torna necessário desenvolver maior discussão quanto a este aspecto, em virtude da via processual eleita.

6. Em que pese a extensa argumentação do recorrente acerca da configuração de liame entre sua condição de dependente químico e o ato antijurídico por ele praticado, reputo indispensável levar em consideração as conclusões tecidas em sede de laudo pericial psiquiátrico, presente às fls. 333/341. Na ocasião, os peritos designados foram capazes de averiguar que inexistente liame entre a referida perturbação da saúde mental e o ilícito cometido. Em suas palavras, as motivações para o ato criminoso foram outras que não a psicopatologia do periciando.

7. Noutro giro, cumpre assinalar que a jurisprudência dos Tribunais Superiores e a doutrina pátria mais abalizada têm entendido pela possibilidade do exercício, pelo Poder Judiciário, da sindicabilidade dos atos administrativos,

como o ato de demissão ora em questionamento jurisdicional. Contudo, o que se percebe, ao apreciar a situação narrada nos presentes autos, é que o ato administrativo que culminou na demissão do ex-policiaI militar atende, perfeitamente, aos preceitos constitucionais da legalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, motivo pelo qual a sanção de demissão deve prevalecer. 8. Recurso de Apelação conhecido e desprovido. Sentença mantida. Honorários sucumbenciais majorados de R\$ 800,00 (oitocentos reais) para R\$ 2.000,00 (dois mil reais), atendendo ao art. 85, §2º, I e IV, e §11, do Código de Processo Civil.

### **ACÓRDÃO**

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

Fortaleza, 16 de dezembro de 2019

### **RELATÓRIO**

Na origem, tratava-se de Ação de Rito Ordinário com Pedido de Antecipação de Tutela Jurisdicional proposta por José Mesquita Araújo contra o Estado do Ceará, na qual alega ter sido submetido a Conselho de Disciplina que determinou sua demissão das fileiras da PMCE, pela suposta venda de 14 (quatorze) cartuchos de munição calibre .38, pertencente à carga da própria Polícia Militar do Estado do Ceará, enquanto se encontrava a serviço da instituição na Operação Sefaz, que se deu no município de Ipumirim/CE.

Sentença às fls. 396/410, por meio da qual o juízo da Vara Única da Justiça Militar do Estado do Ceará julgou improcedente (art. 487, I, do CPC/15) o pedido formulado na exordial, pautado, sobretudo, na reforma da pena de demissão aplicada pelo Comandante Geral da Polícia Militar do Ceará para que o requerente seja mantido nos quadros da PMCE.

Irresignado com o entendimento monocrático, o requerente interpôs a presente apelação às fls. 414/431, oportunidade em que postulou a reforma da sentença prolatada, com o fito de que ele seja reintegrado aos quadros da Polícia Militar do Estado do Ceará, bem como reformado administrativamente, em virtude da ausência de condições laborativas para o exercício do serviço ativo.

Manifestando-se às fls. 542/548, sobrevieram as contrarrazões do Estado do Ceará, requerendo o desprovemento *in totum* do recurso manejado pelo policial exonerado.

Subiram os autos a este Egrégio Tribunal de Justiça e encaminhados à douta Procuradoria Geral de Justiça, que, por meio do parecer constante às fls. 467/471 dos presentes fólios, opinou pelo conhecimento dos recursos, mas para que lhes seja negado provimento, devendo a sentença ser mantida em todos os seus termos.

É o relatório. Decido.

## VOTO

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

A presente querela versa sobre a legalidade acerca da pena aplicada a um ex-policial, outrora pertencente aos quadros da Polícia Militar do Ceará, que, supostamente, pôs em risco a si mesmo, à corporação e à segurança da Sefaz, quando vendeu a munição da qual dispunha para realizar a proteção do órgão público objeto de operação policial, fato este que culminou na sua submissão ao Conselho de Disciplina da instituição, que determinou sua demissão das fileiras da PMCE.

Registre-se que, na presente controvérsia, foi instaurado procedimento administrativo disciplinar em desfavor do recorrente, por meio da Portaria nº 063/2010-CDDP/3, que resultou na aplicação de medida sancionatória, procedendo à **demissão** do policial militar, conforme se extrai do documento presente às fls. 21/23 dos autos.

*Prima facie*, cumpre asseverar que a insurgência recursal, no tocante à alegação de ausência de comprovação do Conselho de Ética da PMCE acerca do fato de que o recorrente tinha consigo “as diárias de pousada e alimentação” não merece ser acolhida. Embora, à época do suposto delito, o autor não dispusesse, de fato, de valores concedidos pela instituição para custear hospedagem e alimentação necessários à Operação Sefaz, tal argumento não justifica a prática da venda de munições, circunstância que compromete o sucesso da operação e a segurança dos envolvidos.

Desse modo, caso o autor viesse a desembolsar valores para custear gastos imediatamente decorrentes da operação, deveria ter procedido ao requerimento administrativo do ressarcimento. Isso em virtude do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, sendo pertinente transcrever as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello acerca do tema (2010, p. 69)

Trata-se de verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último.

É pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados

Sob a mesma lógica principiológica, não merece acolhimento o argumento de que o bem extraviado é dotado de valor irrisório, motivo que, de acordo com as razões recursais, teria o condão de atribuir à pena aplicada um caráter “extremamente desumano”.

Acontece que, conforme perfeitamente delineado pela parte recorrida e pelo magistrado de piso, por meio da conduta antijurídica

confessada pelo ex-policial militar, o autor submeteu a perigo não só a si mesmo, como também ao sucesso da operação policial, à instituição e à toda uma coletividade.

Desta forma, a supremacia do interesse público sobre o privado, enquanto elemento do arcabouço principiológico que rege a Administração Pública, prepondera sobre as razões utilizadas pelo autor para justificar seu ato antijurídico.

No que diz respeito ao parecer emitido pela Comissão do Processo Regular Administrativo ao qual o ex-policial militar foi submetido, destaco sua **natureza meramente opinativa**, e não vinculatória, razão pela qual tanto a autoridade que impôs a pena, quanto o Poder Judiciário, não estão adstritos à sua conclusão, que foi pela reforma administrativa do recorrente.

Ao compulsar os autos, percebo, ainda, que o recorrente é reincidente em transgressões disciplinares, tendo sido submetido a inúmeras medidas disciplinares, conforme conteúdo do documento apresentado pelo Estado do Ceará constante à fl. 150 dos presentes fólios. Ressalte-se que tal circunstância há de ser levada em consideração durante o momento em que a respectiva sanção de demissão foi ponderada.

Dessa forma, a despeito do que se intenta argumentar em sede de razões recursais, constato que a medida sancionatória aplicada atende perfeitamente ao critério estabelecido pelo Código Disciplinar da Polícia Militar do Ceará e do Corpo de Bombeiros Militar do Estado do Ceará, Lei Estadual nº 13.407/2003, em seu art. 23, II, alínea “c”, senão vejamos:

Art. 23. A demissão será aplicada ao militar do Estado na seguinte forma:

II - à praça quando:

c) praticar ato ou atos que revelem incompatibilidade com a função militar estadual, comprovado mediante processo regular;

A mesma lei, em seus artigos sétimo e oitavo, preceitua os valores fundamentais e os deveres éticos que devem ser observados pela categoria policial ao exercer suas árduas atribuições, sendo pertinente destacar os

seguintes dispositivos, flagrantemente inobservados pelo recorrente ao ter cometido o ato antijurídico, que, inclusive, já foi expressamente confessado:

Art. 7º. Os valores fundamentais, determinantes da moral militar estadual, são os seguintes:

IV - a disciplina;  
V - o profissionalismo;

Art. 8º. Os deveres éticos, emanados dos valores militares estaduais e que conduzem a atividade profissional sob o signo da retidão moral, são os seguintes:

IV - servir à comunidade, procurando, no exercício da suprema missão de preservar a ordem pública e de proteger a pessoa, promover, sempre, o bem estar comum, dentro da estrita observância das normas jurídicas e das disposições deste Código;  
V - atuar com devotamento ao interesse público, colocando-o acima dos anseios particulares;  
XV - zelar pelo bom nome da Instituição Militar e de seus componentes, aceitando seus valores e cumprindo seus deveres éticos e legais;  
XVIII - proceder de maneira ilibada na vida pública e particular;  
XXXII - atuar com eficiência e probidade, zelando pela economia e conservação dos bens públicos, cuja utilização lhe for confiada;

Por fim, válido fazer menção aos dispositivos correspondentes aos incisos XIV, XVI, XIX, XXXII e LVIII, do art. 13, §1º, da Lei Estadual nº 13.407/2003. Todos eles consistem em transgressões disciplinares efetivamente configuradas no ato antijurídico do autor, ao ter procedido à venda da munição ao qual foi confiada em virtude de sua condição de policial militar. Note-se que é possível enquadrar a conduta, ainda, ao crime de peculato, tipificado no art. 312 do Código Penal, contudo, não se torna necessário desenvolver maior discussão quanto a este aspecto, em virtude da via processual eleita.

Em que pese a extensa argumentação do recorrente acerca da configuração de liame entre sua condição de dependente químico e o ato antijurídico por ele praticado, reputo indispensável levar em consideração as conclusões tecidas em sede de laudo pericial psiquiátrico, presente às fls. 333/341. Na ocasião, os peritos designados foram capazes de apontar as seguintes ponderações:

Entretanto, na percuciente análise da criminogênese e criminodinâmica do caso, fica claro que **não houve liame entre a referida perturbação da saúde mental e o ilícito cometido**, já que: 1) examinando em nenhum momento vendeu projéteis de armas para consumir substâncias, impelido por um urgente desejo de consumi-las; 2) o próprio periciando afirma que estava abstinente à época do crime. **Desta forma, as motivações para o ato criminoso foram outras que não a psicopatologia do periciando.**

[...]

**1º Quesito [da PGE] – O autor, se portador de alcoolismo, é incapaz de discernir as consequências de seu ato?**

**RESP-** É portador de alcoolismo, mas é capaz de discernir as consequências de seu ato.

[...]

**3º Quesito [da defesa] – Em razão da dependência, o Autor era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento?**

**RESP-** Não, possuía plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com este entendimento.

**4º Quesito [da defesa] – Em razão das mesmas circunstâncias referidas no quesito anterior, o Autor possuía, ao tempo da ação, reduzida capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com este entendimento?**

**RESP-** Não, possuía plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com este entendimento.

Perpassando à análise do processo administrativo disciplinar instaurado em desfavor do ex-policial militar, verifico que foram-lhes

perfeitamente assegurados tanto a ampla defesa quanto o contraditório e o devido processo legal, de modo que não é possível constatar nenhum vício procedimental ou efetivo prejuízo ao seu direito de defesa. E mais: o procedimento atendeu perfeitamente aos princípios constitucionais da legalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade.

Noutro giro, cumpre assinalar que a jurisprudência dos Tribunais Superiores e a doutrina pátria mais abalizada têm entendido pela possibilidade do exercício, pelo Poder Judiciário, da sindicabilidade dos atos administrativos, como o ato de demissão ora em questionamento jurisdicional.

De fato, é possível o controle judicial do ato administrativo sem que isso implique violação ao princípio da separação dos poderes. Nesse sentido, é admissível que o Poder Judiciário examine os atos da administração pública, mormente nos aspectos relacionados à legalidade do mérito administrativo, porquanto sem tal limitação estaria a discricionariedade da administração dotada de poder absoluto e irrestrito, viabilizando práticas arbitrárias, o que, na realidade, deve ser avaliado à luz do caso concreto, sob pena de se cometer injustiças.

Analisando a temática em cotejo com a prova dos autos, assim dispõe o magistrado de piso em sentença prolatada às fls. 655/671, *in verbis*:

“Desta feita não se pode admitir que o Poder Judiciário mantenha-se inerte, uma vez que se percebe, cabalmente, a **inexistência de provas no curso do processo administrativo disciplinar, capaz de motivar a demissão que efetivamente ocorreu no caso *sub examine*. Não trata-se nesse caso de interferência do Judiciário no mérito administrativo. Busca-se em verdade, o alcance do princípio da moralidade, o qual deva cercar todas as relações de direito no âmbito da Administração Pública, já que, tendo em vista a teoria dos fatos determinantes, está sujeito ao administrador à percepção de sua ocorrência, de tal modo que se inexistentes ou falsos, implicam a nulidade do ato administrativo.**”

Nesse sentido, colho os seguintes arestos do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

MANDADO DE SEGURANÇA. DEMISSÃO DE AUDITOR-FISCAL DA RECEITA FEDERAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. NULIDADE. MEMBRO DA COMISSÃO PROCESSANTE POSTERIORMENTE NOMEADO PARA O CARGO EM COMISSÃO DE CHEFE DO ESCRITÓRIO DA CORREGEDORIA-GERAL DA SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL NA 2ª REGIÃO FISCAL. ASSUNÇÃO DA POSIÇÃO DE AUTORIDADE ADMINISTRATIVA HIERARQUICAMENTE SUPERIOR. COMPROMETIMENTO DA INDEPENDÊNCIA E DA ISENÇÃO DOS TRABALHOS. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA IMPARCIALIDADE E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. ART. 150 DA LEI N. 8.112/1990. ABSOLVIÇÃO NOS JUÍZOS PENAL E CÍVEL. REPERCUSSÃO NA ESFERA ADMINISTRATIVA. POSSIBILIDADE. PENALIDADE DESCONSTITUÍDA.

[...]

**3. O Judiciário pode reexaminar o ato administrativo disciplinar sob o aspecto amplo da legalidade e, para isso, é imperioso que examine o mérito do processo administrativo, que encerra o fundamento legal do ato, podendo verificar se a sanção imposta é legítima, adentrando no exame dos motivos da punição.**

4. Resultando das provas dos autos – que são as mesmas produzidas no processo administrativo disciplinar, no processo criminal e na ação civil de improbidade – que o ato de demissão do servidor público carece de motivação compatível com o que se apurou, ante a ausência de elementos probatórios dos fatos a ele imputados, revela-se inválida a penalidade de demissão imposta, mesmo porque a Comissão de Processo Disciplinar partiu de um pressuposto equivocado, que seria valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem em detrimento da dignidade da função pública, e de improbidade administrativa, o que definitivamente não existiu.

5. Ordem concedida. (MS 11.766/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/08/2015, DJe 11/09/2015. Grifou-se).

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. APRECIÇÃO DE DOCUMENTO JUNTADO NESTA INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. PRESCRIÇÃO DA AÇÃO DISCIPLINAR. NÃO-OCORRÊNCIA. ALEGAÇÃO DE AFRONTA À GARANTIA DA AMPLA DEFESA. INEXISTÊNCIA. DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. AUSÊNCIA. PRINCÍPIO *PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF*. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. CONTROLE JURISDICIONAL. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. DEMISSÃO. INSUBSISTÊNCIA. CONCESSÃO DO *WRIT*. EFEITOS RETROATIVOS. PRECEDENTES.

[...]

**4. Em se tratando dos limites da atuação do poder judiciário no âmbito do processo administrativo disciplinar, este Superior Tribunal de Justiça, à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, firmou orientação de que a pena de demissão imposta a servidor público submetido a processo administrativo disciplinar deve encontrar fundamento em provas convincentes que demonstrem, de modo cabal e indubitável, a prática da infração pelo acusado.**

**5. Em hipóteses desse jaez, não há falar em juízo de conveniência e oportunidade da Administração, argumentando-se que a intervenção do poder judiciário restringir-se-ia à análise dos aspectos formais do processo disciplinar. Na verdade, em tais circunstâncias, o controle jurisdicional é amplo, no sentido de verificar se há motivação para o ato demissório, pois trata-se de providência necessária à correta observância dos aludidos postulados.**

[...]

7. No caso em tela, as faltas administrativas imputadas ao Recorrente, na condição de Escrivão de Polícia, e que resultaram em sua demissão desse cargo, consistem em (a) lavratura de um Boletim de Ocorrência com informação prestada pela parte interessada, informação essa considerada

falsa, e (b) inserção de dados incorretos em mensagem enviada via telex, sendo responsável pelo cancelamento do registro de furto de veículo nos terminais da Polícia Civil e entrega desse automóvel ao informante, que não era o verdadeiro proprietário. Os pareceres nos quais se embasou o decreto que demitiu o Recorrente ressaltaram que ficaram comprovados os fatos delituosos a ele atribuídos e, para tanto, fazem alusão ao Boletim de Ocorrência e ao telex.

8. Contudo, registre-se que a Comissão Processante Permanente, com base nos relatos, documentos e provas trazidos aos autos do processo administrativo disciplinar, assentou, ao final dos trabalhos, não ter encontrado suporte fático para a acusação, propondo a absolvição do ora Recorrente, decisão essa seguida pelo Conselho da Polícia Civil do Estado de São Paulo e pelo Delegado Geral de Polícia Civil. De fato, a simples leitura do conjunto probatório condensado nos autos do processo disciplinar revela o acerto da conclusão a que chegaram os órgãos processantes, pois não há provas, sequer testemunhal, que demonstrem, de modo amplo e indubitável, como exige a jurisprudência desta Corte, a prática dos ilícitos administrativos irrogados ao Recorrente, não subsistindo, portanto, a pena de demissão que lhe foi imposta.

[...]

10. Recurso ordinário provido. Segurança concedida para anular a pena de demissão imposta ao Recorrente e garantir-lhe a reintegração ao cargo, devendo os efeitos da concessão do *writ* retroagirem à data da publicação do ato demissório. (RMS 19.498/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 23/02/2010, DJe 22/03/2010. Grifou-se).

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO DISCIPLINAR. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CORRUPÇÃO. DEMISSÃO. REEXAME DAS PROVAS. AUTORIDADE COMPETENTE. FORMALIDADES ESSENCIAIS. PROPORCIONALIDADE. NÃO FORMAÇÃO DE CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE. ORDEM CONCEDIDA.

1. **Em face dos princípios da proporcionalidade, dignidade da pessoa humana e culpabilidade, típicos do regime jurídico disciplinar, não há juízo de discricionariedade no ato administrativo que impõe sanção a servidor público, razão pela qual o controle jurisdicional é amplo e não se limita somente aos aspectos formais, conferindo garantia a todos os servidores contra um eventual arbítrio.**

2. A infração funcional consistente em recebimento de vantagem econômica indevida (propina), e de resto todas as infrações que possam levar à penalidade de demissão devem ser respaldadas em prova convincente, sob pena de comprometimento da razoabilidade e da proporcionalidade. Precedente: MS 12.429/DF, Rel. Min. FELIX FISCHER (DJU 29.06.2007).

3. O acervo probatório não se mostra suficiente para revelar, de maneira ampla e indubitável, a corrupção supostamente cometida pelo Policial Rodoviário Federal, eis que se resume só e apenas aos depoimentos, de mesmo conteúdo, prestados pelo própria vítima e seu patrão, que descreveram o ato de corrupção sofrido.

4. A proporcionalidade da sanção aplicada resta comprometida quando não se vislumbram, no conjunto de provas colacionado aos autos, elementos de convicção que desafiem a persistência de dúvidas ou incertezas quanto ao fato típico imputado ao agente.

5. Segurança concedida para anular a Portaria 513, de 07.03.2007, que demitiu o impetrante do cargo de Policial Rodoviário Federal, promovendo-se a sua reintegração no cargo. (MS 12.957/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 27/08/2008, DJe 26/09/2008. Destacou-se).

Na mesma esteira, da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal colaciono:

Decisão: [...] A questão discutida nestes autos já foi analisada diversas vezes pelo Supremo Tribunal Federal. No julgamento do MS 20.999 (Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ de 25/5/1990), impetrado contra ato demissório de servidor

público, o Plenário desta Corte reconheceu a legitimidade do controle jurisdicional das punições disciplinares impostas pela Administração Pública, em face de transgressões cometidas por seus agentes, civis ou militares. **Na ocasião, o Min. Celso de Mello consignou ser vedado ao Poder Judiciário examinar a conveniência, a utilidade, a oportunidade e a necessidade da punição disciplinar. Todavia, S. Ex.<sup>a</sup> salientou o seguinte: Isso não significa, porém, a impossibilidade de o Judiciário verificar se existe, ou não, causa legítima que autorize a imposição de sanção disciplinar.** O que se lhe veda, nesse âmbito, é, tão somente, o exame do mérito da decisão administrativa, por tratar-se de elemento temático inerente ao poder discricionário da Administração Pública (Diógenes Gasparini, *Direito administrativo*, p. 386, 1989, Saraiva). Com a ressalva mencionada, torna-se ampla, no mais, a sindicabilidade judicial, pela via heróica do mandado de segurança, dos comportamentos administrativos que se traduzem em atos disciplinares. O Supremo Tribunal Federal, em memorável decisão proferida em 1944, após distinguir entre questão de legalidade, suscetível de revisão judicial, e questão de mérito, inerente ao controle jurisdicional, ampliou, para efeito da *judicial review*, a própria noção de legalidade, para, nesta também, incluir a perquirição em torno da existência do fato ou de sua adequação à previsão legal. Para o eminente Ministro Castro Nunes, que foi o relator do acórdão, o Poder judiciário, no julgamento das demissões dos funcionários públicos, pode rever o ato administrativo nos aspectos que configurem a sua ilegalidade, excluída a apreciação de mera conveniência ou oportunidade. A apreciação de mérito interdita ao Judiciário é a que se relacione com a conveniência ou oportunidade da medida, não o merecimento por outros aspectos que possam configurar uma aplicação falsa, viciosa ou errônea da lei ou regulamento, hipóteses que se enquadram, de um modo geral, na ilegalidade por indevida aplicação do direito vigente (RDA 3/70). Anos depois, entendimento semelhante foi sustentado pela Primeira Turma ao apreciar RMS 24.699 (Rel. Min. EROS GRAU, DJ de 1º/7/2005), em que foi provido recurso ordinário em mandado de segurança impetrado contra ato que aplicou a pena de demissão a servidor público em razão do

cometimento de improbidade administrativa, não obstante recomendação contrária da comissão de inquérito. Assentou-se, na oportunidade, o seguinte: 15. O motivo, um dos elementos do ato administrativo, contém os pressupostos de fato e de direito que fundamentam sua prática pela Administração. No caso do ato disciplinar punitivo, a conduta reprovável do servidor é o pressuposto de fato, ao passo que a lei que definiu o comportamento como infração funcional configura o pressuposto de direito. **Qualquer ato administrativo deve estar necessariamente assentado em motivos capazes de justificar a sua emanção, de modo que a sua falta ou falsidade conduzem à nulidade do ato.** 16. Esse exame evidentemente não afronta o princípio da harmonia e independência dos poderes entre si [CB, art. 2º]. Juízos de oportunidade não são sindicáveis pelo Poder Judiciário; mas juízos de legalidade, sim. A conveniência e oportunidade da Administração não podem ser substituídas pela conveniência e oportunidade do juiz. Mas é certo que o controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem a atuação da Administração. 17. **Daí porque o controle jurisdicional pode incidir sobre os motivos determinantes do ato administrativo.** 18. Sendo assim, concluo esta primeira parte de meu voto, deixando assente que o Poder Judiciário pode e deve, mediante a análise dos motivos do ato administrativo e sem que isso implique em invasão da esfera privativa de atribuições reservadas à Administração pela Constituição do Brasil pode e deve, dizia, rever a pena de demissão imposta ao servidor público. A orientação sustentada nos precedentes acima citados constitui, atualmente, jurisprudência pacífica do STF, conforme se extrai dos seguintes julgados: DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE DE MANDADO DE SEGURANÇA. REPERCUSSÃO GERAL REJEITADA. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. ANULAÇÃO DA PENA DE DEMISSÃO. ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL APLICADA E DO QUADRO FÁTICO DELINEADO NA ORIGEM. REEXAME INCABÍVEL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO

DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 06.3.2013. (...) O Supremo Tribunal Federal entende que o exame da legalidade dos atos administrativos pelo Poder Judiciário não viola o princípio da separação de Poderes. As razões do agravo regimental não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada, mormente no que se refere ao âmbito infraconstitucional do debate. Agravo regimental conhecido e não provido. (RE 755.924-AgR, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe de 27/8/2014) AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. administrativo. PROCESSO DISCIPLINAR. DEMISSÃO. 1. Cabimento de mandado de segurança em tribunal diverso. Matéria infraconstitucional. Ausência de repercussão geral. 2. Análise da razoabilidade e proporcionalidade do ato demissório. Reexame de fatos e provas. Súmula n. 279 do Supremo Tribunal Federal. 3. Controle judicial de ato administrativo: inexistência de contrariedade ao princípio da separação dos poderes. 4. Agravo regimental ao qual se nega provimento. (ARE 744.080-AgR, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, DJe de 14/10/2013) Agravo regimental no recurso extraordinário. Processo administrativo disciplinar. Legislação infraconstitucional. Ofensa reflexa. Reexame de provas. Impossibilidade. Controle judicial. Ato administrativo ilegal. Possibilidade. Precedentes. (...) 3. O controle pelo Poder Judiciário de ato administrativo eivado de ilegalidade ou abusividade não viola o princípio da separação dos poderes, podendo-se aferir a razoabilidade e a proporcionalidade da sanção aplicável à conduta do servidor 4. Agravo regimental não provido. (RE 634.900-AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 22/5/2013) E ainda: MS 32.434, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, DJe de 21/10/2014; e RMS 32.624-AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJe de 23/6/2014. No caso dos autos, o Tribunal de origem analisou a legitimidade do ato administrativo impugnado à luz dos princípios da legalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade. Veja-se: Por oportuno, interessante assinalar que o autor foi absolvido da acusação pela prática do delito de peculato, tipificado no art. 312 do Código de Penal, por sentença criminal transitada

em julgado proferida no processo nº 0004950-59.2005.4.05.8000, que tramitou na 3ª Vara da Seção Judiciária de Alagoas, tendo sido consignado que a absolvição estava fulcrada na dúvida quanto à materialidade e autoria delitivas, e não na certeza de inoccorrência da prática do fato delituoso (fls. 1582/1603). Muito embora pela fundamentação ali constante, e vista da independência das esferas penal e administrativa, esta decisão não repercute diretamente no PAD, o fato é que o autor logrou êxito em descaracterizar o crime de peculato pelo qual foi denunciado já na via administrativa, motivo pelo que não subsiste a imputação de delito funcional como causa de sua demissão. Ademais, conforme ficou bem consignado na sentença, a possível prática do crime de falsidade ideológica, tipificado no art. 299 do Código Penal, que fundamentou a decisão proferida pelo Presidente do TRT da 19ª Região, não daria ensejo, de *per si*, à demissão do autor na ausência de imposição de pena privativa de liberdade, posto ser a falsidade ideológica crime contra a fé pública, e não crime de natureza funcional, porquanto não exigir o tipo que o agente seja funcionário público para a sua configuração. Resta, apenas, indagar a possibilidade de transgressão ao art. 117, IX, da Lei nº 8.112/90, que pudesse dar ensejo à aplicação da penalidade de demissão, posto que, do contrário, restará configurado afronta à proporcionalidade e razoabilidade na aplicação da medida. A respeito do tema, transcrevo como razão de decidir elucidativo trecho da sentença (fls. 1453/1454): “À luz dos princípios da proporcionalidade, dignidade da pessoa humana e culpabilidade, aplicáveis ao regime jurídico disciplinar, não há juízo de discricionariedade no ato administrativo que impõe sanção disciplinar a servidor público, razão pela qual o controle jurisdicional é amplo, de modo a conferir garantia aos servidores públicos contra eventual excesso administrativo, não se limitando, portanto, somente aos aspectos formais do procedimento sancionatório.” Nesse contexto, amparou a aplicação da pena de demissão em tela o fato de, supostamente, o postulante “valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública”, incorrendo em vedação expressa na Lei nº 8.112/90, art. 117, IX. Ressalte-se entretanto, que conforme assinalado na sentença, “tal

conduta exige para a sua configuração a existência de dolo, não sendo possível a imposição de pena tão severa apenas com a configuração de culpa” (fl. 1455). (...) A demonstração nos autos de que a conduta do autor seguiu praxe adotada no Setor de Oficiais de Justiça do TRT19, corrobora a inexistência do dolo necessário à configuração da infração administrativa imputada. Acrescente-se a isso a razoabilidade da justificativa apresentada pelo autor para a não constrição imediata dos valores penhorados, relacionada à segurança na guarda de valores e, também, física dos Oficiais de Justiça. Destarte, não vislumbro a comprovação nos autos do PAD de dolo suficiente à configuração da infração prevista no art. 117, IX, da Lei nº 8.112/90, por parte do demandante. Assim, sem embargos da possível existência de culpa do autor, ao delegar a particular atribuições inerentes à sua função – o que poderia ensejar a aplicação de advertência ou suspensão -, o fato é que a sanção disciplinar de demissão aplicada mostra-se ilegal, desproporcional e desarrazoada, pelas razões formais e materiais analisadas, o que impõe a manutenção da sentença que decretou a nulidade do PAD e do ato que aplicou a penalidade, e reintegrou o autor no cargo anteriormente ocupado, condenando a ré ao pagamento da remuneração devida desde a data da demissão legal. (e-STJ, fls. 1.658/1.661, vol. 10) Portanto, irretocável, no ponto, o aresto impugnado. 5. Por fim, refutar as demais conclusões da Corte *a quo* demandaria a reapreciação do conjunto fático-probatório dos autos, inviável a teor da Súmula 279/STF. No mesmo sentido: RE 634.900-AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 21/5/2013; ARE 741.040-AgR, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe de 23/5/2014; e RE 592.852-AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJe de 14/5/2010. 6. Diante do exposto, nego provimento ao agravo. Publique-se. Intime-se. Brasília, 3 de maio de 2016. Ministro Teori Zavascki Relator Documento assinado digitalmente (ARE 946987, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 03/05/2016, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-092 DIVULG 06/05/2016 PUBLIC 09/05/2016.)

Portanto, outro entendimento não deve prevalecer, senão o que autoriza a sindicabilidade dos atos administrativos quando estes não atendem os ditames da legalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade.

Contudo, o que se percebe, ao apreciar a situação narrada nos presentes autos, tendo por base todo o lastro probatório acostado pelas partes e a narrativa que foi possível construir por meio das alegações fáticas, é que o ato administrativo que culminou na demissão do ex-policial militar atende, perfeitamente, aos preceitos constitucionais da legalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, motivo pelo qual a sanção de demissão deve prevalecer, até mesmo como medida que resguarda o interesse público, dado o feixe de atribuições do cargo outrora ocupado por um sujeito que, inequivocadamente, não ostenta condições para continuar a exercer a atividade policial.

ISSO POSTO, com arrimo nos fundamentos acima expendidos, e em consonância com a jurisprudência invocada, conheço o Recurso de Apelação, mas para negar-lhe provimento, mantendo em sua totalidade a decisão recorrida.

Majoro os honorários de sucumbência para o importe de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), considerando o trabalho adicional despendido pelos patronos do Estado do Ceará no que toca à confecção da defesa recursal, sob a ótica do Código de Ritos, conforme preceituado em seu art. 85, §2º, I e IV, bem como seu §11. Atente-se à condição suspensiva de exigibilidade da condenação sucumbencial, conforme concessão do benefício da justiça gratuita pelo juízo *a quo*.

É como voto.

Fortaleza, 16 de dezembro 2019.

PROCESSO: 0515324-31.2000.8.06.0001 – APELAÇÃO

APELANTE: VERÔNICA MARIA SALVINO LÔBO

APELADO: ESTADO DO CEARÁ

RELATORA: DESEMBARGADORA MARIA NAILDE PINHEIRO  
NOGUEIRA

**EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. SERVIDOR PÚBLICO. ESTABILIDADE EXTRAORDINÁRIA CONFERIDA PELO ART. 19 DO ADCT. PLEITO DE INCORPORAÇÃO DE GRATIFICAÇÃO DE REPRESENTAÇÃO, NOS TERMOS DO ART. 1º DA LEI Nº 11.847/91. IMPOSSIBILIDADE. VANTAGEM PECUNIÁRIA PRÓPRIA DOS SERVIDORES EFETIVOS NÃO EXTENSÍVEL AOS ESTABILIZADOS. PRECEDENTES DO STF, STJ E TJCE. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. RECURSO APELATÓRIO CONHECIDO, MAS DESPROVIDO.**

### **ACÓRDÃO**

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

Fortaleza, 21 de março de 2018.

## RELATÓRIO

Cuidam os autos de Apelação Cível interposta por VERÔNICA MARIA SALVINO LÔBO impugnando sentença em que o MM. Juiz de Direito da 7ª Vara da Fazenda Pública de Fortaleza, julgou improcedente o pedido da ora recorrente, formulado na Ação Ordinária ajuizada em face do ESTADO DO CEARÁ, em que pleiteava a incorporação aos seus vencimentos da Gratificação de Representação, nos termos do art. 1º da Lei Estadual nº 11.847/91.

Ingressou a autora, com a presente ação, aduzindo ser servidora pública estadual, contando com 20 (vinte) anos de serviço público e quase 10 (dez) anos consecutivos nas funções de Direção de Estabelecimento de Ensino, cargo comissionado, e que já implementara todos os requisitos necessários à incorporação da Gratificação de Função ou Representação sob a égide da Lei 11.487/91, estando acobertada pelo instituto do direito adquirido.

Alegou, ainda, ter adquirido estabilidade no seu cargo, auferindo, conseqüentemente, a necessária efetividade, por força do art. 19 do ADCT.

Às fls. 34/35 foi indeferido o pleito de antecipação de tutela.

O Estado do Ceará apresentou contestação às fls. 40/43.

Réplica à contestação às fls. 47/52.

O Ministério Público manifestou-se favorável ao pleito autoral (fls. 63/65).

Sentença às fls. 83/87, onde o magistrado *a quo* julgou improcedente a ação ordinária interposta.

Inconformada, a promovente interpôs recurso de Apelação (fls. 90/99), requerendo a reforma da sentença, com a conseqüente procedência da ação, nos termos do pedido inicial, aduzindo, em síntese, não haver razão para a negativa de incorporação da gratificação pretendida aos seus vencimentos, já que “*o próprio Apelado, quando fez uso do seu poder de legislar, estabeleceu que todos os servidores que adquiriram, estabilidade em decorrência do art. 19 do ADCT, da CF/88, passariam, independente da*

*forma que ingressaram no serviço público, a ser considerados como ocupantes de cargos públicos, pertencendo ao seu regime estatutário único, regime este criado em 1990 pela lei nº 11.712/90. Sustenta, assim, que todos os servidores estáveis seriam, necessariamente, detentores e ocupantes de cargos efetivos, por força da mencionada lei.*

Contrarrazões recursais às fls. 103/110 defendendo, basicamente, que a incorporação não seria devida, em razão do comando plasmado no art. 19, *caput*, da ADCT, possibilitar ao servidor público, unicamente, a estabilidade, não garantindo a efetividade do cargo, afastando, assim, a incorporação requerida com esteio no art. 1º da Lei 11.847/91. Alega, ademais, a insustentabilidade da tese utilizada para fins de viabilizar a pretensão autoral, fundamentada no art. 6º da Lei nº 11.712/90.

Remetidos a este Eg. Tribunal de Justiça e distribuídos à minha relatoria, deixei de encaminhar o feito à douta Procuradoria Geral de Justiça, por entender ausente o interesse público na matéria versada.

É o relatório, no que tinha de essencial.

## VOTO

Conheço da presente Apelação Cível, uma vez presentes os requisitos de admissibilidade.

O cerne da lide resume-se em saber se os servidores acobertados pelo art. 19 do ADCT têm direito à incorporação de gratificação em virtude do exercício de cargos comissionados, na forma da Lei nº 11.847/91.

Observando os dizeres do art. 1º da supramencionada Lei, *verbis*:

“Art. 1º – O Servidor Público Estadual **ocupante do cargo de provimento efetivo** da Administração Direta, das Autarquias e das Fundações criadas e mantidas pelo Estado passará a receber, pelo exercício do cargo em comissão, vantagem correspondente a 1/5 (um quinto) do valor da representação, a partir do sexto ano, acrescida de mais 1/5 (um quinto) por cada ano de exercício, até o décimo.” (grifamos)

Nesse rumo, o comando plasmado no art. 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, *verbis*:

“Art. 19 – Os **servidores públicos civis** da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37, da Constituição, **são considerados estáveis** no serviço público.” (grifamos)

Extraí-se e se deduz que o fato do servidor público ser estável em razão do comando estatuído no art. 19 do ADCT, não tem o condão de assegurar o benefício previsto no art. 1º da Lei 11.847/91, ante a ausência da efetividade.

Portanto, a discussão gira em torno de dois institutos jurídicos distintos: estabilidade e efetividade.

Com efeito, a fim de reforçar a inteligência do entendimento dos dispositivos referidos acima, infraconstitucional e constitucional, trago a lume importantes ensinamentos doutrinários acerca do tema, *verbis*:

“Não há confundir efetividade com estabilidade, porque aquela é uma característica da nomeação, e esta é um atributo pessoal do ocupante do cargo, adquirido após a satisfação de certas condições de seu exercício. A efetividade é um pressuposto necessário da estabilidade.”<sup>1</sup>

Também por este prisma é o entendimento da respeitável professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que perfilha o mesmo pensar em relação aos servidores que adquiriram a estabilidade excepcional, ao asseverar que:

---

1 HELY LOPES MEIRELES. Direito Administrativo Brasileiro, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 16. ed., 1991, p. 377.

“O reconhecimento de estabilidade a esses servidores não implica efetividade, porque esta só existe com relação a cargos de provimento por concurso; a conclusão se confirma pela norma do §1º do mesmo dispositivo, que permite a contagem de serviço prestado pelos servidores que adquiriram essa estabilidade excepcional, ‘como título quando se submeterem a concurso para fins de efetivação, na forma da lei.’”<sup>2</sup>

Infere-se, pois, que a estabilidade é um direito inerente ao servidor de permanecer no serviço público, depois de atendidos os pressupostos legais, enquanto a efetividade é um atributo do cargo integrado ao quadro permanente da Administração, situação objetiva que não ampara a recorrente.

Outrossim, atento ao princípio da legalidade, expresso no art. 37, da Magna Carta, entendo que a Administração Pública agiu de forma correta ao negar a incorporação da vantagem requerida pela parte Autora, ora Apelante.

De tal forma, entre essa categoria funcional e o grupo de servidores efetivos não existe similitude apta a autorizar um tratamento isonômico no que concerne ao direito de incorporação da gratificação insculpida na Lei 11.847/91, tendo em vista não ser a recorrente titular da efetividade, mas sim da estabilidade de que trata o art. 19 do ADCT.

O Pretório Excelso já firmou o entendimento de que aquele que preencheu as condições exigidas pelo art. 19 do ADCT, embora estável no cargo para o qual foi admitido pela Administração, não é servidor efetivo, vejamos:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. SERVIDOR CELETISTA. ESTABILIDADE E EFETIVIDADE. ART. 19 DO ADCT. PRECEDENTES. O Supremo Tribunal Federal já firmou o entendimento de que aquele que preencher as condições exigidas pelo art.

---

2 Direito Administrativo. Ed. Atlas, São Paulo, 2009, 22 ed., p. 591.

19 do ADCT da CF/1988, embora estável no cargo para o qual fora contratado pela Administração Pública, não é servidor efetivo. Precedentes. Hipótese, ademais, em que, para dissentir da conclusão de que o servidor não preenche os requisitos para ser considerado como ocupante de cargo de provimento efetivo, seria necessário o reexame dos fatos e das provas constantes dos autos (Súmula 279/STF). Agravo regimental a que se nega provimento.

(STF, AI 681610 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 09/09/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-185 DIVULG 23-09-2014 PUBLIC 24-09-2014)

De igual modo, alinha-se a jurisprudência do colendo STJ:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. ART. 19 DO ADCT. ESTABILIDADE. PLEITO DE INCORPORAÇÃO DE VANTAGEM PESSOAL (QUINTOS). IMPOSSIBILIDADE. ESTABILIDADE E EFETIVIDADE. DISTINÇÃO. ART. 1º DA LEI ESTADUAL N.º 11.847/91.

I - O art. 1º da Lei Estadual nº 11.847/91 do Estado do Ceará impõe, como requisito indispensável para a aquisição da gratificação de função, a titularidade de cargo efetivo, não compreendendo, portanto, o servidor estabilizado pelo art. 19 do ADCT. Precedentes. II - Os servidores estabilizados, enquanto não se submeterem a concurso público para se efetivarem, ou seja, titularizarem cargo público, não poderão receber as benesses previstas no estatuto de pessoal dos servidores efetivos. Recurso ordinário desprovido.

(RMS 22.366/CE, Rel. Ministro Felix Fischer, quinta turma, julgado em 17/12/2007, Dje 03/03/2008)

Da análise dos autos, portanto, observa-se que a apelante é servidora estável, uma vez beneficiada pelo artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mas não é efetiva, já que seu ingresso no serviço público não se efetivou através de concurso público. Assim, não faz jus à incorporação da gratificação em questão.

A respeito do tema em debate, esta e. Corte de Justiça já se manifestou diversas vezes, conforme se infere dos seguintes precedentes ora colacionados:

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. SERVIDOR PÚBLICO ESTÁVEL POR FORÇA DO ART. 19 DO ADCT-CF/88. IMPOSSIBILIDADE DE PERCEPÇÃO DE GRATIFICAÇÃO DESTINADA UNICAMENTE A SERVIDORES EFETIVOS. PRECEDENTES DO STF E DESTA CORTE DE JUSTIÇA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

1 – Consoante jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal e deste e. Tribunal de Justiça, os servidores estáveis por força do art. 19 do ADCT-CF/88 possuem apenas direito a permanecer nos quadros do Ente Público a que se vinculam, não fazendo jus ao recebimento de benefícios privativos de ocupantes de cargo público de provimento efetivo, a exemplo da incorporação da gratificação de exercício de função comissionada, instituída no art. 1º da Lei 11.847/91.

2 – Recurso conhecido e desprovido.

(TJCE, AC nº. 0076947-80.2005.8.06.0001, Relatora: Des. TEREZE NEUMANN DUARTE CHAVES, 2ª Câmara de Direito Público, data de julgamento: 22/02/2017)

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. SERVIDORA PÚBLICA ESTABILIZADA POR FORÇA DO ART. 19/ADCT. ESTABILIDADE FINANCEIRA. EXERCÍCIO POR MAIS DE CINCO ANOS CONSECUTIVOS DE CARGO COMISSONADO. ALEGAÇÃO DE DIREITO ADQUIRIDO À INCORPORAÇÃO DA GRATIFICAÇÃO DE REPRESENTAÇÃO CORRESPONDENTE, NOS TERMOS DO ART. 1º DA LEI 11.847/91. IMPOSSIBILIDADE. VANTAGEM PECUNIÁRIA PRÓPRIA DOS SERVIDORES EFETIVOS NÃO EXTENSÍVEL AOS ESTABILIZADOS. EXPRESSA PREVISÃO LEGAL. PRECEDENTES DESTA TJCE EM CASOS IDÊNTICOS AO DE QUE ORA SE CUIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

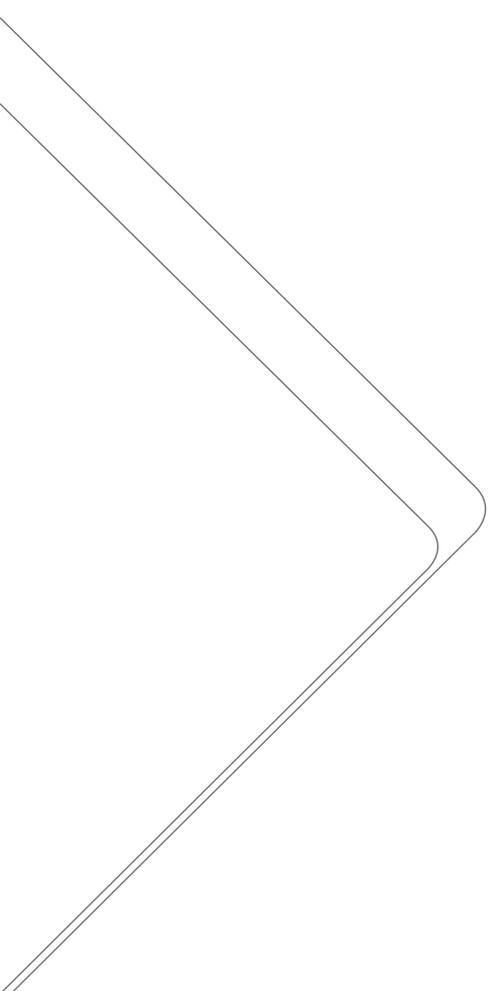
(TJCE, AC nº. 0655929-27.2000.8.06.0001, Relator: Des. PAULO AIRTON ALBUQUERQUE FILHO, 1ª Câmara Direito Público, data do julgamento: 06/02/2017)

Ante tais razões, impõe-se a manutenção da sentença vergastada, que julgou improcedente a pretensão autoral, em razão do descumprimento da exigência legal de efetividade no serviço público para fins de incorporação do benefício previsto na Lei Estadual nº 11.847/91.

Diante do exposto, conheço do presente recurso de Apelação, mas para negar-lhe provimento, mantendo-se inalterada a sentença vergastada.

É como voto.

Fortaleza, 21 de março de 2018.



# **AGRAVO DE INSTRUMENTO**



PROCESSO: 0621357-18.2018.8.06.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO

AGRAVANTE: CRISTIANO ALMEIDA DA SILVA

AGRAVADOS: EMPRESA DE TRANSPORTE URBANO DE FORTALEZA - ETUFOR, AUTARQUIA MUNICIPAL DE TRÂNSITO, SERVIÇOS PÚBLICOS E DE CIDADANIA DE FORTALEZA - AMC E MUNICÍPIO DE FORTALEZA

CUSTOS LEGIS: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL

RELATOR: PAULO FRANCISCO BANHOS PONTE

**EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM PROCEDIMENTO COMUM. SERVIÇO DE TRANSPORTE INDIVIDUAL DE PASSAGEIROS. PRESTAÇÃO REALIZADA POR PARTICULARES, COM INTERMEDIÇÃO DO APLICATIVO “UBER”. PRESERVAÇÃO DA LIVRE INICIATIVA E LIVRE CONCORRÊNCIA. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE PROFISSIONAL LÍCITA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. DECISÃO SUSPensa.**

1. Trata-se de recurso de Agravo de Instrumento movido pelo recorrente em face do Município de Fortaleza, Autarquia Municipal de Trânsito, Serviços Públicos e Cidadania – AMC, Empresa de Transportes Urbanos de fortaleza – ETUFOR, contra a r. decisão vergastada de fls. 43-45 dos autos principais, que não concedeu liminar em Procedimento Comum para obstar atos de controle, sanção e punição das autoridades locais sobre a atividade desenvolvida pelo ora agravante.

2. O embate sobre o tema não comporta ilações de profundidade na presente ocasião, em que

se mostra pertinente apenas a plausibilidade do direito vindicado, de modo a suspender a decisão exarada pelo juiz de 1º grau.

3. Ademais, a Carta Magna estabelece em seu artigo 1º, que um dos fundamentos da República é a livre iniciativa. Não por outro motivo, a Constituição prevê que a atividade econômica deverá observar, dentre outros, os preceitos da livre concorrência e o da defesa do consumidor, de modo a assegurar a todos o *“livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”*. A liberdade de iniciativa envolve o livre exercício de qualquer atividade econômica, a liberdade de trabalho, ofício ou profissão além da liberdade de contrato. Fixado o conteúdo, percebe-se que o princípio da livre iniciativa não está ligado apenas ao modelo econômico ideológico adotado, é corolário natural do indivíduo em uma sociedade organizada, cabendo ao Estado assegurar as condições necessárias ao seu exercício.

4. Agravo de Instrumento conhecido e provido, para suspender a decisão vergastada de 1º grau.

## ACÓRDÃO

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

Fortaleza, 18 de junho de 2018

## RELATÓRIO

Recurso que atende aos ditames objetivos previstos no art. 1.017 do Código de Processo Civil, cuidando-se de processo digital em primeiro grau, atendidos os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade e cabimento, pelo que tomo conhecimento do agravo.

Trata-se de recurso de agravo de instrumento movido por **CRISTIANO ALMEIDA DA SILVA** em face do Município de Fortaleza, Autarquia Municipal de Trânsito, Serviços Públicos e Cidadania – AMC, Empresa de Transportes Urbanos de Fortaleza – ETUFOR, contra a r. decisão de fls. 43-45 dos autos principais, que não concedeu liminar em Procedimento Comum para obstar atos de controle, sanção e punição das autoridades locais sobre a atividade desenvolvida pelo ora agravante.

Aduz o recorrente em suas razões de fls. 01/20 a necessidade de reforma do decisório agravado por não ter atendido fielmente aos pressupostos legais incidentes na espécie.

Relata que por culpa da interpretação falha por parte da Administração, medidas coercitivas vem sendo tomadas no Município de Fortaleza com o fito de barrar a atividade dos motoristas ligados ao aplicativo Uber.

Entende cabível a concessão de efeito suspensivo ativo no sentido de resguardar o livre exercício da atividade de motorista do aplicativo Uber.

Em decisão liminar às fls. 463/471, esta relatoria suspendeu a decisão vergastada.

Contrarrazões às fls. 483/489, 492/502 e 515/521.

Manifestação do Ministério Público às fls. 525/537, pugnando pelo provimento do presente recurso.

É o relatório. Passo a decidir.

## VOTO

Feito em ordem, não se vislumbrando, em seus aspectos formais, nenhum vício capaz de inquiná-lo alguma nulidade, estando corretamente preenchidos os pressupostos processuais do feito, as condições da ação, bem como os requisitos de admissibilidade da sublevação manejada.

No presente caso, o cerne da questão controvertida consiste em averiguar a possibilidade de atribuição de efeito suspensivo ativo à decisão prolatada pelo Órgão Judicante de primeiro grau, por meio da qual indeferiu o pleito mandamental que consistia na determinação judicial para transitar livremente como integrante da plataforma virtual UBER.

Em novembro de 2017, a Primeira Câmara de Direito Público de que faz parte o presente relator, decidiu unanimemente, pela concessão do direito de os motoristas que se utilizam da intermediação de aplicativos como o UBER exercerem sua atividade profissional, sob o fundamento da autonomia das partes em pactuar contrato de transporte individual, sendo a referida atividade respaldada pela Constituição, que estabelece, em seu artigo 1º, ser um dos fundamentos da República a livre iniciativa. Assegurando ainda que a atividade econômica deverá observar, dentre outros, os preceitos da livre concorrência e da defesa do consumidor (incisos IV e V do art. 170 do CF), sendo que o parágrafo único do referido artigo prevê que é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Nesse diapasão, ante a uniformização do entendimento camerário a respeito do objeto do presente recurso, o embate sobre o tema não comporta ilações de profundidade na presente ocasião, em que se mostra pertinente apenas a plausibilidade do direito vindicado, de modo a suspender a decisão concedida pelo juiz de 1º grau.

Ademais, a Carta Magna estabelece em seu artigo 1º, que um dos fundamentos da República é a livre iniciativa. Não por outro motivo, a Constituição prevê que a atividade econômica deverá observar, dentre outros, os preceitos da livre concorrência e o da defesa do consumidor, de

modo a assegurar a todos o “*livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei*”.

A liberdade de iniciativa envolve o livre exercício de qualquer atividade econômica, a liberdade de trabalho, ofício ou profissão além da liberdade de contrato. Fixado o conteúdo, percebe-se que o princípio da livre iniciativa não está ligado apenas ao modelo econômico ideológico adotado, é corolário natural do indivíduo em uma sociedade organizada, cabendo ao Estado assegurar as condições necessárias ao seu exercício.

Não é outro o entendimento de Eros Roberto Grau, quando disserta sobre a livre iniciativa em sua obra “*A ordem econômica na Constituição de 1988*”. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 184:

*“Inúmeros são os sentidos, de toda sorte, podem ser divisados no princípio, em sua dupla face, ou seja, enquanto liberdade de comércio e indústria e enquanto liberdade de concorrência. A este critério classificatório acoplando-se outro, que leva à distinção entre liberdade pública e liberdade privada, poderemos ter equacionado o seguinte quadro de exposição de tais sentidos: a) liberdade de comércio e indústria (não ingerência do Estado no domínio econômico): a.1) faculdade de criar e explorar uma atividade econômica a título privado - liberdade pública; a.2) não sujeição a qualquer restrição estatal senão em virtude de lei - liberdade pública; b) liberdade de concorrência: b.1) faculdade de conquistar a clientela, desde que não através de concorrência desleal - liberdade privada; b.2) proibição de formas de atuação que deteriam a concorrência - liberdade privada; b.3) neutralidade do Estado diante do fenômeno concorrencial, em igualdade de condições dos concorrentes - liberdade pública.”*

No que cuida do livre exercício da atividade econômica, são impostos limites à atuação dos agentes produtores, visando a preservação do acesso ao mercado e da própria atividade em si, haja vista que no regime capitalista a concentração empresarial é fator limitante das pequenas iniciativas produtivas nos mais variados segmentos.

Nessa ordem de ideias, eventual ausência (momentânea) de regulamentação da atividade econômica em discussão não pode representar empecilho ao livre exercício desta em observância ao princípio constitucional da livre iniciativa e da livre concorrência.

Nesse sentido, escoreitas as lições deste Sodalício, *ad litteram*:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIÇO DE TRANSPORTE INDIVIDUAL DE PASSAGEIROS. PRESTAÇÃO REALIZADA POR PARTICULARES, COM INTERMEDIÇÃO DO APLICATIVO “UBER”. INCIDÊNCIA DAS REGRAS CONSTANTES DO REGIME JURÍDICO DE DIREITO PRIVADO. AUTONOMIA DAS PARTES EM PACTUAR CONTRATO DE TRANSPORTE INDIVIDUAL. ATIVIDADE RESPALDADA NA POLÍTICA NACIONAL DE MOBILIDADE URBANA E NOS PRECEITOS DA LIVRE INICIATIVA E DA LIVRE CONCORRÊNCIA. SERVIÇO QUE NÃO SE CONFUNDE COM A ATIVIDADE DE TAXISTA (LEI N.º. 12.468/2011). RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. DECISÃO REFORMADA.

1. Cuida-se de Agravo de Instrumento com pedido de tutela antecipada recursal interposto por MARCUS DE MORAIS MOURA, adversando decisão interlocutória proferida pelo Juízo da 5ª Vara da Fazenda Pública desta Comarca que, nos autos do Mandado de Segurança preventivo autuado sob o n.º. 0133354-86.2017.8.06.0001, impetrado em face do MUNICÍPIO DE FORTALEZA E OUTROS, indeferiu a medida liminar vindicada. 2. De antemão, afirmo que, não obstante o esforço argumentativo desenvolvido pelas partes agravadas em sede de contrarrazões, o *decisum* interlocutório merece reproche, eis que promanado em dissonância com a Constituição Federal, com o Código Civil e com a Política Nacional de Mobilidade Urbana. Explico. A CF/88 estabelece, em seu artigo 1º, que um dos fundamentos da República é a livre iniciativa. Assegura, na mesma senda, em seu art. 170, que a atividade econômica deverá observar, dentre outros, os preceitos da “livre concorrência” (inciso IV) e o da “defesa do consumidor” (inciso V), ao passo em que o parágrafo

único do mencionado dispositivo prevê que: “é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.” 3. Sob esse enfoque, me parece que a pretensão do agravante é compatível com a Carta Magna vigente e com a Lei Substantiva Civil, na medida em que, o que se extrai da hipótese vertente, é a intermediação pelo aplicativo “UBER” de genuíno contrato de transporte privado individual entre o motorista recorrente e os consumidores.

**4. A atividade desenvolvida pelo agravante não se confunde com a atividade privativa de taxista, porquanto a este cabe a utilização de veículo automotor, próprio ou de terceiros, para transporte público individual, nos termos da lei que regular a profissão de taxista (Lei nº. 12.468/11), enquanto aquele é autônomo, motorista particular, que firma contrato de “transporte privado individual”, onde impera as regras constantes do regime jurídico de direito privado.** 5. A propósito, a Lei Federal em referência não revogou o art. 730 do Código Civil que prevê o contrato de “transporte privado individual”, ou de “serviço privado de transporte”, como aquele feito por meio do aplicativo “Uber”. Em outras palavras, a profissão e a atividade de taxista não é excluyente da profissão e a atividade de motorista autônomo, proprietário ou não de veículo, que presta seu serviço de forma lícita, mediante contrato típico previsto no Código Civil de 2002. 6. Vale anotar que a União, no exercício da competência para dispor sobre diretrizes da política nacional de transporte, editou a Lei nº. 12.587/12, instituindo a Política Nacional de Mobilidade Urbana. Tal regramento não derogou o dispositivo epígrafado da lei substantiva civil, pois apenas define “transporte motorizado privado” como sendo o “meio motorizado de transporte de passageiros utilizado para a realização de viagens individualizadas por intermédio de veículos particulares”, não restringindo o serviço de taxista, pois este tem exclusividade no transporte público individual. 7. Logo, se conclui que a Lei Federal nº. 12.468/11, em harmonia com o Plano de Nacional de Mobilidade Urbana, considerou privativo dos taxistas apenas o serviço de transporte público remunerado de passageiros, não interferindo, nessa medida, no contrato de transporte

privado firmado entre particulares, regido pelo CC/02. 8. Recurso conhecido e provido. Decisão reformada.

(Apelação Cível nº 0623799-88.2017.8.06.0000 Relator(a): LISETE DE SOUSA GADELHA; Comarca: Fortaleza 1ª Câmara de Direito Público. Órgão julgador: 5ª Vara da Fazenda Pública; Data do julgamento: 06/11/2017; Data de registro: 06/11/2017)

PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. EXTINÇÃO DO FEITO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. ATO COATOR. ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* DO PREFEITO MUNICIPAL RECONHECIDA *EX OFFICIO*. PEDIDO DE ABSTENÇÃO DA PRÁTICA DE MEDIDAS CONSTRITIVAS AO EXERCÍCIO PROFISSIONAL DE TRANSPORTE MOTORIZADO PRIVADO INDIVIDUAL DE PASSAGEIROS COM O INTERMÉDIO DA APLICAÇÃO ELETRÔNICA “UBER”. FATO NOTÓRIO QUE INDEPENDE DE DEMONSTRAÇÃO. PRECEDENTES. ERROR IN JUDICANDO. SENTENÇA ANULADA *EX OFFICIO*. TEORIA DA CAUSA MADURA. ADMISSIBILIDADE. APELAÇÃO CONHECIDA E PROVIDA. SEGURANÇA CONCEDIDA.

1- Ilegitimidade do Prefeito de Fortaleza para figurar no polo passivo da ação mandamental reconhecida *ex officio*. O autor não logrou demonstrar em que consistem as atribuições específicas do Chefe do Executivo Municipal com relação à fiscalização e imposição de penalidades de trânsito. 2- A impetração objetiva a concessão preventiva de ordem judicial para que as autoridades reputadas coatoras, por seus interpostos agentes, abstenham-se de praticar atos ou medidas repressivas aptas a coibir o impetrante de livremente exercer a sua atividade econômica de transporte motorizado privado individual de passageiros por intermédio da aplicação eletrônica “Uber”. O recorrente trouxe, no âmbito da inicial, notícias publicadas em jornais na internet (Globo, Diário do Nordeste e Tribuna do Ceará), acerca da apreensão pela ETUFOR de carros dirigidos por motoristas do “Uber” em Fortaleza. 3- O art. 374 do CPC, de aplicação

subsidiária ao procedimento da Lei nº 12.016/2009, estatui que não dependem de prova os fatos notórios. Precedentes. Demonstrado está, nos limites da causa de pedir, o ato reputado coator atribuído às autoridades impetradas, configurador do justo receito de lesão ao direito líquido e certo invocado, a consubstanciar grave ameaça, objetiva e permanente. 4- Há neste Tribunal julgados que amparam a aplicação da teoria da causa madura em sede mandamental (0140051-65.2013.8.06.0001 Apelação, Relatora Desa. MARIA NAILDE PINHEIRO NOGUEIRA, 2ª Câmara Direito Público, data do julgamento: 06/12/2017, data de publicação: 06/12/2017; 0006173-52.2013.8.06.0160, Remessa Necessária, Relatora Desa. TEREZE NEUMANN DUARTE CHAVES, 2ª Câmara Direito Público, data do julgamento: 26/04/2017, data de publicação: 26/04/2017). 5 - Anulação *ex officio* da sentença, nos termos do art. 489, inc. II e § 1º, inc. IV, do CPC, em face do *error in iudicando*. 6 - **Serviço de transporte privado individual, que não configura hipótese de atividade clandestina de transporte público individual. Incidência da Lei nº 12.587/2012 (Política Nacional de Mobilidade Urbana) e do art. 730 do Código Civil. Regras de direito privado, que informam a autonomia das partes em pactuar contrato de transporte individual de passageiros. Prevalência dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, em benefício do consumidor. Proteção da Ordem Econômica e Financeira. Possibilidade de coexistência das duas modalidades de serviço de transporte individual, cada qual atendendo às regras dos regimes jurídicos a que se encontram submetidas.** 7- Apelação conhecida e provida. Segurança concedida. (Apelação Cível nº 0109035-54.2017.8.06.0001 Relator (a): FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA; 1ª Câmara de Direito Público. Comarca: Fortaleza Órgão julgador: 9ª Vara da Fazenda Pública; Data do julgamento: 12/03/2018; Data de registro: 12/03/2018)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRANSPORTE DE PASSAGEIRO. CONTRATO PARTICULAR. APLICATIVO UBER. PRESERVAÇÃO DA LIVRE CONCORRÊNCIA E DO LIVRE EXERCÍCIO DE ATIVIDADE PROFISSIONAL

**LÍCITA. PRIMADOS ASSEGURADOS NA CF/88. PRECEDENTES DESTA CORTE ESTADUAL. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.**

1. Sabe-se que o uso do aplicativo UBER, mundialmente adotado, é uma inovação, representando uma nova opção para os usuários dos serviços de transporte, notadamente nos grandes centros urbanos; **2. Cediço que, a ordem constitucional vigente consagra a liberdade de exercício de qualquer atividade, ofício ou profissão, desde que atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer, nos moldes preconizados no art. 5º, XIII, CF/88, bem como que os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa constituem fundamentos da República Federativa do Brasil, a teor do disposto no art. 1º, IV, da Carta Magna;** 3. Nesse contexto, **o transporte de passageiros mediante a utilização do aplicativo UBER constitui um contrato particular (arts. 730 e 731 do CC/2002), e não público, consoante pretendem os agravados, prevalecendo o princípio da autonomia da vontade, não incidindo as disposições legais administrativas relativas ao serviço público de transporte;** 4. Agravo de Instrumento conhecido e provido.

(Agravo de Instrumento Processo nº 0626877-90.2017.8.06.0000 Relator (a): MARIA IRANEIDE MOURA SILVA; 2ª Câmara de Direito Público Comarca: Fortaleza Órgão julgador: 3ª Vara da Fazenda Pública; Data do julgamento: 21/03/2018; Data de registro: 21/03/2018)

No mesmo sentido, jurisprudência de outros Tribunais sobre o tema.

REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. TRANSPORTE INDIVIDUAL PRIVADO. APLICATIVO UBER.

**O artigo 4º da Lei Federal nº 12.587/12 (cuida da política nacional de mobilidade urbana), faz referência ao transporte público individual (inciso VIII) E ao transporte motorizado privado (inciso X). A Lei 13.775/10 do Município de Campinas trata do transporte individual de passageiros de aluguel denominados taxis, considerado**

serviço de utilidade pública, executado no município sob o regime de permissão (art. 1º). Inaplicabilidade aos motoristas cadastrados no aplicativo do UBER. Transporte privado individual de passageiros. Julgamento recente do Órgão Especial, que declarou inconstitucionais os artigos 17, § 2º, V, e 22, *caput*, § 1º e 2º, I e II, da LM 13.775/10, na ADIN nº 2213289-26.2016.8.26.0000. Incidência do artigo 730 do CC. Precedentes. Sentença que concedeu a ordem mandamental, mantida, com fundamento diverso. Reexame necessário desprovido.

(TJSP - RN: 10519623820168260114, Relator: MARCELO SEMER, DÉCIMA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO, Data de Publicação: 02/03/2018)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. LIMINAR. MUNICÍPIO DE SOROCABA. APLICATIVO UBER. Decreto Municipal nº 22.727/17.

**Pretensão de que a autoridade coatora se abstenha de praticar atos que restrinjam e/ou impossibilitem o livre exercício de atividade profissional** consubstanciada na prestação de serviço de transporte privado de passageiros ajustada entre motoristas cadastrados em aplicativo denominado UBER. Cabimento. **Presença dos requisitos legais. Precedentes jurisprudenciais.** Decisão mantida. Recurso não provido. (TJSP - AI: 21328976520178260000, Relator: OSVALDO JOSÉ DE OLIVEIRA, DÉCIMA SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO, Data de Publicação: 01/03/2018)

APELAÇÃO CÍVEL. Mandado de segurança preventivo. Pleito de abstenção de prática pela companhia municipal de trânsito e urbanização de Londrina-CMTU de qualquer ato ou medida restritiva que impossibilite o livre exercício da atividade desempenhada pelos autores. Transporte privado de passageiros por meio da plataforma uber. **Ausência de legislação específica acerca do assunto no município de Londrina. Falta de regulamentação da atividade econômica que não pode representar empecilho ao livre exercício desta. Observância do princípio constitucional da livre iniciativa e da livre concorrência. Segurança concedida, a fim de determinar que a companhia municipal de trânsito**

**de Londrina - CMTU se abstenha de autuar ou aplicar penalidades administrativas aos motoristas do uber, limitando-se a analisar as condições de segurança dos veículos, bem como a regularidade documental destes. Recurso provido.** (TJPR - APCIV: 17348295, Relator: CARLOS MANSUR ARIDA, QUINTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 19/02/2018)

Como se observa, inexistindo legislação que proíba ou imponha restrição ao transporte individual de passageiros, observa-se a garantia de prestação do serviço em atenção aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência.

ISSO POSTO, conheço o Agravo de Instrumento, para dar-lhe provimento, confirmando os efeitos da decisão liminar às fls. 463-471, ao tempo em que suspendo a decisão agravada proferida pelo magistrado de planície, posto que se encontram presentes os requisitos necessários para tal.

É como voto.

Fortaleza, 18 de junho de 2018.

PROCESSO: 0622273-18.2019.8.06.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO

AGRAVANTE: MUNICÍPIO DE FORTALEZA

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ

CUSTOS LEGIS: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL

RELATOR: DES. PAULO FRANCISCO BANHOS PONTE

**EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. DECISÃO IMPUGNADA QUE BUSCA PRESERVAR O BEM TOMBADO PROVISORIAMENTE PELO MUNICÍPIO. SUSPENSIVIDADE. IMPOSSIBILIDADE. TOMBAMENTO PROVISÓRIO TEM A MESMA EFICÁCIA DO TOMBAMENTO DEFINITIVO, POIS AMBOS OBJETIVAM A PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO PÚBLICO. AGRAVO CONHECIDO E DESPROVIDO.**

1 - Cuidam-se os presentes autos de Agravo de Instrumento, manejado pelo Município de Fortaleza, em face do Ministério Público Estadual, pleiteando a suspensão da decisão exarada na Ação Civil Pública do juízo da 8ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza que concedeu tutela de urgência para que o Município de Fortaleza não conceda qualquer autorização ou licença para que se leve a efeito a demolição, destruição ou mutilação do Edifício São Pedro (situado na Rua Arariús, nº 9, Praia de Iracema Fortaleza – CE).

2 - Contrarrazões às fls. 680/693, em que o Ministério Público faz menção à Inquérito Civil Público nº 2017/462781 “*no intuito de apurar denúncia formulada pelo Centro de Apoio Operacional de Proteção à Ecologia, Meio*

*Ambiente, Urbanismo, Paisagismo e Defesa do patrimônio Histórico, Artístico e Cultural, doravante denominado CAOMACE, dando conta da realização de diligências na obtenção de informações sobre projeto e/ou possível reforma/demolição do Edifício São Pedro, situado na Rua Arariús, nº 09, Praia de Iracema, nesta cidade, para dar lugar a edificação comercial. (...) Vislumbra-se, assim, o verdadeiro interesse do proprietário do bem tombado é explorar economicamente o imóvel onde está situado o edifício São Pedro, situado na orla marítima do município, área valorizada comercialmente”. Aduz ainda o parquet recorrido que nenhuma razão assistiria ao Parecer Técnico nº 278/2017 da Coordenação de Patrimônio Histórico - Cultural da SECULTFOR - pois, visando a garantia estrutural do prédio, deveria o proprietário promover o restauro do mesmo, e em caso de insuficiência econômica para tanto, tal obrigação se transmudaria para o ente tombador.*

3 - Rejeitada preliminar de não conhecimento do recurso.

4 - Nos termos da lição do administrativista José dos Santos Carvalho Filho, em sua Obra “*Manual de Direito Administrativo*”, 32ª edição, às fls. 943, o tombamento impede que o proprietário, de forma egoística, use e frua livremente de seus bens, se estes representarem interesse público de ordem histórica, artística, cultural, científica, turística e paisagística.

5 - O Tombamento provisório representa fase do processo de tombamento, posto que decretado antes do ato final do tombamento definitivo.

Dúvidas não há de que o tombamento provisório terá a mesma eficácia do tombamento definitivo, uma vez que ambos tem como fim último a proteção do patrimônio público. Precedentes doutrinários e jurisprudencial.

6 - Se o ente municipal não tem mais interesse na manutenção do ato administrativo de tombamento, é possível que, de ofício ou em razão de solicitação do proprietário ou de outro interessado, entenda não estar mais presente o motivo que justificou o ato administrativo, o que ensejaria o de desfazimento do ato, por meio de procedimento devido, promovendo-se o cancelamento do ato de inscrição, conhecido como destombamento. Nos termos do que leciona doutrina especializada.

7 - Ora, o Município alega que o desabamento do imóvel é iminente e que a decisão de primeiro grau impediria atos de preservação do bem. Ocorre que a decisão vergastada obsta a concessão de autorização ou licença para que se leve a efeito a *“demolição, destruição ou mutilação”* do bem tombado em processo da própria Secretaria Municipal, que é o que é preconizado pela norma de regência do tombamento, Art. 17, Decreto-lei no 25/37.

8 - Enfatiza-se que o judiciário não precisa autorizar que a Prefeitura realize ações que entenda pertinentes à proteção da edificação. Mormente no que diz respeito à sua esfera de competência funcional. Como dito em manifestação anterior, se a Prefeitura entende que existem medidas a serem tomadas, com vias à proteção da edificação, tais

como as citadas no relatório técnico juntado às folhas 663-669, em petição do Ministério Público, no Primeiro grau de jurisdição, às fls. 640-641, ainda não analisada pelo juiz de piso, que o faça como consectário lógico do exercício do poder de polícia administrativo e da auto-executoriedade de que dispõe a edilidade.

9 - Pelas razões apontadas e em análise cognitiva não exauriente, inerente ao recurso de Agravo de Instrumento, não vislumbro presentes os motivos ensejadores da suspensividade da decisão vergastada.

10 - Agravo conhecido e desprovido.

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 1ª Câmara Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, unanimemente, em conhecer o agravo de instrumento, mas para negar-lhe provimento, de acordo com o voto do Relator.

Fortaleza, 03 de junho de 2019

## **RELATÓRIO**

Cuidam-se os presentes autos de Agravo de Instrumento, manejado pelo Município de Fortaleza, em face do Ministério Público Estadual, pleiteando a suspensão da decisão exarada na Ação Civil Pública Proc nº 0164672-53.2018.8.06.0001 do juízo da 8ª Vara da Fazenda Pública (SEJUD I) da Comarca de Fortaleza que concedeu tutela de urgência “para que o Município de Fortaleza não conceda qualquer autorização ou licença para que se leve a efeito a demolição, destruição ou mutilação do Edifício São Pedro (situado na Rua Arariús, nº 9, Praia de Iracema Fortaleza (CE)

e/ou qualquer intervenção física, até ulterior decisão deste juízo, sob pena de multa diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais)”.

Inconformado, o recorrente interpôs AGRAVO DE INSTRUMENTO COM PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO, cujas razões repousam às fls. 01-27 alegando, em suma que a decisão vergastada seria temerária, ante suposto iminente desabamento, bem com aponta parecer técnico do NUTEC – Fundação Núcleo de Tecnologia do Estado do Ceará para justificar que seria inviável economicamente recuperar totalmente a estrutura do Edifício São Pedro.

Em sua decisão concessiva da tutela de urgência, o juiz de primeiro grau fundamentou sua decisão da seguinte forma:

“Alega que a Comissão Permanente de Avaliação do Plano Diretor deixou de considerar que o prédio do Edifício São Pedro, onde pretendem levar a efeito a construção de uma torre comercial/residencial, trata-se de bem tombado pela municipalidade, conforme Portaria nº 51/2015/SECULTFOR e Processo Administrativo nº P 657208/2015. Asseverou que os efeitos do tombamento provisório são os mesmos do tombamento definitivo. (...)

Neste sentido, estando o imóvel tombado provisoriamente, não pode o mesmo sofrer quaisquer alterações que não sejam para sua restauração e conservação.

Quanto ao perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, observa-se que é patente, pois qualquer modificação que não seja a restauração/conservação implicará em (sic) prejuízo de difícil ou impossível retorno ao status quo, bem como, restou evidenciado há aprovação da Análise Prévia levada a efeito pela Comissão Permanente de Avaliação do Plano Diretor, que autoriza a intervenção física do Edifício São Pedro.

Isto posto, **concedo a tutela de urgência para que o Município de Fortaleza não conceda qualquer autorização ou licença para que se leve a efeito a demolição, destruição ou mutilação do Edifício São Pedro (situado na Rua Arariús, nº 9, Praia de Iracema Fortaleza (CE) e/ou qualquer intervenção física, até ulterior decisão deste juízo, sob pena de multa diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais)”**

Petição às fls. 645/646 por parte do Município de Fortaleza, reiterando o pedido liminar recursal.

Decisão liminar desta relatoria denegando a suspensividade pleiteada pela edilidade, nos seguintes termos: “Este juízo não vislumbra motivos presentes os motivos ensejadores da suspensão da decisão vergastada neste momento de cognição sumária inerente ao Recurso de Agravo de Instrumento, mormente ante sua condição de imóvel tombado pela edilidade, nos termos de Portaria nº 51/2015/SECULTFOR e Processo Administrativo nº P 657208/2015”.

Petição atravessada às fls. 645-650, em que edilidade alega que, “posteriormente ao protocolo do agravo de instrumento, o próprio Ministério Público Estadual juntou petição ao juízo de origem anexando mais um estudo da Defesa Civil que aponta o iminente risco de desabamento do imóvel e solicita a adoção imediata no entorno e na estrutura do edifício”.

Pleiteia a edilidade em seu pedido “o *deferimento do efeito suspensivo ao agravo de instrumento em caráter de extrema urgência, a fim de possibilitar a adoção das medidas necessárias à proteção da edificação*”.

Em decisão interlocutória às fls. 670-676, esta relatoria assim decidiu:

“A petição do Ministério Público, juntada nos autos de primeiro grau, a qual fez referência a Prefeitura Municipal em petição atravessada (às fls. 658/659), não foi sequer apreciada no primeiro grau, motivo pelo qual se indaga: Porque entende o Município de Fortaleza que seja cabível esta relatoria se manifestar sobre o tema antes mesmo da manifestação do juiz de primeiro grau, suprimindo a instância de cognição do magistrado, o que é condenado por doutrina e jurisprudência?

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTIMAÇÃO DO PARQUET ACERCA DE PROVIDÊNCIA A SER ADOTADA EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. CARTA PRECATÓRIA. JUÍZO DIVERSO DO PREVISTO NO CÓDIGO DE ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA LOCAL

PARA IMPLEMENTAR ESSA MEDIDA. FINALIDADE DO ATO DEVIDAMENTE ATINGIDA. AUSÊNCIA DE NULIDADE. ART. 244, CPC. NÃO ENCAMINHAMENTO DOS AUTOS DA AÇÃO ORIGINÁRIA. ALEGADA VIOLAÇÃO DE PRERROGATIVA FUNCIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. **LIMITES DA COGNIÇÃO DE SEGUNDA INSTÂNCIA. RECURSO DESPROVIDO.**

1. ; 2. ; 3. **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 prejudicamento da causa.**  
**4. Agravo de instrumento conhecido e desprovido.** (TJCE; Agravo de Instrumento 885344200980600000; Rel.: Fernando Luiz Ximenes Rocha; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 1ª Câmara Cível; Data de registro: 16/11/2011).

Enfatiza-se que o judiciário não precisa autorizar que a Prefeitura realize ações que entenda pertinentes à proteção da edificação. Mormente no que diz respeito à sua esfera de competência funcional.

Se a Prefeitura entende que existem medidas a serem tomadas, com vias à proteção da edificação, tais como as citadas no relatório técnico juntado às folhas 663-669, em petição do Ministério Público, no Primeiro grau de jurisdição, às fls. 640-641, ainda não analisada pelo juiz de piso, que o faça como consectário lógico do exercício do poder de polícia administrativo de que dispõe a edilidade?

Irresignada a edilidade ainda apresentou Agravo Interno e Embargos de Declaração em face da mesma manifestação desta relatoria.

Contrarrazões às fls. 680/693, em que o Ministério Público faz menção à Inquérito Civil Público nº 2017/462781 “no intuito de apurar denúncia formulada pelo Centro de Apoio Operacional de Proteção à Ecologia, Meio Ambiente, Urbanismo, Paisagismo e Defesa do patrimônio Histórico, Artístico e Cultural, doravante denominado CAOMACE, dando

conta da realização de diligências na obtenção de informações sobre projeto e/ou possível reforma/demolição do Edifício São Pedro, situado na Rua Arariús, nº 09, Praia de Iracema, nesta cidade, para dar lugar a edificação comercial. (...) Vislumbra-se, assim, o verdadeiro interesse do proprietário do bem tombado é explorar economicamente o imóvel onde está situado o edifício São Pedro, situado na orla marítima do município, área valorizada comercialmente”.

Aduz ainda o *parquet* recorrido que nenhuma razão assistiria ao Parecer Técnico nº 278/2017 da Coordenação de Patrimônio Histórico-Cultural da SECULTFOR – Secretaria Municipal de Cultura, pois, visando a garantia estrutural do prédio, deveria o proprietário promover o restauro do mesmo, e em caso de insuficiência econômica para tanto, tal obrigação se transmudaria para o ente tombador.

É o breve relatório. Decido.

## VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do agravo de instrumento.

Alega, preliminarmente, a parte recorrida, que o recurso não deveria sequer ser conhecido, pois se valeria de verdadeira contestação, visando discutir o mérito concernente à ação principal, o que não seria permitido em sede de Agravo de Instrumento.

Por certo, a complexidade da causa não poderia ensejar avanço sobre o mérito da discussão, sob pena de indevida supressão de instância da jurisdição do primeiro grau.

Contudo, opto por conhecer do presente recurso, posto que se sobrepõe à alegação preliminar o princípio constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional, de modo que ao magistrado cabe manifestar-se sobre as demandas que lhe são apresentadas, o que também se coaduna com o princípio da primazia do julgamento de mérito (art.4º do CPC), trazido pelo novo Código de Processo Civil de 2015. Rejeito a preliminar.

O cerne da presente questão consiste em perquirir a necessidade de suspensão da decisão vergastada do juízo de 1º grau que concedeu tutela de urgência “para que o Município de Fortaleza não conceda qualquer autorização ou licença para que se leve a efeito a demolição, destruição ou mutilação do Edifício São Pedro (situado na Rua Arariús, nº 9, Praia de Iracema Fortaleza (CE) e/ou qualquer intervenção física, até ulterior decisão deste juízo, sob pena de multa diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais)”.

Com efeito, o que se observa das alegações da parte recorrente ao se insurgir contra a decisão vergastada, em análise precária, inerente ao Recurso de Agravo de Instrumento, é que não lhe assiste razão na insurgência, como se verá a seguir.

O magistrado de primeiro grau já apontou que trata-se o imóvel em questão, de bem tombado pela municipalidade, conforme Portaria nº 51/2015/SECULTFOR e Processo Administrativo nº P 657208/2015 e por tal razão, estando o imóvel tombado provisoriamente, não poderia o mesmo sofrer quaisquer alterações que não sejam para sua restauração e conservação.

Não é outro o entendimento da jurisprudência a respeito do caso.

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. APLICABILIDADE. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EFEITO TRANSLATIVO DOS RECURSOS. POSSIBILIDADE. **TOMBAMENTO. AFETAÇÃO DO BEM AO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E CULTURAL. PROVISÓRIO. MEDIDA ACAUTELATÓRIA. PRECÁRIA.** DEFINITIVO. CONCLUSÃO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. INSCRIÇÃO NO LIVRO DO TOMBO. RELAÇÃO DE PREJUDICIALIDADE. INTERESSE DE AGIR. AUSÊNCIA. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. In casu, aplica-se o Código de Processo Civil

de 1973.II - A Corte de origem apreciou todas as questões relevantes apresentadas com fundamentos suficientes, mediante apreciação da disciplina normativa e cotejo ao posicionamento jurisprudencial aplicável à hipótese. Inexistência de omissão, contradição ou obscuridade. III - É possível a aplicação, pelo Tribunal, do efeito translativo dos recursos em sede de agravo de instrumento, extinguindo diretamente a ação independentemente de pedido, se verificar a ocorrência de uma das causas referidas no art. 267, § 3º, do Código de Processo Civil de 1973, atual art. 485, § 3º, do Código de Processo Civil de 2015. IV - **O tombamento tem por efeito (I) acarretar a afetação do bem ao patrimônio histórico, artístico e natural, com a consequente declaração de um conjunto de ônus de interesse público; (II) instituir obrigações concretas para o proprietário e para o Estado e (III) abrir para a Administração Pública e para a coletividade - depositárias do bem - a possibilidade de exigirem o cumprimento desses deveres, incluindo a restauração do status quo ante, sobre regime de responsabilidade objetiva** Precedentes. V - **O tombamento provisório consubstancia medida precária e acautelatória de preservação do bem até a conclusão dos pareceres técnicos e da inscrição deste no livro de tomo.** Concluído o processo de tombamento definitivo, não restará dúvida quanto à legalidade dos aspectos formais e quanto à identificação e classificação do bem, segundo suas características de conformidade com a legislação de proteção cultural. VI - Após o tombamento definitivo, não há que se falar em interesse de anular ou invalidar acordo sobre questões referentes ao tombamento provisório. VII - O interesse de agir é identificado pela análise do binômio necessidade-utilidade. Assim, a aludida condição da ação se faz presente quando a tutela jurisdicional se mostrar necessária à obtenção do bem da vida pretendido e o provimento postulado for efetivamente útil ao demandante, proporcionando-lhe melhora em sua situação jurídica. Precedentes desta Corte. VIII - Recurso Especial improvido. (STJ - RESP: 1584614, Relator: REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: 07/11/2018)

Nos termos da lição do administrativista José dos Santos Carvalho Filho, em sua Obra “Manual de Direito Administrativo”, 32ª edição, às fls. 943, como se verá abaixo reproduzido, o tombamento impede que o proprietário, de forma egoística, use e frua livremente de seus bens, se estes representarem interesse público de ordem histórica, artística, cultural, científica, turística e paisagística.

“Tombamento é a forma de intervenção na propriedade pela qual o Poder Público procura proteger o patrimônio cultural brasileiro. Alguns estudiosos, realçando o aspecto concreto da intervenção, indicam como objetivos do instituto a preservação, sob regime especial, dos bens de valor cultural, histórico, arqueológico, artístico, turístico ou paisagístico. Quando o Estado intervém na propriedade privada para proteger o patrimônio cultural, pretende preservar a memória nacional. É o aspecto histórico de um país, como por todos reconhecido, que faz parte da própria cultura do povo e representa a fonte sociológica de identificação dos vários fenômenos sociais, políticos e econômicos existentes na atualidade.

**Assim, o proprietário não pode, em nome de interesses egoísticos, usar e fruir livremente seus bens se estes traduzem interesse público por atrelados a fatores de ordem histórica, artística, cultural, científica, turística e paisagística. São esses bens que, embora permanecendo na propriedade do particular, passam a ser protegidos pelo Poder Público, que, para esse fim, impõe algumas restrições quanto a seu uso pelo proprietário”.**(Grifei)

Causa espécie que a Municipalidade se insurja contra as consequências de ato administrativo seu, pois como se observa na Portaria nº 51/2015/SECULTFOR e no Processo Administrativo nº P 657208/2015, o imóvel encontra-se tombado provisoriamente pela iniciativa e vontade da própria edilidade.

Se o ente municipal não tem mais interesse na manutenção do ato administrativo de que trata, que promova o procedimento de “revogação” do ato que não lhe parece mais conveniente, nos termos do que leciona a doutrina especializada (José dos Santos Carvalho Filho, em

sua Obra “Manual de Direito Administrativo”, 32ª edição, às fls. 951) ao apontar que é possível que, o Poder Público, de ofício ou em razão de solicitação do proprietário ou de outro interessado, entenda não estar mais presente o motivo que justificou o ato de tombamento, o que ensejaria o de desfazimento do ato, promovendo-se o cancelamento do ato de inscrição, conhecido como destombamento.

Ora, o Município alega que o desabamento do imóvel é iminente e que a decisão de primeiro grau impediria atos de preservação do bem. Ocorre que a decisão vergastada obsta a concessão de autorização ou licença para que se leve a efeito a “demolição, destruição ou mutilação” do bem tombado em processo da própria Secretaria Municipal, que é o que é preconizado pela norma de regência do tombamento, Art. 17, Decreto-lei no 25/37:

**Art. 17. As coisas tombadas não poderão, em caso nenhum ser destruídas, demolidas ou mutiladas, nem, sem prévia autorização especial do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ser reparadas, pintadas ou restauradas, sob pena de multa de cinquenta por cento do dano causado.**

Parágrafo único. Tratando-se de bens pertencentes á União, aos Estados ou aos municípios, a autoridade responsável pela infração do presente artigo incorrerá pessoalmente na multa.

Enfatiza-se que o judiciário não precisa autorizar que a Prefeitura realize ações que entenda pertinentes à proteção da edificação. Mormente no que diz respeito à sua esfera de competência funcional.

Como dito em manifestação anterior, se a Prefeitura entende que existem medidas a serem tomadas, com vias à proteção da edificação, tais como as citadas no relatório técnico juntado às folhas 663-669, em petição do Ministério Público, no Primeiro grau de jurisdição, às fls. 640-641, ainda não analisada pelo juiz de piso, que o faça como consectário lógico do exercício do poder de polícia administrativo e da auto-executoriedade de que dispõe a edilidade.

O Tombamento provisório representa fase do processo de tombamento, posto que decretado antes do ato final do tombamento definitivo, o que nos faz deduzir que **o tombamento provisório terá a mesma eficácia do tombamento definitivo**, uma vez que ambos tem como fim último a proteção do patrimônio público.

Não é outro o entendimento da doutrina de José dos Santos Carvalho Filho, em sua Obra “Manual de Direito Administrativo”, 32ª edição, às fls. 948:

“Sobre a provisoriedade do tombamento, o STJ (STJ, RMS 8.252, j. 22.10.2002) já proferiu decisão considerando que o tombamento provisório não é fase procedimental, mas sim medida assecuratória de preservação do bem até a conclusão dos pareceres e a inscrição no livro respectivo. Parece-nos, contudo, que tal conclusão não se coaduna com o texto legal. Dispõe o art. 10 do Decreto-lei no 25/1937 que o tombamento ‘será considerado provisório ou definitivo, conforme esteja o respectivo processo iniciado pela notificação ou concluído pela inscrição dos bens’. Segue-se, por conseguinte, que, a despeito de poder também revestir-se de caráter preventivo, o tombamento provisório encerra, na realidade, fase do processo, porquanto decretado antes do ato final do tombamento definitivo. **Observado, porém, o devido processo legal, o tombamento provisório terá a mesma eficácia restritiva do tombamento definitivo, alvejando ambos a proteção do patrimônio público**”.(Grifei).

Pelas razões apontadas e em análise cognitiva não exauriente, inerente ao recurso de Agravo de Instrumento, não vislumbro presentes os motivos ensejadores da suspensividade da decisão vergastada.

Cumprе ressaltar que não se está a analisar o mérito da causa, a partir de um exame profundo da controvérsia objeto dos autos. Cuidando-se de agravo de instrumento, o exame ora exposto é meramente superficial e restrito à plausibilidade jurídica do direito alegado, levando-se em conta o contorno fático traçado na origem, com o fim de apreciar a existência ou não dos requisitos autorizadores da concessão do efeito suspensivo ao presente recurso.

A cognição exauriente será realizada pelo juízo de primeiro grau a quem caberá a análise aprofundada sobre o direito que aqui se discute em sede de Agravo de Instrumento, recurso de cognição sabidamente limitada.

Ante as argumentações expendidas pela agravante na lide em comento, observa-se que não estão presentes os requisitos autorizadores da concessão de suspensividade da decisão, uma vez que a decisão do juiz a quo, ao conceder o pedido liminar sob os argumentos expendidos, atuou em conformidade com a legislação e a jurisprudência que objetiva a preservação de bens tombados, ante seu valor histórico, artístico, cultural, científico, turístico ou paisagístico.

ISSO POSTO, conheço o agravo de instrumento, mas para negar-lhe provimento, mantendo a decisão recorrida em todos os seus termos.

Translade-se a presente decisão no agravo interno registrado sob o número 0622273-18.2018.2019.8.06.0000/50000, dando-lhe baixa.

É como voto.

Fortaleza, 03 de junho de 2019.

PROCESSO: 0627968-84.2018.8.06.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO  
AGRAVANTES: ZUELLINGTON QUEIROGA FREIRE, DIMAS DE  
OLIVEIRA COSTA E THALES CATUNDA DE CASTRO

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ

RELATOR: DESEMBARGADOR PAULO AIRTON ALBUQUERQUE  
FILHO

RELATOR DESIGNADO PARA O ACÓRDÃO: DESEMBARGADOR  
FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA

**EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA QUE INTENTA RECONHECER A VINCULAÇÃO DOS RECURSOS DO FUNDEF/FUNDEB À EDUCAÇÃO BÁSICA. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA. POSSÍVEL INTERESSE DA UNIÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 150 DO STJ. DECLÍNIO DE COMPETÊNCIA. REMESSA DOS AUTOS AO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO.**

1. *In casu*, o agravo de instrumento se opõe à decisão proferida nos autos de ACP em cuja inicial se requer o reconhecimento da vinculação absoluta e integral dos recursos do FUNDEF/FUNDEB à Educação Básica.

2. Nada obstante terem sido suscitadas as prejudiciais de litispendência e de ilegitimidade do MPE para propor a ação de origem, observa-se que a alegação de incompetência absoluta deve ser dirimida primeiramente, pois se refere à definição do Juízo detentor de jurisdição para analisar todas as questões levantadas neste processo, o que inclui as preliminares acima mencionadas.

3. Nos termos da Súmula 150 do Superior Tribunal de Justiça, compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas. Portanto, ao receber por distribuição causa em que se avenge o interesse jurídico dos entes referidos no artigo 109, inciso I, da CF/88, deve o juízo vinculado à Justiça Estadual proceder à remessa dos autos à Justiça Federal, competente para decidir sobre a matéria, sem prévias considerações acerca da nulidade dos atos decisórios (art. 64 do CPC).

4. Não há óbice constitucional ao julgamento, pelo TRF, de recurso interposto contra decisão de juiz estadual na hipótese em que se constate a usurpação da competência da Justiça Federal, mesmo que tão somente para desconstituir a decisão em virtude da incompetência absoluta do juízo prolator e determinar a remessa dos autos ao juiz federal de primeira instância.

5. Agravo de instrumento conhecido e remetido ao Tribunal Regional Federal da 5ª Região, a quem incumbe decidir sobre a sua competência e, se for o caso, conhecer e julgar o recurso.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por maioria, vencido o Relator original, Desembargador Paulo Airton Albuquerque Filho, em conhecer do agravo de instrumento e determinar a remessa dos autos ao Tribunal Regional Federal da 5ª Região, a quem incumbe decidir sobre a sua competência e, se for o caso, conhecer e julgar o recurso, nos termos do voto do Desembargador Fernando Luiz Ximenes Rocha, designado Relator para o acórdão.

Fortaleza, 26 de agosto de 2019.

## RELATÓRIO

Cuida-se de agravo de instrumento interposto por Zuellington Queiroga Freire e outros em face de decisão (p. 66-70) proferida pelo Juiz de Direito Denys Karol Martins Santana, da 2ª Vara da Comarca de Tianguá, na qual, em sede de ação civil pública (processo nº 0024576-54.2018.8.06.0173) ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Ceará contra os ora recorrentes, deferiu a tutela de urgência requerida.

Transcrevo excerto da decisão:

Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Ceará contra os acima nominados, visando a obtenção de provimento judicial que reconheça a invalidade do pagamento de honorários advocatícios com recursos do FUNDEB, e que simultaneamente condene o Município de Tianguá-CE a aplicar as importâncias recebidas via precatório judicial nº PR 134676-CE exclusivamente na manutenção e desenvolvimento da educação básica e valorização dos profissionais da educação, nos termos do art. 60 do ADCT.

[...]

Por fim, convém notar, há indícios de que a contratação dos serviços de advocacia, na espécie, teria ocorrido em desacordo com as disposições da Lei 8.666/93, vez que não fora antecedida de licitação ou de prévio procedimento administrativo destinado a assentar a inexigibilidade desta. Comprovada a suspeita, restaria viciada não apenas a forma de pagamento dos honorários contratuais, mas a própria obrigação assumida pelo Município de Tianguá=CE em face dos causídicos, associações e sociedades rés, o que acarretaria o reconhecimento da invalidade e a consequente desconstituição da obrigação assumida pelo ente público. No que diz respeito ao *periculum in mora* entendo que estão presentes tanto o perigo de dano ao erário municipal quanto o risco ao resultado útil do processo. É razoável supor que

os valores pagos aos causídicos e a APRECE, caso não seja deferida a tutela provisória poderão ser transferidos ou sacados em espécie, dificultando ou mesmo impossibilitando a restituição ao Erário Municipal, com manifesto prejuízo para os administrados, vez que as importâncias deixariam de ser aplicadas em melhorias do sistema de ensino.

Ademais, a providência requestada pelo Ministério Público – bloqueio das contas correntes – é plenamente reversível de maneira que, ao final da demanda, caso logrem vencê-la, os réus cujo patrimônio tenha sido atingido pela constrição judicial poderão levantar as quantias bloqueadas sem maiores dificuldades, não havendo falar-se em risco de irreversibilidade.

[...]

Posto isso, com fundamento nas razões acima, DEFIRO a tutela provisória, para o fim de determinar a indisponibilidade dos valores depositados nas contas bancárias dos promovidos, conforme requestado.

Proceda-se ao bloqueio via BACENJUD observando-se os valores indicados à fl. 29. (p. 66-70)

Nas razões recursais (p. 01-29) os agravantes aduzem, em síntese: **a)** terem firmado contrato de risco com o Município de Tianguá nos idos do ano de 2004 para prestação de serviços de advocacia com o intuito de obter o resgate dos valores do FUNDEF na via administrativa ou judicial; **b)** a existência de litispendência e de continência com ação civil pública em trâmite na Justiça Federal (processo nº 0801022-63.2016.4.05.8103), razão pela qual a demanda de origem deve ser extinta; **c)** a incompetência absoluta do juízo estadual ante a presença de interesse público federal; **d)** a incapacidade processual do MPE; **e)** a possibilidade de destaque do valor atinente aos honorários contratuais e a ausência do *fumus boni iuris*; **f)** a falta do *periculum in mora* necessário para o deferimento da tutela de urgência pelo Judicante de primeiro grau; e **g)** o *periculum in mora* inverso.

Contrarrazões às p. 242-250, nas quais o MPE pugna “pelo parcial provimento do recurso, diante da incompetência absoluta da Justiça Estadual para processar e julgar o feito, devendo, assim, os autos serem encaminhados para 18ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Sobral-CE” (p. 250).

A representante do Ministério Público, em parecer de p. 264-271, opinou pelo parcial provimento do agravo, para reconhecer a incompetência absoluta da Justiça Estadual.

É o relatório.

## VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

De pronto, tenho por bem destacar que pedi vista dos fólios para melhor esclarecer a matéria em litígio, especialmente a suscitada incompetência absoluta.

É que, nada obstante o e. Relator tenha analisado a existência de litispendência e a ilegitimidade do MPE para propor a ação de origem, extinguindo a ACP sem julgamento de mérito, com base no efeito translativo do recurso, a alegação de incompetência absoluta deve ser dirimida primeiramente, pois se refere à definição do Juízo detentor de jurisdição para analisar todas as questões levantadas neste processo, o que inclui as preliminares acima mencionadas.

Além disso, afigura-se-me ilegítima a atuação de juiz absolutamente incompetente, salvo nas hipóteses urgentes e para evitar o perecimento de direito (arts. 64, § 4º, e 297 do CPC). Nesse sentido:

[...] 4. Em regra, o reconhecimento da incompetência absoluta do juízo implica a nulidade dos atos decisórios por ele praticados, mas isso não o impede, em face do poder de cautela previsto nos arts. 798 e 799 do CPC, de conceder ou manter, em caráter precário, medida de urgência, para prevenir perecimento de direito ou lesão grave e de difícil reparação, até ulterior manifestação do juízo competente. [...] (STJ, REsp 1038199/ES, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/05/2013, DJe 16/05/2013)

Dito isso, passo ao caso.

Na espécie, o recurso se opõe à decisão proferida nos autos de ACP em cuja inicial (p. 30-65) se requer “seja reconhecida a vinculação absoluta e integral dos recursos do FUNDEF/FUNDEB, ainda que obtidos por meio de decisão judicial e pagos por precatório, à sua destinação constitucional original, que é a Educação Básica, e, portanto, seja o Município de Tianguá obrigado a aplicá-los exclusivamente na educação, e por consequência, impedido de pagar a associação, os escritórios de advocacia e advogados demandados por meio desses recursos, inclusive por meio de reserva de precatório” (p. 65).

Em sede recursal, os agravantes suscitaram a incompetência absoluta da Justiça Estadual, tendo em vista que a demanda versa tão somente sobre a destinação dos recursos do FUNDEF/FUNDEB (verba federal) e que, por conseguinte, é possível haver interesse jurídico da União, razão pela qual pedem a remessa dos autos à Justiça Federal.

Ocorre que, nos termos da Súmula 150 do Superior Tribunal de Justiça, “compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas”.

Ao interpretar o enunciado sumular em questão, Roberto Rosas anota que: “*O interesse jurídico para a competência da Justiça Federal deve ser aferido pelo juiz federal, pelo princípio do juiz natural para o julgamento da causa*” (***Direito sumular: comentários às súmulas do supremo tribunal federal e do superior tribunal de justiça***, 14<sup>a</sup>. ed., São Paulo: Malheiros, 2012, p. 464). No mesmo sentido:

Consoante a Súmula 150 do STJ, compete ao juízo federal avaliar o interesse da União Federal ou de seus entes no processo. Ou seja, quem decide a respeito do interesse jurídico das entidades previstas no art. 109, I, da CF é o juiz federal e não elas próprias. Desse modo, **nos casos em que o processo esteja tramitando na Justiça Estadual, os autos deverão ser remetidos à apreciação do juiz federal (ou ao respectivo TRF) para que decida se há ou não interesse da União no processo. Caso o juízo federal entenda que existe interesse do ente federal, o processo será deslocado para a**

**Justiça Federal para processo e julgamento**, nos termos do art. 109, I, da CF/88. Caso o juízo federal decida que não existe interesse do ente federal, não deverá suscitar conflito de competência e sim devolver os autos para o juiz estadual, conforme determina a Súmula 224 do STJ. (VILLAR, Alice Saldanha, *Direito sumular*: STJ, Leme: JHMizuno, 2015, p. 214, negritei).

Sobre o tema, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal:

CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA. INOVAÇÃO EM SEDE DE REGIMENTAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL PARA DECIDIR SOBRE A EXISTÊNCIA OU NÃO DE INTERESSE DA UNIÃO NA CAUSA. PRECEDENTES. [...] 2. A jurisprudência desta Suprema Corte está consolidada no sentido de que cabe apenas à Justiça Federal o exame da presença ou não de interesse da União em determinada causa. Precedentes. 3. Agravo regimental improvido. (STF, AI 789.492-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 17-8-2010, Segunda Turma, DJE de 3-9-2010)

Por sua vez, o art. 64 do CPC impõe que a competência absoluta seja declarada de ofício (§ 1º), com a imediata remessa ao juízo que entender competente (§ 3º), conservando-se os efeitos de decisão eventualmente proferida pelo juízo incompetente até que outra seja proferida, se for o caso, pelo juízo com competência para a causa (§ 4º).

A propósito, colaciono precedente desta Corte de Justiça:

EMENTA: CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. AÇÃO PROMOVIDA PELA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. SENTENÇA PROFERIDA POR JUIZ ESTADUAL. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DA JUSTIÇA ESTADUAL PARA PROCESSAR E JULGAR A CAUSA RECONHECIDA EM SEDE RECURSAL. REMESSA DOS AUTOS AO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO. DISCUSSÃO ACERCA DA COMPETÊNCIA

PARA CONHECER DO RECURSO DE APELAÇÃO E DESCONSTITUIR A SENTENÇA. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA SUSCITADO. 1- Consoante decidido pelo Supremo Tribunal Federal com repercussão geral, ante a natureza jurídica de autarquia corporativista, cumpre à Justiça Federal, a teor do disposto no artigo 109, inciso I, da Carta da República, processar e julgar ações em que figure na relação processual quer o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, quer seccional (RE 595.332 - Tema 258). 2- **Ao receber por distribuição causa em que se ventile o interesse jurídico dos entes referidos no artigo 109, inciso I, da CF/88, deve o magistrado vinculado à Justiça Estadual proceder à imediata remessa dos autos à Justiça Federal, competente para decidir sobre a matéria (Súmula 150 do STJ), sem prévias considerações acerca da nulidade dos atos decisórios (art. 64 do CPC).** 3- Compete ao Tribunal Regional Federal julgar recurso interposto contra sentença de juiz estadual na hipótese em que se constate a usurpação da competência da Justiça Federal, ainda que tão somente para desconstituir a decisão em decorrência da incompetência absoluta do juízo prolator, e determinar a remessa dos autos ao juiz federal de primeira instância. Precedentes do STF. 4- Conflito de competência suscitado, com remessa dos autos ao Superior Tribunal de Justiça. (TJCE. Apelação Cível nº 0044822-15.2012.8.06.0001. 1ª Câmara de Direito Público. Relator Desembargador Fernando Luiz Ximenes Rocha. Data de julgamento: 08/07/2019, negritei)

Portanto, ao receber por distribuição causa em que se avenge o interesse jurídico dos entes referidos no artigo 109, inciso I, da CF/88, deve o juízo vinculado à Justiça Estadual proceder à remessa dos autos à Justiça Federal, competente para decidir sobre a matéria. Confirma-se o precedente:

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE DEBÊNTURES CONTRA A ELETROBRÁS. INTERESSE JURÍDICO DA UNIÃO AFASTADO PELO JUÍZO FEDERAL. SÚMULA 150/STJ. APLICAÇÃO DAS SÚMULAS 517 E 556 DO STF. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. AGRAVO REGIMENTAL NÃO-PROVIDO.

1. Agravo regimental contra decisão que declarou a competência da Justiça estadual para processar ação ordinária ajuizada em desfavor da Eletrobrás, pela qual se objetiva a restituição de debêntures mediante conversão em ação preferenciais.
2. A competência da Justiça Federal é fixada em razão da pessoa, sendo que **“competete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União suas autarquias ou empresas públicas” (Súmula 150/STJ)**.
3. Hipótese em que, embora a União tenha manifestado interesse de participar no processo na condição de assistente da Eletrobrás, motivando, inclusive, a remessa dos autos da Justiça estadual para a Justiça Federal, esta declarou a inexistência de interesse do ente público a justificar a sua presença na demanda, indispensável à incidência do art. 109, I, da Constituição Federal.
4. Não compete ao STJ decidir sobre a legitimidade das partes em sede de conflito de competência. Precedentes.
5. Agravo regimental não-provido (AgRg no AgRg no CC 92.409/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/02/2009, DJe 05/03/2009; grifei).

Destaco, ainda, não haver óbice constitucional ao julgamento, pelo TRF, de recurso interposto contra decisão de juiz estadual na hipótese em que se constate a usurpação da competência da Justiça Federal, mesmo que tão somente para desconstituir a decisão em decorrência da incompetência absoluta do juízo prolator e determinar a remessa dos autos ao juiz federal de primeira instância. Trata-se, na realidade, de medida que se impõe, consoante já decidiu o Supremo Tribunal Federal, soberano na interpretação da Constituição Federal:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO - AÇÃO DE USUCAPIÃO - IMÓVEL USUCAPIENDO QUE CONFRONTA COM TERRENO DE MARINHA - INTERVENÇÃO DA UNIÃO FEDERAL - DESLOCAMENTO DA CAUSA PARA O ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL

(CF, ART. 109, I) - **INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA ESTADUAL PARA JULGAR RECURSO DA UNIÃO FEDERAL CONTRA DECISÃO DO MAGISTRADO LOCAL QUE NEGOU A REMESSA DO PROCESSO À JUSTIÇA FEDERAL - RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL ESTÁ SUJEITA A REGIME JURÍDICO DEFINIDO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. - A competência outorgada à Justiça Federal possui extração constitucional e reveste-se, por isso mesmo, de caráter absoluto e improrrogável, expondo-se, unicamente, às derrogações fixadas no texto da Constituição da República. SOMENTE À JUSTIÇA FEDERAL COMPETE DIZER SE, EM DETERMINADA CAUSA, HÁ, OU NÃO, INTERESSE DA UNIÃO FEDERAL. - A legitimidade do interesse jurídico manifestado pela União só pode ser verificada, em cada caso ocorrente, pela própria Justiça Federal (RTJ 101/881), pois, para esse específico fim, é que a Justiça Federal foi instituída: para dizer se, na causa, há, ou não, interesse jurídico da União (RTJ 78/398). O ingresso da União Federal numa causa, vindicando posição processual definida (RTJ 46/73 - RTJ 51/242 - RTJ 164/359), gera a incompetência absoluta da Justiça local (RT 505/109), pois não se inclui, na esfera de atribuições jurisdicionais dos magistrados e Tribunais estaduais, o poder para aferir e dizer da legitimidade do interesse da União Federal, em determinado processo (RTJ 93/1291 - RTJ 95/447 - RTJ 101/419 - RTJ 164/359). INTERVENÇÃO PROCESSUAL DA UNIÃO EM CAUSA INSTAURADA PERANTE A JUSTIÇA DO ESTADO-MEMBRO: A QUESTÃO DA ATRIBUIÇÃO PARA JULGAR RECURSO CONTRA DECISÃO DE MAGISTRADO ESTADUAL, QUE, SEM DECLINAR DE SUA COMPETÊNCIA EM FAVOR DA JUSTIÇA FEDERAL, DECLARA, DESDE LOGO, INEXISTIR INTERESSE JURÍDICO DA UNIÃO NA CAUSA. - A competência para processar e julgar recurso interposto pela União Federal, contra decisão de magistrado estadual, no exercício da jurisdição local, que não reconheceu a existência de interesse federal na causa e nem determinou a remessa do respectivo processo à Justiça Federal, pertence ao Tribunal Regional Federal (órgão judiciário de segundo grau da Justiça Federal comum), a**

**quem incumbe examinar o recurso e, se for o caso, invalidar o ato decisório que se apresenta eivado de nulidade, por incompetência absoluta de seu prolator. Precedentes (STF).** (RE 144880, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 31/10/2000, DJ 02-03-2001; grifei).

Sobre a matéria, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região já decidiu que: “Decisões proferidas por juízo estadual, prolatadas fora das hipóteses autorizadoras, inclusive aquelas proferidas quando cessada a competência delegada, podem ser anuladas por esta Corte” (TRF3, 6ª T., APELAÇÃO CÍVEL - 2093606 - 0032359-32.2015.4.03.9999, Rel. DESA. FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, julg. 30/03/2017, e-DJF3:11/04/2017).

No âmbito do STJ, embora se verifiquem entendimentos dissonantes sobre o tema (*cf.* CC 58.029/MS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 10.4.2006), a possibilidade do julgamento, pelo TRF, de recurso interposto em face de decisão proferida por juiz estadual foi reconhecida em diferentes oportunidades, consoante se extrai do teor da Súmula 365 daquela Corte Superior e da ementa do acórdão proferido no julgamento do Recurso Especial n. 1.111.159/RJ, sob a sistemática dos recursos repetitivos. Confirmam-se:

SÚMULA N. 365. A intervenção da União como sucessora da Rede Ferroviária Federal S/A (RFFSA) desloca a competência para a Justiça Federal ainda que a sentença tenha sido proferida por Juízo estadual.

[...] 3. **O pedido de intervenção da União realizado após a prolação da sentença enseja tão somente o deslocamento do processo para o Tribunal Regional Federal, para que examine o requerimento de ingresso na lide e prossiga (se for o caso) seu julgamento, sem a automática anulação da sentença proferida pelo juízo estadual.**

4. Recurso afetado à Seção, por ser representativo de controvérsia, submetido ao regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução 8/STJ.

5. Recurso especial parcialmente provido, para **determinar a manutenção da sentença de primeiro grau e a remessa**

**dos autos para o competente TRF, a fim de que se proceda à apreciação do pedido de intervenção da União e, se aceito, se realize o julgamento das apelações.**

(REsp 1111159/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/11/2009, DJe 19/11/2009; grifou-se).

PROCESSUAL CIVIL. PEDIDO DE INTERVENÇÃO DA UNIÃO APÓS O JULGAMENTO EM 1º GRAU DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL. APELAÇÃO. COMPETÊNCIA DO TRF.

1. **Tendo a União requerido a intervenção na demanda somente após o julgamento de primeiro grau da Justiça Estadual, compete ao Tribunal Regional Federal a apreciação do respectivo pedido, bem assim, se aceito, o julgamento das apelações interpostas.**

2. Recurso especial provido (REsp 1041279/RJ, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/08/2008, DJe 27/08/2008; grifou-se).

Processo civil. Competência. Agravo em conflito negativo. Ação proposta e sentença proferida no âmbito da Justiça Comum Estadual. Cessão de direitos. Caixa Econômica Federal. Recurso de apelação. Justiça Federal. - A cessão de direitos à Caixa Econômica Federal, com a sua conseqüente intervenção após a prolação da sentença e antes do julgamento do recurso de apelação, **desloca a competência para a Justiça Federal, que, se admitir a intervenção, poderá julgar o mérito do recurso**, conforme o entendimento firmado na 2ª Seção do STJ. Agravo no conflito de competência não provido (AgRg no CC 38.531/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 10/12/2003, DJ 15/03/2004; grifou-se).

Sob tais fundamentos, considerando o teor da Súmula 150 do STJ, com a devida vênia, divirjo do eminente Relator para determinar a remessa dos autos ao Tribunal Regional Federal da 5ª Região, a quem incumbe decidir sobre a sua competência e, se for o caso, conhecer e julgar o recurso.

É como voto.

PROCESSO: 0629030-62.2018.8.06.0000

AGRAVO DE INSTRUMENTO

AGRAVANTE: ROGÉRIA MARIA RAULINO SANTANA

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ

RELATOR: DESEMBARGADOR PAULO AIRTON ALBUQUERQUE  
FILHO

RELATOR DESIGNADO PARA O ACÓRDÃO: DESEMBARGADOR  
FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA

**EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA DEFERIDA PARA SUSPENDER EFICÁCIA DOS ATOS DE NOMEAÇÃO POR SUPOSTA PRÁTICA DE NEPOTISMO. RECURSO INTERPOSTO POR TERCEIRO PREJUDICADO. NEPOTISMO NÃO CONFIGURADO. VIOLAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE 13 DO STF. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE SUBORDINAÇÃO HIERÁRQUICA OU PROJEÇÃO FUNCIONAL ENTRE A SERVIDORA PÚBLICA RECORRENTE E O SEU IRMÃO, LOTADO EM PESSOA JURÍDICA DIVERSA. INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO DE PARENTESCO ENTRE A NOMEADA E A AUTORIDADE NOMEANTE (PREFEITO). FALTA DE PLAUSIBILIDADE JURÍDICA PARA A MANUTENÇÃO DA DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU APENAS NO QUE TANGE À AGRAVANTE. PERIGO DE DANO INVERSO. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E PROVIDO.**

1. Trata-se de agravo de instrumento interposto por terceiro prejudicado contra decisão liminar proferida nos autos de ação civil pública que, dentre outras medidas, suspendera o seu ato de nomeação ante a configuração da prática de nepotismo.

2. O nepotismo consiste no favorecimento de vínculos de parentesco na contratação ou designação de pessoa para ocupar cargo ou emprego público, em ofensa aos princípios da impessoalidade, eficiência, igualdade e moralidade, estando vedado em toda a estrutura da Administração Pública, direta e indireta, de qualquer dos Poderes da República, conforme critérios objetivos fixados pela Súmula Vinculante 13 do STF.

3. Em juízo de cognição sumária, depreende-se que *in casu* inexistente a plausibilidade jurídica indispensável para a manutenção da decisão concessiva da liminar, apenas no ponto que se refere à recorrente, pois falta a subordinação hierárquica ou projeção funcional entre a recorrente e o seu irmão, lotado em pessoa jurídica diversa, bem como não há prova de que o detentor de cargo de chefia, direção ou assessoramento teria competência para nomear, indicar ou interferir na nomeação da sua irmã, ora recorrente. Outrossim, não exsurge dos autos qualquer alegação de vínculo de parentesco entre a agravante e a autoridade nomeante (Prefeito), tampouco da existência de ajuste mediante designações recíprocas (nepotismo cruzado).

4. Presente o perigo de dano inverso para a agravante, uma vez que é inegável o prejuízo financeiro ocasionado pela sua exoneração do cargo de Diretora Escolar e pela manutenção da vedação à sua nomeação para cargos em comissão na administração municipal.

5. Não há falar em invasão do mérito da ação civil pública de origem, demanda cujo objeto em muito extrapola o limitado âmbito de cognição deste agravo de instrumento, que se restringiu a analisar a presença ou não dos requisitos necessários para a antecipação da tutela, afastando especificamente a probabilidade do direito em relação à agravante.

6. Agravo de instrumento conhecido e provido para revogar em parte a decisão recorrida, precisamente no que tange à agravante, para consequentemente restabelecer a eficácia do seu ato de nomeação.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por maioria, vencido o Relator original, Desembargador Paulo Airton Albuquerque Filho, em conhecer do agravo de instrumento para dar-lhe provimento, revogando em parte a decisão recorrida, precisamente no que tange à agravante, para consequentemente restabelecer a eficácia do seu ato de nomeação, nos termos do voto do Desembargador Fernando Luiz Ximenes Rocha, designado Relator para o acórdão.

Fortaleza, 02 de setembro de 2019.

## RELATÓRIO

Cuida-se de agravo de instrumento interposto por Rogéria Maria Raulino Santana em face de decisão (p. 66-73, repetida às p. 352-359), proferida pela Juíza de Direito Anne Caroline Fernandes Duarte, da 3ª Vara da Comarca de Morada Nova, na qual, em sede de ação civil pública por ato de improbidade administrativa (processo nº 0000707-03.2018.8.06.0128) ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Ceará – MPE contra o Município de Morada Nova, José Vanderley Nogueira (Prefeito) e Jorge Demétrio de Brito Filho (Presidente da Câmara de Vereadores local), deferiu em parte a tutela de urgência requerida, nestes termos:

Ante o exposto, **DEFIRO, EM PARTE**, o pedido de antecipação dos efeitos da tutela e, via de consequência, **SUSPENDO A EFICÁCIA DOS ATOS DE NOMEAÇÃO** de EMANUELLA MARIA MACHADO DE OLIVEIRA, ILDEMARA MEDEIROS GIRÃO, INARA VILMA GIRÃO, RITA COELHO DE ALMEIDA, ROGÉRIA MARIA RAULINO SANTANA, MARIA EDILEUSA RAULINO PIMENTEL, MARIA ERIVÂNCIA RABELO, MARIA ICLEJANE NOBRE DE SENA e, caso não verificada a informação constante às fls. 211 (exonerações alegadas pelo Município), **TAMBÉM SUSPENDO A EFICÁCIA DOS ATOS DE NOMEAÇÃO DE PAULO SUDERLAN RAULINO, MARIA DARCYANNY MONTEIRO NOBRE e de SÂMARA ROBERTA BESSA PINHEIRO**, todos em relação aos respectivos cargos e/ou funções indicados na inicial, até ulterior deliberação deste Juízo, devendo todos os mencionados – observando-se a ressalva quanto aos três últimos – serem devidamente afastados desses cargos e/ou funções no prazo de 10 (dez) dias.

**INDEFIRO** o pedido genérico formulado quanto ao afastamento de quaisquer outros servidores municipais que se enquadrem na situação de nepotismo, devendo o órgão ministerial, caso existam outras pessoas nessa condição, listar seus nomes, descrevendo os cargos e/ou funções que ocupam/desempenham e o respectivo grau de parentesco com as autoridades administrativas municipais, tudo acompanhado de documentação comprobatória.

Outrossim, **INDEFIRO, por ora**, o pedido quanto à suspensão liminar da eficácia dos atos de nomeação de **SUELLY CRISTINA DIAS RABELO** e de **CLAUDIANA DOS SANTOS RODRIGUES**, haja vista a inexistência de elementos suficientes que indiquem, ao menos numa análise perfunctória, a existência de nepotismo cruzado alegado. Fixo multa diária no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) para o caso de descumprimento desta decisão pelos promovidos, de forma solidária, em relação a cada servidor que esteja exercendo indevidamente suas funções em situação de nepotismo.

**DETERMINO**, ainda, que o Município de Morada Nova se abstenha de realizar pagamento a título de serviços prestados após a concessão da antecipação de tutela, sob pena de multa diária de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), a ser aplicada pessoalmente ao Senhor Prefeito Municipal, em relação a cada servidor que esteja indevidamente trabalhando em situação de nepotismo. (p. 72-73)

Na decisão objurgada (p. 66-73), a Judicante singular observou: **a)** que o MPE propôs ação civil pública por ato de improbidade administrativa em face do Município de Morada Nova, do Prefeito e do Presidente da Câmara de Vereadores pela prática de nepotismo e nepotismo cruzado; **b)** que o texto da Súmula Vinculante nº 13 “é claro no sentido de que a vedação ao nepotismo alcança os familiares de servidor investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, a exemplo dos Secretários Municipais, ainda que o ato de nomeação não tenha sido praticado por eles” (p. 69); **c)** estar presente a plausibilidade do direito autoral, pois “*in casu*, mesmo que os parentes dos Secretários Municipais e/ou dos chefes dos órgãos indicados tenham tido suas nomeações efetivadas pelo Prefeito, ainda assim [...] resta caracterizada a prática de nepotismo” (p. 69); **d)** restar configurado o perigo da demora, haja vista que “a preservação da impessoalidade/moralidade administrativa, exige a antecipação dos efeitos da tutela, sob pena de se permitir que tal situação ainda perdure, e, por via de consequência, venha a privar os cidadãos administrados de um serviço público prestado por agentes públicos efetivamente qualificados para tanto” (p. 71); e **e)** que a medida liminar não é irreversível.

Nas razões recursais (p. 01-22), a agravante aduz, em síntese: **a)** “que a incidência da prática de nepotismo teria ocorrido em razão de ocupar cargo comissionado (Diretora Escolar), tendo um parente (irmão) exercendo a função de Presidente da Autarquia de Trânsito Municipal (Demutran)” (p. 05); **b)** que é servidora efetiva e “está exercendo a função de Diretora da Escola Municipal CEI Pinóquio” (p. 06), após passar por rigoroso teste de aptidão; **c)** que não houve influência de terceiros para a sua nomeação; **d)** a inexistência de nepotismo e dos elementos necessários para a concessão da liminar; **e)** que “não possui nenhuma relação de parentesco com a autoridade nomeante” (p. 11), nem “vínculo de subordinação com seu parente ou vice-versa” (p. 12); **f)** não há perigo da demora ou ao resultado útil do processo; e **g)** a inocorrência de nepotismo cruzado, já que falta aos autos prova de ajuste recíproco.

Contrarrazões às p. 376-382, nas quais o Ministério Público do Estado do Ceará aduz: **a)** a impossibilidade de se analisar o mérito da questão principal em sede de agravo de instrumento; **b)** que “a agravante ocupava cargo comissionado (Diretora Escolar), tendo parente (irmão) exercendo função de Presidente da Autarquia de Trânsito Municipal (Demutran)” (p. 381); e **c)** “não se tratando de cargo de natureza política, perfeitamente possível a aplicação do teor da Súmula Vinculante nº 13 do STF” (p. 381).

É o relatório.

## VOTO

De início, observo tratar-se de agravo de instrumento interposto por terceiro prejudicado contra decisão liminar proferida nos autos de ação civil pública (processo nº 0000707-03.2018.8.06.0128), que, dentre outras medidas, suspendera o seu ato de nomeação.

Ao dispor sobre a legitimidade recursal do terceiro, o art. 996, parágrafo único, do CPC, disciplina que:

Art. 996. O recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público, como parte ou como fiscal da ordem jurídica.

Parágrafo único. Cumpre **ao terceiro demonstrar a possibilidade de a decisão sobre a relação jurídica submetida à apreciação judicial atingir direito de que se afirme titular** ou que possa discutir em juízo como substituto processual.

Na espécie, constato o interesse jurídico da agravante e a sua legitimidade para recorrer, pois o seu direito de ser nomeada para cargo comissionado (Diretora Escolar) no âmbito da Administração Pública Municipal foi diretamente atingido pela decisão de primeiro grau.

Ademais, o recurso revela-se tempestivo, o preparo está devidamente comprovado (p. 26-27), e foram coligidas aos autos as cópias da documentação prevista no art. 1.017 do CPC.

Assim, presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

A insurgência recursal volta-se contra a decisão interlocutória de primeiro grau que deferiu parcialmente o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, determinando, dentre outras providências, a suspensão da “eficácia dos atos de nomeação de [...] Rogéria Maria Raulino Santana” (p. 72), por entender estarem presentes os requisitos elencados no art. 300 do CPC, quais sejam, a probabilidade do direito, pela configuração da prática de nepotismo, e o perigo de dano, ante a necessidade de preservação da impessoalidade e moralidade administrativa com fins de assegurar a prestação do serviço público eficiente.

Pois bem.

O nepotismo consiste no favorecimento de vínculos de parentesco na contratação ou designação de pessoa para ocupar cargo ou emprego público, em ofensa aos princípios da impessoalidade, eficiência, igualdade e moralidade, estando vedado em toda a estrutura da Administração Pública, direta e indireta, de qualquer dos Poderes da República, nos termos da Súmula Vinculante 13 do STF:

**A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da**

**mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança** ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal. (Grifo nosso)

Acerca da incidência do referido entendimento vinculante, o STF elencou critérios objetivos para analisar a configuração ou não do nepotismo no caso concreto; veja-se:

Ao editar a Súmula Vinculante 13, embora não se tenha pretendido esgotar todas as possibilidades de configuração de nepotismo na administração pública, foram erigidos **critérios objetivos** de conformação, a saber: i) **ajuste mediante designações recíprocas quando inexistente a relação de parentesco entre a autoridade nomeante e o ocupante do cargo de provimento em comissão ou da função comissionada**; ii) **relação de parentesco entre a pessoa nomeada e a autoridade nomeante**; iii) **relação de parentesco entre a pessoa nomeada e o ocupante de cargo de direção, chefia ou assessoramento a quem estiver subordinada** e iv) **relação de parentesco entre a pessoa nomeada e a autoridade que exerce ascendência hierárquica ou funcional sobre a autoridade nomeante**. A incompatibilidade da prática enunciada na Súmula Vinculante 13 com o art. 37, *caput*, da CF/1988 não decorre diretamente da existência de relação de parentesco entre a pessoa designada e o agente político ou servidor público ocupante de cargo em comissão ou de função comissionada, mas da presunção de que a escolha para ocupar cargo de direção, chefia ou assessoramento tenha sido direcionada a pessoa com relação de parentesco com alguém que tenha potencial de interferir no processo de seleção. (STF. ARE 896.762 AgR, 2ª Turma, Relator Ministro Dias Toffoli, j. 4-6-2018, DJE de 26-6-2018, negritei)

No mesmo sentido: a) STF, RE 807383 AgR, Relator Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 30/06/2017, DJe-176 DIVULG 09-

08-2017; b) STF, Rcl 19529 AgR, Relator Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 15/03/2016, DJe-072 DIVULG 15-04-2016; e c) STF, Rcl 18564, Relator Min. GILMAR MENDES, Relator p/ Acórdão Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 23/02/2016, DJe-161 DIVULG 02-08-2016.

Por oportuno, transcrevo excerto do voto proferido pelo Relator Ministro Dias Toffoli no julgamento do ARE 896.762:

[...]

Com efeito, conforme consignei na referida Reclamação e, também, na decisão ora impugnada, a **incompatibilidade da prática enunciada na Súmula Vinculante nº 13 com o art. 37, caput, da CF/88 não decorre diretamente da existência de relação de parentesco entre a pessoa designada e o agente político ou servidor público ocupante de cargo em comissão ou função comissionada, mas da presunção de que a escolha para ocupar cargo de direção, chefia ou assessoramento tenha sido direcionada a pessoa com relação de parentesco com alguém que tenha potencial de interferir no processo de seleção.**

Isso porque vedar o acesso de qualquer cidadão a cargo público tão somente em razão da existência de relação de parentesco com servidor público que não tenha competência para o selecionar ou o nomear para o cargo de chefia, direção ou assessoramento pleiteado, ou que não exerça ascendência hierárquica sobre aquele que possua essa competência é, em alguma medida, negar um dos princípios constitucionais a que se pretendeu conferir efetividade com a edição da Súmula Vinculante nº 13, qual seja, o princípio da impessoalidade.

Assim, a **vedação do nepotismo consubstanciada no enunciado vinculante tem por finalidade resguardar a isenção do processo de escolha para provimento de cargo ou função pública de livre nomeação e exoneração.**

Ao editar a Súmula Vinculante nº 13, embora não se tenha pretendido esgotar todas as possibilidades de configuração de nepotismo na Administração Pública, foram erigidos critérios objetivos de conformação, a saber:

- a) ajuste mediante designações recíprocas quando inexistente a relação de parentesco entre a autoridade nomeante e o ocupante do cargo de provimento em comissão ou da função comissionada;**
- b) relação de parentesco entre a pessoa nomeada e a autoridade nomeante;**
- c) relação de parentesco entre a pessoa nomeada e o ocupante de cargo de direção, chefia ou assessoramento a quem estiver subordinada;**
- d) relação de parentesco entre a pessoa nomeada e a autoridade que exerce ascendência hierárquica ou funcional sobre a autoridade nomeante. (STF ARE 896.762 AgR, 2ª Turma, Relator Ministro Dias Toffoli, j. 4-6-2018, DJE de 26-6-2018, negritei)**

Diante da jurisprudência acima, que fixa os critérios objetivos para aferir a prática de nepotismo, constato estar ausente a plausibilidade jurídica necessária para a manutenção da tutela antecipada deferida em primeiro grau, tão somente na parte que atinge a agravante, pois a sua nomeação, ao que me parece em juízo de delibação, não se enquadra em qualquer das hipóteses de incidência da Súmula Vinculante 13.

Explico.

Na petição inicial da ação civil pública (p. 96-118), o Ministério Público destacou restar comprovada a prática do nepotismo no âmbito do Município de Morada Nova, tendo em vista a nomeação de pessoas com relação de parentesco com detentor de cargo de chefia, direção ou assessoramento, para o exercício de cargos comissionados ou de funções de confiança na administração municipal, o que atrairia a incidência da Súmula Vinculante 13 do STF.

Para tanto, apresentou a listagem das nomeações que configurariam nepotismo, indicando expressamente os servidores comissionados nomeados e o respectivo vínculo familiar ensejador da suposta ilicitude.

Com base no quadro demonstrativo (p. 99-100 e 312), o Órgão Ministerial afirmou que a nomeação da agravante, Professora efetiva, para

o cargo comissionado de Diretora Escolar configura nepotismo, haja vista que a nomeada é irmã de Francisco Talvanes Raulino, servidor investido em cargo de direção.

Contudo, da análise dos fólios evidencia-se que Rogéria Maria Raulino Santana (agravante) é servidora municipal, vinculada à Secretaria Municipal de Educação do Município de Morada Nova (p. 50), e que o seu irmão Francisco Talvanes Raulino é Presidente da Autarquia Municipal de Trânsito – AMT (p. 286-287), ou seja, é autoridade de pessoa jurídica diversa.

Logo, inexistente subordinação hierárquica ou projeção funcional entre a recorrente e o seu irmão, de modo que a sua nomeação não se enquadra nos critérios “c” e “d” descritos pelo Relator Ministro Dias Toffoli no julgamento do ARE 896.762, pois não é possível presumir que houve influência do Presidente da AMT na escolha da agravante para assumir o cargo de Diretora Escolar da rede pública municipal, por se tratar de servidores lotados em pessoas jurídicas diversas.

A propósito, colaciono precedente do STF aplicável, *mutatis mutandis*, à espécie:

**Nepotismo. Ausência de subordinação hierárquica ou projeção funcional entre os servidores públicos nomeados para exercer cargo comissionado no mesmo órgão, ou entre as autoridades nomeantes.** Discricionariedade do membro da magistratura para compor sua assessoria, observados os limites da lei e da Constituição. **Impossibilidade de presunção de influência do exercente do cargo de direção, chefia e assessoramento vinculado a um desembargador na escolha e contratação de outro.** [STF. MS 34.179 ED-AgR, 2ª Turma. Relator Ministro Gilmar Mendes, j. 4-4-2018, DJE de 23-4-2018.]

Ainda que se tratasse de parentes lotados na mesma pessoa jurídica, na linha do voto exarado pelo Relator Ministro Dias Toffoli no julgamento do ARE 896.762 (*vide* transcrição supra), não haveria nepotismo, porquanto ausente prova de que o detentor de cargo de chefia, direção ou

assessoramento teria competência para nomear, indicar ou interferir na nomeação da sua irmã, ora recorrente.

Outrossim, não exsurge dos autos qualquer alegação de vínculo de parentesco entre a agravante e a autoridade nomeante (Prefeito), tampouco da existência de ajuste mediante designações recíprocas (nepotismo cruzado), circunstâncias que afastam, respectivamente a incidência dos critérios “a” e “b” (*vide* ARE 896.762, STF, Relator Ministro Dias Toffoli).

Nessa linha, ao menos neste momento processual, não antevejo a presença da plausibilidade jurídica indispensável para a manutenção da decisão interlocutória concessiva da liminar, apenas no ponto que se refere à recorrente.

Ademais, constata-se a presença do perigo de dano inverso para a agravante caso persista a eficácia da interlocutória, uma vez que é inegável o prejuízo financeiro ocasionado pela sua exoneração do cargo de Diretora Escolar e pela manutenção da vedação à sua nomeação em cargos em comissão na administração municipal.

Por fim, não há falar em invasão do mérito da ação civil pública de origem, demanda cujo objeto em muito extrapola o limitado âmbito de cognição deste agravo de instrumento, que se restringiu a analisar a presença ou não dos requisitos necessários para a antecipação da tutela, afastando especificamente a probabilidade do direito em relação à agravante.

Além disso, nada impede que no curso da mencionada ação civil pública o Ministério Público demonstre a prática de nepotismo pelos réus, também quanto à recorrente.

Sob tais fundamentos, com a devida vênia, dirirjo do eminente Relator para dar provimento ao agravo de instrumento e revogar em parte a decisão recorrida, precisamente no que tange à agravante, para consequentemente restabelecer a eficácia do seu ato de nomeação.

É como voto.

PROCESSO Nº 0630591-58.2017.8.06.0000 – AGRAVO DE INSTRUMENTO  
AGRAVANTE: UNIMED FORTALEZA – SOCIEDADE COOPERATIVA  
MÉDICA LTDA.

AGRAVADO: MAURO REIS ALBUQUERQUE

RELATOR: DES. RAIMUNDO NONATO SILVA SANTOS

VOTO VENCEDOR: DES. FRANCISCO BEZERRA CAVALCANTE

ÓRGÃO JULGADOR: 4ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADA

**EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO A SAÚDE. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PLANO DE SAÚDE. OBRIGAÇÃO DE FORNECIMENTO DE MEDICAÇÃO. SPINRAZA. AMIOTROFIA MUSCULAR ESPINHAL (AME). PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA DEFERIDA EM PRIMEIRO GRAU. RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO PELA OPERADORA DE SAÚDE. VOTO DO RELATOR PELA MANUTENÇÃO DA DECISÃO RECORRIDA. VOTO-VISTA EM SENTIDO DIVERSO E ACATADO POR MAIORIA. NECESSIDADE DE AVERIGUAÇÃO DA EFETIVIDADE DO MEDICAMENTO AO PERFIL DO PACIENTE. CRITÉRIOS DE FAIXA ETÁRIA E POR SER O USUÁRIO DEPENDENTE ASSISTÊNCIA RESPIRATÓRIA. INDÍCIOS DE NÃO ADEQUAÇÃO DO REMÉDIO AO AGRAVADO. PROVA PERICIAL MÉDICA INDISPENSÁVEL. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.**

I - Trata-se de agravo de instrumento interposto pela UNIMED FORTALEZA - SOCIEDADE COOPERATIVA MÉDICA LTDA em face de

decisão interlocutória proferida pelo Juízo da 19ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza/CE (fls. 90/94), que, nos autos de ação de obrigação de fazer c/c indenização por danos morais ajuizada por MAURO REIS ALBUQUERQUE, diagnosticado com Amiotrofia Muscular Espinhal (AME), que deferiu a liminar requerida pelo agravado para que a operadora de plano de saúde lhe forneça a medicação denominada Spinraza (nusinersen).

II – O entendimento da relatoria originária foi pela manutenção da decisão recorrida, com base nos seguintes apontamentos: a) O agravado mesmo possui contrato de plano de saúde firmado com a UNIMED FORTALEZA – SOCIEDADE COOPERATIVA MÉDICA LTDA (fls.136/150 e 151), o qual, no ponto 4.6, assevera que “estão cobertas pelo presente contrato as doenças relacionadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde”; b) É o caso da amiotrofia muscular espinhal (AME), doença de origem genética, progressiva e crônica, cadastrada no Código Internacional de Doenças (CID) sob o nº 10: G12.0. O agravado é portador desta enfermidade, conforme relatório médico (fl.129) e exames (fl.131 e 134/135) acostados aos autos; c) A médica do agravado lhe prescreveu o medicamento Spinraza, fármaco cujo licenciamento só fora liberado em 23 de dezembro de 2016, nos Estados Unidos, sendo, atualmente, a única droga capaz de atenuar a progressão dos efeitos da AME. O Spinraza foi

registrado junto à ANVISA pela Resolução nº 2.300, publicada no Diário Oficial da União em 25 de agosto de 2017; d) O Superior Tribunal Justiça não hesita ao asseverar a obrigação de os planos de saúde fornecerem os meios terapêuticos necessários para a cura ou a melhor qualidade de vida dos beneficiários que estejam acometidos por doenças previstas na cobertura de atendimento; e) Apesar de o agravado possuir 25 (vinte e cinco) anos de idade e ter vivido, até hoje, sem o medicamento pretendido, o uso do fármaco, como consignou a médica responsável pela sua prescrição, poderá melhorar a qualidade de vida do agravado, atenuando-se a progressão da doença e o sofrimento físico causado por ela; f) Em que pese a controvérsia médica a respeito da eficácia do Spinraza em pacientes com o perfil do agravado, deve-se salientar que o medicamento foi indicado por profissional devidamente habilitada, a qual assumiu a responsabilidade, juntamente com sua equipe de profissionais, pela prescrição e aplicação do medicamento, vide o relatório médico acostado à fl.133; g) Quanto à alegação de que o cumprimento da liminar concedida em favor de MAURO REIS ALBUQUERQUE comprometeria o equilíbrio financeiro da UNIMED FORTALEZA – SOCIEDADE COOPERATIVA MÉDICA LTDA, deve-se salientar que a documentação trazida às fls.392/399 coloca em dúvida as alegações da empresa, inexistindo elementos que demonstrem, categoricamente, o risco financeiro que justifique o não fornecimento do medicamento pretendido por um de seus beneficiários.

III - É certo que esta Corte, e mais especificamente esta Câmara, vem mantendo em seus julgados a simetria com o entendimento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de dar guarida ao usuário de plano de saúde nas demandas que envolvam a necessidade de fornecimento de fármaco pela prestadora. Precedentes.

IV - Diante de uma pesquisa mais apurada sobre o tema, verifica-se constar informações do Ministério da Saúde no sentido de que a medicação retratada não é indicada para o perfil do agravado, atualmente com 25 anos de idade.

V - Não só pelo critério da faixa etária, mas também pela situação clínica do agravado, não se estaria dentro do perfil acima mencionado, já que ele necessita de assistência respiratória.

VI - Para o caso em apreço, não estão presentes os requisitos da probabilidade do direito, já que este só restará perfeito com a certeza da eficácia e adequação do tratamento com o fármaco ao perfil do agravado, assim como está ausente o perigo de dano, não havendo elementos que demonstrem a iminência de risco de morte do paciente, e que o spinraza seria o antídoto para evitá-la.

VII - A certeza da necessidade de concessão da tutela almejada só poderá advir da produção da prova específica e indubitável perante o juízo recorrido, mais especificamente a prova pericial médica.

VIII- Recurso de agravo conhecido e provido.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso de agravo de instrumento, ACORDAM os Desembargadores integrantes do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, reunidos na 4ª Câmara de Direito Privado, por maioria, em conhecer do presente recurso, para o fim de LHE DAR PROVIMENTO, nos termos do voto do Desembargador Francisco Bezerra Cavalcante.

Fortaleza/CE, 07 de agosto de 2018.

## RELATÓRIO

Cuidam-se os autos de recurso de agravo de instrumento interposto por Unimed Fortaleza – Sociedade Cooperativa Médica Ltda. em face de decisão interlocutória proferida pelo Juízo da 19ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza/CE (fls.90/94), que, nos autos de ação de obrigação de fazer c/c indenização por danos morais ajuizada por MAURO REIS ALBUQUERQUE, deferiu a liminar requerida pelo agravado nos seguintes termos:

[...] Em virtude do exposto, defiro a tutela antecipada de urgência, no sentido de determinar que a promovida UNIMED FORTALEZA SOCIEDADE COOPERATIVA MÉDICA LTDA., no prazo de cinco dias úteis, forneça e custeie, em benefício do autor, o medicamento SPINRAZA em quantidades compatíveis para uso no tratamento indicado pelo médico, na forma prescrita no relatório de fls. 29 – 30, com a realização das aplicações em um dos estabelecimentos hospitalares integrantes de sua rede, sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), em caso de descumprimento injustificado, limitado, inicialmente em 60 (sessenta dias). [...]

Cito, ainda, de parte do relatório apresentado pelo Desembargador Relator originário, Raimundo Nonato Silva Santos, lançado às fls. 509/522, que bem explicitam o objeto recursal:

“(…) Em razões recursais (fls.01/30), a empresa agravante alegou a ausência dos requisitos autorizadores da antecipação de tutela, a irreversibilidade dos seus efeitos - caso a liminar impugnada seja cassada ou revogada - e o risco de desequilíbrio financeiro na empresa - caso o *decisum* de primeira instância seja preservado. Requereu a atribuição de efeito suspensivo ao presente recurso, e, no mérito, o seu provimento.

Juntou-se documentação às fls.31/360.

Às fls.363/368, a desembargadora Helena Lúcia Soares suspendeu os efeitos da decisão impugnada, considerando que:

[...] a irreversibilidade da medida, aliada à fragilidade da prova carreada aos autos originários quanto a urgência no tratamento com a medicação reclamada, em que pese a gravidade da doença, não autoriza a medida requestada, por não terem restado evidenciados os requisitos previstos no art. 300 do CPC. [...]

O agravado apresentou contrarrazões às fls.372/391, refutando os argumentos trazidos pela agravante, pugnano pelo restabelecimento dos efeitos da decisão liminar da 19ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza e, por fim, requerendo o desprovimento do presente recurso.

Instado a se manifestar como fiscal da ordem jurídica, o Ministério Público do Estado do Ceará apresentou parecer meritório às fls.401/405, posicionando-se pelo conhecimento e desprovimento do agravo de instrumento ora interposto. (...)”

Ao final de sua exposição, o eminente Desembargador Relator originário, na sessão de 12 de junho de 2018, entendeu por conhecer do recurso, mas para lhe negar provimento, restaurando os efeitos da liminar proferida pelo Juízo da 19ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza nos autos da ação de origem (proc. nº 0186716-03.2017.8.06.0001).

Necessitando analisar melhor o argumento das partes, pedi vista dos autos.

É o lacônico relatório.

## VOTO

Como se extrai do voto lançado pela relatoria de origem, os seus fundamentos estão alicerçados, basicamente, nas seguintes pilastras:

- a) O agravado mesmo possui contrato de plano de saúde firmado com a UNIMED FORTALEZA – SOCIEDADE COOPERATIVA MÉDICA LTDA (fls.136/150 e 151), o qual, no ponto 4.6, assevera que “estão cobertas pelo presente contrato as doenças relacionadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde”;
- b) É o caso da amiotrofia muscular espinhal (AME), doença de origem genética, progressiva e crônica, cadastrada no Código Internacional de Doenças (CID) sob o nº 10: G12.0. O agravado é portador desta enfermidade, conforme relatório médico (fl.129) e exames (fl.131 e 134/135) acostados aos autos;
- c) A médica do agravado lhe prescreveu o medicamento Spinraza, fármaco cujo licenciamento só fora liberado em 23 de dezembro de 2016, nos Estados Unidos, sendo, atualmente, a única droga capaz de atenuar a progressão dos efeitos da AME. O Spinraza foi registrado junto à ANVISA pela Resolução nº 2.300, publicada no Diário Oficial da União em 25 de agosto de 2017.
- d) O Superior Tribunal Justiça não hesita ao asseverar a obrigação de os planos de saúde fornecerem os meios terapêuticos necessários para a cura ou a melhor qualidade de vida dos beneficiários que estejam acometidos por doenças previstas na cobertura de atendimento.
- e) Apesar de o agravado possuir 25 (vinte e cinco) anos de idade e ter vivido, até hoje, sem o medicamento pretendido, o uso do fármaco, como consignou a médica responsável pela sua prescrição, poderá melhorar a qualidade de vida do agravado, atenuando-se a progressão da doença e o sofrimento físico causado por ela.
- f) Em que pese a controvérsia médica a respeito da eficácia do Spinraza em pacientes com o perfil do agravado, deve-se

salientar que o medicamento foi indicado por profissional devidamente habilitada, a qual assumiu a responsabilidade, juntamente com sua equipe de profissionais, pela prescrição e aplicação do medicamento, vide o relatório médico acostado à fl.133.

g) Quanto à alegação de que o cumprimento da liminar concedida em favor de MAURO REIS ALBUQUERQUE comprometeria o equilíbrio financeiro da UNIMED FORTALEZA – SOCIEDADE COOPERATIVA MÉDICA LTDA, deve-se salientar que a documentação trazida às fls.392/399 coloca em dúvida as alegações da empresa, inexistindo elementos que demonstrem, categoricamente, o risco financeiro que justifique o não fornecimento do medicamento pretendido por um de seus beneficiários.

É certo que esta Corte, e mais especificamente esta Câmara, vem mantendo em seus julgados a simetria com o entendimento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, mais especificamente na abordagem dos seguintes pontos:

I) Em se tratando de contrato de adesão submetido às regras do Código de Defesa do Consumidor, a interpretação das cláusulas deve ser realizada da maneira mais favorável ao consumidor, considerando-se abusivas aquelas que visam a restringir procedimentos médicos essenciais para a saúde do segurado (AgInt no AREsp 900.021/MG, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/08/2016, DJe 30/08/2016);

II) A operadora do plano de saúde pode delimitar as doenças passíveis de cobertura, mas não pode restringir os procedimentos e as técnicas a serem utilizadas no tratamento da enfermidade (AgInt no AREsp 1069037/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJe 01/08/2017);

III) Havendo previsão para cobertura do mal a que foi acometido o contratante de plano de saúde, não é permitido à contratada restringir tratamento, medicamento ou procedimento indicado por médico (AgInt no AREsp 1051479/RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/06/2017, DJe 22/06/2017);

IV) Existe abusividade no preceito excludente do custeio do medicamento prescrito pelo médico responsável pelo tratamento do beneficiário, ainda que ministrado em ambiente domiciliar (AgRg no AREsp n. 624.402/RJ, Relator o Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 19/3/2015, DJe 26/3/2015);

Cito a ementa de alguns julgados desta Câmara em que se deu guarida aos usuários de plano de saúde, a fim de lhes garantir os devidos tratamentos, levando-se em consideração as prescrições médicas e o quadro da patologia apresentada:

DIREITO DO CONSUMIDOR. AGRAVO DE INSTRUMENTO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. PLANO DE SAÚDE. ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM*. NÃO CONFIGURAÇÃO. a jurisprudência deste Sodalício tem entendido pela legitimidade das pessoas jurídicas pertencentes à Unimed, independentemente de qual delas se encontra no contrato de plano de saúde, porquanto todas integram o mesmo grupo econômico. CRIANÇA. SÍNDROME DE MARFAN. DOENÇA GENÉTICA QUE PROVOCA DISFORMIA. RISCO DE VIDA. EXAME GENÉTICO NEGADO. ALEGAÇÃO DE DISCONFORMIDADE COM AS NORMAS DA ANS. IMPOSSIBILIDADE. ROL APENAS EXEMPLIFICATIVO DE COBERTURA MÍNIMA. JURISPRUDÊNCIA SEDIMENTADA DO STJ. RELATÓRIOS MÉDICOS QUE EMBASAM PEDIDO. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 4ª Câmara Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, unanimemente, em conhecer e negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator, que passa a integrar este acórdão. Fortaleza, 03 de julho de 2018 DURVAL AIRES FILHO Presidente do Órgão Julgador DESEMBARGADOR DURVAL AIRES FILHO Relator PROCURADOR DE JUSTIÇA (Relator (a): DURVAL AIRES FILHO; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 21ª Vara Cível; Data do julgamento: 03/07/2018; Data de registro: 03/07/2018)

Processo: 0621939-18.2018.8.06.0000 - Agravo de Instrumento Agravante: Unimed Fortaleza Sociedade Cooperativa Médica Ltda Agravado: Karlos Wianney Wanderley Carvalho EMENTA:AGRAVO DE INSTRUMENTO. PLANO DE SAÚDE. SESSÕES DE TERAPIAS OCUPACIONAL, FONOAUDIOLÓGICA, PSICOLÓGICA SEM NÚMERO LIMITE. POSSIBILIDADE. NECESSIDADE. DIREITO À SAÚDE E VIVÊNCIA DIGNA. CUSTEIO. POSSIBILIDADE. RECOMENDAÇÃO MÉDICA. RECURSO CONHECIDO, MAS IMPROVIDO. DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU MANTIDA.1. Segundo a petição inicial, o tratamento perquirido é essencial para o progresso do autor, inclusive, com a participação das profissionais que por ele já são responsáveis. Isso, a partir de indicação do médico neurologista que o acompanha, o Dr. André Luiz Santos Pessoa (CRM 7413), consoante se percebe do atestado acostado às fls. 36 dos autos de origem. 2. As relações estabelecidas entre as operadoras de plano de saúde e seus participantes estão sujeitas à incidência do Código de Defesa do Consumidor ante a emolduração do vínculo na dicção dos arts. 2º e 3º desse estatuto legislador. 3. É firme o entendimento jurisprudencial de que é abusiva toda cláusula contratual que coloca o consumidor em desvantagem exagerada, como é o caso da previsão de limitação ou restrição de tratamentos/procedimentos médicos nos contratos de plano de saúde, ou ainda, a integral exclusão do atendimento em face de mera conjuntura, em frontal colisão com o direito à vida e à dignidade da pessoa, como a que constitui objeto da presente demanda, ambos de feição constitucional. 4. Desta maneira, o tratamento vindicado deve ser coberto pelo plano de saúde, configurada sua indispensabilidade para a recuperação do agravado, sendo uma responsabilidade da prestadora de serviços médicos-hospitalares. 5. Recurso conhecido e improvido. Decisão objurgada mantida. ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que figuram as partes acima referidas. Acordam os Senhores Desembargadores da Quarta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em conhecer do recurso, para NEGAR-LHE PROVIMENTO, tudo nos termos do voto

do Desembargador Relator, observadas as disposições de ofício. Fortaleza, 19 de junho de 2018 Presidente do Órgão Julgador DESEMBARGADOR FRANCISCO BEZERRA CAVALCANTE Relator (Relator (a): FRANCISCO BEZERRA CAVALCANTE; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 17ª Vara Cível; Data do julgamento: 19/06/2018; Data de registro: 20/06/2018)

APELAÇÕES CÍVEIS. PLANO DE SAÚDE. REALIZAÇÃO DE TRANSPLANTE RENAL. URGÊNCIA. NEGATIVA DO PLANO. ABUSIVIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL. RESSARCIMENTO. DANOS MATERIAIS E MORAL. CONFIGURAÇÃO. PRECEDENTES DO STJ E DO TJCE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MAJORAÇÃO. I – O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que a recusa injustificada de tratamento médico de urgência por plano de saúde é indevida, tendo em vista ser permitido à operadora estabelecer quais doenças terão cobertura, mas não o tipo de tratamento e procedimento adequado para a cura daquelas. Essa prerrogativa é conferida ao profissional médico. II - No caso em exame, o associado do plano de saúde, portador de doença renal crônica, realizou cirurgia de transplante de rim, atestada pelo profissional médico como terapia adequada e urgente, sendo o doador já falecido. A Unimed ressaltou que a cobertura de transplante renal que não seja inter-vivos não está prevista no rol da ANS. No entanto, este rol não é taxativo; é meramente exemplificativo e, assim, não impede a cobertura de procedimentos que não estejam ali mencionados. III - Para contratos de adesão firmado entre operadoras de saúde e seus associados aplica-se o Código de Defesa do Consumidor, considerando a Súmula 469 do Superior Tribunal de Justiça. Nesse sentido, verifica-se abusividade na cláusula contratual que exclui o transplante necessário ao tratamento da doença coberta pela Cooperativa Médica. IV - O entendimento firmado na Corte Superior de Justiça é no sentido de que resta caracterizado o dano moral quando a operadora do plano de saúde se recusa à cobertura do tratamento médico emergencial ou de urgência, como no caso dos autos. O interesse fundamental

é o da tutela da vida. A obrigação originária da Unimed era de cobertura da cirurgia renal. No entanto, seu usuário arcou com toda a despesa, devido ao risco de vida a que estava submetido. A sentença ora guerreada, contudo, julgou parcialmente procedente o pleito autoral e condenou a Cooperativa Médica ao ressarcimento do despendido para realização do transplante, porém com valor referente ao da tabela da Unimed. *Decisum* reformado para determinar o ressarcimento integral das despesas médicas arcadas pelo segurado. V - Danos morais majorados de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais) para o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), haja vista o dano psicológico sofrido em momento vulnerável de vida. VI - Honorários advocatícios elevados para R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), nos termos do artigo 85, §2º e §11, do Código de Processo Civil. RECURSOS CONHECIDOS PARA DAR PARCIAL PROVIMENTO AO APELO INTERPOSTO PELO USUÁRIO DO PLANO DE SAÚDE E NEGAR PROVIMENTO AO APELO INTERPOSTO PELA UNIMED. ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os desembargadores integrantes da Quarta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade de votos, em conhecer das apelações cíveis interpostas para negar provimento ao recurso apresentado pela Unimed Fortaleza Sociedade Cooperativa Médica Ltda e dar parcial provimento ao apelo manejado pelo usuário do plano de saúde, nos termos do relatório e do voto da relatora, que passam a fazer parte integrante do presente acórdão. Fortaleza (CE), 15 de maio de 2018. MARIA GLADYS LIMA VIEIRA Desembargadora Relatora (Relator (a): MARIA GLADYS LIMA VIEIRA; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 13ª Vara Cível; Data do julgamento: 15/05/2018; Data de registro: 15/05/2018)

No caso em apreço, se está a analisar a possibilidade do plano de saúde agravante ser obrigado a fornecer a medicação denominada **spinraza (nusinersen)**, prescrito conforme relatório médico de fl. 133, diante da situação de saúde do agravado, a seguir transcrito:

*“O paciente Mauro Reis Albuquerque, 24 anos de idade, acompanhado na Genética Médica por apresentar Atrofia Muscular Espinhal (deleção em homozigose de duas sondas consecutivas que incluem o gene SMN1 e uma deleção em heterozigose da sonda que inclui o gene NAIP compatível com Amiotrofia Espinhal Progressiva (CID 10: G12.0). A Atrofia Muscular Espinhal (AME) é uma doença de origem genética, autossômica recessiva, afetando aproximadamente 1 (um) indivíduo em cada 10.000 (dez mil) nascidos vivos; sendo uma doença grave, progressiva e crônica. A AME é uma doença neurodegenerativa, causada pela perda progressiva dos neurônios motores da medula espinhal, sem comprometimento cognitivo. Clinicamente, caracteriza-se por fraqueza muscular progressiva, com início no primeiro semestre de vida da criança, bloqueando o desenvolvimento motor global e culminando com a falência da musculatura da deglutição e respiratória, associada a insuficiência respiratória grave provocando parada cardiorrespiratória. A AME foi descrita pela primeira vez em 1980 por Werdnig Hoffman e permanecia até a atualidade, sem tratamento específico. O manejo da doença era feito por cuidados paliativos, caracterizados por assistência ventilatória por meio de traqueostomia ou BIPAP (ventilação não invasiva); ventilação através de sonda de gastronomia e reabilitação (Fisioterapia respiratória, motora, fonoaudiologia, terapia ocupacional). Internações hospitalares em unidades de tratamento intensivo (UTIs) são recorrentes. Em 23 de dezembro de 2016, os Estados Unidos através da FDA, liberou o licenciamento da droga SPINRAZA (NUSINERSEN) – bula em seguida, constituindo na atualidade, o único tratamento desenvolvido para AME. O medicamento Spinraza (Nusinersen) é um oligonucleotídeo, que corrige o defeito do gene SMN2 e produz a proteína que estabiliza o neurônio motor inferior, que está deficiente nos pacientes de AME. Como resultado, haverá a estabilização e bloqueio da degeneração neuronal e os consequentes ganhos motores funcionais progressivos. A eficácia e os resultados do tratamento estarão diretamente relacionados com o uso contínuo e regular do medicamento. A descontinuidade do mesmo bloqueará a produção de proteína estabilizadora dos neurônios e restabelecerá o processo de degeneração rápida e*

*inexorável da doença. Os pacientes evoluirão progressivamente com comprometimento motor menos grave, com condição clínica funcional compatíveis com sobrevida digna e prolongada, totalmente integrados na sociedade. A partir deste medicamento; a evolução clínica grave e fatal da doença, estará completamente controlada. O paciente Mauro Reis de Albuquerque, apresenta insuficiência respiratória neuromuscular crônica, grave; sendo também dependente de ventilação mecânica domiciliar noturna, por máscara oronasal com piora progressiva da função pulmonar. Baseado nos dados científicos da literatura e na evolução clínica magnífica dos pacientes dos estudos clínicos de pesquisa, solicito para Mauro Reis Albuquerque, tratamento com medicamento SPINRAZA (NUSINERSEN), conforme prescrição anexa. Eu e minha equipe médica formada por geneticistas, neurologistas, anestesistas, pediatras e pneumologistas estamos cientes das nossas competências e responsabilidades, possuindo infraestrutura necessária para administrar o medicamento e fazer o seguimento do paciente atendendo as normas do Ministério da Saúde-ANVISA/OMS de farmaco vigilância e segurança do paciente.*

*Atenciosamente, Fortaleza, 18/07/2017*

*Dra. Maria Denise Fernandes Carvalho (Médica Geneticista – CRM 8141)”*

A uma primeira vista, seria o caso em referência mais um dos já fartamente analisados por esta Corte, conforme citações ementárias acima e, portanto, a se exigir a devida guarida jurisdicional, sem maiores delongas.

Ocorre que, diante de uma pesquisa mais apurada sobre o tema, verifico constar informações do Ministério da Saúde (<http://portalms.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/42215-ministerio-da-saude-comprara-medicamento-spinraza-pela-metade-do-preco>), que ao que se sabe já regulamentou o uso da aludida medicação no país, havendo indícios de que a medicação retratada não é indicada para o perfil do agravado, atualmente com 25 anos de idade. Veja-se:

“(…) Com a regularização da situação do medicamento Spinraza, que teve seu preço máximo definido pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED) em

novembro, o Ministério da Saúde solicitou a avaliação da incorporação do medicamento no SUS pela Conitec (Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS). Também deverá ser verificado no processo a capacidade orçamentária para a oferta.

**Medida visa atender 13 ações judiciais. Nova negociação é fruto do esforço do Governo Federal em regularizar o medicamento no país, que agora tem registro e preço máximo de venda definidos**

O Ministério da Saúde passa também a acompanhar agora a entrega do medicamento e o uso da medicação pelos pacientes. Esse acompanhamento será feito por profissionais do Departamento Nacional de Auditoria do SUS e um médico do Núcleo de Judicialização para garantir o cumprimento da ação judicial e coibir possíveis fraudes.

Pelos estudos apresentados pelo laboratório que produz o Spinraza, que tiveram seus resultados analisados pela junta médica multidisciplinar do Núcleo de Judicialização do Ministério, o medicamento é indicado para as seguintes situações: crianças com até 7 meses de vida, com AME tipo 1, com duas cópias do gene SMN2, sem qualquer necessidade de assistência respiratória; e crianças de 2 a 12 anos, portadoras do AME tipo 2, sem qualquer necessidade de assistência respiratória, sem escoliose ou contraturas. (...) - grifou-se

Não só pelo critério da faixa etária, mas também pela situação clínica do agravado, não se estaria dentro do perfil acima mencionado, já que ele **necessita de assistência respiratória**. Veja-se o que apontou o relatório médico neste ponto (fl. 133): “(...) *paciente Mauro Reis de Albuquerque, apresenta insuficiência respiratória neuromuscular crônica, grave; sendo também dependente de ventilação mecânica domiciliar noturna, por máscara oronasal com piora progressiva da função pulmonar*”.

No mesmo sentido, a Nota Técnica de nº 31 – SEI/2017 – NJUD/SE/GAB/SE/MS, do Ministério da Saúde, trata-se de parecer em que se analisou a adequação do medicamento **spinraza** em um paciente de 1 ano e 10 meses, do qual extrai o seguinte:

*“(...) 4.6. Assim em resumo, quem tem benefício clínico do uso de Spinraza são as crianças com até 7 meses de vida, com AME tipo 1, com duas cópias do gene SMN2, sem qualquer necessidade de assistência respiratória, sem escoliose ou contraturas.*

*4.7. Desta forma, quem NÃO tem benefício comprovado do uso de Spinraza são as Crianças de qualquer idade com qualquer necessidade de assistência respiratória, escoliose ou contraturas, crianças maiores de 12 anos e crianças com AME tipo 3 ou 4.*

*(...)*

#### **6. CONCLUSÃO**

*6.1. Assim, em que pese o relatório médico prescrever o medicamento Spinraza a paciente FRANCISCO MARTIS CAMPEÃO GARRIDO, criança de 1 a 10 meses, é importante informar que como base no relatório médico anexado aos autos (DOC 0026015; fl 24) e na análise dos estudos de Spinraza, a paciente infelizmente não faz parte do grupo que tem benefício clínico comprovado para o uso da medicação, uma vez que existem 2 itens que excluem a indicação, conforme os estudos listados no item 4, são eles:*

*Pacientes com necessidade de assistência respiratória não tiveram benefício do uso de Nusinersene-Spinraza, pois o medicamento não é capaz de reverter déficits já estabelecidos, e como a assistência respiratória é o fator de maior morbidade, este grupo pacientes não se beneficiaram do tratamento, portanto os próprios investigadores EXCLUÍRAM este grupo de pacientes de todos os estudos deste medicamento.*

*O paciente tem 1 ano e 11 meses, idade que também não foi incluída nos estudo patrocinados pelo próprio laboratório.*

*É importante ressaltar que adotamos os mesmos critérios de indicação estabelecidos nos EUA, Europa e Japão, países onde este medicamento é aprovado.*

*Assim, o Ministério da saúde não recomenda o uso de spinraza para esta paciente, com base nos critérios de exclusão, citados no item 6.1. (...)” - grifo no original*

E mais especificamente para o uso em indivíduos portadores do AME que necessitam de assistência ventilatória, cito a NOTA TÉCNICA

Nº 30/2018-NJUD/SE/GAB/SE/MS, igualmente do Ministério da Saúde, cito a sua conclusão:

*“4.6. Assim em resumo, quem tem benefício clínico do uso de Spinraza são as crianças com até 7 meses de vida, com AME tipo 1, com duas cópias do gene SMN2, sem qualquer necessidade de assistência respiratória, e crianças de 2-12 anos, portadoras do AME tipo 2, sem qualquer necessidade de assistência respiratória, sem escoliose ou contraturas.*

*4.7. Desta forma, quem NÃO tem benefício comprovado do uso de Spinraza são as Crianças de qualquer idade com com qualquer necessidade de assistência respiratória, escoliose ou contraturas, crianças maiores de 12 anos e crianças com AME tipo 3 ou 4.*

#### **CONCLUSÃO**

*5.1. Conforme o exposto acima, o paciente que depende de qualquer assistência ventilatória, não terá indicação do uso de spinraza, pois como este medicamento não é capaz de recuperar deficit ja estabelecidos e não revertera a necessidade de assistência respiratória, não haverá benefício clínico, uma vez que a necessidade de assistência respiratória e a principal morbidade desta doença. Nenhum estudo clinico do spinraza incluiu pacientes com qualquer necessidade de assistência respiratória, por decisão dos próprios investigadores.*

*5.2. Cabe aqui informar que conforme os estudos citados no item 4, não há comprovação que os pacientes que usaram o medicamento tiveram melhora motora e respiratória, pelo contrário os estudos demonstram que o uso não promoveu melhora da função motora e sim diminuição da perda de função motora.*

*5.3. É importante ressaltar que adotamos os mesmos critérios de indicação estabelecidos nos EUA, Europa e Japão, países onde este medicamento é aprovado.*

*5.4. O medicamento Spinraza não aumenta a sobrevida de nenhum grupo. Para pacientes do tipo I prolongou o tempo para ventilação assistida terminal, para pacientes do tipo II não há evidência de aumento da sobrevida.*

*5.5. O medicamento Spinraza NÃO é capaz de CORRIGIR o defeito genético, pois a doença persiste incurável. A ação principal do medicamento é redução da perda motora futura.*  
*5.6. Desta forma, o medicamento spinraza estaria indicado apenas para pacientes com AME tipo I, que não fazem parte de nenhuma excludente realizada pelos estudos patrocinados pelo próprio laboratório do medicamento Spinraza. (...)” - grifou-se*

Ressalto haver dúvida, pela documentação anexa, no tipo de AME apresentada pelo agravado, já que pela análise do relatório do médico assistente (fl. 133), este apresenta como estando o paciente enquadrado na CID 10: G12.0, correspondente à AME tipo I, e o relatório de fl. 134, mais antigo, o enquadra na AME tipo II.

Nesta toada, colaciono ementa de julgado do TRF da 5ª Região, que indeferiu pedido de efeito suspensivo a decisão que havia negado tratamento com o medicamento **spinraza**, apresentando como justificativa o fato de, igualmente ao caso ora analisado, depender paciente de assistência respiratória, veja-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DO MEDICAMENTO SPINRAZA (NUSINERSEN). FÁRMACO NÃO FORNECIDO PELO SUS. ATROFIA MUSCULAR ESPINHAL (AME) (CID-10 G12.0). NOTA TÉCNICA Nº 01/2018-NJUD/SE/GAB/SE/MS. PEDIDO LIMINAR INDEFERIDO.

1. Conquanto o pedido liminar em regra seja analisado monocraticamente pelo Relator, este é julgado de forma colegiada, conforme a faculdade contida no art. 28, XXII, do Regimento Interno desta Corte, por se tratar de medida que visa ao seu indeferimento em sede de agravo de instrumento, recurso cujo julgamento é da competência do citado órgão.  
2. A concretização do direito à saúde se materializa, regra geral, mediante a execução de políticas públicas, de caráter genérico, pelo Legislativo e Executivo. Entendimento do Supremo Tribunal Federal - STF no Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175 - CE.

3. No caso concreto verifica-se paciente com 25 anos de idade, diagnosticado como portador de atrofia muscular espinhal (AME) CID 10: G12.0, tendo-lhe sido prescrita a medicação Spinraza (Nusinersen).

4. Embora o fármaco pleiteado tenha registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, o que autoriza sua comercialização, não consta na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME, do Ministério da Saúde.

5. **Relatório médico que informa a dependência de ventilação mecânica domiciliar noturna, por máscara oronasal com piora progressiva da função pulmonar, enquanto a Nota Técnica nº 1/2018 do Ministério da Saúde [1] afirma não haver benefícios comprovados no uso do Spinraza em pacientes com qualquer necessidade de assistência respiratória.**

6. Efeito suspensivo indeferido. (TRF-5 – AG: 08020401320184050000 SE, Relator: Desembargador Federal Edílson Nobre, Data de Julgamento: 16/03/2018, 4ª Turma)

Pelo que se vê, para o quadro clínico do agravado, compatível com AEP I ou II (relatórios de fls. 133/134), há elementos que evidenciam que o tratamento não seria eficaz, havendo necessidade de um maior aprofundamento probatório, inclusive no que se refere à **prova pericial judicial**, a fim de se buscar a informação precisa de que a sugestão médica realmente tem fundamento.

Em casos como o presente, em que se está diante de uma medicação de elevado valor comercial, entendo que não se pode trabalhar com a incerteza. Não se deve deixar de levar em consideração a situação do paciente, e da sua real necessidade de buscar meios para lhe amenizar o sofrimento, desde que reste clara a eficácia da sua utilização diante do quadro clínico apresentado pelo paciente.

Nesse sentido, colaciono partes, e importantes observações, da decisão proferida pelo Juiz Federal João Luís Nogueira Matias, em 05/06/2018, nos autos do processo nº 0805518-76.2018.4.05.8100, qual seja em ação de rito ordinário com pedido de tutela de urgência, em trâmite na

5ª Vara Federal do Ceará, proposta por Antônio Gabriel Gomes Pereira em face da União Federal, objetivando obter provimento judicial que assegure o fornecimento e procedimento médico para a realização das aplicações do fármaco **spinraza**, veja-se:

“(…) Com o objetivo de firmar parâmetros de análise, perfilho-me ao entendimento de que é necessária a comprovação do preenchimento de alguns pressupostos, tais como a insuficiência de recursos financeiros do requerente, a comprovada eficácia terapêutica do medicamento pleiteado, somada à sua essencialidade para o tratamento, e a inexistência de tratamento eficaz fornecido pelo SUS que substitua aquele pretendido. Deve, ainda, restar comprovado, via de regra, que o medicamento possui registro na ANVISA.

Somente diante da efetiva constatação de tais requisitos, admite-se, em tese, a quebra das diretrizes de diagnóstico e tratamento formuladas pelo poder público, baseadas em evidências médicas.

Ora, as diretrizes de diagnóstico e tratamento são formuladas após a efetiva análise técnica, servindo de parâmetro para aplicação universal. É com base em suas previsões que se dá o planejamento das políticas de saúde e a respectiva definição orçamentária.

*Somente em casos da comprovada eficácia terapêutica do medicamento pleiteado, somada à sua essencialidade para o tratamento e à inexistência de tratamento eficaz fornecido pelo SUS, admite-se a quebra do sistema.*

Ora, outra não pode ser a compreensão.

Os recursos são escassos e devem custear as políticas públicas na área de saúde da forma mais abrangente e eficaz possível. Tal escopo somente pode ser alcançado com o planejamento, inclusive orçamentário, e a execução técnica e sinérgica dos órgãos que compõe o Sistema único de Saúde - SUS.

Cada decisão judicial que concede fármacos interfere no planejamento e rompe a lógica de execução do sistema, somente podendo ser concedida em hipóteses absolutamente excepcionais. A satisfação individual do direito à saúde deve ser, em regra, compatibilizada com a capacidade de atendimento universal, característica do Sistema Único de Saúde - SUS.

A excepcionalidade do fornecimento somente se justifica quando demonstrados os seguintes requisitos: (i) insuficiência de recursos financeiros do requerente; (ii) eficácia terapêutica do medicamento pleiteado, somada à sua essencialidade para o tratamento, e (iii) inexistência de tratamento eficaz fornecido pelo SUS que substitua aquele pretendido.

A eficácia terapêutica do medicamento pleiteado, somada à sua essencialidade para o tratamento, deve estar cabalmente demonstrada.

É pressuposto de sua ocorrência que o remédio possua registro na ANVISA, o que se faz presente na hipótese dos autos.

Contudo, o registro na ANVISA não é suficiente para o atendimento ao requisito.

Impõe-se que se demonstre que o medicamento possui eficácia comprovada, para a doença do paciente, sendo essencial para o seu tratamento.

A eficácia deve ser atestada por evidências, ou seja, estudos e testes científicos. A juntada de um único laudo médico indicando o medicamento não é bastante para caracterizar a eficácia, assim como também não é suficiente a juntada de único artigo científico sobre o tema.

Tal entendimento é chancelado pelos enunciados do FONAJEF e das Jornadas de Direito à Saúde, a saber:

*Enunciado nº 172*

**Apenas a prescrição médica não é suficiente para o fornecimento de medicamentos e/ou insumos não incluídos nas listas do SUS (Aprovado no XIII FONAJEF).**

*Enunciado nº 173*

**Nas demandas individuais de saúde, a decisão judicial acerca da pretensão de fornecimento de medicamentos, insumos ou procedimentos não fornecidos pelo SUS deve ser fundamentada, sempre que possível, na medicina baseada em evidências (Aprovado no XIII FONAJEF).**

Por fim, deve-se demonstrar a inexistência de tratamento eficaz fornecido pelo SUS que substitua aquele pretendido. O que se impõe para a caracterização do último requisito é a demonstração que o tratamento indicado pelo Sistema único de Saúde – SUS, não é eficaz, não tendo aptidão para o atendimento das necessidades do paciente.

A comprovação deve ser baseada em evidências, não se constando diante de mera informação de um único médico. Pode ser demonstrada por estudos comparativos entre o tratamento recomendado pelo SUS e o fármaco pretendido. A demonstração por meio de estudos que promovam a comparação com placebo deve ser relativizada.

Fora de tais parâmetros, não é razoável a quebra da sistemática firmada pelo poder público.

Na hipótese, da documentação anexada, verifica-se que o autor, de fato, é portador de Atrofia Muscular Espinhal tipo 1 (AME tipo 1) (CID 10: G12.0), tendo-lhe sido prescrito o medicamento SPINRAZA (NUSINERSEN), conforme relatórios médicos acostados aos autos. Também restou comprovado o registro do fármaco na ANVISA.

Contudo, não há comprovação da eficácia terapêutica do medicamento em pacientes que sofrem da Atrofia Muscular Espinhal (AME), com o perfil do autor.

De acordo com as informações prestadas pela União (NOTA TÉCNICA Nº 2010/2018-CGJUD/SE/GAB/SE/MS) o medicamento pleiteado não tem comprovada eficácia para pacientes que apresentam deterioração da função respiratória, como se encontra o promovente. Destaque-se, a propósito:

**“4.1. Esta doença ocorre pela falta de proteína que mantém os neurônios vivos. Assim o medicamento Spinraza faz com que outro gene (SMN2) produza a proteína, interrompendo assim a progressão da doença.**

**4.2. Entretanto, os neurônios que já se deterioraram infelizmente não serão recuperados, por isto o uso deste medicamento foi direcionado pelos estudos internacionais para uma população específica, e não a todos os pacientes, como se tem divulgado.**

**4.3. Assim, os pacientes que apresentam qualquer deterioração da função respiratória, não foram incluídos em nenhum dos 04 estudos internacionais. Isto ocorre porque o uso deste medicamento não é capaz de reverter a insuficiência respiratória, ou seja, mesmo com o uso do medicamento não haveria melhora suficiente para o paciente voltar a respirar sem auxílio de aparelho. Desta forma, os próprios desenvolvedores deste medicamento**

**não recomendam seu uso em pacientes com necessidade de assistência respiratória.**

4.4. Os estudos randomizados (aqueles que tem valor de comparação) existentes de Spinraza são 2. O 1 estudo randomizado (Endear) para 121 crianças abaixo de 7 meses com AME tipo 1, que necessariamente tinham 2 ou 3 cópias do gene SMN2. Este estudo NÃO incluíram crianças mal nutridas ou que necessitavam de qualquer assistência respiratória. Foi observado melhora dos índices de força muscular quando comparados com o grupo placebo. (observa-se que não houve melhora nos níveis de força muscular quando comparados com a linha de base dos mesmos pacientes, ou seja os pacientes não recuperavam movimentos, e sim deixavam de perder).

4.5. O segundo estudo randomizado (Cherish) aceitou 126 crianças com AME tipo 2 com idades de 2 a 12 anos, sem necessidade de auxílio respiratório ou escoliose e contraturas. Este estudo também foi comparado com placebo e mostrou melhora dos índices de força muscular quando o grupo de estudo era comparado com o grupo placebo (que continuava a perder força muscular) portanto houve interrupção da piora porém sem recuperação de habilidades já perdidas.

4.6. Assim em resumo, quem tem benefício clínico do uso de Spinraza são as crianças com até 7 meses de vida, com AME tipo 1, com duas cópias do gene SMN2, sem qualquer necessidade de assistência respiratória, e crianças de 2-12 anos, portadoras do AME tipo 2, sem qualquer necessidade de assistência respiratória, sem escoliose ou contraturas.

4.7. Desta forma, quem NÃO tem benefício comprovado do uso de Spinraza são as Crianças de qualquer idade com qualquer necessidade de assistência respiratória, escoliose ou contraturas, crianças maiores de 12 anos e crianças com AME tipo 3 ou 4.”

No caso dos autos, o autor, agora com idade de 2 anos e 6 meses, diagnosticado com AME tipo 1, apresenta insuficiência respiratória neuromuscular crônica, grave; sendo também dependente de ventilação mecânica domiciliar noturna, por máscara oronasal e apresentava piora progressiva da função pulmonar (relatório médico id. 4058100.3580920).

Tal quadro, por agora, conduz à conclusão de o paciente não faz parte do grupo que tem benefício clínico comprovado para o uso da medicação.

Dessa forma, não havendo eficácia terapêutica comprovada com o uso do medicamento SPINRAZA por pacientes portadores de Atrofia Muscular Espinhal, que apresentam necessidade de assistência respiratória, não há qualquer garantia de que haverá melhora no quadro clínico do autor com o uso do fármaco almejado, considerando que é dependente de ventilação mecânica.

Diga-se, ainda, que o laboratório que produz a medicação requestada (BIOGEN) afirma que tal medicação teria eficácia independente do tipo de AME (atrofia muscular espinhal) ou da idade do paciente e que comorbidades como uso de ventilação, traqueostomia e escoliose não são consideradas contraindicações para o tratamento com a medicação.

É certo que a informação do laboratório não aponta qualquer contraindicação para o uso do SPINRAZA em pacientes que necessitam de assistência respiratória permanente. Ou seja, conforme o laboratório, os pacientes com esse perfil podem, em princípio, fazer uso do fármaco.

Contudo, a inexistência de contraindicação não é garantia de que o tratamento com o fármaco promoverá ganhos significativos em pacientes com tal quadro.

Cabe aqui transcrever o seguinte trecho da NOTA TÉCNICA Nº 2010/2018-CGJUD/SE/GAB/SE/MS:

**“5.5. Considerando o exposto, por decisão do próprio laboratório Biogen que financiou os estudos de Nusinersena-Spinraza, todas as crianças com qualquer necessidade de assistência respiratória foram excluídas dos estudos, pois como este grupo já perdeu a maior parte dos Neurônios Motores e o medicamento teria muito pouco efeito, os estudos teriam sido negativos.**

**5.6. O uso de Nusinersena-Spinraza neste grupo de pacientes com AME I com ausência completa de movimentos é no mínimo incoerente considerando o mecanismo de ação do medicamento, e por outro lado tecnicamente errado pois irá submeter a criança a punções lombares repetidas, procedimento não isento de complicações, sem qualquer benefício clínico comprovado.**

5.7. Por último, o estudo Endear que avaliou crianças com AMEI, teve como seu principal objetivo a medida de “tempo para necessidade de ventilação mecânica permanente” e não sobrevida global como de costume, pois a necessidade de ventilação mecânica é o fator de maior morbidade, ou seja que mais leva a complicações fatais, e não será revertido pelo uso do medicamento, por este motivo que o benefício clínico do uso deste medicamento neste cenário não será relevante. Observe que, mesmo as crianças candidatas a Nusinersena-Spinraza no estudo ainda assim progrediram para ventilação mecânica, porém demoraram mais que as crianças que receberam placebo (o estudo foi de Nusinersena-Spinraza versus placebo). Dados completos no ítem 4, o que corrobora com a contra-indicação do medicamento neste cenário.

5.8. Conforme artigo de revisão escrito pela Dra. Claudia A. Chiriboga, que trabalha no Centro de Pesquisa Clínica de AME, Divisão de Neurologia Pediátrica, Departamento de Neurologia, Universidade de Columbia Nova Iorque, Nova Iorque, EUA, um dos maiores centros de pesquisa do mundo no assunto, referência da publicação “Claudia A. Chiriboga, 2017, Nusinersen for the treatment of Spinal Muscular Atrophy, Expert Review of Neurotherapeutics DOI10.1080/14737175.2017.1364159”

5.9. “Pag 7. Tratamento precoce é a chave para que este medicamento tenha um efeito ótimo, o ideal sera utilizá-lo em crianças na fase pré-sintomática (antes do início de qualquer sintoma). A resposta deste medicamento no uso em crianças com doenças em estágio avançado deve ser apenas estabilização do quadro”

5.10. Diante do descrito, como a criança em questão já perdeu completamente sua atividade motora, a estabilização do quadro com o uso de Nusinersena-Spinraza (como descrito pela especialista acima) seria completamente irrelevante em termos de benefícios clínicos.”

Destarte, impõe-se, por agora, o indeferimento do pleito. Ante o exposto, INDEFIRO o pedido de tutela de urgência requestada.

Reputo necessária, entretanto, a realização de instrução probatória para melhor esclarecimento de questões médicas

*aqui tratadas. Considerando a existência de processo em trâmite neste Juízo (processo n.º 0800447-93.2018.4.05.8100) que trata de situação análoga ao presente feito, no qual fora designada audiência de instrução (19/06/2018, às 13:30), determino a inclusão do presente feito na referida audiência”.*

Da mesma forma, entendendo pela necessidade de produção de prova pericial, o Juiz Federal Vilian Bolmman, da 4ª Vara Federal de Florianópolis – SC, nos autos do processo nº 5000831-15.2018.4.04.7200, ao analisar pedido de concessão de tutela de urgência para o fornecimento do medicamento spinraza, a três pacientes, pela União Federal de Estado de Santa Catarina, assim se manifestou:

“Cuida-se de ação ajuizada por MIGUEL SCHLEMMER DE AMORIM, JOÃO VITOR SCHLEMMER DE AMORIM e ALEX JOSE DE AMORIM, por meio da qual presente que sejam condenados a UNIÃO – ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO e ESTADO DE SANTA CATARINA a fornecerem medicamento indispensável ao tratamento de sua saúde “Nusinersen (Spiranza), 12mg/5ml intra teical para atender na posologia indicada e pelo tempo que se fizer necessário” (...)

O deferimento de tutela antecipada, sem a oitiva da outra parte, é medida de exceção, pois relativiza o princípio do contraditório, que fica diferido para momento posterior do procedimento. Nesse contexto, somente se justifica em casos de premente necessidade e manifesta prevalência do interesse da parte autora.

Ressalto, ainda, que o entendimento da jurisprudência dominante é no sentido de que o fornecimento de medicamentos ou equipamentos excepcionais depende de perícia judicial que comprove a sua indispensabilidade, razão pela qual entendo imprescindível, para a análise do requerimento de tutela de urgência, a realização de perícia médica judicial.

Nesse sentido é o enunciado da Súmula nº 101 do e. TRF da 4ª Região, *in verbis*:

*‘Para o deferimento judicial de prestações de saúde não inseridas em um protocolo pré-estabelecido, não basta a prescrição do médico assistente, fazendo-se necessária a produção de provas atestando a adequação e a necessidade do pedido.’*

**Ante o exposto, indefiro, por ora, o requerimento de tutela provisória de urgência, nos termos da fundamentação, sem prejuízo de nova análise após a perícia. (...)”** – grifos nos originais

Já no julgamento do agravo de instrumento, processo nº 0801370-72.2018.4.05.0000, o TRF da 5ª Região entendeu, em 29 de maio de 2018, pela não concessão, naquela altura processual, da tutela pretendida por paciente que buscava a obrigação da União Federal em fornecer o medicamento spinraza. Veja-se a ementa:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. ATROFIA MUSCULAR ESPINHAL TIPO 01 (AME 01) (CID-10 G12.0). SPINRAZA (NUSINERSEN). MEDICAMENTO NÃO FORNECIDO PELO SUS. NOTA TÉCNICA Nº 31-SEI/2017-NJUD/SE/GAB/SE/MS. POLÍTICAS DE SAÚDE PÚBLICA. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. AGRAVO DESPROVIDO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PREJUDICADOS.

1. A concretização do direito à saúde se materializa, regra geral, mediante a execução de políticas públicas, de caráter genérico, pelo Legislativo e Executivo. Entendimento do Supremo Tribunal Federal - STF no Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175 - CE.

2. Verifica-se o caso de paciente, ora agravante, com 16 anos de idade, diagnosticado desde seu primeiro ano de vida, como portador de Atrofia Muscular Espinhal tipo 01 (AME 01) (CID-10 G12.0), o qual apresenta insuficiência respiratória neuromuscular crônica, grave, sendo também dependente de ventilação mecânica domiciliar com piora progressiva da função pulmonar, tendo-lhe sido prescrita a medicação Spinraza (Nusinersen).

3. Embora o fármaco pleiteado tenha registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, o que autoriza sua comercialização, não consta na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais - RENAME, do Ministério da Saúde.

4. Embora a declaração do laboratório Biogen, que produz a medicação tratada nos presentes autos, informe que o fármaco pleiteado não é contraindicado para pacientes com uso de ventilação mecânica, não há comprovação de benefícios aos pacientes que apresentem essa necessidade de assistência respiratória, conforme NOTA TÉCNICA Nº 31-SEI/2017-NJUD/SE/GAB/SE/MS.

5. A concessão de tutela judicial que garanta o fornecimento ao particular de fármaco deveras custoso e não oferecido pelo sistema público de saúde, importaria em desmedida interferência do Poder Judiciário na esfera do Poder Executivo, afrontando o Princípio da Separação de Poderes, erigido no art. 2º da Constituição Federal

6. Deve-se ter em mente que um dos motivos da ineficiência das políticas públicas de saúde, no momento, é exatamente a falta de verbas. Se o Poder Judiciário decidir resolver a situação da saúde pública do país por meio de decisões liminares em casos particulares, determinando ocasionalmente o fornecimento de medicamentos específicos de forma indiscriminada, estará causando danos irreparáveis ao orçamento público destinado à saúde, em prol do direito à saúde daqueles que tiveram acesso ao judiciário, os quais são uma pequena parcela da população brasileira.

7. Agravo desprovido. Embargos de declaração prejudicados.”  
– grifou-se

Cito, ainda, as colocações da Desembargadora Helena Lúcia Soares quando deferiu a suspensão, nos presentes autos, da decisão que concedeu a tutela de urgência:

“(…) Depreende-se que a parte promovente acostou às fls. 26 dos autos originários Relatório Médico, onde atesta o estado de saúde do autor, entretanto não expressa de forma clara a urgência para o imediato tratamento com o medicamento

SPINRAZA, sendo imperioso ressaltar que o paciente já conta com 25 (vinte e cinco) anos de idade, tendo convivido durante esse lapso temporal com a aludida enfermidade. (...) Mister se faz salientar que aparentemente o promovente não apresenta estágio mais avançado da doença, estando em pleno gozo da capacidade civil, conforme instrumento procuratório acostado às fls. 88.

(...) a irreversibilidade da medida, aliada à fragilidade da prova carreada nos autos originários quanto à urgência no tratamento com a medicação reclamada, em que pese a gravidade da doença, não autoriza medida requestada, por não terem restado evidenciados os requisitos previstos no art. 300 do CPC. (...)”

Em relação a tratamento diverso, mas com fundamentos pertinentes ao caso em referência, já que havia dúvida quanto à efetividade dele ao perfil do paciente, colaciono passagens excertos da decisão do Desembargador Heráclito Vieira de Sousa Neto ao analisar e deferir efeito suspensivo em recurso de agravo de instrumento (processo nº 0621732-19.2018.8.06.0000), veja-se:

“(...) Trata-se de Agravo de Instrumento interposto por UNIMED FORTALEZA SOCIEDADE COOPERATIVA MÉDICA LTDA., em face de decisão interlocutória proferida nos autos do processo nº 0108543-28.2018.8.06.0001, pela Dra. Mirian Porto Mota Randal Pompeu, Juíza de Direito da 27ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza, que deferiu a tutela requerida (fls. 01/11).

Na ação originária anexada às fls. 13 a 27, a demandante requereu a tutela jurisdicional para obter a ordem judicial no sentido de que a demandada forneça a bomba de infusão contínua requisitada por profissional médico, por necessitar usar insulina e controlar rigidamente seu estado metabólico, considerando que é portadora de diabetes mellitus tipo I. (...)

*In casu*, restou provado que a paciente é portadora de diabetes mellitus tipo I (diagnóstico) e que o tratamento através da infusão contínua de bomba de insulina foi recomendado

por profissional especializado (prescrição médica). Ocorre que a comprovação da moléstia e a indicação do tratamento não são suficientes para configurar a verossimilhança do direito alegado na 1ª Instância, sendo relevante a indicação de quadro emergencial da paciente e a efetiva demonstração de que a submissão aos tratamentos médicos convencionais vem sendo empregada, sem, contudo, obter êxito, tornando imprescindível o emprego do tratamento específico prescrito pelo médico assistente.

(...)

No que pertine à valoração, para efeito de prova dos fatos alegados, da prescrição médica, entendo que não possua caráter absoluto ou efeito vinculante para o aplicador do direito, máxime quando ainda não submetida de forma exauriente ao crivo do contraditório e da possibilidade de produção de provas pela parte adversa.

(...)

Ademais, nos casos que envolvem direito à saúde, é possível a exclusão do custeio do tratamento quando há manifesto descompasso entre a moléstia e a sua proposta, sendo necessária a avaliação do caso concreto com base na corrente da Medicina Baseada em Evidências. Assim, é forçoso analisar a questão sob os parâmetros da eficácia e da segurança.

(...)

**Assim, a plausividade do direito, *a priori*, especialmente no que tange ao caráter emergencial e a eficácia do tratamento mediante a infusão contínua de insulina em pacientes com diabetes tipo 1, não está configurada no caso em exame e a ausência de parâmetros de eficácia e segurança do emprego do método requerido, associada à falta de comprovação da ineficácia dos procedimentos tradicionais, põe por terra o perigo de dano.**

(...)

A partir do exposto na peça inaugural recursal, ausentes os requisitos à concessão de medida alvejada neste recurso, permitindo extrair os essenciais elementos propulsores à suspensividade, concedo-a, determinando que seja oficiado ao Juízo prolator da decisão, a teor do inciso I do artigo 1.019 do CPC. (...)” - grifou-se

Para o caso em referência, e amadurecendo o entendimento que proferi ao analisar a pretensão de tutela antecipada, nos autos do recurso de agravo de instrumento de minha relatoria, de nº 0623032-16.2018.8.06.0000, que confirmou a necessidade de se fornecer o medicamento spinraza, ratificando, portanto, a decisão de primeiro grau, se deve dar guarida, neste estágio processual, à busca de maiores elementos acerca da efetividade do tratamento com a aludida medicação ao perfil do agravado.

Ademais, se está a analisar, nos autos do presente recurso, a existência dos requisitos previstos no art. 300, do CPC, que assim apregoa:

*Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.*

*§ 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.*

*§ 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.*

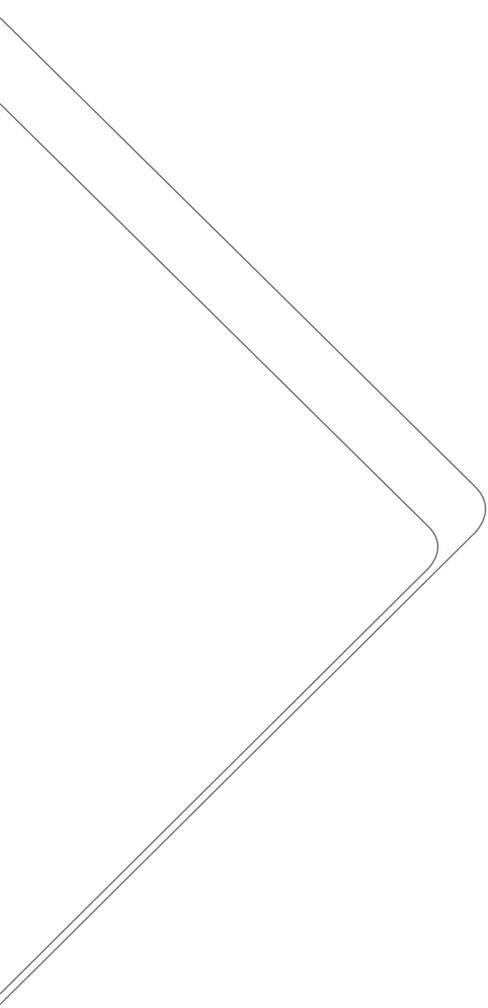
*§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.*

Para o caso em apreço, entendo que não estão presentes os requisitos da probabilidade do direito, já que este só restará perfeito com a certeza da eficácia e adequação do tratamento com o fármaco ao perfil do agravado; assim como está ausente o perigo de dano, não havendo elementos que demonstrem a iminência de risco de morte do paciente, e que o spinraza seria o antídoto para evitá-la, ressaltando-se, ainda, que um dos efeitos da doença, qual seja a insuficiência respiratória, atualmente é tratada com ventilação mecânica domiciliar noturna, por máscara oronasal. Enfim, a certeza da necessidade de concessão da tutela almejada só poderá advir da produção da prova específica e indubitável perante o juízo recorrido.

Ante o exposto, voto pelo conhecimento e provimento do recurso de agravo de instrumento, para o fim de desconstituir a decisão que concedeu a tutela de urgência, já que não presentes os requisitos previstos no art. 300, do CPC, devendo ser a medida pleiteada pelo agravado albergada somente quando se estiver diante de elementos de provas cabais que demonstrem a eficácia do tratamento de sua enfermidade com o fármaco spinraza, e mais precisamente pela prova pericial.

É como voto.

Fortaleza/CE, 07 de agosto de 2018.



# **MANDADO DE SEGURANÇA**



PROCESSO: 0620101-11.2016.8.06.0000 - MANDADO DE SEGURANÇA

IMPETRANTE: JULIANA BENÍCIO DE SOUZA CARVALHO

IMPETRADOS: SECRETÁRIO DE SEGURANÇA PÚBLICA E DEFESA SOCIAL DO ESTADO DO CEARÁ, SECRETÁRIO DO PLANEJAMENTO E GESTÃO DO ESTADO DO CEARÁ, SUPERINTENDENTE ACADÊMICO DA FUNDAÇÃO PARA O VESTIBULAR DA UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA E FUNDAÇÃO PARA O VESTIBULAR DA UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA – VUNESP

RELATOR: DES. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

**EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DE CARGOS DE ESCRIVÃO DE POLÍCIA CIVIL. INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 16, § 1º DA LEI Nº. 12.124/93. EMPATE NA ÚLTIMA COLOCAÇÃO. CANDIDATA QUE DEVE COMPOR O CADASTRO RESERVA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. CONCESSÃO DA SEGURANÇA.**

1. O cerne da questão reside em discutir a legalidade do ato que desclassificou candidata de concurso público realizado pela Secretaria de Segurança Pública e Defesa Social do Estado do Ceará, cuja banca foi a VUNESP.

2. Em obediência à Lei nº 12.124/93, a organizadora do certame deveria ter classificado todos os candidatos empatados na última colocação de aprovados para fins de prosseguimento no certame, para somente depois promover os critérios de desempate previstos no Edital.

3. Na presente hipótese, impossível não aplicar-se o princípio constitucional da razoabilidade, devendo todos os candidatos empatados na última colocação, figurarem no cadastro reserva.

4. Apesar de a impetrante ter obtido a 1075ª colocação ao final, deve prosseguir no concurso porque obteve a mesma pontuação do último candidato aprovado, de modo que faz jus ao direito aqui pleiteado.

5. Segurança concedida.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade de votos, em conceder a segurança pleiteada, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 24 de maio de 2018

### RELATÓRIO

Trata-se de *Mandado de Segurança*, com pedido de liminar, impetrado por **JULIANA BENÍCIO DE SOUZA CARVALHO**, contra ato imputado ao Secretário de Segurança Pública e Defesa Social do Estado do Ceará e outros, com o objetivo de ser incluída na lista de aprovados para 2ª Fase do Concurso Público para provimento de cargos de ESCRIVÃO DE POLÍCIA CIVIL DE 1ª CLASSE, vindo a compor, assim, Cadastro de Reserva do certame, ficando apta para a participação, quando necessário, do Curso de Formação Profissional.

Sustenta a impetrante, em apertada síntese, que realizada a primeira fase (objetiva) do concurso, a candidata obteve a pontuação de 61,25 pontos, classificando-se na posição 1075, segundo disposto no Edital N.º.07/2015 – SSPDS/SEPLAG.

Ressalta que para sua surpresa, foi considerada eliminada do concurso, por disposição do EDITAL N.º 10/2015 - SSPDS/SEPLAG (doc.5), datado de 16 de setembro de 2015, subscrito pelo Exmo. Sr. Secretário de Segurança Pública e Defesa Social, bem como pelo Exmo. Sr. Secretário de Planejamento e Gestão.

Aduz, em seu favor, que 977 candidatos foram considerados pela banca examinadora como aprovados na 1ª Fase do certame. A nota de corte do último candidato aprovado foi de 61,25 pontos, a mesma nota obtida pela impetrante.

Entende que a banca examinadora, referendada pelos secretários estaduais impetrados, não poderia aplicar os critérios de desempate previstos no item 12 do Edital, pois os candidatos classificados dentro do triplo do número de vagas definido no Edital do Concurso serão considerados aprovados. Os demais, serão considerados eliminados, RESSALVADOS OS CASOS DE EMPATE NA ÚLTIMA COLOCAÇÃO DO LIMITE FIXADO.

Requeru ainda os benefícios da justiça gratuita, já deferidos (fl. 83).

Sem pedido de liminar.

Informações da VUNESP às fls. 96/103, onde defende a não figuração da candidata na lista de aprovados, uma vez que não figurou dentro das 1008 vagas.

Contestação do Estado do Ceará às fls. 138/154, onde defende que a Comissão posicionou-se, considerando os critérios de desempates veiculados nos editais e, não se podia chegar a outra conclusão que não a eliminação da impetrante.

Instada a se manifestar, a douta Procuradoria Geral de Justiça ofertou parecer (fls. 163/170), onde opina pela denegação da segurança pleiteada.

É o relatório do essencial. Feito que independe de revisão.

## VOTO

Como visto, trata-se de *Mandado de Segurança*, com pedido de liminar, impetrado por **JULIANA BENÍCIO DE SOUZA CARVALHO**, contra ato imputado ao Secretário de Segurança Pública e Defesa Social

do Estado do Ceará e outros, com o objetivo de ser incluída na lista de aprovados para 2ª Fase do Concurso Público para provimento de cargos de ESCRIVÃO DE POLÍCIA CIVIL DE 1ª CLASSE, vindo a compor, assim, Cadastro de Reserva do certame, ficando apta para a participação, quando necessário, do Curso de Formação Profissional.

O cerne da questão reside em discutir a legalidade do ato que desclassificou candidata de concurso público realizado pela Secretaria de Segurança Pública e Defesa Social do Estado do Ceará, cuja banca foi a VUNESP.

Pois bem, acerca do assunto em debate, assim dispôs o Edital nº 01/2014-SSPDS/SEPLAG, que regula o certame (fls. 11/24):

1. DAS DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

(...)

1.5. Serão considerados aprovados na 1ª fase os candidatos classificados dentro do triplo de vagas ofertadas, conforme quadro adiante:

Vagas ampla concorrência: 957

Vagas reservadas aos candidatos com deficiência: 51

Total: 1008

1.5.1 Os candidatos que não lograram aprovação na 1ª Fase dentro do triplo de vagas, definidos Capítulo 4 - DAS VAGAS serão eliminados do Concurso e não possuirão classificação alguma no certame.

1.6. Serão convocados para o Curso de Formação e Treinamento Profissional, os candidatos aprovados na 1ª fase, conforme capítulo 4 - DAS VAGAS, correspondente ao número de vagas ofertadas.

Vagas ampla concorrência: 319

Vagas reservadas aos candidatos com deficiência: 17

Total: 336

1.7 Após a homologação do concurso os candidatos aprovados da 1ª turma, poderão ser convocados para realização do Curso de Formação e Treinamento Profissional, os 672 (seiscentos e setenta e dois) candidatos aprovados na 1ª Fase, em ordem de classificação, os quais comporão cadastro reserva.

1.7.1 Por cadastro reserva, entenda-se o conjunto de candidatos aprovados e relacionados na listagem que contém o resultado da 1ª fase.

1.7.1.1 O cadastro reserva somente será aproveitado de acordo com a necessidade do serviço policial, dentro da conveniência e oportunidade da Administração, observado o prazo de validade do presente Concurso Público.

#### 4. DAS VAGAS

4.1. O presente concurso destina-se a selecionar candidatos, visando o provimento de 336 (trezentos e trinta e seis) vagas, sendo 319 (trezentas e dezenove) para ampla concorrência e 17 (dezesete) vagas reservadas aos candidatos com deficiência.

#### 18 DOS CRITÉRIOS DE DESEMPATE

18.1 Em caso de empate na nota final no concurso, terá preferência o candidato que, na seguinte ordem:

- a) tiver idade igual ou superior a 60 anos, até o último dia de inscrição neste concurso, conforme Art.27, parágrafo único da Lei nº10.741 de 1º de Outubro de 2003 (Estatuto do Idoso).
- b) obtiver a maior nota no Curso de Formação e Treinamento Profissional;
- c) obtiver maior número de acertos na prova de Conhecimentos Específicos;
- d) obtiver maior número de acertos na prova de Conhecimentos Gerais;
- e) tiver maior idade;
- f) tiver exercido a função de jurado (conforme art.440 do Código de Processo Penal);

18.2 Persistindo, ainda, o empate poderá haver sorteio na presença dos candidatos envolvidos. - sem grifos no original.

#### 19. DA CLASSIFICAÇÃO FINAL

19.1. A classificação final do Concurso será feita em relação a cada Turma, e pela média aritmética das notas obtidas na 1ª fase e na 2ª fase.

O Estatuto da Polícia Civil de Carreira do Estado do Ceará (Lei nº 12.124, de 6 de julho de 1993), por sua vez, assim estabelece no § 1º, do art. 16:

Art. 16. O Curso de Formação Profissional realizado pela Academia Estadual de Segurança Pública, ou por instituição nacional de comprovada idoneidade, tem natureza classificatória e eliminatória, sendo reprovado o candidato que obtiver, em qualquer disciplina, média inferior a 5.0 (cinco).

§ 1º Somente serão considerados aprovados para o Curso de Formação Profissional candidatos até o triplo do número de vagas definido no Edital do Concurso, **ressalvados os casos de empate na última colocação do limite fixado**. Os candidatos que não conseguirem classificação dentro do percentual exigido, serão considerados eliminados. (sem grifo no original)

Dessa forma, em obediência à Lei nº 12.124/93, a organizadora do certame deveria ter classificado todos os candidatos empatados na última colocação de aprovados para fins de prosseguimento no certame, para somente depois promover os critérios de desempate previstos no Edital.

A meu ver, na presente hipótese, impossível não aplicar-se o princípio constitucional da razoabilidade, devendo todos os candidatos empatados na última colocação, figurarem no cadastro reserva.

Isso porque, quanto a questão do empate no concurso para os cargos da Segurança Pública, já restou evidenciado que os candidatos empatados não podem ser prejudicados, conforme adiante se vê:

AGRAVO REGIMENTAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. PROVA SUBJETIVA. ATENDIMENTO DOS REQUISITOS PARA CORREÇÃO. CANDIDATOS EMPATADOS. LIMITE DE PROVAS A SEREM CORRIGIDAS. CRITÉRIOS DE DESEMPATE. OMISSÃO EDITALÍCIA. AGRAVO DESPROVIDO.

**1. A ausência de critérios de desempate previstos no edital para os candidatos classificados na prova objetiva do concurso público implica na correção dos testes subjetivos de todos aqueles que obtenham a nota de corte como pontuação, ainda que ultrapassado o limite de provas a serem corrigidas, inicialmente previsto no edital.**

2. Agravo desprovido. (agravo regimental nº 4409/2013, interposto contra liminar deferida no presente *mandamus*, em voto da lavra do Des. Vicente de Paula Gomes de Castro).

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DE CARGO DE DELEGADO DA POLÍCIA CIVIL DO ESTADO DO MARANHÃO. CANDIDATOS APROVADOS NA PROVA OBJETIVA, EMPATADOS DENTRO DO QUANTITATIVO DE VAGAS EXIGIDO PARA PARTICIPAR DA FASE SEGUINTE. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO AFASTADA. AUSÊNCIA DE CRITÉRIO DE DESEMPATE NESSA FASE. ELIMINAÇÃO DE CANDIDATO POR APLICAÇÃO DE PERCENTUAL MÍNIMO DE ACERTO DE 50% DE PONTUAÇÃO NA PROVA SUBJETIVA, NÃO INSERIDO NO EDITAL. VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO CONFIGURADA. ORDEM CONCEDIDA. LIMINAR MANTIDA.

1. A jurisprudência dos tribunais, inclusive do STJ, assentou o entendimento de que a impossibilidade jurídica do pedido só se configura diante de expressa proibição do pedido no ordenamento jurídico.

2. No presente caso, resta claramente demonstrado que os impetrantes foram aprovados em posição de empate com 68 pontos de acerto cada um, dentro do quantitativo de 183 candidatos classificados, sem zerar nenhuma disciplina e atingindo percentual superior a 50% da pontuação máxima exigida para a prova objetiva, encontrando-se todos eles dentro do número de vagas ofertadas no subitem 2.1, que equivale aos 190 candidatos melhores classificados nessa fase, correspondente a 05 (cinco) vezes o quantitativo das 38 vagas ofertadas para ampla concorrência, não tendo eles, entretanto, tido suas provas subjetivas corrigidas pela Comissão do Concurso, sob a alegação de não haverem atingido pontuação igual ou superior a 50% da pontuação máxima exigida para essa prova (subjetiva), conforme consta do resultado preliminar divulgado pela autoridade impetrada.

**3. É ilegal o ato da autoridade administrativa que, em concurso público para provimento de cargo efetivo, elimina candidato aprovado em posição de empate dentro do quantitativo de vagas exigido para participar da fase seguinte, por aplicação indevida de critério de eliminação não previsto no edital para esse momento do certame, porque, sendo o edital a lei do concurso, a eles se vinculam tanto os candidatos quanto a Administração.**

4. Desse modo, uma vez evidenciada a ilegalidade do ato atacado, configurada se mostra a ofensa a direito líquido e certo dos impetrantes, hábil a ensejar a concessão da ordem impetrada.

5. Ordem concedida. (MANDADO DE SEGURANÇA Nº 001616/2013 (0000333-45.2013.8.10.0000) - SÃO LUÍS, Relator Des. Jamil Gedeon).

Como visto, apesar de a impetrante ter obtido a 1075ª colocação ao final, deve prosseguir no concurso porque obteve a mesma pontuação do último candidato aprovado, de modo que faz jus ao direito aqui pleiteado.

No mesmo sentido, oportuno ainda trazer à colação o seguinte julgado desta Egrégia Corte de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO PARA INGRESSO NO CARGO DE INSPETOR DA POLÍCIA CIVIL DO ESTADO DO CEARÁ. APROVAÇÃO FORA DO TRIPLO DO NÚMERO DE VAGAS, PORÉM EMPATADA COM OUTROS CERTAMISTAS CONVOCADOS. PREVISÃO EDITALÍCIA E DA LEI 12.124/93 VERSANDO ACERCA DA CONVOCAÇÃO PRETENDIDA. RELEVÂNCIA DO FUNDAMENTO INVOCADO. PRESERVAÇÃO DO DIREITO ANTE O PERIGO DE INEFICÁCIA DA MEDIDA. PRECEDENTES DESTE TJCE.

1. *In casu*, o agravado obteve 70 pontos na nota final do concurso público para o cargo de Inspetor da Polícia Civil do Estado do Ceará de 1ª Classe, não tendo sido, todavia, convocado para a realização do Curso de Formação e Treinamento Profissional, muito embora os últimos classificados da lista de convocados tenham atingido também a pontuação 70.

2. Assim, conforme previsão expressa do edital, apenas os aprovados dentro do triplo do número de vagas do edital seriam convocados para participar do Curso de Formação. Apesar da referida previsão, algumas considerações precisam ser tecidas, uma vez que tal dispositivo encontra-se em confronto com a lei acerca do tema e com princípios constitucionais. Com efeito, faz-se imperioso destacar que, na realização de concursos públicos, tanto a Administração Pública como os candidatos devem se submeter às regras dispostas no edital, sendo este a lei que rege o Concurso Público.

3. Por outro lado, o edital também deve obedecer ao disposto nas leis e na Constituição Federal, como forma de impedir que sejam colocadas regras que vão de encontro aos preceitos legais e princípios constitucionais. Os candidatos e a Administração Pública, portanto, devem, prioritariamente, obedecer a própria Constituição Federal e as leis, uma vez que não se pode exigir submissão a regra de edital que seja considerada inconstitucional e ilegal. Assim, a Administração Pública, muito embora possua certa discricionariedade para elaboração dos editais dos concursos públicos, não pode ultrapassar, em hipótese alguma, o que se encontra

disposto em lei e na Constituição Federal, já que sua discricionariedade encontra-se limitada aos princípios da legalidade, razoabilidade, impessoalidade e moralidade.

4. Conforme foi registrado alhures, o item 13.2.1, do edital, estabelecia que o triplo dos candidatos iriam para o Curso de Formação, ou seja, o triplo das 246 vagas (738). O Edital de nº 0001/2014, no entanto, desconsiderou o previsto na lei, uma vez que não considerou, para a convocação do curso de formação, os candidatos que estavam empatados na última colocação. Sendo assim, limitou-se em convocar candidatos até que atingisse a 738ª colocação, desprezando os candidatos posteriores que obtiveram a mesma pontuação do que estava na 738ª. Conforme a documentação acostada nos autos, resta demonstrado que o agravado obteve a nota 70 (fls. 28) e que o último convocado para o Primeiro Curso de Formação também atingiu a pontuação 70. Sendo assim, tal conduta da Administração mostra-se absolutamente sem razoabilidade e na contramão dos princípios da isonomia e da impessoalidade, uma vez que privilegiou candidatos que obtiveram a mesma pontuação sem nenhuma justificativa razoável e ainda ferindo texto expresso em lei.

5. O Estado do Ceará, no recurso em tela, defende a constitucionalidade da cláusula de barreira nos concursos públicos. Ocorre que não se questiona a validade de tal cláusula, até mesmo porque os Tribunais Superiores já sedimentaram entendimento no sentido de permitir a existência de cláusula de barreira em editais de concursos, uma vez que visa selecionar os candidatos mais bem classificados e mais bem preparados. O que se questiona, no presente caso, é a ausência de previsão no edital de que os candidatos com a mesma pontuação também fossem para a próxima fase, tendo em vista que tal omissão e, conseqüentemente, a conduta da Administração de chamar candidatos com a mesma pontuação em detrimento de outros, foi de encontro à Lei nº 12.124/93 e aos princípios da legalidade e da impessoalidade.

6. Recurso conhecido e não provido.

ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 3ª Câmara Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer do

presente Agravo, negando-lhe provimento, nos termos do voto do Relator. Fortaleza, 27 de novembro de 2017  
Presidente do Órgão Julgador DESEMBARGADOR  
INACIO DE ALENCAR CORTEZ NETO Relator  
(Processo nº 620246-33.2017.8.06.0000, Relator (a): DES.  
INACIO DE ALENCAR CORTEZ NETO; Órgão julgador:  
3ª Câmara Direito Público; Data do julgamento: 27/11/2017;  
Data de registro: 27/11/2017)

Por fim, quanto ao pedido atravessado às fls. 215/216, onde a impetrante veio, na data de 22 de janeiro de 2018, requerer sua participação em Curso de Formação profissional que teve início no dia 05 do mesmo mês, após lançamento do relatório nos autos e pedida a inclusão em pauta, inviável sua análise no momento atual.

DO EXPOSTO, voto pela concessão da segurança pleiteada, com a ressalva de que o feito não envolve reconhecimento do direito à nomeação e posse.

É como voto.

Sem honorários (art. 25 da Lei 12.016/2009).

Fortaleza(CE), 24 de maio de 2018.

PROCESSO: 0620534-44.2018.8.06.0000 - MANDADO DE SEGURANÇA  
IMPETRANTE: ALINE DE OLIVEIRA COSTA TOMAZ  
IMPETRADOS: SECRETÁRIO DA SEGURANÇA PÚBLICA E DEFESA  
SOCIAL DO ESTADO DO CEARÁ, SECRETÁRIO DO PLANEJAMENTO E  
GESTÃO DO ESTADO DO CEARÁ E SUPERINTENDENTE ACADÊMICO  
DA FUNDAÇÃO PARA O VESTIBULAR DA UNIVERSIDADE ESTADUAL  
PAULISTA – VUNESP  
CUSTOS LEGIS: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL  
RELATOR: DES. PAULO FRANCISCO BANHOS PONTE

**EMENTA: PROCESSO CIVIL. MANDADO DE  
SEGURANÇA. DIREITO ADMINISTRATIVO.  
CONCURSO PÚBLICO. PUBLICAÇÃO  
DA CONVOCAÇÃO UNICAMENTE  
EM ENDEREÇO ELETRÔNICO. LAPSO  
TEMPORAL DESARRAZADO.  
IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE  
COMUNICAÇÃO PESSOAL. SEGURANÇA  
CONCEDIDA. LIMINAR CONFIRMADA.**

1. Ação mandamental na qual a impetrante reclama contra ato denegatório de inscrição em curso de formação e treinamento no concurso para Escrivão de Polícia Civil de 1ª Classe (Edital 01/2014 SSPDS/SEPLAG) por ter perdido o prazo previsto em edital próprio de convocação disponibilizado dois anos após a primeira fase do certame unicamente em endereço eletrônico da instituição organizadora;
2. A publicidade dos atos administrativos constitui princípio constitucional (art. 37, *caput*) e corolário de um regime administrativo democrático. A sua observância não pode ser apenas formal, pelo que deve a Administração valer-se de meios eficazes para tornar públicos seus atos, mormente em

relação àqueles que têm interesses diretos nos seus efeitos;

3. Ainda que o edital que regulou o certame, em conformidade com o ato infralegal expedido pela autoridade apontada como coatora, determine a validade da comunicação da impetrante através de consulta em endereço eletrônico, à luz da Constituição da República, a comunicação pessoal é imprescindível na hipótese, uma vez que entre as fases de aprovação e convocação transcorreram mais de 02 (dois) anos;

4. Não se mostra razoável exigir da candidata aprovada em concurso público o acompanhamento diário das publicações no Diário Oficial, sobretudo levando em consideração o longo período entre uma data e outra. Precedentes do STJ e deste Sodalício.

5. Segurança concedida. Liminar confirmada.

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, unanimemente, em conceder a segurança, tornando definitiva liminar anteriormente deferida, de acordo com o voto do Relator.

Fortaleza, 24 de janeiro de 2019

## **RELATÓRIO**

### **Dos fatos e da causa de pedir**

Cuida-se de mandado de segurança impetrado por ALINE DE OLIVEIRA COSTA TOMAZ contra ato tido por abusivo e ilegal

perpetrado pelas autoridades impetradas referente à negativa de recebimento de documentação e inscrição em curso de formação para o cargo de Escrivão de Polícia Civil de 1ª Classe do Estado do Ceará na qual foi aprovada dentro do número de convocados.

Em suas razões de fls. 01/09, conforme já reportado na decisão interlocutória de fls. 216/219, tal negativa causou-lhe preterição no certame, mormente porque não fora devidamente convocada para esta fase do concurso, sendo as comunicações feitas de forma impessoal se deram após o interregno de mais de 3 (três) anos, não se mostrando razoável exigir-se do candidato o acompanhamento diuturno por tão longo período sobre os meios tradicionais de comunicação (edital e site da organizadora do certame).

Ressalta que o entendimento firmado aponta que este ato administrativo é falho e não atende aos primados da publicidade, proporcionalidade e ampla acessibilidade dos cargos públicos, ao que deve ser extirpado.

### **Do pedido**

Requer, finalmente, o reconhecimento de ilegalidade do ato inquinado, permitindo-lhe o adequado processamento do pedido de habilitação e frequência no curso de formação e treinamento profissional, permitindo-lhe prosseguir no certame até sua ulterior conclusão das demais etapas eliminatórias e classificatórias.

### **Da liminar**

Vislumbrado o direito líquido e certo suscitado, restou deferida a liminar antecipatória às fls. 216/219.

### **Das informações**

Informações da Comissão Coordenadora do Concurso – EPC e IPC às fls. 262 confirmando que a inscrição da autora/impetrante foi

negada por “ter perdido o prazo para a matrícula *on-line* através do endereço eletrônico da empresa VUNESP”, tendo seus recursos administrativos denegados porque “o chamamento para a matrícula *on-line* através do endereço eletrônico da Empresa VUNESP foi amplamente divulgado por meio de Edital n. 57/2018, datado de 14 de dezembro de 2017, Classificação 00491, nota 68,750 (conforme cópia em anexo) e por não ter efetuado a sua matrícula em tempo hábil, outra (candidata(o) foi convocada através do Edital n. 58/2017 – SSPDS/SEPLAG”.

### **Da defesa do ente público**

Repousa às fls. 236/246 a manifestação do ente público do ESTADO DO CEARÁ na qual defende o ato administrativo inquinado, mormente por valer-se das regras editalícias quanto os prazos para inscrição e matrícula em tempo hábil, nos termos do item 13.7.1, que prevê a eliminação do candidato que “deixar de efetuar a matrícula no período estipulado em edital específico” (fl. 239).

Argui, ainda, que eventual acolhimento do pedido então denegado atentaria contra a isonomia imperante nos certames conduzidos pela administração pública, não tocando ao Judiciário imiscuir-se no mérito administrativo.

Pugna, enfim, pela denegação da segurança.

### **Da intervenção ministerial**

Manifestando-se às fls. 276/282, inclinou-se d. Procurador-Geral de Justiça do Estado do Ceará pelo conhecimento e concessão da segurança à impetrante, ressaltando que eventual nomeação e posse somente decorre-se após o trânsito em julgado do *decisum*.

É o relatório.

### **VOTO**

Conforme antecipado da prolação da decisão concessiva de liminar às fls. 216/219, o julgamento da causa gravita sobre a necessidade

de convocação por meio hábil a candidato em certame promovido pela administração pública.

No caso, a impetrante foi inscrita e restou aprovada dentro do triplo de vagas na primeira fase do concurso público para o cargo de Escrivão de Polícia Civil de 1ª Classe do Estado do Ceará, disputa aberta e regulada nos termos do Edital n. 01/2014 – SSPDS/SEPLAG.

A sua aprovação na primeira fase do certame foi publicizada aos dois dias do mês de Outubro do ano de 2015 (fl. 124), tendo sido convocada por meio do Edital n. 57/2017, que fora disponibilizado na página da organizadora do concurso (VUNESP), para que no exíguo tríduo do dia 16 ao dia 18 de dezembro de 2017 apresentasse requerimento e documentação para a segunda fase do certame, referente ao Curso de Formação e Treinamento Profissional.

É dizer, a administração pública, que se arvora na defesa de seus princípios gerais do art. 37 da Constituição, nega a máxima da publicidade e eficiência de seus atos ao colocar obrigação iníqua ao administrado de consultar, por longo período de latência, praticamente além do prazo de validade do certame público de seleção de pessoal, ou seja, mais de 2 (dois) anos depois, a lista de possíveis convocados para a segunda fase classificatória e de formação.

Com efeito, o candidato aprovado em concurso público tem o direito de ser comunicado do ato de convocação por meio eficaz de chamamento, mormente em vista da publicidade dos atos administrativos, o que não ocorreu no caso em tela.

A questão já restou assentada perante o C. Superior Tribunal de Justiça, no sentido de se considerar ilegal por afronta ao primado da razoabilidade a convocação somente mediante publicação em Diário Oficial quando passado considerável lapso temporal entre a realização ou a divulgação do resultado da etapa imediatamente anterior e a referida convocação. Confira-se:

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. NOMEAÇÃO DE CANDIDATO. TRANSCURSO DE LONGO LAPSO TEMPORAL ENTRE OS ATOS DO CERTAME. DEVER

LEGAL DE INTIMAÇÃO POR MEIO QUE ASSEGURE A CERTEZA DA CIÊNCIA. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL A QUO EM CONFRONTO COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE.

I - Na origem, trata-se de mandado de segurança impetrado pelo ora recorrente, objetivando sua nomeação ao cargo de Professor de Educação Física.

II - No recurso ordinário, a parte recorrente sustenta que, por fato totalmente alheio a sua vontade e de pura responsabilidade da entidade coatora, não teve conhecimento de sua nomeação, pois não recebeu nenhum tipo de comunicado. Importante salientar que a nomeação, publicada em Diário Oficial, deu-se quase 5 anos após a realização do certame, logo, caberia a Administração Pública ter-se atentado ao princípio da razoabilidade, e assim feito a convocação pessoalmente por meio de telegrama.

III - O Ministério Público opina pelo desprovimento do recurso.

IV - Nos termos da jurisprudência do STJ, a notificação pessoal do candidato no decorrer de concurso público apenas é exigida caso haja previsão editalícia expressa nesse sentido ou nas hipóteses em que transcorrido longo lapso temporal entre os atos do certame.

V - **No caso dos autos, entre a homologação do certame, que ocorreu em 15/11/2012 (fl. 45) e a nomeação do recorrente, em 1º/4/2016, transcorreram aproximadamente 3 anos e 5 meses, ou seja, um lapso de tempo consideravelmente longo, o que exigiria a notificação pessoal do candidato de sua nomeação. A administração tinha o dever legal de intimá-lo por meio que assegurasse a certeza da ciência, não mais bastando, para isso, o envio de e-mail.** Nesse sentido: RMS 47.160/MT, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 6/10/2015, DJe 13/10/2015; AGRG no RMS 33.369/MS, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 15/12/2016, DJe 17/2/2017; RMS 50.924/BA, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 17/5/2016, DJe 1º/6/2016. VI - Agravo interno improvido. (STJ - AGINT/RMS: 54381, Relator: FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 26/02/2018)

Caso similar ao presente já fora decidido no mesmo sentido e mira do aqui defendido, a saber:

ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CONVOCAÇÃO SOMENTE POR ENDEREÇO ELETRÔNICO. EDITAL QUE EXIGIA MANUTENÇÃO DE ENDEREÇO DO CANDIDATO ATUALIZADO. PREVISÃO IMPLÍCITA DE COMUNICAÇÃO PESSOAL. APROVAÇÃO CONSIDERAVELMENTE FORA DO NÚMERO DE VAGAS. NOMEAÇÃO EM PRAZO CURTO. DIREITO À CONVOCAÇÃO PESSOAL RECONHECIDO.

1. O cerne da presente insurgência, bem como do reexame necessário, refere-se à análise da necessidade de convocação pessoal de candidato aprovado para apresentação dos documentos necessários à admissão no serviço público, quando o edital do certame, não obstante preveja a exigência de manutenção do endereço atualizado perante o ente municipal, estabeleça que a notificação seja realizada pelo endereço eletrônico.

2. O edital 001/2012, que rege o concurso público para provimento de cargos efetivos do poder executivo do município de Iguatu, previu, no item 16.2, que todas as convocações, avisos e o resultado final (homologação) serão publicados no endereço eletrônico prefeitura municipal de Iguatu ([www.iguatu.ce.gov.br](http://www.iguatu.ce.gov.br)) e do promunicípio ([www.promunicípio.com](http://www.promunicípio.com)).

3. Por outro lado, no item 16.3, exige o edital que o candidato mantenha seu endereço atualizado junto à municipalidade durante a participação no certame. Ademais, o impetrante restou classificado na posição 21 para o cargo de motorista, cujo número total de vagas previsto no edital era 10.

4. Nesse contexto, insta mencionar que a corte superior possui precedentes no sentido de que caracteriza violação ao princípio da razoabilidade e da publicidade a convocação para posse no cargo público, mediante a publicação do chamamento apenas em diário oficial, quando o candidato

aprovado consideravelmente fora do número de vagas for nomeado em curto espaço de tempo entre a homologação final do certame (2.7.2010) e a publicação da nomeação (7.10.2010), uma vez que foram previstas poucas vagas e não seria possível construir uma expectativa evidente de nomeação em prazo tão curto. (AGRG no RMS 37.227/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, segunda turma, julgado em 06/12/2012, dje 12/12/2012). No mesmo julgado, entendeu a segunda turma do STJ que pela leitura do referido trecho do edital, verifica-se que há a previsão expressa de que o candidato deve manter atualizado o seu telefone e endereço, o que demonstra, ainda que implicitamente, o intuito da administração entrar em contato direto com o candidato aprovado no momento de sua nomeação.

**5. No caso concreto, observa-se que concurso deu azo à convocação de um número muito maior de candidatos do que o previsto originariamente, já que o impetrante é o 21º aprovado na lista e estava em cadastro de reserva, não sendo, assim, possível construir uma expectativa evidente de nomeação em prazo curto.**

**6. Nessa perspectiva, e diante da previsão editalícia no sentido de exigir a manutenção do endereço atualizado junto à municipalidade, há direito líquido e certo de o candidato ser convocado pessoalmente.**

7. Apelação e remessa necessária conhecidas, mas não providas. Decisão mantida. (TJCE - APL/RN: 00296017620138060091, Relator: FRANCISCO DE ASSIS FILGUEIRA MENDES, TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO, Data de Publicação: 08/06/2018)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA DE EVIDÊNCIA. CONCURSO PÚBLICO. CONVOCAÇÃO. ART. 311 DO CPC. NÃO ATENDIMENTO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. Recurso em que a parte agravante deseja a reforma de decisão de primeiro grau que não concedeu tutela de evidência, à luz do art. 311 do código de processo civil; 2. Pleito de anulação de ato convocatório para assunção de cargo público de enfermeira decorrente de aprovação em concurso público tendo em vista a inadequação do meio;

3. **Entendimento firmado de que o longo decurso do prazo entre a realização ou homologação do resultado do concurso e o ato de convocação denota necessidade de comunicação pessoal do interessado para comparecimento junto à administração para os fins de ulitimação do ato administração de nomeação e posse**, o que não restou evidenciado no presente caso *sub judice*;

4. O agravo de instrumento interposto contra decisão que indefere tutela de evidência deve ater-se à análise dos requisitos legais para concessão da medida, sob pena de supressão de instância.

5. Recurso conhecido e desprovido. (TJCE - AI: 06262563020168060000, Relator: PAULO FRANCISCO BANHOS PONTE, PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO, Data de Publicação: 25/04/2018)

É de se reconhecer, portanto, o direito da impetrante ao adequado chamamento para o curso de formação no concurso o qual restou aprovada, confirmando-se a liminar outrora concedida.

### **Do dispositivo**

ISSO POSTO, atendidas as determinantes legais para o pleito, **CONCEDO** em definitivo a segurança para garantir à impetrante a sua adequada convocação para inscrição em curso de formação para o cargo de Escrivão de Polícia Civil (1ª Classe), no certame regido pelo Edital n. 01/2014 SSPDS/SEPLAG, tornando nulo o ato denegatório de inscrição, convalidando os demais atos do curso por ela frequentado, inclusive sua avaliação final, para todos os fins de direito.

Sem custas ou honorários.

É como voto.

Fortaleza, 24 de janeiro de 2019.

PROCESSO: 0620856-35.2016.8.06.0000.

MANDADO DE SEGURANÇA.

IMPETRANTE: MARCONDES CHAVES BENEVIDES.

IMPETRADO: SECRETÁRIO DE CULTURA DO ESTADO DO CEARÁ.

IMPETRADO: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO CEARÁ.

RELATOR: DES. FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA.

**EMENTA: PREVIDENCIÁRIO E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO DO IMPETRANTE PUBLICADO NO ÓRGÃO OFICIAL. ATO ADMINISTRATIVO COMPLEXO QUE SE APERFEIÇA COM O REGISTRO NO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO. PARECER CONTRÁRIO DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO. NATUREZA NÃO VINCULANTE. EXCLUSÃO DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO POLO PASSIVO DO *MANDAMUS*. RETORNO DO SERVIDOR PÚBLICO À ATIVIDADE. TEMPO DE SERVIÇO JUDICIALMENTE RECONHECIDO EM AÇÃO DE JUSTIFICAÇÃO. MANUTENÇÃO PROVISÓRIA DO AUTOR NA CONDIÇÃO DE INATIVO. COAÇÃO EVIDENCIADA. SEGURANÇA PARCIALMENTE CONCEDIDA.**

1- A emissão de parecer técnico-jurídico por Procurador do Estado tem natureza opinativa, no escopo de munir o agente público de elementos jurídicos; portanto, é não vinculativo para a Administração, mantendo-se a discricionariedade reservada ao gestor. Por conseguinte, não há falar

em ato coator proferido pelo Procurador-Geral do Estado, a implicar a sua exclusão do polo passivo do *mandamus*. Precedente deste Tribunal.

2- Infere-se dos autos que o impetrante logrou reunir os requisitos legais para a concessão de sua aposentadoria, inclusive computando o tempo de serviço reconhecido por decisão judicial transitada em julgado, prestado à extinta Autarquia Metropolitana de Fortaleza (AUMEF) entre 16.10.1978 e 20.03.1982, certificado e averbado; tanto é assim que o respectivo ato de inativação – não revogado – foi publicado no DOE de 02 de junho de 2015. Após tomar ciência do parecer contrário da PGE, nada obstante o caráter não vinculante da manifestação, foi o autor compelido a retornar a suas atividades laborais na Secretaria da Cultura do Estado, conforme demonstram os documentos coligidos, entre os quais folhas de ponto dos meses de novembro de 2015 a janeiro de 2016.

3- A jurisprudência do STJ e desta Corte Estadual não ampara a tese da Fazenda Pública de impossibilidade de comprovação do tempo de serviço para fins de aposentadoria realizada mediante ação de justificação judicial. A Súmula 242 do STJ autoriza o manejo de ação declaratória para reconhecimento de tempo de serviço para fins previdenciários. Tal justificação constitui hábil meio de prova para a questão em debate nos autos e é instrumento processual adequado para dissipar incerteza sobre a existência de uma relação jurídica, sendo patente o interesse de agir do autor que postula, por essa via, o

reconhecimento do tempo de serviço para efeito de percepção de benefício previdenciário.

4- O Estado do Ceará não opôs argumentos nem produziu prova capaz de infirmar os documentos acostados pelo autor, entre os quais estão anotações na CTPS, certidões de tempo de serviço, contrato celebrado com a extinta AUMEF e sentença de justificação de tempo de serviço.

5- Por outro lado, é evidente que a publicação da inativação do autor representa tão somente uma etapa, entre várias outras, do ato complexo de aposentadoria, sem a aptidão para isoladamente constituir direitos, consoante se observa da Lei Complementar Estadual nº 92/2011 (com redação dada pela LCE nº 159, de 14.01.2016). Assim, não prospera a pretensão de manutenção do autor indefinidamente na condição de inativo, como um direito pretensamente adquirido. A justificação judicial só produzirá efeitos para a comprovação de tempo de serviço após o registro no âmbito do Tribunal de Contas, quando o ato de aposentadoria do servidor público atinge a sua perfeição no mundo jurídico. Portanto, por ora, afasta-se a apreciação do afirmado direito líquido e certo à manutenção definitiva de sua qualidade de inativo.

6- Segurança parcialmente concedida, evidenciada a ilegalidade do ato coator, para restituir o impetrante ao *status quo ante*, com os proventos consignados no ato de aposentação publicado, pelo tempo necessário à conclusão do procedimento de registro da aposentadoria no âmbito do Tribunal de Contas do Estado, na forma da Lei Complementar Estadual nº 92/2011.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Desembargadores integrantes do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por decisão unânime, em excluir do polo passivo do *mandamus* o Procurador-Geral do Estado e em **conceder parcialmente a segurança**, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 04 de julho de 2019.

## RELATÓRIO

Cuida-se de mandado de segurança impetrado por Marcondes Chaves Benevides contra ato reputado ilegal atribuído ao Secretário de Cultura do Estado do Ceará e ao Procurador-Geral do Estado do Ceará, consistente em parecer contrário ao pedido de aposentadoria do impetrante, ante a suposta ausência de requisitos legais, e retorno imediato a suas atividades laborais, desconsiderando o ato de aposentação já publicado no *Diário Oficial do Estado (DOE)* de 02 de junho de 2015.

O autor argumenta haver reunido todos os requisitos legais para aposentar-se por **tempo de contribuição com proventos integrais**, tendo trabalhado de 16 de outubro de 1978 a 20 de março de 1982, no cargo de Arquiteto, na extinta AUMEF - Autarquia Metropolitana de Fortaleza, havendo sido contratado em 22 de março de 1982 pela SEDURB - Superintendência de Desenvolvimento Urbano do Estado do Ceará e, com a extinção desta, removido para a SECULT - Secretaria de Cultura do Estado do Ceará, na função de Arquiteto, a qual sempre exerceu em todos esses órgãos públicos, lá permanecendo até 10 de abril de 2015, quando requereu a **aposentadoria por tempo de contribuição** (Proc. 2133283/2015), cuja concessão foi publicada no *Diário Oficial do Estado* de 02 de junho de 2015.

Informa ter sido notificado em 11 de novembro de 2015, por meio do Ofício nº 256/2015 – CEAD/COAFI, sobre o **parecer contrário**

da Procuradoria do Estado do Ceará (PGE) quanto ao reconhecimento do tempo de serviço prestado à extinta AUMEF entre 16.10.1978 e 20.03.1982, deixando assim a Administração de atender ao disposto na decisão judicial exarada em sede de ação de justificação de tempo de serviço (Proc. nº 95.02.08458-6, da 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza), julgada em 1999.

Aponta que, no caso em tela, o invocado direito líquido e certo à aposentadoria está sendo violado por ato ilegal do Secretário de Cultura do Estado do Ceará, ao tornar sem efeito o ato de aposentadoria já publicado no *DOE* de 02.06.2015, com esteio no parecer da PGE, segundo o qual a simples ação de justificação judicial **não comprova** a prestação de serviço pelo requerente, consoante enunciado na Súmula 107, TCU.

Sob tais fundamentos, pugnou pela concessão de medida liminar com o fito de ordenar às autoridades coatoras, de forma imediata, o seu retorno ao *status quo ante* de aposentado com proventos integrais e paridade de vencimentos, nos termos do art. 6º da Emenda Constitucional nº 41/2003.

Determinei, às **p. 213-215**, a emenda da inicial, para que explicitasse o autor contra que ato coator se insurge, uma vez que o parecer denegatório da aposentação exarado pelo PGE é mera peça opinativa, incapaz de anular o Ato de Aposentadoria publicado no *DOE* de 02.06.2015.

Às **p. 217-220**, aduz o promovente **ter sido compelido a retomar o trabalho na Secretaria da Cultura do Estado, logo após informado do parecer da PGE** por meio do Ofício nº 256/2015 – CEAD/COAFI, juntando os documentos de **p. 221-226**, entre os quais folhas de ponto dos meses de novembro de 2015 a janeiro de 2016, devidamente assinadas, a demonstrar ter retornado ao serviço.

Em despacho de **p. 228**, posterguei a apreciação do pleito liminar e ordenei a notificação das autoridades reputadas coatoras e a cientificação do órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, na forma do art. 7º, I e II, da Lei do Mandado de Segurança (LMS).

Em petição de **p. 236-247**, o Estado do Ceará defendeu, preliminarmente, a impossibilidade de se conceder liminar no caso em

apreço, dada a vedação contida nos arts. 1º e 2º-B da Lei nº 9.494/1997 e nos §§ 2º e 5º do art. 7º da Lei nº 12.016/2009 (LMS), além do disposto no julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade nº 4, pelo STF.

No mérito, argumentou que o tempo de contribuição do autor (36 anos, 05 meses e 25 dias) **não deve** ser levado em conta para fins de concessão de aposentadoria, porque indevidamente considerado o lapso de 03 (três) anos, 05 (cinco) meses e 04 (quatro) dias (contado de 16.10.1978 a 20.03.1982) de serviço prestado à extinta Autarquia Metropolitana de Fortaleza (AUMEF).

Salienta, ademais, que, nada obstante o tempo de serviço prestado à AUMEF haja sido reconhecido em **procedimento judicial de Ação de Justificação de Tempo de Serviço** (Proc. nº 95.02.08458-6, que tramitou perante a 3º Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza) e **averbado na Superintendência de Desenvolvimento Urbano do Estado do Ceará (SEDURB)**, entidade que sucedeu a antiga AUMEF, a jurisprudência dos Tribunais de Contas e dos Tribunais Pátrios tem negado o reconhecimento do tempo de serviço comprovado mediante ação de justificação.

Refere que somente poderia considerar-se tempo de serviço **efetivamente prestado** aquele iniciado a partir de 22.03.1982, data em que formalizado o vínculo entre o interessado e a Administração, consoante demonstram o registro da CTPS (Carteira de Trabalho e Previdência Social) do servidor e o próprio contrato de trabalho firmado, também na data de 22.03.1982, motivo pelo qual é de se entender **indevidamente averbado o tempo anterior a 22.03.1982**, devendo-se indeferir o pedido e tornar sem efeito o ato publicado no *DOE* de 02 de junho de 2015.

Por fim, pugna pela denegação da segurança.

À **p. 248**, o Secretário de Cultura do Estado **defendeu a regularidade do ato de aposentadoria do autor**, informando que ante a documentação apresentada na ocasião do requerimento pelo servidor, **não impôs qualquer objeção**, haja vista que **na apreciação dos documentos não se constatou imprecisão**.

Às p. 250-259, **deferiu** a tutela pretendida na exordial, de modo a autorizar o retorno do requerente à situação jurídica caracterizada com

a publicação do ato de inatividade no *DOE* de 02.06.2015, sem que disto decorra a aplicação de qualquer penalidade em seu desfavor (p. 154) (art. 7º, inc. III, da LMS).

Interposto agravo interno pela Fazenda Estadual, este foi desprovido (Proc. nº 0620856-35.2016.8.06.0000/50000, p. 30-39).

Intimado, o representante do Ministério Público Estadual entendeu **não haver interesse público primário** a justificar sua intervenção na lide (p. 273-278).

É o relatório.

## VOTO

Como sabido, a emissão de parecer técnico-jurídico por Procurador do Estado tem natureza opinativa, no escopo de munir o agente público de elementos jurídicos; portanto, é não vinculativo para a Administração, mantendo-se a discricionariedade reservada ao gestor. Por conseguinte, não há falar em ato coator promanado do Procurador-Geral do Estado, a implicar a sua exclusão do polo passivo do *mandamus*.

Sobre o assunto:

AGRAVO REGIMENTAL EM AÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA. ATO ADMINISTRATIVO ENUNCIATIVO, OPINATIVO E/OU CONSULTIVO. NÃO VINCULAÇÃO COM ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA DESTINADA A REVER ATO ADMINISTRATIVO PRETÉRITO EVENTUALMENTE EMITIDO EM DESCONFORMIDADE COM A LEI. ATIVIDADE CONSULTIVA DA PGE QUE SERVE PARA MUNICIAR O GESTOR DE ELEMENTOS JURÍDICOS. PARECER/DESPACHO QUE NÃO É VINCULATIVO. MARGEM DE LIBERDADE DO GESTOR. COMPETÊNCIA DO ILMO. PRESIDENTE DA FUNECE PARA EVENTUAL REVISÃO DO ATO DE APOSENTAÇÃO. ILEGITIMIDADE DAS AUTORIDADES APONTADAS COMO COATORAS RECONHECIDAS. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. FUNECE PESSOA JURÍDICA DE DIRETO

PÚBLICO. DESCENTRALIZAÇÃO ADMINISTRATIVA. AGRAVO REGIMENTAL CONHECIDO E IMPROVIDO. (TJCE, **0629134-59.2015.8.06.0000 Agravo Regimental**, Relatora Desa. MARIA NAILDE PINHEIRO NOGUEIRA, Órgão Especial, j. em 07/12/2017, data de publicação: 07/12/2017). [grifamos]

Infere-se da documentação coligida aos autos que o impetrante logrou reunir os requisitos legais para a concessão de sua aposentadoria, inclusive computando o tempo de serviço reconhecido por decisão judicial transitada em julgado, prestado à extinta Autarquia Metropolitana de Fortaleza (AUMEF) entre 16.10.1978 e 20.03.1982, certificado e averbado; **tanto é assim que o respectivo ato administrativo publicado no DOE de 02.06.2015 (p. 154), não foi revogado.**

Consta dos fólios, ainda, que o autor, após tomar ciência do parecer contrário da PGE, em 11.11.2015, por meio do Ofício nº 256/2015 – CEAD/COAFI, **nada obstante o caráter não vinculante da manifestação**, na mesma data da notificação retomou suas atividades laborais na Secretaria da Cultura do Estado, conforme demonstram os documentos de **p. 221-226**, entre os quais folhas de ponto dos meses de novembro de 2015 a janeiro de 2016.

A jurisprudência do STJ **não ampara** a tese da Fazenda Pública de impossibilidade de comprovação do tempo de serviço para fins de aposentadoria realizada mediante ação de justificação judicial, *in verbis*:

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. INDEFERIMENTO DE AVERBAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. ATO ILEGAL DA AUTORIDADE COATORA. MANDADO DE SEGURANÇA. POSSIBILIDADE DE EFEITOS PATRIMONIAIS RETROATIVOS. AGRAVO REGIMENTAL DO INSS DESPROVIDO.

1. **O ato da autoridade impetrada, que não acolheu o pedido de averbação de tempo de serviço para fins de concessão de aposentadoria, se afigurou como ilegal, ante**

**a existência de prova pré-constituída do preenchimento dos requisitos para concessão do benefício, produzida por meio de justificação judicial.**

2. Não encontra respaldo a pretensão da Autarquia de que as prestações em atraso devem ser buscadas em ação própria, diversa do presente Mandado de Segurança, porquanto não seria razoável que o segurado ingressasse novamente em juízo para cobrar diferenças relativas a período anterior à data do ajuizamento do *mandamus*, porquanto os efeitos financeiros se afiguram como consequência lógica do ato impugnado.

3. Agravo Regimental do INSS desprovido.

(STJ, AgRg no Ag 920.172/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 19/08/2009, DJe 28/09/2009).

**A Súmula 242 do STJ autoriza o manejo de ação declaratória para reconhecimento de tempo de serviço para fins previdenciários.** Tal justificação **constitui hábil meio de prova para a questão em debate nos autos** e é instrumento processual adequado para dissipar incerteza sobre a existência de uma relação jurídica, sendo patente o interesse de agir do autor que postula, por essa via, o reconhecimento do tempo de serviço para efeito de percepção de benefício previdenciário.

Sobre o assunto, já tive o ensejo de me manifestar em questão semelhante, na relatoria do Proc. nº 0462705-27.2000.8.06.0001 (Apelação/Remessa Necessária, 1ª Câmara Cível, j. em 09/11/2015, data de publicação: 10/11/2015), em cuja oportunidade afirmei que a justificação judicial para a contagem do tempo de serviço “possui natureza de jurisdição voluntária, preparatória para futura demanda judicial”, de sorte que o pronunciamento do Magistrado neste tipo de lide não implica automaticamente o reconhecimento do direito à almejada contagem do tempo de serviço, nem faz coisa julgada material, até porque não comporta o contraditório, nada obstante a PGE tenha se manifestado sem objeção na ação de justificação promovida anteriormente pelo autor.

Todavia, *in casu*, o ato de aposentadoria do impetrante, publicado do *Diário Oficial do Estado* (p. 37 e 154), **não foi revogado**,

permanecendo hígido, não tendo o Estado do Ceará **oposto argumentos nem produzido prova** capaz de infirmar os documentos acostados às p. 33-34, 35-36, 38-41 (anotações na CTPS), 42-44 (**certidões de tempo de serviço**), 46-47 (contrato celebrado com a extinta AUMEF), p. 184 (sentença de justificação de tempo de serviço, reconhecendo o fato de o autor haver trabalhado na extinta AUMEF, sucedida pela SEDURB, de 16.10.1978 a 20.03.1982, na condição de prestador de serviço).

A propósito, eis o entendimento deste Tribunal:

DIREITO ADMINISTRATIVO. PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA. AVERBAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO PARA FINS DE APOSENTADORIA. PROVA TESTEMUNHAL OBTIDA EM AÇÃO DE JUSTIFICAÇÃO. INÍCIO DE PROVA MATERIAL COMPROVADO. CABIMENTO.

1. Na ação de justificação o julgador apenas verificará se foram cumpridas as formalidades legais pelo requerente, sem emitir juízo de valor sobre o mérito da prova, nos termos do que preceitua o art. 866, parágrafo único, do CPC/73 (atual art. 382, § 2º).

2. É pacífico na jurisprudência que a prova exclusivamente testemunhal só terá validade para fins de comprovação de tempo de serviço quando interpretada em conjunto com início de prova material, aplicando-se, por analogia, o art. 55, § 3º, da Lei nº 8.213/1991. Precedentes do STJ e desta Corte de Justiça.

3. No caso dos autos, encontra-se presentes a cópia da ação de justificação e sentença reconhecendo o tempo de serviço da autora, ora apelada, para fins de aposentadoria. **Constata-se, ainda, a presença de prova documental a corroborar as afirmações da autora e das testemunhas, quais sejam, declaração emitida pela Secretaria de Planejamento e Coordenação do Estado do Ceará; recibos de pagamento; mapa/folha de frequência e informação de rendimentos.**

4. Remessa Necessária conhecida.

5. Apelação Cível conhecida e não provida; Sentença confirmada.

(TJCE, **0024150-33.2005.8.06.0000** **Apelação / Remessa Necessária**, Relator Des. PAULO AIRTON ALBUQUERQUE FILHO, 1ª Câmara Direito Público, j. em 30/01/2017, data de publicação: 30/01/2017).

Por outro lado, constata-se à **p. 159-161** parecer da PGE, datado de 27.10.2015, **contrário** à averbação do tempo de serviço prestado pelo impetrante à extinta Autarquia Metropolitana de Fortaleza (AUMEF) anteriormente à data de 22.03.1982, opinando pelo indeferimento do requerimento de inativação, com a respectiva anulação do ato de aposentadoria publicado no *DOE* em 02.06.2015, e pelo **imediate retorno do servidor a suas atividades funcionais**.

Tal manifestação foi posteriormente **ratificada** na cota da PGE (p. 209-210), datada de 13.01.2016, após pedido de reconsideração pelo impetrante, em que se faz menção, inclusive, à possibilidade de este poder vir a aposentar-se por invalidez, em razão do acometimento, por duas vezes, de um câncer e de ser portador de doença degenerativa.

É evidente que a publicação, em 02.06.2015 (**p. 154**), da inativação do autor **representa tão somente uma etapa** do ato complexo de aposentadoria, sem a aptidão para isoladamente constituir direitos, consoante se observa da Lei Complementar Estadual nº 92/2011 (com redação dada pela LCE nº 159, de 14.01.2016), *in verbis*:

Art. 3º O processo de aposentadoria da Administração Direta e Indireta terá a seguinte tramitação: [Redação dada pela LC/CE 159, de 14.01.2016]

[...]

II - a minuta do ato ou portaria de aposentadoria, devidamente assinada pela autoridade competente e previamente analisada pelo setor previdenciário da Secretaria do Planejamento e Gestão, será **publicada em Diário Oficial, passando o servidor a ser considerado como inativo, sob condição resolutive**, para todos os efeitos legais, inclusive quanto ao recebimento de proventos e ao pagamento de contribuições ao Sistema Único de Previdência Social do Estado do Ceará - SUPSEC, **a partir da publicação respectiva**; [Redação dada pela LC/CE 159, de 14.01.2016]

[...]

**VI – negado registro à aposentadoria pelo Tribunal de Contas do Estado, o servidor será notificado, em 10 (dez) dias, para retomar suas atividades em até 30 (trinta) dias, sob pena da instauração do competente processo disciplinar.**  
(NR) [Redação dada pela LC/CE 134, de 07.04.2014]

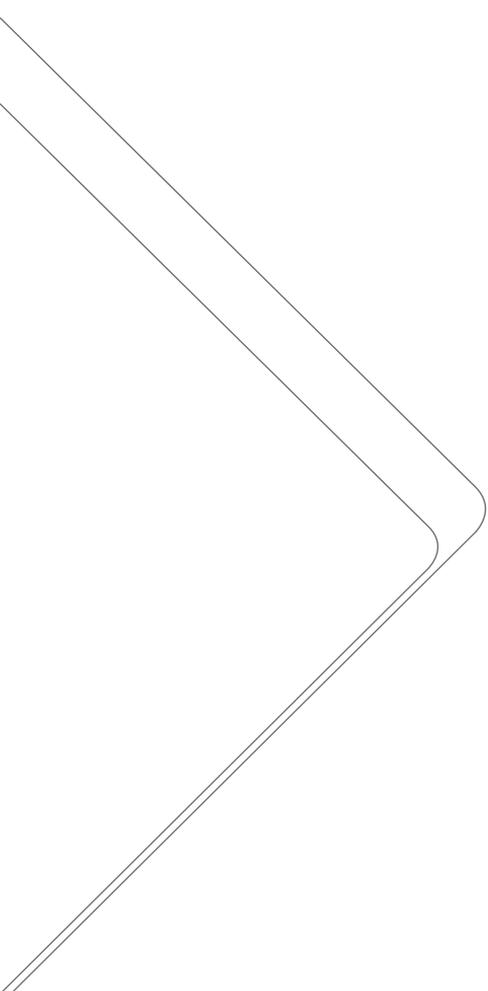
Assim, por ora, não prospera a invocada pretensão do autor de sua manutenção indefinida na condição de inativo, como se se tratasse de um direito adquirido. O título judicial que reconheceu em prol do impetrante o tempo de serviço prestado à extinta Autarquia Metropolitana de Fortaleza (AUMEF) entre 16.10.1978 e 20.03.1982, processo regular no qual participou sem oposição o Estado do Ceará, só produzirá efeitos para a comprovação de tempo de serviço **após o registro no âmbito do Tribunal de Contas**, quando o ato de aposentadoria do servidor público atinge a sua perfeição no mundo jurídico.

Por enquanto, **afasta-se a apreciação do afirmado direito líquido** e certo à manutenção definitiva de sua qualidade de inativo, mas **há de ser reconhecido o ato coator** consubstanciado na determinação do ente público de, tão somente baseado no parecer da PGE e sem qualquer revogação do ato de aposentação outrora publicado no *DOE*, reconduzir o promovente à atividade, desconsiderando ainda o tempo de serviço consignado no título judicial que o ampara.

Do exposto, evidenciada a ilegalidade do ato coator, **concedo parcialmente a segurança**, para restituir o impetrante ao *status quo ante*, com os proventos consignados no ato de aposentação publicado (**p. 154**), pelo tempo necessário à conclusão do procedimento de registro da aposentadoria no âmbito do Tribunal de Contas do Estado, na forma da Lei Complementar Estadual nº 92/2011.

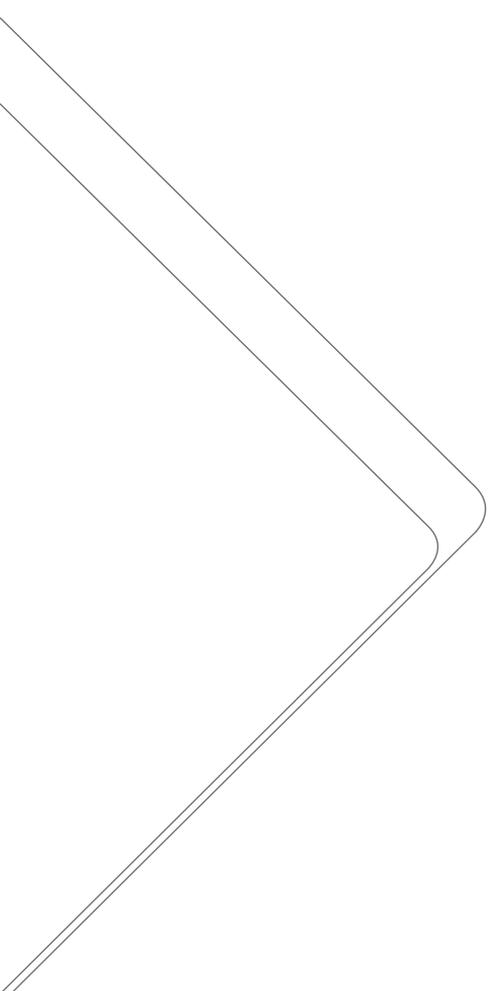
Processo isento de custas processuais e verba honorária sucumbencial (art. 25 da Lei nº 12.016/2009 e Súmulas nº 512 do STF e nº 169 do STJ).

É como voto.



**JURISPRUDÊNCIA  
CRIMINAL**





**APELAÇÃO  
CRIME**



PROCESSO: 0000033-34.2010.8.06.0054 - APELAÇÃO

APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ

APELADO: JOÃO NETO FERREIRA LIMA

RELATORA: DESA. MARIA EDNA MARTINS

**EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIO SIMPLES. TRIBUNAL DO JÚRI. ABSOLVIÇÃO. LEGÍTIMA DEFESA. PRELIMINARES: VIOLAÇÃO DE SIGILO E CERCEAMENTO DA ACUSAÇÃO. REJEIÇÃO. MÉRITO: DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. VERSÃO ACOLHIDA PELOS JURADOS ENCONTRA RESPALDO NA PROVA COLIGIDA. RECURSO NÃO PROVIDO.**

1. Rejeitada a preliminar de violação de sigilo, porquanto o pedido de esclarecimento formulado pelos jurados para além de encontrar amparo legal não configura de forma alguma declaração de voto.

2. Rejeitada a preliminar de nulidade por cerceamento da acusação. A averiguação realizada pelo Oficial de Justiça em plenário tão somente para confirmar a existência de uma cicatriz referida pelo réu prescinde da produção de prova pericial.

3. Em decorrência do princípio da soberania dos vereditos, a anulação do julgamento do Conselho de Sentença, sob a alegação de manifesta contrariedade à prova dos autos, somente é possível quando estiver completamente divorciada dos elementos de convicção constantes dos autos, ou seja, quando proferida em contrariedade a

tudo que consta dos fólhos, o que não ocorreu no caso em análise.

4. A opção por uma das versões fluentes da prova não enseja nulidade do julgamento. Precedentes. Havendo pluralidade de versões plausíveis, o Tribunal do Júri é soberano para optar por uma delas, no exercício de sua função constitucional assegurada no art. 5º, XXXVIII, “c”, da Carta Magna.

5. Na hipótese, a tese da legítima defesa acatada pelos jurados encontra respaldo nas provas colacionadas, o que determina a aplicação do enunciado da Súmula 6 deste egrégio Tribunal de Justiça.

6. Recurso a que se nega provimento.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer do recurso, porém para negar-lhe provimento, nos termos do voto da Relatora.

## RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Criminal interposta pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO** contra a decisão do Tribunal do Júri que absolveu o recorrido da imputação pela prática do crime previsto no art. 121, *caput*, do Código Penal.

Levanta o representante do *Parquet* preliminar de nulidade, aduzindo que uma das juradas, acolhendo a alegação do réu, pediu que averiguassem se havia de fato uma cicatriz acima de seu joelho, e com isso revelou seu voto.

Ainda em sede de preliminar, alega o ente ministerial que a juíza *a quo* determinou que o Oficial de Justiça averiguasse se havia a cicatriz. Argumenta que o meirinho não possui conhecimento técnico para tal e somente o perito poderia ter chegado a uma conclusão. Acrescenta que a magistrada singular não aplicou o disposto no art. 481 do Código de Processo Penal, acarretando nulidade.

No mérito, alega que a decisão dos jurados foi manifestamente contrária à prova dos autos. Aduz que o quadro fático aponta para uma execução, já que existia uma antiga desavença entre vítima e réu. Acrescenta que a tese da legítima defesa não se adéqua ao caso, posto que nenhuma das pessoas que se encontravam no local do crime ouviu qualquer discussão.

Requeru o provimento do apelo no sentido de declarar a nulidade do julgamento para submeter o recorrido a novo júri.

Contrarrazões às fls. 223/236.

A Procuradoria Geral de Justiça se manifestou às fls. 249/265, pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o relatório.

## VOTO

Rejeito a preliminar de nulidade da sentença por alegada violação de sigilo da votação.

Da Ata da Reunião do Tribunal do Júri de fls. 207/211 se extrai que o patrono do acusado arguiu a tese da legítima defesa e pelos jurados foi indagado acerca do Laudo relativo ao ferimento na perna, acima do joelho, do Réu, conforme alegado pela defesa. Inexistindo referido laudo nos autos, propuseram que o réu, em sala reservada, mostrasse o ferimento ao Oficial de Justiça, tendo o Ministério Público se insurgido contra tal prática.

Realizada tal averiguação, o Oficial retornou ao plenário afirmando a existência de uma cicatriz, distando 10 centímetros do joelho direito e na extensão de 1cm, aproximadamente (*sic*). Logo depois a juíza singular declarou encerrados os debates.

De início cumpre observar que o pedido de averiguação formulado pelos jurados em plenário encontra amparo no § 3º do art. 473 do Código de Processo Penal, *litteris*:

As partes e os jurados poderão requerer acareações, reconhecimento de pessoas e coisas e esclarecimento dos peritos, bem como a leitura de peças que se refiram, exclusivamente, às provas colhidas por carta precatória e às provas cautelares, antecipadas ou não repetíveis.

A teor do disposto no art. 480, *caput*, da mesma norma, podem ainda os jurados solicitar esclarecimento acerca de fato alegado pela defesa, como no caso concreto, em que inexistindo nos autos Laudo Pericial relativo a um ferimento na perna do réu para dar suporte à tese da legítima defesa, o acusado foi levado a uma sala reservada para mostrar tal ferimento ao Oficial de Justiça e, realizada a averiguação, o meirinho retornou ao plenário afirmando a existência de uma cicatriz, conforme descrito na Ata da Reunião do Tribunal do Júri (fls. 207/211).

No caso em análise, além de haver previsão legal, o pedido de averiguação dos jurados não configura de forma alguma declaração de voto em plenário, não se havendo falar em violação de sigilo de votação.

Rejeito a preliminar de nulidade da sentença por cerceamento de acusação, haja vista que a ação realizada pelo Oficial de Justiça em plenário, tão somente para confirmar a existência, ou não, de uma cicatriz referida pelo réu, prescinde da produção de prova pericial.

Como acima expendido, para corroborar a tese da legítima defesa o acusado alegou que tinha um ferimento na perna, acima do joelho. A fim de verificar a veracidade da alegação, os jurados indagaram acerca do respectivo laudo pericial. Inexistindo referido laudo nos autos, o réu foi levado a uma sala reservada onde o Oficial de Justiça constatou a existência da alegada cicatriz.

O réu não mostrou a cicatriz diretamente aos jurados talvez por questões de pudor, já que teria que abaixar as calças em plenário para mostrá-la. Caso o ferimento fosse em outra região mais exposta, bastaria

aos jurados a simples visualização da alegada cicatriz, sem necessidade da realização de laudo pericial para a formação do convencimento.

A desnecessidade da realização da prova pericial técnica fica mais patente quando se leva em consideração que o fato narrado na denúncia ocorreu em 26/07/2009 e a sessão do Júri somente foi realizada mais de 8 (oito) anos depois, em 19/09/2017, de forma que praticamente nenhuma serventia teria um laudo pericial elaborado para apenas comprovar a existência de uma cicatriz e muito menos para determinar a autoria do ferimento que a originou.

No mérito, a apelação baseada no art. 593, inciso III, alínea “d”, do Código de Processo Penal é recurso de fundamentação vinculada, devendo a parte interessada na reforma da decisão proferida pelo Tribunal do Júri demonstrar, de forma fundamentada, o alegado divórcio entre a decisão prolatada e a prova dos autos, num verdadeiro exercício silogístico.

Tal exigência se faz com base no princípio da soberania dos vereditos, que é um dos nortes que balizam as decisões oriundas do Conselho de Sentença que, por sua vez, se alicerça no sigilo do voto e do local da votação, justamente para proteger a imparcialidade na atuação dos juízes leigos, que são os juízes naturais para julgar questões que envolvam crimes dolosos contra a vida, conexos ou não com outras infrações penais.

Conseqüentemente, para se anular uma decisão deste jaez, não basta a mera argumentação de que o julgamento não respeitou a prova produzida nos autos, até mesmo porque tal análise se dá em razão do princípio da íntima convicção dos jurados. Assim, a mera dúvida na análise da prova ou mesmo a divergência apontada na votação de determinado quesito não autoriza dizer que a decisão é completamente divergente dos elementos de informação contidos nos autos da ação penal.

Desse modo, faz-se mister demonstrar a alegada contrariedade manifesta, explícita, inegável, entre a decisão objeto da impugnação e a prova dos autos, conforme sedimentado na jurisprudência. A propósito, o enunciado da Súmula 6 deste egrégio Tribunal de Justiça, *verbis*:

As decisões dos jurados, em face do princípio constitucional de sua soberania, somente serão anuladas quando inteiramente contrárias à prova dos autos.

A soberania do Tribunal do Júri, assegurada pelo art. 5º, XXXVIII, “c”, da Constituição Federal, confere ao Conselho de Sentença o direito e a liberdade de optar por uma das versões plausíveis sobre os fatos narrados na denúncia e, como ocorreu no caso concreto, acolher a tese da legítima defesa levantada pelo recorrido, o que não configura decisão manifestamente contrária à prova dos autos, não ensejando nulidade.

No ponto, pacífica é a jurisprudência dos Tribunais Superiores, conforme ilustram os arestos abaixo colacionados:

“1. A decisão tomada pelos jurados, ainda que eventualmente não seja a mais justa ou a mais harmônica com a jurisprudência dominante, é soberana, conforme disposto no art. 5º, XXXVIII, ‘c’, da CF/1988. O princípio da soberania dos vereditos é, todavia, mitigado quando os jurados proferem *decisum* manifestamente contrário às provas colacionadas nos autos, casos em que a sentença deve ser anulada pela instância revisora e o réu, submetido a novo julgamento perante o Tribunal do Júri.

(...)

Interposto recurso de apelação contra a sentença proferida pelo Tribunal do Júri, sob o fundamento de ser manifestamente contrária à prova dos autos, ao órgão recursal se permite apenas a realização de um juízo de constatação acerca da existência ou não de suporte probatório para a decisão tomada pelos jurados integrantes do Conselho de Sentença. Somente se admite a cassação do veredito se flagrantemente desprovido de elementos mínimos de prova capazes de sustentá-lo.”

(HC 477555/SP, Rel. Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, DJe 11/03/2019)

“Havendo elementos de prova que permitam aos jurados a escolha de qualquer das teses sustentadas pelas partes, não é cabível a declaração de nulidade do julgamento por decisão manifestamente contrária à prova dos autos, sob pena de ofensa à soberania do veredicto dos jurados (art. 5º, XXXVIII, da Constituição Federal), como é o caso

em questão, considerando a situação fático-probatória devidamente analisada pela Corte Estadual.”

(HC 439348/PR, Rel. Min. RIBEIRO DANTAS, DJe 15/02/2019))

PROCESSUAL PENAL. JÚRI. ABSOLVIÇÃO. APELAÇÃO. JULGAMENTO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIO À PROVA DOS AUTOS. NÃO OCORRÊNCIA. ACÓRDÃO ATACADO EQUIVOCADO. OPÇÃO DOS JURADOS POR UMA DAS VERSÕES POSSÍVEIS. ORDEM CONCEDIDA PARA RESTABELECEER A SENTENÇA ABSOLUTÓRIA.

1 - O tribunal de justiça, em sede de apelação, somente pode anular o júri se ficar demonstrado que houve julgamento manifestamente contrário à prova dos autos, ou seja, que a conclusão do jurados é claramente divorciada do que lhe foi apresentado no processo.

2 - No caso concreto, conforme se constata pela simples leitura do acórdão da apelação, não conseguiu o colegiado de origem demonstrar que a conclusão do júri é descabida, mas realizou, em realidade, uma outra aferição do mesmo acervo probatório que permite leituras diversas e, diferentemente do julgamento popular, chegou a conclusão de que houve tentativa de homicídio. Isso não é suficiente para anular o júri, sob pena de infringência à soberania do veredicto.

3 - Os jurados, na espécie, após as versões da acusação e da defesa para os mesmos elementos colhidos na instrução, optaram por uma das possíveis e, pois, caracterizada não está a possibilidade de o Tribunal, em apelação, anular o plenário, determinando a submissão do paciente a novo júri.

4 - Ordem concedida para restabelecer a sentença absolutória. (HC 444262/SP, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe 14/08/2018)

Da análise do acervo probatório produzido durante a instrução criminal se constata que o ente ministerial não logrou êxito em comprovar a alegação de que a decisão dos jurados é inteiramente contrária à prova dos autos.

Nesse sentido, ao ser interrogado em Juízo (fls. 98 - DVD) e no plenário do Júri (fls. 207/211 - DVD) o recorrido afirmou que agiu legítima

defesa, aduzindo que se encontrava em um bar quando a vítima deu uma facada em sua perna, na coxa, e imediatamente se virou para trás e deu uma facada na vítima, e depois saiu caminhando ligeiro, correndo.

Corroborar com a versão do recorrido os depoimentos das testemunhas Antônio Américo de Sousa Martins e Manoel Neto de Sousa, colhidos na audiência de fls. 86. Antônio Américo de Sousa Martins afirmou que ouviu comentários que o réu que tinha sido furado antes da briga (fls. 87/88). Manoel Neto de Sousa relatou que foi até a Lagoa dos Criolos e encontrou o réu lá. Disse que viu que o réu estava com a perna furada e que lembra que o furo não era tão grande. Afirmou que o réu disse que a sua perna tinha sido furada pela vítima, que tinha atacado ele primeiro. Relatou que lembra que era na perna direita, acima do joelho e abaixo da coxa. Disse que tanto a irmã do acusado quanto o marido dela viram quando o réu mostrou o ferimento na perna (fls. 89/90).

As testemunhas Jacinto de Souza Neto, Luiz Miguel de Alencar e José Pereira da Silva, apesar de estarem no bar onde aconteceu o crime, somente perceberam quando a vítima já estava ferida, não sabendo informar acerca da dinâmica dos fatos narrados na denúncia e sequer reconheceram o acusado como autor do delito. A testemunha Seliano Acilon Bezerra não viu o momento em que a vítima foi lesionada, mas reconheceu o réu como sendo a pessoa que depois do crime saiu do local. As testemunhas Noélia Frasso Bispo e Maria da Penha Vieira Ribeiro não presenciaram os fatos. (DVD)

Assim, atento às versões apresentadas pela acusação e pela defesa, o Conselho de Sentença, soberanamente, no exercício da íntima convicção dos jurados, chegou ao veredicto em consonância com a prova dos autos, acolhendo a tese da legítima defesa para absolver o recorrido.

Impende ressaltar que cabe exclusivamente ao Conselho de Sentença, constitucionalmente designado para julgar os crimes dolosos contra a vida, a escolha entre as teses possíveis, podendo os jurados acolher qualquer uma delas, em detrimento de outras, por lhes parecer a que melhor amparo encontra na prova coligida, não ensejando a anulação do julgamento por contrariedade à prova dos autos.

Destarte, não se pode afirmar que a hipótese acolhida pelos jurados encontra-se completamente divorciada dos elementos de convicção. Ao contrário, a versão albergada encontra suporte na prova dos autos, como acima demonstrado, não cabendo a esta Corte sequer analisar se esta é a versão mais verossímil ou a mais acertada, em virtude do princípio da soberania dos vereditos, cabendo, apenas, perscrutar se existe algum elemento de prova capaz de amparar a tese abraçada pelo Conselho de Sentença.

Portanto, existindo amparo probatório para a tese da legítima defesa acatada pelos jurados, resta claro que a decisão não foi arbitrária ou manifestamente contrária à prova dos autos, afastando a possibilidade de anulação do julgamento.

Diante do exposto, conheço do apelo, mas para negar-lhe provimento, mantendo incólume a decisão recorrida.

É como voto.

Fortaleza, 09 de julho de 2019.

PROCESSO: 0002688-18.2009.8.06.0117 - APELAÇÃO

APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ

APELADO: JOÃO BATISTA BELARMINO DE LIMA

RELATORA: DESEMBARGADORA MARIA EDNA MARTINS

**EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 157, CAPUT, C/C ART. 14, II, AMBOS DO CPB. ROUBO TENTADO. NÃO CONFIGURAÇÃO. DESNECESSIDADE DA POSSE TRANQUILA DA RES FURTIVA. TEORIA DA APPREHENSIO. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. MAJORANTE. CONCURSO DE PESSOAS. NÃO COMPROVAÇÃO. APELO PARCIALMENTE PROVIDO.**

1. A materialidade e a autoria do crime de roubo consumado restaram devidamente comprovadas pelas declarações da vítima e pela confissão do acusado, corroboradas pelos depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante do réu, suficientes para confirmar a tese acusatória.

2. Para a caracterização do crime de roubo na modalidade consumada não se exige a posse mansa da *res furtiva*, bastando sua simples inversão, que ocorre no momento em que o agente se torna possuidor da coisa subtraída, ainda que haja perseguição policial e não obtenha a posse tranquila do bem, sendo prescindível que o objeto do crime saia da esfera de vigilância da vítima, adotando-se a teoria da *apprehensio* ou *amotio*. Precedentes dos tribunais superiores.

3. A causa de aumento do concurso de pessoas não restou devidamente comprovada pela produção probante levada a efeito durante a

instrução processual. As declarações da vítima e os depoimentos das testemunhas prestados perante a autoridade judicial não demonstram, estreme de dúvidas, a participação de outra pessoa além do recorrido no crime narrado na exordial delatória.

4. Recurso a que se dá parcial provimento.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer do recurso para lhe dar parcial provimento, tão somente para reformar a sentença objurgada para condenar o apelado pela prática do crime de roubo simples na modalidade consumada, na forma do art. 157, *caput*, do Código Penal, nos termos do voto da Relatora.

## RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Criminal interposta pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO** contra a sentença de fls. 163/166, que condenou o réu como incurso nas penas do crime de roubo tentado, na forma do art. 157, *caput*, c/c art. 14, inciso II, ambos do Código Penal.

Alega o ente ministerial que a sentença recorrida destoa do conjunto probatório formado no curso processual, no sentido de afastar a consumação do delito, por entender que a posse da *res furtiva* não foi mansa e tranquila. Aduz que é nítida a inversão da posse dos pertences subtraídos da vítima, porquanto ao ser abordado por populares o acusado já havia trocado a bicicleta roubada por uma pedra de crack apreendida em seu poder. Acrescenta que para a consumação do roubo não é necessário que o bem subtraído esteja na posse mansa e pacífica do agente.

Requeru o provimento do apelo para reformar a sentença recorrida para reconhecer a consumação do delito e aplicar a majorante do

concurso de agentes, condenando o réu pelo crime de roubo consumado previsto no art. 157, § 2º, inciso II, do Código Penal.

Contrarrazões às fls. 182/191.

A Procuradoria Geral de Justiça se manifestou às fls. 213/218 pelo conhecimento e provimento parcial do apelo para considerar o crime como roubo consumado (art. 157, *caput*, do CPB).

É o relatório.

## VOTO

A autoria do crime de roubo consumado restaram devidamente comprovadas pela produção probante levada a efeito durante a instrução processual. As declarações da vítima e a confissão do acusado, corroboradas pelos depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante do réu, mostram-se hábeis para confirmar a tese acusatória.

A materialidade do delito encontra-se comprovada através do Auto de Apresentação e Apreensão de fls. 22, no qual consta discriminado 1 (uma) bicicleta *mountain bike* cor preta aro 26 e 1 (uma) pedra de crack, assim como no Termo de Restituição de fls. 23, através do qual foi restituída à vítima a bicicleta subtraída.

Relativamente à autoria, ao ser ouvida na audiência de fls. 92, a vítima Osvaldo de Jesus Moreira Filho relatou com riqueza de detalhes a prática delitiva. Afirmou que estava em sua bicicleta quando o acusado saiu de um matagal e lhe atingiu no braço esquerdo com um pedaço de pau grande, e que com a agressão veio a cair no chão, ocasião em que o acusado disse que não se mexesse por que senão aqueles dois, se referindo a dois homens que estavam próximos, correriam atrás de sua pessoa. Relatou que o acusado pegou sua bicicleta, mochila e seu aparelho celular e saiu correndo após ter subido na bicicleta. Afirmou que não foi agredido por mais ninguém na ocasião e que não percebeu a saída do acusado do mato, que foi de uma vez. Disse que os outros dois homens estavam a uns 200 metros do local onde o acusado o agrediu e o subtraiu. Afirmou que não presenciou qualquer contato do acusado com os outros dois homens depois do roubo. (fls. 93/94).

Corroboram as declarações da vítima os depoimentos dos policiais Antônio Célio Lima da Silva (fls. 95/96) e Celso Oliveira Lima (fls. 97), que participaram da prisão em flagrante do acusado.

Ao ser interrogado na audiência de fls. 105, o acusado confessou a autoria do delito. Afirmou que praticou o delito sozinho e não com dois comparsas, como consta na denúncia. Relatou que estava escondido dentro do mato e quando a vítima passou saiu correndo atrás dela e atingiu seu braço com um pedaço de madeira, o que a fez cair da bicicleta. Afirmou que na ocasião subtraiu a bicicleta da vítima, mas não subtraiu o aparelho celular. Disse que quando foi preso, no mesmo dia do fato, devolveu a bicicleta da vítima (fls. 109/110).

A testemunha de defesa Francisco Ferreira Leal, ouvida na mesma audiência (fls. 105), nada acrescentou ao acervo probatório. (fls. 107/108)

Dessa forma, verifica-se que no caso concreto não resta a menor sombra de dúvidas quanto à materialidade e à autoria do crime de roubo, havendo prova firme, robusta e contundente.

No tocante à tese da ocorrência do roubo na forma consumada, razão assiste ao Ministério Público, haja vista que a jurisprudência dos tribunais superiores adotou a teoria da *apprehensio*, também denominada de *amotio*, segundo a qual se considera consumado o delito no momento em que o agente obtém a posse da *res furtiva*, ainda que não seja de forma mansa e pacífica e que haja perseguição policial, sendo prescindível que o objeto do crime saia da esfera de vigilância da vítima.

No ponto, vale conferir os seguintes julgados:

“Nos termos do decidido pela Terceira Seção deste Superior Tribunal no julgamento do Recurso Especial n. 1.499.050/RJ, submetido ao rito dos recursos repetitivos, ‘consume-se o crime de roubo com a inversão da posse do bem, mediante emprego de violência ou grave ameaça, ainda que por breve tempo e em seguida a perseguição imediata ao agente e recuperação da coisa roubada, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desviada’. Mais recentemente, em

14/09/16, a Terceira Sessão aprovou a Súmula n. 582, com a mesma redação.”

(STJ, HC 462617/SP, Rel. Min. RIBEIRO DANTAS, DJe 30/04/2019)

“2. A jurisprudência deste Sodalício se firmou no julgamento do Recurso Especial Repetitivo 1.499.050/RJ, pela Terceira Seção, no sentido que deve ser adotada a teoria da *apprehensio* ou *amotio* no que se refere à consumação do delito de roubo, que ocorre no momento em que o agente se torna possuidor da *res furtiva*, ainda que a posse não seja de forma mansa e pacífica, não sendo necessário que o objeto subtraído saia da esfera de vigilância da vítima.

3. Enunciado n.º 582 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça: ‘Consuma-se o crime de roubo com a inversão da posse do bem mediante emprego de violência ou grave ameaça, ainda que por breve tempo e em seguida à perseguição imediata ao agente e recuperação da coisa roubada, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada.’”

(STJ, REsp 1704976/SP, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe 26/09/2018)

“Este Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que para a consumação dos crimes de furto e roubo basta o desapossamento da coisa subtraída, o que ocorre com a inversão da posse, que não precisa ser mansa e pacífica, exatamente como na espécie, o que impede a desclassificação da conduta imputada ao paciente, como almejado.”

(STJ, HC 454133/GO, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe 23/08/2018)

“3. A Terceira Seção desta Corte, por ocasião do julgamento do Recurso Especial Repetitivo n. 1.499.050/RJ, firmou entendimento segundo o qual ‘consuma-se o crime de roubo com a inversão da posse do bem, mediante emprego de violência ou grave ameaça, ainda que por breve tempo e em seguida a perseguição imediata ao agente e recuperação da coisa roubada, sendo prescindível a posse mansa e pacífica

ou desviada<sup>7</sup> (Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, DJe 9/11/2015).

4. *In casu*, a denúncia descreve a inversão da posse da *res furtiva*, o que é suficiente para a consumação do crime, em adoção à teoria da *amotio* ou *apprehensio*, nos termos da Súmula n. 582 do STJ.”

(STJ, REsp 1519860/RJ, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe 25/05/2018)

“A consumação do crime de roubo se dá pela simples inversão da posse material da coisa, ainda que por breve tempo, pouco importando se tranquila, podendo haver, inclusive, retomada da coisa em virtude de perseguição imediata. Precedentes.” (STJ, HC 397049/SC, Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, DJe 02/10/2017)

“2. O delito de roubo, assim como o de furto, consuma-se no momento em que o agente se torna possuidor da coisa alheia móvel, ainda que por poucos instantes, sendo prescindível a posse mansa, pacífica, tranquila e desviada do bem. Dessa forma, prevalece, tanto nesta Corte Superior quanto no Supremo Tribunal Federal a teoria da *amotio* ou *apprehensio*. 3. Inclusive, esse entendimento foi consolidado recentemente no enunciado n. 582 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça: ‘Consuma-se o crime de roubo com a inversão da posse do bem mediante emprego de violência ou grave ameaça, ainda que por breve tempo e em seguida à perseguição imediata ao agente e recuperação da coisa roubada, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desviada’. No caso dos autos, houve a inversão da posse, sendo o bastante para configurar a consumação do delito de roubo, pois prescindível a posse mansa e pacífica.”

(STJ, HC 413092/SP, Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, DJe 27/09/2017)

“Os Tribunais superiores adotaram a teoria da *apprehensio*, também denominada de *amotio*, segundo a qual o crime de roubo, assim como o de furto, consuma-se no momento em que o agente se torna possuidor da coisa alheia móvel, pouco importando se por longo ou breve espaço temporal,

sendo prescindível a posse mansa, pacífica, tranquila e/ou desviada.”

(STJ, AgRg no AREsp 1042361/SP, Rel. Min. JOEL ILAN PACIORNIK, DJe 09/06/2017)

Trata-se, como acima visto, de entendimento já sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça e por esta Corte Estadual de Justiça:

**Súmula 582 do STJ - Consuma-se o crime de roubo com a inversão da posse do bem mediante emprego de violência ou grave ameaça, ainda que por breve tempo e em seguida à perseguição imediata ao agente e recuperação da coisa roubada, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desviada.**

**Súmula 11 do TJCE – O delito de roubo se consuma no instante em que a detenção da coisa móvel alheia se transforma em posse, mediante o emprego de grave ameaça ou violência à pessoa, sendo irrelevante que o agente a tenha tranquila e disponha livremente da *res furtiva*.**

No caso em análise, a prova dos autos demonstra que o acusado, após subtrair os bens da vítima empreendeu fuga, porém foi perseguido, detido por populares e preso pelos policiais militares, que apreenderam a *res furtivae*, restando caracterizado no vertente feito o crime de roubo na modalidade consumada, devendo ser excluída da sentença vergastada a redutora do art. 14, II, parágrafo único, do Código Penal.

Porém, razão não assiste ao *Parquet* no tocante à causa de aumento do concurso de pessoas, porquanto a majorante não restou devidamente comprovada pela produção probante levada a efeito durante a instrução processual. As declarações da vítima e os depoimentos das testemunhas prestados perante a autoridade judicial não demonstram, estreme de dúvidas, a participação de outra pessoa além do recorrido no crime narrado na exordial delatatória.

Assim, resta comprovada no caso concreto a consumação do crime de roubo simples, não se havendo falar em tentativa, devendo ser

reformada a sentença recorrida neste particular para condenar o réu como incurso nas penas do art. 157, *caput*, do Código Penal.

Por outro lado, muito embora não tenha sido sequer ventilado nas razões recursais, constata-se na sentença vergastada grave na dosimetria da pena aplicada ao apelante, ensejando, diante da natureza flagrante da ilegalidade, a reforma da pena fixada pelo magistrado singular, em conformidade com a jurisprudência abaixo colacionada:

“3. ‘O efeito devolutivo do recurso de apelação criminal encontra limites nas razões expostas pelo recorrente, em respeito ao princípio da dialeticidade que rege os recursos no âmbito processual penal pátrio, por meio do qual se permite o exercício do contraditório pela parte que defende os interesses adversos, garantindo-se, assim, o respeito à cláusula constitucional do devido processo legal’ (HC nº 214.606/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Dje 3.10.12).

*(Omissis)*

5. Entretanto, **na hipótese, vislumbra-se flagrante ilegalidade apta a autorizar a concessão da ordem de ofício**, pois segundo a atual orientação da Terceira Seção desta Corte, não há preponderância entre a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência.

6. Habeas corpus não conhecido, por ser substitutivo do recurso cabível. **Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a dosimetria da pena**”

(HC 155766/MG, Rel. Min. CAMPOS MARQUES (Des. convocado do TJ/PR), DJe 16/04/2013) *(grifos nossos)*

Cumprido pontuar que a dosimetria da pena não obedece a uma regra matemática rígida, mas se trata de uma operação realizada com base em elementos concretos dos autos, levada a efeito com certa discricionariedade, ainda que vinculada ao princípio do livre convencimento motivado do julgador, de forma que cada uma das circunstâncias individualmente valoradas pode ter maior ou menor influência no cômputo da pena.

Contudo, na primeira fase da dosimetria, ao proceder à análise das circunstâncias judiciais elencadas no art. 59 do Código Penal, o magistrado

singular valorou negativamente as vetoriais correspondentes à culpabilidade do agente, à circunstâncias e às consequências do crime, consignando, no essencial:

“(...) **culpabilidade** comprovada, sendo a conduta do acusado reprovável; (...) as **circunstâncias do crime** são graves, praticando uma violência maior do que necessária, tendo em vista que desferiu um golpe com um pedaço de pau no braço do ofendido, o qual ficou intumescido por cerca de dois meses, demonstrando maior gravidade na conduta; a vítima não teve todos os seus pertences devolvidos; **consequências** extrapenais graves, com possível trauma psicológico em prejuízo da vítima em consequência do delito, além da insegurança que crimes dessa natureza causam à sociedade; (...)” (grifos nossos)

Com base nessas considerações, fixou a pena-base em 6 (seis) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

Nessa primeira fase dosimétrica se constata a ausência de fundamentação idônea para elevar a pena inicial do réu ao patamar adotado, porquanto nem todas as circunstâncias judiciais consideradas desfavoráveis foram adequadamente analisadas, com base em elementos concretos do processo.

Quanto à culpabilidade, a simples afirmação de que a conduta do acusado é reprovável não extrapola o tipo penal, não podendo ser utilizada para agravar a pena-base. Nesse sentido, de bom alvitre conferir a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, conforme ilustram os arestos abaixo colacionados:

“A culpabilidade como medida de pena nada mais é do que o maior ou menor grau de reprovabilidade da conduta. Deve ser observado, pois, a posição do agente frente bem jurídico tutelado, cuja reprovabilidade deve ser calcada em elementos concretos dos autos, os quais devem escapar ao campo de incidência do tipo penal violado, sob pena de *bis in idem*. No caso dos autos, o Tribunal lastreou-se apenas

em elementos inerentes ao preceito primário do tipo e em considerações vagas genéricas ao destacar tão somente a natureza do crime e a pressão familiar evidenciada contra a vítima.” (HC 435215/RS, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe 29/08/2018)

“Relativamente à dosimetria da pena, nos termos da consolidada jurisprudência desta Corte, ‘a exasperação da pena deve estar fundamentada em elementos concretos extraídos da conduta imputada ao acusado, os quais devem desbordar dos elementos próprios do tipo penal. Assim, meras alusões à gravidade em abstrato do delito, à potencial consciência da ilicitude, ao perigo da conduta, à busca do lucro fácil e outras generalizações sem lastro em circunstâncias concretas não podem ser utilizados para aumentar a pena-base’

(HC n. 353.839/PB, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 8/6/2016).” (REsp 1565024/SP, Rel. Min. ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, DJe 06/06/2018)

No tocante às consequências do crime, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que o fato de que a vítima não teve todos os seus pertences devolvidos não justifica o incremento da pena-base. Somente nos casos em que o prejuízo sofrido se mostra elevado a ponto de extrapolar o tipo penal é que a vetorial em comento pode se utilizada para agravar a pena inicial, o que não se verifica no caso concreto.

No ponto, vale conferir os seguintes julgados daquele Pretório:

“Segundo precedente da Sexta Turma do STJ, ‘o simples fato de o bem receptado tratar-se de veículo automotor, não constitui fundamento suficiente, por si só, para gerar uma elevação na pena-base, porquanto o prejuízo material é atributo ínsito aos delitos patrimoniais, de modo a não desbordar da reprovabilidade comum ao tipo penal’

(AgRg no HC 347.280/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 30/03/2017, DJe 07/04/2017)” (HC 457039/SC, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe 07/11/2018)

“A não devolução, à vítima, dos bens furtados é elemento intrínseco do tipo penal do crime de furto, de maneira que não pode ser utilizado para justificar a exasperação da pena-base a título de circunstância judicial negativa (consequências do crime).” (AgRg no Ag 1.139.707/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 30/06/2016, DJe 01/08/2016).”

(AgRg no REsp 1622308/ES, Rel. Min. RIBEIRO DANTAS, DJe 06/10/2017)

Da mesma forma o possível trauma psicológico em prejuízo da vítima em consequência do delito, sem indicação de elementos concretos, não justifica a exasperação, senão vejamos:

“De acordo com o entendimento já firmado por esta Corte Superior de Justiça, o abalo psicológico causado à vítima é consequência inerente ao tipo penal de roubo, de modo que referido fundamento, para ser considerado idôneo, enseja que o dano seja especificado de forma concreta.”

(STJ, HC 427906/SP, Rel. Min. NEFI CORDEIRO, DJe 14/03/2018)

“A menção genérica à existência de traumas psicológicos da vítima, sem a indicação de dados concretos, não justifica a negatização das consequências do crime.”

(STJ, AgRg no REsp 1627729/MG, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe 23/02/2017)

Assim, tendo sido adequadamente valorada apenas a vetorial correspondente às circunstâncias do crime, tidas como desfavoráveis com base em elementos concretos do processo, deve ser proporcionalmente reduzida a pena inicial do apelante para 4 (quatro) anos e 9 (nove) meses de reclusão.

Na segunda fase da dosimetria, reconhecida a atenuante da confissão espontânea e aplicando a fração redutora usual de 1/6 (um sexto), submetida ao limite preconizado na Súmula 231 do STJ, resulta na pena intermediária redimensionada de 4 (quatro) anos de reclusão, tornada definitiva à míngua de outras causas de aumento ou de diminuição.

Vale registrar que apesar de redimensionada a pena intermediária, a reprimenda definitiva, devido à exclusão da redutora do art. 14, II, parágrafo único, do Código Penal, permanece inalterada no mesmo patamar em que fora fixada na sentença objurgada.

Isso posto, conheço do recurso para lhe dar parcial provimento, tão somente para reformar a sentença objurgada para condenar o apelado pela prática do crime de roubo simples na modalidade consumada, na forma do art. 157, *caput*, do Código Penal.

É como voto.

Fortaleza, 16 de julho de 2019.

PROCESSO: 0012057-24.2015.8.06.0053 - APELAÇÃO  
APELANTE: ANTONILDA TEIXEIRA DE CARVALHO LIMA  
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ  
RELATORA: DESA. MARIA EDNA MARTINS

**EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. PROVA PERICIAL. TESTEMUNHO POLICIAL. VALIDADE. PRECEDENTES. DOSIMETRIA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. INEXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA. REDUÇÃO DA PENA-BASE. PRECEDENTES. PRISÃO DOMICILIAR. INVIABILIDADE. REQUISITOS NÃO COMPROVADOS. APELO PARCIALMENTE PROVIDO.**

1. A materialidade e a autoria do crime de tráfico de drogas restaram devidamente comprovadas pela produção probante levada a efeito durante a instrução processual. A prova pericial e o testemunho dos policiais que participaram da prisão em flagrante da acusada mostram-se suficientes para confirmar a tese da acusação.

2. A dosimetria procedida na sentença guerreada não possui fundamentação idônea para a fixação da pena-base no patamar adotado, impondo-se sua redução proporcional.

3. A despeito de sua natureza, a inexpressiva quantidade de droga apreendida (9 gramas de crack) não justifica o aumento da pena fixada na primeira fase dosimétrica, devendo ser redimensionada para o mínimo legal. Precedentes do STJ.

4. Nos termos do art. 318, II, do CPP, poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for extremamente debilitado por motivo de doença grave. Porém, na forma do parágrafo único do mesmo dispositivo legal, para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo, do que não se desincumbiu a apelante, inviabilizando o pedido de prisão domiciliar.
5. Recurso a que se dá parcial provimento.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer do recurso para lhe dar parcial provimento, tão somente para reduzir a pena aplicada à apelante, de 7 (sete) anos, 5 (cinco) meses e 29 (vinte e nove) dias de reclusão e 749 (setecentos e quarenta e nove) dias-multa para 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, mantendo incólume nos demais aspectos a sentença vergastada, nos termos do voto da Relatora.

### RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Criminal interposta por ANTONILDA TEIXEIRA CARVALHO LIMA contra a sentença de fls. 185/199, que a condenou como incurso nas sanções do art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006.

Alega a recorrente que o laudo pericial acostado nos autos encontra-se totalmente oposto aos argumentos da peça acusatória, desde a quantidade até a natureza específica da droga. Argumenta que a denúncia relata que foram apreendidas duas pedras de crack, no entanto, o laudo pericial atesta que se trata de cocaína.

Aduz que não foram colhidos elementos probatórios suficientes que demonstrem que a titularidade da droga era da acusada nem que seria utilizada para fins de mercancia, necessário para a configuração do delito tipificado no art. 33 da Lei nº 11.343/06.

Pugna pela necessidade do submetimento da acusada à prisão domiciliar, aduzindo que há prova idônea do requisito exigido no inciso II do art. 318 do Código de Processo Penal.

Insurge-se contra a fixação da pena acima do mínimo legal ante a inexpressiva quantidade de droga apreendida.

Requeru o provimento do apelo para declarar a nulidade absoluta da sentença tendo em vista as falhas existentes no Laudo Pericial. Subsidiariamente, requereu a absolvição da acusada e, alternativamente, a adequação da dosimetria da pena e a concessão da prisão domiciliar.

Contrarrazões às fls. 236/237.

A Procuradoria Geral de Justiça se manifestou às fls. 250/264 pelo conhecimento e improvimento do recurso.

É o relatório.

## VOTO

A materialidade e a autoria do crime de tráfico de drogas restaram devidamente comprovadas pela produção probante levada a efeito durante a instrução processual. A prova pericial e o testemunho dos policiais que participaram da prisão em flagrante da acusada mostram-se hábeis para confirmar a tese da acusação.

No tocante à materialidade, o Auto de Apresentação e Apreensão de fls. 14 não deixa dúvidas acerca da quantidade da droga apreendida, qual seja 9g (nove gramas) de crack. A natureza da substância indicada no Exame Provisório de Constatação de Entorpecente de fls. foi constatada pelo Laudo Pericial de fls. 94.

Relativamente ao Laudo Pericial, cumpre registrar que inexistente qualquer vício na prova fundamental que enseje nulidade, porquanto o material submetido à análise é o mesmo apontado na denúncia.

No exame foram formulados os seguintes quesitos:

- “1º) Qual a natureza e característica do material submetido a exame?”
- 2º) A amostra encaminhada para exame contém Cocaína (metilbenzoiilecgonina)?
- 3º) Essa substância é entorpecente ou capaz de determinar dependência física ou psíquica?”

A amostra referida como sendo crack foi descrita da seguinte forma:

**“DESCRIÇÃO:**

Apresentando envelope artesanal de papel, fechados por grampos metálicos, contendo invólucro de papel, acondicionando amostra referida como crack.

Ao exame: Tratava-se de substância pétrea, de cor amarelada, formato irregular, consistência dura. (...)”

Na conclusão os peritos consignaram:

**“CONCLUSÃO:**

Os resultados obtidos detectaram a presença de Cocaína na amostra analisada, em forma pétrea, conforme a metodologia utilizada. Ressalte-se que a cocaína é droga elencada na Lista F da portaria 344/98 da ANVISA/ Ministério da Saúde, como substância de uso proscrito no Brasil. (...)”

Ao responder aos quesitos os peritos consignaram:

- “1º) Tratava-se de substância pétrea, de cor amarelada, formato irregular, consistência dura.
- 2º) Sim, de acordo com a metodologia utilizada.
- 3º) Sim, é considerada entorpecente, podendo causar dependência física ou psíquica, de acordo com a portaria 344/98 do Ministério da Saúde.”

Como se constata, uma amostra da droga apreendida indicada na denúncia foi enviada para exame pericial cujos resultados detectaram a presença de cocaína na amostra analisada, em forma pétreo. A droga conhecida como “crack” consiste exatamente de cocaína misturada com outras substâncias em forma de pedras. Trata-se, portanto, de um subproduto da cocaína, em forma pétreo.

O crack é obtido por meio de uma mistura de pasta de coca ou cloridrato de cocaína com bicarbonato de sódio e é comercializado na forma de pequenas pedras. Os usuários fumam o crack aquecendo essas pedras em cachimbos improvisados, já que essa substância passa do estado sólido para o vapor a uma temperatura relativamente baixa, a 95°C. Os vapores de cocaína liberados são absorvidos pelos pulmões quase imediatamente, e assim a cocaína é enviada para a circulação sanguínea e atinge o cérebro em apenas 15 segundos. Por ser fumado, os vapores dessa droga produz efeitos muito mais devastadores que a cocaína inalada (aspirada) em forma de pó. Porém, seu efeito de intensa e imediata euforia dura pouco, apenas 5 a 15 minutos, e isso faz com que o usuário volte a utilizar a droga, o que leva à dependência mais rapidamente. Uma pessoa pode se tornar dependente após experimentar o crack pela primeira vez.

A propósito, vale transcrever o seguinte trecho extraído da página do Centro Regional de Referência em Drogas da UFMG (CRR-UFMG), uma colaboração entre a Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e a Secretaria Nacional de Política sobre Drogas (SENAD) do Ministério da Justiça:

“A cocaína é uma droga ilegal derivada da planta *Erythroxylon coca*. Ela pode ser inalada (‘cheirada’), na forma de pó, injetada quando diluída em água ou aspirada (‘fumada’) na forma de crack. O crack é uma mistura de cocaína com o bicarbonato de sódio ou amônia, vendido na forma de pequenas pedras que são fumadas em ‘cachimbos’”

(<https://crr.medicina.ufmg.br/saber-sobre/crackcocaina>)

Quanto à autoria, ao ser interrogada em Juízo a apelante negou a prática do crime de tráfico de entorpecentes, afirmando que toda a droga apreendida foi plantada. Porém, a versão isolada da ré não encontra suporte nas demais provas existentes nos autos (transcrição na sentença).

Nesse sentido, também foram ouvidos perante a autoridade judicial os policiais Francisco Carlos Félix de Sousa, Antônio Gleison da Silva Oliveira Ivonilde Pereira da Costa e Artunane Alves Aguiar, que participaram da prisão em flagrante da acusada, os quais relataram em detalhes as circunstâncias da prática delitiva. Afirmaram que foram até a casa da acusada munidos de um mandado de busca e apreensão. Disseram que flagraram a testemunha Antônio Renato Albuquerque de Carvalho com uma pequena quantia em dinheiro comprando droga da acusada e que a viram esconder na boca um embrulho que descobriram tratar-se de crack. Afirmaram que foram apreendidas duas pedras de crack no armário. Relataram que o filho da acusada ameaçou de morte referida testemunha caso não assumisse a droga. Afirmaram que a testemunha Renato confessou ao delegado que estava comprando droga, bem assim que flagraram a acusada vendendo droga para a testemunha Renato. Disseram que recebiam muitas denúncias de que a acusada estaria vendendo drogas (transcrições na sentença).

Acerca da validade jurídica do depoimento de policiais, vale conferir a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, conforme ilustram os arestos abaixo parcialmente transcritos:

“Conforme entendimento reiterado do Superior Tribunal de Justiça, os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante são meio idôneo e suficiente para a formação do édito condenatório, quando em harmonia com as demais provas dos autos, e colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, como ocorreu na hipótese, cabendo a defesa demonstrar sua imprestabilidade.” (HC 436168/RJ, Rel. Min. RIBEIRO DANTAS, DJe 02/04/2018)

“A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido da validade da condenação fundamentada no conteúdo dos depoimentos testemunhais prestados por policiais envolvidos na investigação. Precedentes.” (AgRg no HC 436928/ES, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe 02/04/2018)

Ouvida em sede inquisitorial, a testemunha Antônio Renato Albuquerque de Carvalho afirmou ser usuário de drogas e no dia do fato estava na casa da acusada no sentido de comprar crack. Disse que no momento em que estava realizando a compra da droga, antes de receber a droga das mãos da acusada, entraram na casa os policiais militares. Afirmou que presenciou a acusada pegar um pacote com crack de dentro da roupa e o colocando na boca, bem assim que presenciou os policiais retirarem a droga da boca da acusada (fls. 8).

Porém, ao ser ouvida em Juízo, aludida testemunha afirmou ser ex-usuário de drogas e negou que tenha ingressado na casa da acusada ou que tenha comprado droga da acusada. Disse que não prestou depoimento ao delegado de polícia, não sendo ouvido por ninguém, assinando o termo (transcrição na sentença).

Como se vê, a testemunha em comento mudou a versão dantes apresentada perante a autoridade policial, o que se mostra coerente com o relato dos policiais de que o filho da acusada ameaçou de morte a testemunha, pairando sérias dúvidas acerca da veracidade do testemunho judicial.

As testemunhas de defesa ouvidas em Juízo pouco acrescentaram ao acervo probatório. Porém, nada relataram que pudesse minimamente contrariar a prova produzida pela acusação (transcrições na sentença).

Oportuno registrar que para caracterizar o crime de tráfico de entorpecentes não é necessário a comprovação da mercancia, se pelas circunstâncias do fato se possa depreender que a conduta do réu se amolda a qualquer um dos verbos do tipo penal do art. 33 da Lei de Drogas, já que se trata de um crime de ação múltipla.

Nesse sentido, a jurisprudência do Tribunal Superior de Justiça firmou entendimento segundo o qual, sendo o tráfico de drogas crime de ação múltipla, a prática de um dos verbos contidos no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06 já é suficiente para a consumação do ilícito, não sendo imprescindível a comprovação da mercancia.

A propósito, vale conferir os seguintes julgados daquele Pretório:

“É firme o entendimento desta Corte Superior de que ‘o crime de tráfico de drogas é tipo misto alternativo restando consumado quando o agente pratica um dos vários verbos nucleares inserido no artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, sendo a venda prescindível ao seu reconhecimento’ (HC 382.306/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 7/2/2017, DJe 10/2/2017).” (HC 437114/PR, Rel. Min. RIBEIRO DANTAS, DJe 28/08/2018)

“O crime do art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006 é do tipo penal de conteúdo misto alternativo ou de ação múltipla, ou seja, com previsão de inúmeras condutas delitivas, qualquer delas suficientes à caracterização do delito.” (AgRg no AREsp 1131067/MG, Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, DJe 18/12/2017)

“O crime de tráfico de drogas é tipo misto alternativo restando consumado quando o agente pratica um dos vários verbos nucleares inserido no artigo 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, sendo a venda prescindível ao seu reconhecimento.” (HC 382306/RS, Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, DJe 10/02/2017)

Desse modo, verifica-se que no vertente feito não restam dúvidas quanto à materialidade e à autoria do crime de tráfico de drogas imputado à recorrente, estando o édito condenatório devidamente fundamentado e plenamente amparado em prova firme, harmônica e contundente, demonstrando estreme de dúvidas os fatos narrados na denúncia.

Relativamente ao *quantum* da reprimenda aplicada, cumpre pontuar que a dosimetria da pena não obedece a uma regra matemática rígida, mas se trata de uma operação realizada com base em elementos concretos dos autos, levada a efeito com certa discricionariedade, ainda que vinculada ao princípio do livre convencimento motivado do julgador, de forma que cada uma das circunstâncias individualmente valoradas pode ter maior ou menor influência no cômputo da pena.

Nesse sentido, de bom alvitre colacionar os seguintes arestos ilustrativos da jurisprudência dos tribunais superiores pátrios:

“Dosimetria da pena. Ausência de ilegalidade. A jurisprudência desta Suprema Corte entende que a dosimetria da pena submete-se a certa discricionariedade judicial. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas. Aos tribunais superiores, no exame da dosimetria das penas, em grau recursal, compete somente o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, com a correção apenas de eventuais decisões teratológicas e arbitrárias, que violem frontalmente dispositivo constitucional, o que não vislumbro no caso em deslinde.” (STF, RHC 131640 AgR/SP, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJe-029, 14/02/2017)

“1. A ponderação das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal não é uma operação aritmética, em que se dá pesos absolutos a cada uma delas, mas sim um exercício de discricionariedade vinculada, que impõe ao magistrado apontar, motivadamente, os fundamentos da consideração negativa, positiva ou neutra das oito circunstâncias judiciais mencionadas no art. 59 do CP e, dentro disso, eleger a reprimenda que melhor servirá para a prevenção e repressão do fato-crime praticado.

2. Havendo suficiente fundamentação quanto às graves consequências do crime de roubo perpetrado, não se verifica ilegalidade na decisão vergastada, que estabeleceu a pena-base acima do mínimo legalmente previsto.” (STJ, AgRg no HC 270368/DF, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe 20/06/2014)

“Em relação à dosimetria das penas, é permitido ao julgador mensurar com discricionariedade o *quantum* de aumento da pena-base a ser aplicado, desde que seja observado o princípio do livre convencimento motivado, consoante o que dispõe o art. 59 do Código Penal.” (STJ, AgRg no REsp 1252747/MS, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 03/02/2014)

“A dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas. Às Cortes Superiores, no exame da dosimetria das penas em grau recursal, compete apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, bem como corrigir, eventualmente, discrepâncias gritantes e arbitrárias nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores. Tanto a concorrência de diversas vetoriais negativas como a existência de uma única vetorial negativa de especial gravidade autorizam pena base bem acima do mínimo legal. Não se presta o habeas corpus, enquanto não permite ampla avaliação e valoração das provas, como instrumento hábil ao reexame do conjunto fático-probatório que leva à fixação das penas. Recurso ordinário em habeas corpus não provido.” (STF, RHC 101576/SP, Rel. Min. ROSA WEBER, DJe-159, 14/08/2012)

Na primeira fase da dosimetria, ao proceder à análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal e das disposições contidas no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, o magistrado *a quo* considerou desfavorável apenas a natureza da droga, valendo transcrever o seguinte excerto da sentença vergastada:

“Em relação à natureza da droga apreendida, merece maior reprovação na opção da acusada em traficar a espécie de droga mais conhecida por ‘crack’”

Com base nessas considerações, expendidas especificamente em relação à natureza da droga “crack”, fixou a pena-base da apelante em 6 (seis) anos, 5 (cinco) meses e 4 (quatro) dias de reclusão e 642 (seiscentos e quarenta e dois) dias-multa.

No ponto, tendo em vista a inexpressiva quantidade da droga apreendida (9 gramas de crack), verifica-se que apenas a natureza da substância

não justifica a fixação da pena inicial no patamar adotado, por se mostrar desproporcional.

Nesse sentido é a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, senão vejamos:

“- A pena-base afastou-se do mínimo legal em razão da quantidade e natureza da droga apreendida - 7 g de crack, distribuídos em 67 pedras -, tendo a mesma circunstância concreta, e apenas ela, legitimado a aplicação da fração mínima da minorante.

- Todavia, verifica-se, de plano, que a quantidade e a natureza do material entorpecente apreendido, no caso, sendo, avaliadas globalmente, são inexpressivas, não justificando o aumento da pena imposta, na primeira etapa dosimétrica, e nem mesmo a escolha da fração de diminuição da reprimenda, na terceira fase.” (HC 460429/RS, Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, DJe 01/10/2018)

“Não se olvida, outrossim, da reiterada orientação desta Corte, de que a quantidade e a natureza da droga, associadas ao contexto em que se deu a sua apreensão, podem evidenciar a dedicação do paciente à atividade criminoso. Contudo, na espécie, apesar da natureza da droga apreendida, o aumento operado mostrou-se desproporcional e desarrazoado, sobretudo em razão de sua quantidade inexpressiva - 11g (onze gramas) de crack, razão pela qual a pena-base foi readequada, sendo fixada em seu patamar mínimo.” (AgRg no HC 384843/RS, Rel. Min. ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, DJe 21/11/2017)

“TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. DESPROPORCIONALIDADE. PEQUENA QUANTIDADE DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. REDUÇÃO AO MÍNIMO PREVISTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Na fixação da pena-base de crimes previstos na Lei 11.343/2006, como ocorre na espécie, deve-se considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código

Penal, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei de Drogas. 2. Na espécie, a fundamentação utilizada para a exasperação da pena-base além do mínimo não se mostra idônea, em razão da pequena quantidade dos estupefacientes apreendidos, sendo necessário sua redução ao mínimo legal.” (HC 369203/SC, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe 09/05/2017)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. COCAÍNA. PEQUENA QUANTIDADE. AUSÊNCIA DE GRAVIDADE QUE JUSTIFIQUE TRATAMENTO RECRUDESCIDO. AGRAVO PROVIDO.

1. A realidade social e das prisões exige maior rigor para admissão de respostas criminais com privação de liberdade.
2. Em apreensões de não relevante quantidade isolada de maconha, cocaína ou crack, embora não excluída a tipicidade do crime de tráfico de drogas, tampouco pode ser esse fato justificador de tratamento anormalmente gravoso - seja como critério da pena definitiva (na valoração da pena-base, na incidência da minorante do tráfico eventual, na fixação do regime prisional ou na definição de penas substitutivas), seja como valor para a prisão processual, então desnecessária.
3. Agravo Regimental provido para redimensionar a pena do paciente para 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, mantidos os demais termos do édito condenatório.

(AgInt no HC 372899/SC, Rel. Min. NEFI CORDEIRO, DJe 15/03/2017)

Por conseguinte, em conformidade com a jurisprudência supra aludida, hei por bem reduzir a pena-base para o mínimo legal de 5(cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

Na segunda fase da dosimetria, o juiz singular reconheceu a presença da circunstância agravante da reincidência, razão pela qual agravou a pena inicialmente fixada em valor correspondente a 1/6 (um sexto), fração esta que, aplicada à pena-base acima reduzida, resulta na pena intermediária redimensionada de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de

reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, tornada definitiva à míngua de outras causas de aumento ou de diminuição da pena.

Por fim, relativamente ao pedido de prisão domiciliar, a concessão do benefício por motivo de doença grave encontra-se condicionada à comprovação dos requisitos previstos no art. 318, II e parágrafo único do Código de Processo Penal, *litteris*:

**Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:**

**II - extremamente debilitado por motivo de doença grave;**

**Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.**

No caso concreto a defesa da apelante não apresentou nenhuma comprovação acerca da alegada debilidade, nem de qualquer óbice ao tratamento da suposta enfermidade na unidade onde cumpre a pena imposta.

Nesse sentido é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, conforme ilustram os julgados abaixo colacionados:

“As instâncias ordinárias indeferiram o pedido de substituição da prisão preventiva por domiciliar em razão da ausência de comprovação quanto ao recorrente encontrar-se em extrema debilidade a exigir tratamento que não possa ser oferecido enquanto inserido no sistema prisional. Dessa forma, não restaram demonstradas a extrema debilidade por motivo de doença grave e a incompatibilidade entre o tratamento de saúde e a segregação cautelar, consoante parágrafo único do art. 318, II, do Código de Processo Penal - CPP” (HC 430445/SP, Rel. Min. JOEL ILAN PACIORNIK, DJe 19/12/2018)

“A situação de extrema debilitação por doença grave, como medida excepcional justificadora da prisão domiciliar, deve ser demonstrada de plano, mediante a apresentação de documentos e laudos médicos que comprovem a ineficiência

e a inadequação estatais no tratamento de saúde prestado no sistema prisional.” (HC 446297/BA, Rel. Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, DJe 08/11/2018)

“Não basta que o Réu esteja acometido de grave doença para o deferimento da prisão domiciliar. Segundo a literalidade do art. 318, inciso II, do Código de Processo Penal, é necessário, igualmente, a comprovação de que se encontra extremamente debilitado em razão da enfermidade, o que não se observa nos documentos trazidos aos autos.” (HC 460006/PR, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe 03/10/2018)

“O Código de Processo Penal, no seu artigo 318, inciso II e parágrafo único, só admite a adoção dessa medida quando houver demonstração de que o agente se encontra extremamente debilitado por motivo de doença grave e não houver a possibilidade de o custodiado receber tratamento adequado no estabelecimento prisional em que se encontra.” (HC 449378/SE, Rel. Min. NEFI CORDEIRO, DJe 03/09/2018)

“Nos termos do artigo 318, inciso II e parágrafo único, do CPP, somente é possível a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar se houver demonstração de que o agente se encontra extremamente debilitado por motivo de doença grave e não houver a possibilidade de o custodiado receber tratamento adequado no estabelecimento prisional em que se encontra.” (RHC 90194/CE, Rel. Min. NEFI CORDEIRO, DJe 23/11/2017)

“Não merece guarida o pedido alternativo de concessão da prisão domiciliar. Com efeito, o deferimento da substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar, nos termos do art. 318, inciso II, do Código de Processo Penal, depende da comprovação inequívoca de que o réu esteja extremamente debilitado, por motivo de grave doença aliada à impossibilidade de receber tratamento no estabelecimento prisional em que se encontra” (RHC n. 58.378/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 25/8/2015).” (HC 393276/CE, Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, DJe 25/05/2017)

Isso posto, conheço do apelo para lhe dar parcial provimento, tão somente para reduzir a pena aplicada à recorrente, de 7 (sete) anos, 5 (cinco) meses e 29 (vinte e nove) dias de reclusão e 749 (setecentos e quarenta e nove) dias-multa para 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, mantendo incólume nos demais aspectos a sentença vergastada.

É como voto.

Fortaleza, 14 de maio de 2019.

PROCESSO: 0055692-17.2015.8.06.0001 – APELAÇÃO CRIMINAL  
APELANTE: RAIMUNDO PEREIRA DE BRITO FILHO  
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ  
RELATOR: DESEMBARGADOR HENRIQUE JORGE HOLANDA  
SILVEIRA

**EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO MAJORADO. CONDENAÇÃO AMPARADA NA PROVA DOS AUTOS. PALAVRA DA VÍTIMA QUE TEM ESPECIAL IMPORTÂNCIA NOS DELITOS CONTRA O PATRIMÔNIO. MAJORANTES PELO USO DE ARMA E PELO CONCURSO DE PESSOAS. ROUBO PRATICADO CONTRA VÍTIMAS DISTINTAS EM UM MESMO CONTEXTO FÁTICO. CONCURSO FORMAL. RECURSO IMPROVIDO. REFAZIMENTO, DE OFÍCIO, DA DOSIMETRIA DA PENA.**

1. Diferentemente do que sustentam os Apelantes, os depoimentos das vítimas, bem como das testemunhas, evidenciam que os Recorrentes praticaram o delito de roubo, com o uso de arma de fogo e em concurso de agentes.

2. É importante ressaltar que, nos delitos contra o patrimônio, a palavra da vítima tem excepcional valor probatório, sendo suficiente, por si só, à condenação, contanto que não existam indícios em sentido contrário, caso dos autos.

3. Ademais, para que incida a majorante pelo uso de arma, são dispensáveis a apreensão da arma e a realização de perícia, desde que verificada a efetiva utilização do instrumento, hipótese dos autos, sendo certo, todavia, que, na espécie, o revólver

foi apreendido e periciado, constando do laudo pericial de fls. 222/225 que “foram efetuados tiros, e se observou que os mecanismos funcionaram normalmente” (fls. 223), inexistindo qualquer dúvida, por conseguinte, quanto à incidência da majorante pelo uso de arma, na medida em que, mesmo sendo dispensáveis a apreensão e a perícia da arma, porquanto verificada a efetiva utilização do revólver, foi ele apreendido e periciado, circunstâncias que fazem cair por terra os argumentos dos Apelantes.

4. É oportuno salientar que o entendimento do STJ é no sentido de que os depoimentos prestados por policiais são válidos, notadamente quando corroborados em Juízo, cabendo à defesa demonstrar a imprestabilidade dos depoimentos, o que não ocorreu na espécie.

5. Demais disso, não há nenhuma irregularidade no reconhecimento dos réus pelas vítimas, eis que o reconhecimento através de fotos, levado a efeito na delegacia de polícia, foi, posteriormente, ratificado em Juízo, sendo que, apenas para ilustrar, destaco que a eventual inobservância das formalidades previstas no art. 226 do CPP, relativamente ao reconhecimento, não enseja qualquer vício ou nulidade, na medida em que, consoante o entendimento do STJ, o reconhecimento pessoal, ainda que realizado de forma diversa da prevista no referido dispositivo, é válido, servindo as disposições do art. 226 do CPP como mera recomendação e não como exigência.

6. De mais a mais, é nítida a ocorrência do concurso formal no caso em apreço, vez que, mediante uma única ação, houve a subtração de bens de duas vítimas, a ensejar a aplicação da regra prevista no art. 70 do CP.

7. Os motivos apresentados pelo Magistrado de 1º Grau não justificam a negatização dos quesitos “culpabilidade”, “conduta social”, “personalidade do agente”, “motivos” e “circunstâncias”, seja porque são vagos, seja porque não são jurisprudencialmente aceitos, seja porque estão inseridos no próprio tipo penal.

8. Por outro lado, foi correta a negatização do quesito “antecedentes”, pois ambos os Apelantes são reincidentes, a saber, Edglebson da Silva Cruz, conforme o processo de execução de nº 0065339-17.2007.8.06.0001 (2ª Vara de Execução Penal da comarca de Fortaleza/CE – processo de nº 0000807-22.2004.8.06.0136, delito em 22.07.2004 e trânsito em julgado em 22.05.2007) e Raimundo Pereira de Brito Filho, conforme o processo de execução de nº 0764651-67.2014.8.06.0001 (3ª Vara de Execução Penal da comarca de Fortaleza/CE – processo de nº 0168166-33.2012.8.06.0001, delito em 09.07.2012 e trânsito em julgado em 07.05.2014).

9. Levando em conta as peculiares do caso concreto, notadamente a negatização de apenas um quesito (“antecedentes”), as penas-bases devem ser fixadas em patamar próximo ao mínimo legal, vale dizer, em 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

10. Considerando que o delito foi praticado com o uso de arma e em concurso de pessoas, correta a elevação das penas em 1/3 (a saber, 1 ano e 6 meses), resultando em 6 (seis) anos de reclusão.

11. Tendo em vista o concurso formal, acertada a majoração da pena em 1/6 (a saber, 1 ano), nos termos do art. 70 do CP.

12. Assim sendo, fixo em 7 (sete) anos de reclusão a pena de cada um dos Recorrentes.

13. O regime inicial de cumprimento da pena deve ser o fechado, eis que, conquanto a pena, para cada um, seja de 7 (sete) anos de reclusão, há circunstância judicial desfavorável aos Apelantes (negativação do item “antecedentes”), o que, inclusive, acarretou a fixação das penas-bases acima do mínimo legal, estando justificada, dessa forma, a imposição do regime inicialmente fechado, aplicando-se ao caso o art. 33, §§ 2º e 3º, do CP.

14. Acrescento, ainda, que, como se observa do texto do art. 33, § 2º, b e c, do CP, preenchidas as condições estabelecidas nos dispositivos, o condenado poderá (e não deverá) cumprir a pena em regime inicialmente semiaberto ou aberto, tendo em vista que o regime inicial de cumprimento da pena será definido com base nos critérios previstos no art. 59 do CP (“o juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”), tendo já

decidido o STJ que “a fixação da pena-base acima do mínimo legal, aliada à reprimenda definitiva imposta (superior a 4 anos) justificam, por si só, a imposição do regime inicial fechado, nos termos dos arts. 33, § 3º e 59, do Código Penal” (STJ, AgRg no HC 417491/MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª Turma, julgamento em 19.10.2017, DJe 27.10.2017), caso dos autos.

15. Apelação Criminal conhecida, mas improvida.

16. Refazimento, de ofício, da dosimetria da pena.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a Órgão Julgador Retorna o nome da vara onde está o processo do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará em negar provimento à Apelação Criminal e reformar, de ofício, parte da sentença, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 29 de janeiro de 2019.

## RELATÓRIO

Cuida-se de Apelação Criminal manejada por Edglebson da Silva Cruz e Raimundo Pereira de Brito Filho, representados pela Defensoria Pública do Estado do Ceará, adversando a sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara Criminal da comarca de Fortaleza/CE que os condenou nas penas do art. 157, § 2º, I (em vigor à época) e II, c/c o art. 70, todos do CP.

Narra a denúncia (fls. 34/37) que, em 17.08.2015, por volta das 06h30min, no cruzamento das Ruas Juvenal de Carvalho e Teresa Cristina, Bairro Benfica, Fortaleza/CE, os Apelantes, portando arma de fogo (revólver), agindo com extrema violência e ameaça, dominaram Levi Lourenço de Almeida e sua mulher Nataliana Brito da Silva, subtraindo deles 1 (um) veículo Gol, 1 (um) telefone celular e 1 (um) relógio de pulso

(primeiro ofendido); 2 (dois) telefones celulares e 1 (uma) carteira com documentos pessoais, cartões de crédito e a importância de R\$ 100,00 (cem reais), constando da delação, demais disso, que as vítimas, ao serem abordadas, estavam no interior do automóvel roubado, o qual estava estacionado em frente a uma parada de ônibus, no referido endereço.

Ao final da exordial acusatória, o *Parquet* requereu a condenação dos Recorrentes nas tenazes do art. 157, § 2º, I (em vigor à época) e II, c/c o art. 70, todos do CP.

Adoto, no mais, o relatório da sentença de fls. 166/175, *decisum* que fixou a pena dos Apelantes em 10 (dez) anos, 1 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão e 20 (vinte) dias-multa, correspondendo cada dia-multa a 1/30 do salário mínimo vigente no momento do crime, em regime inicialmente fechado, negando-lhes o direito de recorrer em liberdade.

Em suas razões recursais (fls. 203/209), os Recorrentes aduzem, em sinopse, que:

a) não foram ouvidas testemunhas que presenciaram o fato, de modo que não há provas suficientes para a condenação, a qual está amparada, apenas, nas declarações das vítimas, que fizeram o reconhecimento, na delegacia de polícia, através de foto e, em Juízo, foram vacilantes, o que impõe sejam absolvidos, aplicando-se ao caso o princípio do *in dubio pro reo*;

b) ainda que o Tribunal entenda pela condenação, não há provas no sentido de que ambas as vítimas foram roubadas, de maneira que não deve ser considerada a ocorrência do concurso formal;

c) deve ser afastada a majorante pelo uso de arma de fogo, haja vista a ausência de perícia.

Pugnam os Apelantes, enfim, pelo provimento do recurso, com a consequente reforma da sentença fustigada.

Em contrarrazões (fls. 226/236), o Ministério Público requer a manutenção do *decisum* atacado.

Em parecer de fls. 241/256, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo improvimento do recurso.

É o relatório, no essencial.

## VOTO

A sentença vergastada condenou os Apelantes nas penas do art. 157, § 2º, I (em vigor à época) e II, c/c o art. 70, todos do CP.

Os Recorrentes alegam que não foram ouvidas testemunhas que presenciaram o fato, de modo que não há provas suficientes para a condenação, a qual está amparada, apenas, nas declarações das vítimas, que fizeram o reconhecimento, na delegacia de polícia, através de foto e, em Juízo, foram vacilantes, o que impõe sejam absolvidos, aplicando-se ao caso o princípio do *in dubio pro reo* e, ainda que o Tribunal entenda pela condenação, não há provas no sentido de que ambas as vítimas foram roubadas, de maneira que não deve ser considerada a ocorrência do concurso formal, devendo, ademais, ser afastada a majorante pelo uso de arma de fogo, haja vista a ausência de perícia.

Razão não lhes assiste.

Em Juízo, a vítima Nataliana Brito da Silva disse que o primeiro anunciou o assalto, colocando a arma na cabeça do seu marido, mandando que o seu esposo descesse do carro, que, quando o seu marido desceu, a depoente também desceu do veículo, que, anunciado o assalto, um dos réus passou a arma para o outro, o qual estava de frente para a depoente e mandou que ela ficasse de frente para a parede, que a depoente estava saindo devagar e ele mandou a depoente jogar a sua mochila dentro do carro, que jogou a mochila e ele mandou que ela ficasse de frente para a parede, enquanto ele apontava a arma para ela, que o outro réu pediu o relógio do esposo dela e mandou que ele também ficasse de frente para a parede, que um deles disse que, se gritassem, ele atiraria, que, quando eles saíram, foi ao guarda do shopping e pediu o celular e ligou para a polícia, que, 20 (vinte) minutos depois, o carro foi localizado com os réus e os bens, que, além do carro, levaram todos os pertences das vítimas (os dois celulares dela, a mochila dela, a carteira do marido dela e a importância de R\$ 100,00), que recuperaram tudo, que o carro foi interceptado pela polícia, que, na delegacia de polícia, os policiais trouxeram um celular com as fotos dos réus e, tanto ela como seu marido, reconheceram os réus,

que a depoente, após ser instada a fazê-lo, procedeu, durante o presente depoimento, ao reconhecimento dos réus, confirmando que foram eles os autores do delito, que Edglebson foi quem apontou a arma pra ela e era o mais agressivo e que Raimundo Pereira foi o primeiro que anunciou o assalto e abordou o marido da depoente, que, no momento do crime, ficou olhando para ambos os réus e que não lembra se era só uma arma ou se eram duas, pois teve um momento em que ficou de costas e não saber se um dos réus passou a arma para o outro.

Em Juízo, a vítima Levi Lourenço de Almeida afirmou que foi assaltado no Bairro Benfica, que estava dentro do carro com a sua mulher (também vítima), que eles colocaram uma arma na sua cabeça, que levaram o carro, com celular e tudo, que mandaram deixar a carteira dentro do automóvel, que também subtraíram dinheiro e celular, que a sua esposa ia saindo do veículo e eles disseram para ela colocar a mochila dentro do carro, que um deles colocou o revólver na cabeça do depoente, que o outro também estava armado, que pediu o telefone de um segurança do shopping e ligou para a polícia, que, 15 a 20 minutos depois, os réus foram presos no automóvel, que eles estavam na posse do carro e dos objetos dele e da sua mulher, que os objetos foram restituídos em sua integralidade, que viu o rosto dos réus, os quais mandaram que ele descesse do veículo, que os réus estavam a pé no momento do crime, que os réus não aparentavam estar sob efeito de álcool ou drogas, que não esqueceu o que o abordou, vez que se parece com um colega do depoente, o qual, após ser instado a fazê-lo, procedeu, durante o presente depoimento, ao reconhecimento dos réus, confirmando que foram eles os autores do delito, que Edglebson foi a pessoa que o abordou no carro, que Raimundo Pereira foi quem mandou a sua esposa deixar a mochila dentro do carro e que tem plena certeza sobre o reconhecimento dos réus.

Em Juízo, a testemunha Narcélio Nobre dos Santos, policial militar, disse que foi informado via frequência de que um carro havia sido tomado de assalto e estava em fuga no sentido Antônio Bezerra, que um rapaz numa motocicleta disse que era policial e que estava seguindo o carro roubado desde o Benfica, o que motivou a abordagem, que o revólver estava

no piso do carro, que os réus foram abordados e conduzidos à delegacia, que reconheceu, durante o presente depoimento, os dois réus como sendo as pessoas que estavam na posse do veículo, que foi apreendido um revólver 38 e que, dentro do carro, havia dois celulares, carteira e relógio.

Em Juízo, a testemunha Kleyton de Oliveira Sombra, policial militar, afirmou que estavam de serviço e foram informados por um rapaz em uma L200 que os réus haviam tomado um carro de assalto, que abordaram os réus e eles não reagiram, que, ao comunicarem, via CIOPS, foram informados de que o carro havia sido tomado de assalto perto do shopping Benfica, que a vítima foi localizada atrás do shopping e conduzida à delegacia para fazer o reconhecimento e para reaver os bens, que foi encontrado o carro, arma, aparelho celular, alguma quantia em espécie e cartões, que lembra que Raimundo Nonato estava na direção do veículo, que reconheceu, durante o presente depoimento, os dois réus como sendo as pessoas que foram presas na posse do veículo e dos objetos das vítimas, que quem portava a arma era o Edglebson e que a arma estava na mão dele (que trafegava no veículo como passageiro).

Assim sendo, diferentemente do que sustentam os Apelantes, os depoimentos das vítimas, bem como das testemunhas, evidenciam que os Recorrentes praticaram o delito de roubo, com o uso de arma de fogo e em concurso de agentes.

É importante ressaltar que, nos delitos contra o patrimônio, a palavra da vítima tem excepcional valor probatório, sendo suficiente, por si só, à condenação, contanto que não existam indícios em sentido contrário, caso dos autos.

Ademais, para que incida a majorante pelo uso de arma, são dispensáveis a apreensão da arma e a realização de perícia, desde que verificada a efetiva utilização do instrumento, hipótese dos autos, sendo certo, todavia, que, na espécie, o revólver foi apreendido e periciado, constando do laudo pericial de fls. 222/225 que “foram efetuados tiros, e se observou que os mecanismos funcionaram normalmente” (fls. 223), inexistindo qualquer dúvida, por conseguinte, quanto à incidência da majorante pelo uso de arma, na medida em que, mesmo sendo dispensáveis

a apreensão e a perícia da arma, porquanto verificada a efetiva utilização do revólver, foi ele apreendido e periciado, circunstâncias que fazem cair por terra os argumentos dos Apelantes.

Sobre as matérias, trago à baila os seguintes julgados:

[...] 4. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento dos Embargos de Divergência 961.863/RS, firmou entendimento no sentido de que a incidência da majorante do emprego de arma, prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal, prescinde de apreensão e perícia quando existirem outros elementos de prova que evidenciem a sua utilização no roubo. 5. No caso, embora a arma de fogo não tenha sido apreendida e periciada, as instâncias ordinárias, com base no acervo probatório, concluíram pela sua efetiva utilização na empreitada criminosa, afigurando-se legal a incidência da respectiva majorante no crime de roubo. [...] (STJ, HC 470400/MS, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, julgamento em 06.11.2018, DJe 16.11.2018)

[...] 2. Nos crimes patrimoniais como o descrito nestes autos, a palavra da vítima é de extrema relevância, sobretudo quando reforçada pelas demais provas dos autos. [...] (STJ, AgRg no AREsp 1250627/SC, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª Turma, julgamento em 03.05.2018, DJe 11.05.2018)

APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO MAJORADO PELO EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE AGENTES. MAJORANTE. EMPREGO DE ARMA. DECOTE. IMPOSSIBILIDADE. COMPROVAÇÃO POR OUTROS MEIOS DE PROVA. DOSIMETRIA. MAUS ANTECEDENTES. AÇÃO PENAL EM CURSO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N.º 444 DO STJ. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A Jurisprudência já consolidou o entendimento de que são dispensáveis a apreensão da arma e a realização de exame pericial para que se faça incidir a causa de aumento de pena descrita no art. 157, § 2.º, I, do CP, desde que existam outros elementos probatórios que comprovem sua efetiva

**utilização, como, por exemplo, a palavra firme e segura da vítima ou de testemunhas presenciais. Precedentes do STJ.**

2. Verifica-se da sentença condenatória que a pena-base foi fixada em 6 meses de reclusão acima do piso, a título de maus antecedentes, com fundamento em ação penal em curso, em violação ao princípio constitucional da presunção de não culpabilidade. A propósito, esta é a orientação trazida pelo enunciado na Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça: “É vedada a utilização de inquéritos policiais e de ações penais em curso para agravar a pena-base.” 3. Recurso parcialmente provido, reduzida a pena do apelante para 5 anos e 4 meses de reclusão, mais 13-dias-multa, mantidos os demais termos da condenação. (TJCE, Apelação Criminal 0179462-13.2016.8.06.0001, Rel. Des. Haroldo Correia de Oliveira Máximo, 2ª Câmara Criminal, julgamento em 04.07.2018)

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 157, DO CÓDIGO PENAL. ROUBO. NEGATIVA DE AUTORIA. INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. PROVA CONSISTENTE E CONDENAÇÃO BASEADA EM DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS E RECONHECIMENTO DA VÍTIMA. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE ROUBO PARA O DE FURTO. AUSÊNCIA DE VIOLÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA BEM APLICADA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. Restando comprovado que o acusado, mediante violência e ameaça, subtraiu coisa alheia móvel da vítima, mostra-se correta a condenação pela prática do delito de roubo (art. 157, caput, do CP). 2. **Em se tratando de crimes contra o patrimônio, a palavra da vítima prepondera sobre a do acusado, quando relata de forma segura e coerente os fatos, se sobrepondo à negativa de autoria ou pedido de absolvição.** É relevante pontuar que a versão apresentada pela vítima foi devidamente ratificada pelas demais provas acostadas aos autos, principalmente, pelos depoimentos dos policiais que efetuaram a prisão do acusado. 3. Pratica o delito de roubo o agente que anuncia o assalto à vítima e subtrai o bem mediante violência. Em tais circunstâncias é inviável a

desclassificação da conduta para a configuradora do crime de furto (art. 155 do CP). 4. Recurso conhecido e improvido. (TJCE, Apelação Criminal 0139311-05.2016.8.06.0001, Rel. Des. Francisco Lincoln Araújo e Silva, 3ª Câmara Criminal, julgamento em 03.07.2018)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO MAJORADO. AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS ROBUSTAMENTE COMPROVADAS. REDIMENSIONAMENTO DA PENA DE OFÍCIO. SENTENÇA REFORMADA.

1. A sentença em análise condenou o apelante pela prática do crime de roubo majorado (art. 157, § 2º, inciso II, do Código Penal), impondo-lhe pena de 6 (seis) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime semiaberto, além de 20 (vinte) dias-multa. 2. As provas carreadas aos autos são robustas e fornecem elementos suficientes para afirmar com a necessária certeza ter sido o condenado um dos autores do crime descrito na denúncia. 3. **A vítima em seu depoimento narrou com detalhes o que aconteceu, afirmando sem sombra de dúvidas que o réu foi o autor do crime em questão.** 4. **Registre-se que a palavra da vítima, em crimes contra o patrimônio, geralmente praticados às escondidas, é de grande relevância no desvelar da dinâmica do delito, notadamente quando em consonância com as demais provas produzidas no processo, como no caso em exame.** 5. A jurisprudência consolidada no STJ é no sentido de que as informações prestadas por policiais em Juízo, quando corroboradas com as demais provas dos autos, gozam de credibilidade e servem como elemento de convicção para respaldar as condenações. 6. Fundamentação inidônea para a exasperação da pena-base afastada e realizada nova dosimetria da pena. 7. Em face do entendimento do Supremo Tribunal Federal, manifestado no julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário nº 964.246/SP, no qual se reconheceu a repercussão geral do tema, deve o Juízo de primeiro grau, diante do teor do presente acórdão, verificar a possibilidade de imediato cumprimento da pena por parte do recorrente. Caso já tenha se iniciado o cumprimento da pena, comunique-se ao juízo da execução penal, nos termos

da Resolução nº 237/2016 do Conselho Nacional de Justiça. 8. Recurso conhecido e improvido, embora redimensionando a pena de ofício, fixando-a em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, no regime inicial semiaberto, além de 13 (treze) dias-multa. (TJCE, Apelação Criminal 0001411-20.2016.8.06.0117, Rel. Des. Raimundo Nonato Silva Santos, 3ª Câmara Criminal, julgamento em 08.05.2018)

PENAL E PROCESSO PENAL. ART. 157, §2º, I, DO CPB. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DUAS VEZES. PROVAS SUFICIENTES. DEPOIMENTOS. COERÊNCIA. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. USO DE ARMA DE FOGO. APREENSÃO. DESNECESSIDADE. PERÍCIA. DISPENSABILIDADE. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. Trata-se de recurso de Apelação interposto contra sentença condenatória por crime de roubo qualificado por uso de arma de fogo. 2. Presentes a materialidade e autoria do crime, conforme a prova dos autos com declaração segura da vítima, bem como pelos demais depoimentos colhidos na instrução criminal, impõe-se a manutenção da condenação. Precedentes. 3. **A palavra da vítima, nos casos de crimes cometidos em clandestinidade se reveste de especial relevância, especialmente se, em cotejo com outros depoimentos, firma a convicção do julgador.** 4. Impossível a absolvição do réu nos termos do art. 386, VII, do CPP, se restou comprovada efetiva participação do agente no crime, caracterizando coautoria do delito. 5. **É desnecessária a apreensão da arma para fins de aplicação da causa de aumento da pena (art. 157, § 2º, I, do CP) se for comprovada sua utilização por outros meios de prova, tais como a testemunhal ou a palavra da vítima.** Precedentes. Recurso conhecido e desprovido. (TJCE, Apelação Criminal 0030155-19.2015.8.06.0001, Rel. Des. José Tarcílio Souza da Silva, 3ª Câmara Criminal, julgamento em 03.04.2018)

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO MAJORADO. ART. 157, § 2º, INCISOS I E II, DO CÓDIGO PENAL. USO DE ARMA DE FOGO E

CONCURSO DE PESSOAS. PROVA CONSISTENTE E VÁLIDA. CONDENAÇÃO AMPARADA EM PROVA TESTEMUNHAL. PALAVRA DA VÍTIMA EM CRIME DE ROUBO TEM ESPECIAL RELEVÂNCIA. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. ART. 386, DO CPP. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA MANTIDA. BEM FUNDAMENTADA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. Restando comprovado que o acusado, mediante ameaça, subtraiu coisa alheia móvel da vítima, mostra-se correta a condenação pela prática do delito de roubo, majorado pelo uso de arma de fogo e concurso de pessoas. 2. **A palavra da vítima relatando de forma segura os fatos, e, ainda, quando corroborada pelo acervo probatório, sobrepe-se tanto à negativa de autoria, como é prova idônea e suficiente para embasar o édito condenatório.** 3. Recurso apelatório conhecido e improvido. (TJCE, Apelação Criminal 0774530-98.2014.8.06.0001, Rel. Des. Francisco Lincoln Araújo e Silva, 3ª Câmara Criminal, julgamento em 03.04.2018)

É oportuno salientar que o entendimento do STJ é no sentido de que os depoimentos prestados por policiais são válidos, notadamente quando corroborados em Juízo, cabendo à defesa demonstrar a imprestabilidade dos depoimentos, o que não ocorreu na espécie.

Nesse diapasão, os seguintes arestos:

[...] II - **O depoimento dos policiais prestado em Juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do réu, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade dos agentes, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, o que não ocorreu no presente caso. Precedentes.** [...] (STJ, HC 404507/PE, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª Turma, julgamento em 10.04.2018, DJe 18.04.2018)

[...] 3. **Segundo entendimento reiterado desta Corte, constitui meio válido de prova a declaração de policiais militar responsável pela efetivação da prisão em flagrante, sobretudo quando colhidas no âmbito do devido processo legal e sob o crivo do contraditório.** [...] (STJ, HC 386428/

SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª Turma, julgamento em 04.05.2017, DJe 09.05.2017)

[...] 2. **O depoimento dos policiais prestado em juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do paciente, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade das testemunhas, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, fato que não ocorreu no presente caso [...]** (STJ, HC 165561/AM, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª Turma, julgamento em 02.02.2016, DJe 15.02.2016)

[...] 3. **Esta Corte possui entendimento pacífico no sentido de que o depoimento de policiais constitui meio de prova idôneo a dar azo à condenação, principalmente quando corroborada em juízo, circunstância que afasta a alegação de sua nulidade. [...]** (STJ, HC 320182/RS, Rel. Min. Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJPE), 5ª Turma, julgamento em 23.06.2015, DJe 03.08.2015)

[...] 2. **Conforme entendimento desta Corte, o depoimento de policiais responsáveis pela prisão em flagrante do acusado constitui meio de prova idôneo a embasar o édito condenatório, mormente quando corroborado em Juízo, no âmbito do devido processo legal. Precedentes. [...]** (STJ, HC 271616/BA, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª Turma, julgamento em 15.10.2013, DJe 23.10.2013)

[...] 4. **Conforme entendimento desta Corte, o depoimento de policiais responsáveis pela prisão em flagrante do acusado constitui meio de prova idôneo a embasar o édito condenatório, mormente quando corroborado em Juízo, no âmbito do devido processo legal. [...]** (STJ, HC 217475/DF, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª Turma, julgamento em 18.10.2011, DJe 09.11.2011)

Demais disso, não há nenhuma irregularidade no reconhecimento dos réus pelas vítimas, eis que o reconhecimento através de fotos, levado a efeito na delegacia de polícia, foi, posteriormente,

ratificado em Juízo, sendo que, apenas para ilustrar, destaco que a eventual inobservância das formalidades previstas no art. 226 do CPP, relativamente ao reconhecimento, não enseja qualquer vício ou nulidade, na medida em que, consoante o entendimento do STJ, o reconhecimento pessoal, ainda que realizado de forma diversa da prevista no referido dispositivo, é válido, servindo as disposições do art. 226 do CPP como mera recomendação e não como exigência.

Acerca do assunto, colaciono os seguintes julgados:

[...] 2. **É pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que é legítimo o reconhecimento pessoal ainda quando realizado de modo diverso do previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, servindo o paradigma legal como mera recomendação (RHC 67.675/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, DJe 28/03/2016, entre outros).** [...] (STJ, HC 368540/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, julgamento em 16.08.2018, DJe 24.08.2018)

[...] 3. **Esta Corte Superior de Justiça firmou o entendimento no sentido de que as disposições insculpidas no artigo 226 do Código de Processo Penal configuram uma recomendação legal, e não uma exigência, cuja inobservância não enseja a nulidade do ato. Precedentes.** [...] (STJ, RHC 94292/PA, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª Turma, julgamento em 14.08.2018, DJe 22.08.2018)

[...] III - **É pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que é legítimo o reconhecimento pessoal ainda quando realizado de modo diverso do previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, servindo o paradigma legal como mera recomendação** [...] (STJ, HC 443769/SP, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª Turma, julgamento em 12.06.2018, DJe 15.06.2018)

[...] 5. **A jurisprudência desta Corte é firme no sentido que as disposições insculpidas no art. 226 do CPP configuram mera recomendação legal, e não uma exigência, porquanto**

**não se comina a sanção da nulidade quando praticado o reconhecimento pessoal de modo diverso.** [...] (STJ, HC 417291/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª Turma, julgamento em 03.04.2018, DJe 09.04.2018)

De mais a mais, é nítida a ocorrência do concurso formal no caso em apreço, vez que, mediante uma única ação, houve a subtração de bens de duas vítimas, a ensejar a aplicação da regra prevista no art. 70 do CP.

Nesse sentido, os seguintes arestos:

[...] - **É assente nesta Corte Superior que o roubo perpetrado contra diversas vítimas, ainda que ocorra em um único evento, configura o concurso formal e não o crime único, ante a pluralidade de bens jurídicos tutelados ofendidos.** [...] (STJ, HC 438443/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, julgamento em 18.09.2018, DJe 28.09.2018)

PENAL. PROCESSO PENAL. ROUBO MAJORADO. APELAÇÃO. ATENUANTE DA CONFISSÃO. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. CONCURSO FORMAL. SUBTRAÇÃO DE BENS PERTENCENTES A VÍTIMAS DIVERSAS EM UM MESMO CONTEXTO FÁTICO.

1. Condenado às penas de 6 (seis) anos, 11 (onze) meses e 3 (três) dias de reclusão e 15 (quinze) dias-multa pelo prática de dois roubos em concurso formal, o réu Francisco Pinheiro da Silva interpôs recurso de apelação, pugnando pela fixação da pena do acusado no mínimo legal e pelo afastamento da causa de aumento atinente ao concurso formal (fls. 163/168). 2. Fulcrado na jurisprudência do Superior Tribunal do Justiça e no art. 67 do Código Penal, a defesa requer a devida compensação da circunstância atenuante da confissão com a agravante da reincidência, o que deve prosperar, porquanto, a confissão espontânea resulta da personalidade do acusado, consistindo, assim como a reincidência, em circunstância preponderante, nos termos do art. 67 do CPB. 3. Portanto, ante a compensação das referidas circunstâncias, mantém-se a pena provisória no mesmo

patamar fixado na primeira etapa, qual seja, 4 (quatro) anos e 9 (nove) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa, não sendo possível atender o pleito de redução para o mínimo legal ante o reconhecimento, pelo juízo a quo, dos maus antecedentes na primeira fase e da reincidência na segunda.

**4. Quanto ao pleito de afastamento da majorante relativa ao concurso formal, tem-se que não merece prosperar, uma vez que, conforme delineado na sentença, houve subtração de bens de duas vítimas mediante uma única ação, situação que autoriza a aplicação da causa de aumento prevista no art. 70 do Código Penal, não havendo porque se falar em crime único ante a violação de patrimônios distintos.**

5. Desse modo, mantém-se o reconhecimento da majorante do concurso formal de crimes na fração fixada na origem (1/6), ficando a pena definitiva redimensionada de 6 (seis) anos, 11 (onze) meses e 3 (três) dias de reclusão e 15 (quinze) dias-multa para 5 (cinco) anos, 6 (seis) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e 13 (treze) dias-multa. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (TJCE, Apelação Criminal 0152646-91.2016.8.06.0001, Rel. Des. Mário Parente Teófilo Neto, 1ª Câmara Criminal, julgamento em 31.07.2018)

APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO MAJORADO. CONCURSO FORMAL DE CRIMES. DIVERSIDADE DE VÍTIMAS. PATRIMÔNIO DISTINTOS. CONFIGURAÇÃO. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

**1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça alinhou-se no sentido de que a subtração de patrimônios distintos num mesmo contexto fático enseja o concurso formal no delito de roubo.**

**2. Na hipótese, inviável o acolhimento da tese de crime único, uma vez que a instância a quo, com base nas provas colhidas nos autos, entendeu pela configuração do concurso formal de crimes, consignando expressamente que foi violado o patrimônio de mais de uma vítima.**

3. Recurso conhecido e improvido. (TJCE, Apelação Criminal 0067263-82.2015.8.06.0001, Rel. Des. Haroldo Correia de Oliveira Máximo, 2ª Câmara Criminal, julgamento em 06.12.2017)

Passo a examinar, de ofício, a dosimetria da pena.

O Juiz *a quo* apontou as seguintes razões para negativar os quesitos “culpabilidade”, “antecedentes”, “conduta social”, “personalidade do agente”, “motivos” e “circunstâncias” e fixar as penas-bases dos Recorrentes em 6 (seis) anos e 6 (seis) meses de reclusão (a pena varia de 4 a 10 anos):

- a) culpabilidade – é patente;
- b) antecedentes – são reincidentes;
- c) conduta social – reprovável, uma vez que não se pode classificar de outra forma a ameaça à integridade física de outrem para subtrair patrimônio alheio;
- d) personalidade do agente – não demonstraram arrependimento por terem cometido o crime em tela e não confessaram a prática do delito em discussão;
- e) motivos – não há qualquer justificativa plausível para a ação delituosa dos acusados;
- f) circunstâncias – são desfavoráveis.

Os motivos apresentados pelo Magistrado de 1º Grau não justificam a negatização dos quesitos “culpabilidade”, “conduta social”, “personalidade do agente”, “motivos” e “circunstâncias”, seja porque são vagos, seja porque não são jurisprudencialmente aceitos, seja porque estão inseridos no próprio tipo penal.

Nesse diapasão, os seguintes julgados:

[...] 1. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que a pena-base não pode ser fixada acima do mínimo legal com fundamento em elementos constitutivos do crime ou com base em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva para justificar a sua exasperação. [...] (STJ, AgRg no REsp 1726444/TO, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, julgamento em 11.09.2018, DJe 21.09.2018)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. CRIME PREVISTO NOS ARTS 12 E 14, C/C ART. 18, INC. I, DA LEI N. 6.368/76. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CULPABILIDADE. MOTIVOS E CONSEQUÊNCIAS

**DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO VAGA, GENÉRICA E ÍNSITA AO TIPO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. I - A jurisprudência pátria, em obediência aos ditames do art. 59 do Código Penal e do art. 93, IX da Constituição Federal, é firme no sentido de que a fixação da pena-base deve ser fundamentada de forma concreta, idônea e individualizada, não sendo suficientes referências a conceitos vagos e genéricos, máxime quando ínsitos ao próprio tipo penal. II - Não constitui fundamento idôneo à majoração da pena-base o simples fato de a culpabilidade estar evidenciada “diante da fortíssima reprovação social incidente sobre a conduta do réu que plenamente consciente da ilicitude de seu comportamento, poderia ter se conduzido na conformidade da lei”. O mesmo ocorre com os motivos do crime, uma vez que o intuito de lucro fácil é ínsito ao tipo penal de tráfico e associação para o tráfico, bem como as consequências do delito que se baseou na menção ao dano à saúde pública. Precedentes. Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no HC 410956/MA, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª Turma, julgamento em 07.06.2018, DJe 13.06.2018)**

[...] 3. Nesse contexto, a exasperação da pena deve estar fundamentada em elementos concretos extraídos da conduta imputada ao acusado, os quais devem desbordar dos elementos próprios do tipo penal. Assim, meras alusões à gravidade em abstrato do delito, à potencial consciência da ilicitude, ao perigo da conduta, à busca do lucro fácil e a outras generalizações sem lastro em circunstâncias concretas não podem ser utilizados para aumentar a pena-base. Precedentes. [...] (STJ, HC 353839/PB, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, julgamento em 02.06.2016, DJe 08.06.2016)

Por outro lado, foi correta a negatificação do quesito “antecedentes”, pois ambos os Apelantes são reincidentes, a saber, Edglebson da Silva Cruz, conforme o processo de execução de nº 0065339-17.2007.8.06.0001 (2ª Vara de Execução Penal da comarca de Fortaleza/CE – processo de nº 0000807-22.2004.8.06.0136, delito em 22.07.2004 e trânsito em julgado em 22.05.2007) e Raimundo Pereira de Brito Filho, conforme o processo

de execução de nº 0764651-67.2014.8.06.0001 (3ª Vara de Execução Penal da comarca de Fortaleza/CE – processo de nº 0168166-33.2012.8.06.0001, delito em 09.07.2012 e trânsito em julgado em 07.05.2014).

Levando em conta as peculiares do caso concreto, notadamente a negatização de apenas um quesito (“antecedentes”), as penas-bases devem ser fixadas em patamar próximo ao mínimo legal, vale dizer, em 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

Considerando que o delito foi praticado com o uso de arma e em concurso de pessoas, correta a elevação das penas em 1/3 (a saber, 1 ano e 6 meses), resultando em 6 (seis) anos de reclusão.

Tendo em vista o concurso formal, acertada a majoração da pena em 1/6 (a saber, 1 ano), nos termos do art. 70 do CP.

Assim sendo, fixo em 7 (sete) anos de reclusão a pena de cada um dos Recorrentes.

O regime inicial de cumprimento da pena deve ser o fechado, eis que, conquanto a pena, para cada um, seja de 7 (sete) anos de reclusão, há circunstância judicial desfavorável aos Apelantes (negatização do item “antecedentes”), o que, inclusive, acarretou a fixação das penas-bases acima do mínimo legal, estando justificada, dessa forma, a imposição do regime inicialmente fechado, aplicando-se ao caso o art. 33, §§ 2º e 3º, do CP, *ipsis litteris*:

Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

[...]

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

- a) **o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;** (grifei)
- b) **o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;** (grifei)

**c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto. (grifei)**

**§ 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código. (grifei)**

Acrescento, ainda, que, como se observa do texto do art. 33, § 2º, b e c, do CP, preenchidas as condições estabelecidas nos dispositivos, o condenado poderá (e não deverá) cumprir a pena em regime inicialmente semiaberto ou aberto, tendo em vista que o regime inicial de cumprimento da pena será definido com base nos critérios previstos no art. 59 do CP (“o juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”), tendo já decidido o STJ que “a fixação da pena-base acima do mínimo legal, aliada à reprimenda definitiva imposta (superior a 4 anos) justificam, por si só, a imposição do regime inicial fechado, nos termos dos arts. 33, § 3º e 59, do Código Penal” (STJ, AgRg no HC 417491/MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª Turma, julgamento em 19.10.2017, DJe 27.10.2017), caso dos autos.

Sobre o tema, trago à baila os seguintes arestos:

AGRAVO REGIMENTAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. FALTA DE CABIMENTO. SENTENÇA. REGIME INICIAL. PENA DEFINITIVA SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. REPRIMENDA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REGIME INICIAL FECHADO QUE SE IMPÕE (ART. 33, § 3º C/C O 59, DO CP). CONSTRANGIMENTO ILEGAL CAPAZ DE JUSTIFICAR O PROCESSAMENTO DO PEDIDO. AUSÊNCIA.

1. Deve ser mantida a decisão monocrática em que se indefere liminarmente o *writ*, substitutivo de recurso especial, quando não evidenciado constrangimento ilegal na imposição

do regime inicial fechado de expiação. 2. **A fixação da pena-base acima do mínimo legal, aliada à reprimenda definitiva imposta (superior a 4 anos) justificam, por si só, a imposição do regime inicial fechado, nos termos dos arts. 33, § 3º e 59, do Código Penal. Precedente.** 3. Agravo regimental improvido. (STJ, AgRg no HC 417491/MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª Turma, julgamento em 19.10.2017, DJe 27.10.2017)

PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO. ROUBO MAJORADO EM CONCURSO FORMAL. PLEITO DE REDIMENSIONAMENTO DA SANÇÃO CORPORAL. ACOLHIMENTO. MANUTENÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.

1. FRANCISCO ANIOLANIO SOUZA PENA, condenado à sanção de 10 (dez) anos, 06 (seis) meses e 28 (vinte e oito) dias de reclusão e MARCELO DE SOUSA SANTOS, condenado à pena de 09 (nove) anos e 08 (oito) dias de reclusão, por infração ao disposto no art. 157, §2º, I e II c/c art. 70, todos do Código Penal, interpuseram os presentes apelos requerendo, em síntese, o redimensionamento da pena-base; o reconhecimento e aplicação do concurso formal na fração de 1/5; a fixação do regime semiaberto e a concessão do direito de recorrer em liberdade. Marcelo de Sousa Santos requer, ainda, a aplicação das atenuantes de confissão espontânea e menoridade relativa na fração de 1/6, bem como a exclusão da majorante do emprego de arma de fogo. 2. Adentrando ao mérito recursal, tem-se que o julgador, ao dosar a pena-base dos recorrentes às fls. 105/107, entendeu como desfavoráveis os vetores “culpabilidade”, “antecedentes”, “conduta social” e “circunstâncias do crime” para o réu Francisco Aniolanio e os vetores da “culpabilidade”, “conduta social” e “circunstâncias do crime” para o acusado Marcelo de Sousa. 3. Decota-se o traço negativo atribuído aos vetores “culpabilidade”, “antecedentes” e “conduta social”, pois a fundamentação apresentada pelo juízo de piso mostrou-se inidônea. 4. Em giro diverso, mantém-se o desvalor atribuído às “circunstâncias do crime”, pois tendo sido reconhecidas duas majorantes (emprego de arma e concurso de agentes), pode uma delas ser utilizada

para elevar a basilar e a outra ser analisada na 3ª fase da dosimetria, sem que isto configure *bis in idem*. Precedentes.

5. Assim, remanescendo traço desfavorável sobre apenas um dos vetores do art. 59 do Código Penal, fica a pena-base redimensionada para o montante de 04 (quatro) anos e 09 (nove) meses de reclusão para ambos os réus.

6. Na 2ª fase da dosimetria, foi reconhecida a atenuante de confissão espontânea em favor dos dois acusados, bem como a de menoridade relativa em relação a Marcelo de Sousa. Deve ser mantido o reconhecimento, porém se faz necessário atenuar as reprimendas ao patamar mínimo de 04 (quatro) anos de reclusão, considerando o princípio da hierarquia das fases e o teor do enunciado sumular nº 231 do STJ.

7. Na 3ª fase, deve ser mantido o aumento de 1/3 em razão da presença da majorante do emprego de arma, ficando a pena dos acusados, neste momento, no patamar de 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão.

8. Ainda na 3ª fase, a reprimenda foi elevada em 2/5 pela incidência do concurso formal. Ocorre que tal fração merece ser reformada para 1/5, conforme precedentes do STJ, vez que foram praticados três crimes de roubo.

9. Desta feita, fica a pena de FRANCISCO ANIOLÂNIO SOUZA PENA redimensionada de 10 (dez) anos, 06 (seis) meses e 28 (vinte e oito) dias de reclusão para 06 (seis) anos, 04 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão e a de MARCELO DE SOUSA SANTOS redimensionada de 09 (nove) anos e 08 (oito) dias de reclusão para 06 (seis) anos, 04 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão. Fica também diminuída a pena de multa para o montante de 15 (quinze) dias-multa.

10. **Mantém-se o regime inicial de cumprimento de pena no fechado, pois ainda que a pena tenha restado fixada em montante inferior a 08 (oito) anos, tem-se que a presença de circunstância judicial negativa autoriza a imposição do regime mais gravoso, nos termos do art. 33, §§2º e 3º do Código Penal.**

11. Deixa-se de conceder aos réus o direito de recorrer em liberdade, pois consoante disposto na sentença os mesmos ficaram segregados durante toda a instrução criminal, já que permaneciam incólumes os fundamentos que ensejaram o ergástulo, tudo em conformidade com o entendimento do STJ. Precedentes. RECURSOS CONHECIDOS E

PARCIALMENTE PROVIDOS. (TJCE, Apelação Criminal 0107111-42.2016.8.06.0001, Rel. Des. Mário Parente Teófilo Neto, 1ª Câmara Criminal, julgamento em 31.07.2018)

REVISÃO CRIMINAL - AUSÊNCIA DAS HIPÓTESES DO ART. 621 DO CPP - REEXAME DE PEDIDO JÁ JULGADO - IMPOSSIBILIDADE - REGIME PRISIONAL - CRIME HEDIONDO - IMPOSIÇÃO ABSTRATA DO REGIME FECHADO AFASTADA PELO PLENO DO STF - OBSERVÂNCIA DA REGRA DO ART. 33 DO CPB - CIRCUNSTÂNCIAS QUE NÃO AUTORIZAM O ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL, O QUAL FICA MANTIDO.

- Impossível deferir pedido de revisão que já foi devidamente julgado e que não foi proposto com base em qualquer das hipóteses do art. 621 do CPP. - **Diante da mais recente orientação jurisprudencial, deve-se analisar o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade conforme a regra geral do art. 33 do CPB. - Ainda que seja o réu tecnicamente primário e a pena privativa de liberdade imposta não superior a 8 anos, possível é a fixação do regime fechado, se não lhe são as circunstâncias judiciais de todo favoráveis.** (TJMG, Revisão Criminal 0124574-05.2016.8.13.0000, Rel. Des. Catta Preta, 1º Grupo de Câmaras Criminais, julgamento em 12.06.2017)

Diante do exposto, conheço da Apelação Criminal interposta, mas para negar-lhe provimento e, de ofício, fixo em 7 (sete) anos de reclusão a pena de cada um dos Apelantes, mantendo, no mais, a sentença combatida.

É como voto.

Fortaleza, 29 de janeiro de 2019.

PROCESSO: 0106594-58.2015.8.06.0167 - APELAÇÃO

APELANTE: S. F. S.

APELADO: M. P. DO E. DO C.

CUSTOS LEGIS: M. P. E.

RELATOR: DESEMBARGADOR HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA  
MÁXIMO

**EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIME. CRIME DE LESÃO CORPORAL EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. CONDENAÇÃO. MÉRITO. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA. IMPROVIMENTO.**

Diferentemente do arrazoado pela Defesa, a ofendida foi devidamente ouvida na fase instrutória processual, oportunidade na qual reiterou, com coerência e segurança, o relato das agressões sofridas. O resultado do exame de corpo de delito de fl. 54 embasa totalmente as palavras da vítima, referindo-se a lesões no braço e na face, as mesmas regiões indicadas pela ofendida como alvo das agressões. A filha do ex-casal descreve com precisão a dinâmica dos fatos e informa que o Apelante passou a agredir sua mãe após esta desferir-lhe uma “mãozada”. Ainda que se considere a conduta da vítima determinante para as agressões posteriores, não se restringiu o Apelante a desferir um único golpe ou mesmo a se retirar do recinto, mas, de forma totalmente desproporcional e excessiva, deu socos no braço e no rosto da mulher, derrubando-a no chão e puxando seus cabelos, em ação que continuou mesmo quando não mais necessária. Não há que

reconhecer a reciprocidade das ofensas físicas ou a excludente de ilicitude do art. 25 do Código Penal.  
RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.  
SENTENÇA MANTIDA.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, ACORDAM os Desembargadores integrantes da Turma julgadora da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, em conhecer do recurso, negando-lhe provimento, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 13 de março de 2019.

## RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta por Sebastião Fernandes Silva contra sentença da lavra do Juízo da 3ª Vara Criminal da Comarca de Sobral/CE (fls. 82/86), o qual o condenou à pena de 03 (três) meses de detenção, pela prática do crime descrito no art. 129, §9º, do Código Penal, substituindo-a por prestação de serviços à comunidade.

No recurso de apelação (fls. 94/95 – 99/104), a Defesa pretende a absolvição do Recorrente, argumentando não existirem provas suficientes para a condenação e pugnando pela aplicação do preceito *in dubio pro reo*. Aduz que a vítima não foi ouvida em Juízo e que as ofensas físicas foram recíprocas.

O Ministério Público ofertou contrarrazões às fls. 108/111, requerendo a improcedência da irrisignação recursal e a manutenção da sentença penal condenatória em sua integralidade.

Em parecer de fls. 121/126, a douta Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo improvimento do recurso.

É o breve relato.

Fortaleza, 13 de março de 2019.

## VOTO

Há de se dizer, de logo, que o recurso atende aos requisitos de admissibilidade, merecendo o pretendido conhecimento.

Passo à análise da insurgência.

Após detida análise dos autos, tenho que não merece prosperar o inconformismo do Recorrente, mostrando-se a sentença inteiramente irretocável.

Segundo a denúncia, amparada no incluso inquérito policial, no dia 07 de novembro de 2015, o Apelante agrediu fisicamente a sua esposa, a Sra. Rosa Duarte Monção, ao aplicar-lhe socos no rosto e no braço direito, além de puxar-lhe os cabelos, causando-lhe lesões corporais.

Finda a fase instrutória, a materialidade e autoria do delito de lesão corporal em situação de violência doméstica resultaram comprovadas principalmente no exame de corpo de delito de fl. 54 e nas declarações da vítima e da sua filha, prestadas em total consonância em ambas as fases da persecução criminal.

Perante a Autoridade Policial, informa a Sra. Rosa Duarte Monção:

“Que nesta tarde o acusado mais uma vez chegou em casa embriagado e alterado, tendo passado a discutir e agredir a declarante. **Que a declarante foi agredida com murros na face, braço direito, além de puxões de cabelo.**” (grifei)

Diferentemente do arrazoado pela Defesa, a ofendida foi devidamente ouvida na fase instrutória processual, oportunidade na qual reiterou, com coerência e segurança, o relato das agressões sofridas:

“Ela já vinha o dia e a noite bêbado, chegou em casa e me convidou para a seresta. Ele já tinha passado o dia todinho bêbado. Eu tava debaixo do alpendre com a minha filha, com os pés na moto. Ele me chamou de vagabunda. ‘Tu não quer

ir mais eu não, né, vagabunda?’ Eu disse que não ia porque ele estava bêbado. Ele disse ‘E a menina?’. A menina não dirigia. Eu entrei pra dentro de casa e **ele me agrediu com um soco no rosto. Me agrediu, me derrubou no chão, me bateu muito, me deixou toda roxa.** Quem me socorreu foi minha filha, Leandra, e a vizinha. Nesse dia, se não fossem elas, ele teria me matado. [...]” (grifei)

O resultado do exame de corpo de delito de fl. 54 embasa totalmente as palavras da vítima, referindo-se a lesões no braço e na face, as mesmas regiões indicadas pela ofendida como alvo das agressões: *“Equimoses de tom esverdeado no terço médio e terço distal do **braço direito**; equimose de tom vermelho claro na **região zigomática direita da face.**”* (grifei)

Outrossim, na hipótese, há testemunha ocular dos fatos, a Sra. Leandra Monção Silva, filha da ofendida e do Apelante, que aduz em Juízo:

“Ele chegou em casa bêbado, chamando a mãe pra sair e queria que eu levasse eles dois. Ele achou ruim que ela não queria sair com ele bêbado. Nem eu também, podia nós cair, nós dois ou nós três. Ele ficou com raiva, entrou. Voltou e começou a dizer as coisas com ela. Ele bateu na moto e ela achou ruim. Nessa hora ela entrou e começou a brigar com ele. Ela deu uma mãozada nele e ele revidou. Foi nessa hora que começou a briga, eu pensava que ele não ia revidar. Sempre que a mãe bate nele, ele não revida, mas dessa vez ele revidou. **Ele puxou cabelo, deu um murro nela. Ela ficou com braço roxo e já tava com bursite no braço e não podia mexer muito. Ficou com o rosto roxo e inchado também.**” (grifei)

A filha do ex-casal descreve com precisão a dinâmica dos fatos e informa que o Apelante passou a agredir sua mãe após esta desferir-lhe uma “mãozada”.

Em que pese o pleito defensivo pela reciprocidade das ofensas físicas, está clara a ocorrência, na verdade, de excesso de legítima defesa, vez que não houve agressões simultâneas, nem uso moderado dos meios necessários para repelir a única e anterior “mãozada”.

Ainda que se considere a conduta da vítima determinante para as agressões posteriores, não se restringiu o Apelante a desferir um único golpe ou mesmo a se retirar do recinto, mas, de forma totalmente desproporcional e excessiva, deu socos no braço e no rosto da mulher, derrubando-a no chão e puxando seus cabelos, em ação que continuou mesmo quando não mais necessária.

Portanto, não há que reconhecer a reciprocidade das ofensas físicas ou a excludente de ilicitude do art. 25 do Código Penal.

O Recorrente, em interrogatório perante a Autoridade Judicial, não nega haver perpetrado as agressões:

“Eu não posso confirmar porque nesse dia eu tava bêbado demais. Não lembro. Vim dar em si quando já tava preso. Confirma que é possível que tenha acontecido, mas não se recorda.”

Dessa feita, cumpre reconhecer que a sentença foi exarada com acerto, fincada nos inequívocos e robustos elementos de prova dos autos, não havendo dúvidas de que o Recorrente ofendeu a integridade corporal de sua esposa, em situação de violência doméstica, o que decerto configura o delito previsto no art. 129, §9º, do Código Penal.

Inexistindo dúvida, não há que falar em *in dubio pro reo*.

No que tange à censura penal imposta, houve por bem o sentenciante substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ao arrepio da interdição expressa do art. 44, I, do Código Penal. Sem embargo, antes a ausência de recurso da acusação e a vedação da *reformatio in pejus*, deve-se manter a reprimenda consoante fixada em sentença.

Isso posto, é o presente para tomar conhecimento do recurso e para lhe **negar provimento**, mantendo-se a sentença recorrida em todos os seus termos..

Fortaleza, 13 de março de 2019.

PROCESSO: 0108845-20.2015.8.06.0112 – APELAÇÃO

APELANTE: RONILSON GALDINO GOMES

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ

RELATOR: DES. HENRIQUE JORGE HOLANDA SILVEIRA

**EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS, LESÃO CORPORAL LEVE E RESISTÊNCIA. DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS EFETIVAMENTE PERPETRADO. CONFISSÃO EM RELAÇÃO AOS CRIMES DE LESÃO CORPORAL LEVE E DE RESISTÊNCIA. INAPLICABILIDADE DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. EXISTÊNCIA DE OUTROS PROCESSOS POR HOMICÍDIO E POR TRÁFICO DE DROGAS. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. DOSIMETRIA. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. ADEQUADA APLICAÇÃO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO EM RELAÇÃO AOS DELITOS DE LESÃO CORPORAL LEVE E DE RESISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE APLICAÇÃO DA ATENUANTE DA MENORIDADE RELATIVA. REGIME INICIALMENTE FECHADO EM RELAÇÃO AO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.**

1. Em verdade, diferentemente do que sustenta o Apelante, depoimentos testemunhais prestados por policiais militares, na delegacia de polícia, os quais foram, posteriormente, ratificados em Juízo, deixam bem claro que a droga estava na casa do Recorrente.

2. Assim sendo, o acervo probatório constante dos autos evidencia que o Recorrente, que afirmou, na delegacia de polícia, não ser usuário de drogas (fls. 18/19), mantinha em sua casa substâncias entorpecentes (56 gramas de maconha e 14 gramas de cocaína, conforme documentos de fls. 09, 25 e 24 e laudos periciais de fls. 81 e 100), de tal sorte que restou devidamente comprovada a prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006 (tráfico de drogas), na modalidade ter em depósito ou guardar, além dos crimes de lesão corporal leve (art. 129, *caput*, do CP) e de resistência (art. 329 do CP), os quais foram confessados pelo Apelante, cabendo destacar que não deve ser aplicado à hipótese dos autos o art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, vez que o Recorrente se dedica a atividades delituosas, na medida em que responde a processo por homicídio e a outro processo por tráfico de drogas (números 0058875-85.2014.8.06.0112 e 0059107-97.2014.8.06.0112, respectivamente), o que, inclusive, foi declarado pelo próprio Apelante na delegacia de polícia (fls. 18/19).

3. É oportuno salientar que o entendimento do STJ é no sentido de que os depoimentos prestados por policiais são válidos, notadamente quando corroborados em Juízo, cabendo à defesa demonstrar a imprestabilidade dos depoimentos, o que não ocorreu na espécie.

4. Diferentemente do que afirma o Apelante, o Juiz *a quo* não levou em conta, para agravar a pena-base, a existência de ações penais em curso (utilizando-as, em verdade, para justificar

a necessidade da manutenção da prisão preventiva do Recorrente, o que é possível, nos termos da Súmula 52 do TJCE), sendo certo que a Súmula 444 do STJ impede a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para o agravamento da pena-base.

5. Na espécie, o Magistrado de 1º Grau fixou a pena-base do delito de lesão corporal leve (art. 129, *caput*, do CP) em 6 (seis) meses de detenção, reduzindo-a, em decorrência da confissão, para 4 (quatro) meses de detenção e, novamente, elevando-a para 6 (seis) meses de detenção, em virtude do art. 70 do CP (concurso formal), variando a pena para o referido delito entre 3 (três) meses e 1 (um) ano de detenção.

6. Relativamente ao crime de resistência (art. 329 do CP), o Juiz *a quo* fixou a pena-base em 1 (um) ano de detenção, reduzindo-a para 7 (sete) meses por força da confissão, variando a pena para o citado delito entre 2 (dois) meses e 2 (dois) anos de detenção.

7. No que diz respeito ao crime de tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006), o Magistrado de 1º Grau fixou a pena-base em 8 (oito) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, variando a pena para o referido crime entre 5 (cinco) e 15 (quinze) anos de reclusão e entre 500 (quinhentos) e 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

8. O Recorrente lesionou, com bastante violência, os policiais militares, havendo, inclusive, ocorrido inchaço nos locais atingidos, além do que o Apelante somente foi imobilizado e detido depois

de muita luta corporal, cabendo salientar, ainda, a diversidade/quantidade da droga encontrada na casa do Apelante (56 gramas de maconha e 14 gramas de cocaína), bem como o apetrecho (balança de precisão), acompanhado por caderneta com anotações de valores, elementos que indicam que o crime de tráfico de drogas era praticado de maneira organizada, de modo que as penas-base foram corretamente fixadas um pouco acima dos mínimos legais, considerando a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao Recorrente.

**9.** No que se refere ao pedido de reconhecimento da atenuante da confissão, o Juiz *a quo*, expressa e adequadamente, reduziu as penas dos delitos de lesão corporal leve e de resistência, em virtude da confissão (art. 65, III, d, do CP), não devendo a atenuante, todavia, ser utilizada em relação ao crime de tráfico de drogas, pois não houve confissão em relação a esse delito, havendo o Apelante, na delegacia de polícia, reconhecido que xingou e agrediu os policiais, ao tempo em que afirmou não saber explicar a origem da droga nem da balança de precisão que foram encontradas na casa dele e que não era usuário (fls. 18/19), sendo que, em Juízo, o Recorrente permaneceu em silêncio, não carecendo de nenhum reparo, nesse ponto, o *decisum* fustigado.

**10.** Por outro lado, o Juiz *a quo* não levou em consideração o fato de o Recorrente ser menor de 21 (vinte e um) anos de idade à época do fato criminoso, tendo em vista que ele nasceu em 19.06.1995 (conforme documento de identidade

de fls. 21) e os delitos ocorreram em 18.09.2015, circunstância que faz incidir a aplicação da atenuante da menoridade relativa, prevista no art. 65, I, do CP.

11. Embora o Código Penal não defina o *quantum* a ser reduzido, por força da circunstância atenuante, entende a jurisprudência, inclusive a do STJ, que é razoável a razão de 1/6 (um sexto) a incidir sobre a pena-base, relativamente às circunstâncias atenuantes ou agravantes.

12. Na hipótese dos autos, a pena-base do delito de lesão corporal leve (art. 129, *caput*, do CP) foi fixada em 6 (seis) meses de detenção e, posteriormente, reduzida para 4 (quatro) meses de detenção em decorrência da confissão, pena que deve ser minorada, em razão da menoridade relativa, para 3 (três) meses de detenção e, por força do concurso formal (art. 70 do CP), deve a pena ser elevada para 4 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de detenção, em regime inicialmente aberto.

13. Em relação ao crime de resistência (art. 329 do CP), a pena-base foi fixada em 1 (um) ano de detenção e reduzida para 7 (sete) meses por força da confissão, pena que deve ser minorada, em virtude da menoridade relativa, para 5 (cinco) meses e 15 (quinze) dias de detenção, em regime inicialmente aberto.

14. No que diz respeito ao crime de tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006), a pena-base foi fixada em 8 (oito) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, devendo a pena ser reduzida, por força da menoridade relativa,

para 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, cabendo destacar que a pena pecuniária não deve ser reduzida, vez que já foi fixada no mínimo legal, em regime inicialmente fechado.

**15.** Por fim, deve ser mantido, em relação ao crime de tráfico de drogas, o regime inicialmente fechado de cumprimento da pena, vez que, embora a pena tenha sido fixada, em virtude da atenuante da menoridade relativa, em montante inferior a 8 (oito) anos, há, conforme já mencionado anteriormente, circunstâncias judiciais desfavoráveis, as quais autorizam o regime mais gravoso, aplicando-se ao caso o art. 33, §§ 2º e 3º do CP.

**16.** Acrescento, ainda, que, como se observa do texto do art. 33, § 2º, b e c, do CP, preenchidas as condições estabelecidas nos dispositivos, o condenado poderá (e não deverá) cumprir a pena em regime inicialmente semiaberto ou aberto, tendo em vista que o regime inicial de cumprimento da pena será definido com base nos critérios previstos no art. 59 do CP (“o juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”), nos moldes do que prescreve o art. 33, § 3º, do CP, antes mencionado, tendo já decidido o STJ que “a fixação da pena-base acima do mínimo legal, aliada à reprimenda definitiva imposta (superior a

4 anos) justificam, por si só, a imposição do regime inicial fechado, nos termos dos arts. 33, § 3º e 59, do Código Penal” (STJ, AgRg no HC 417491/MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª Turma, julgamento em 19.10.2017, DJe 27.10.2017), caso dos autos.

17. Apelação Criminal conhecida e parcialmente provida.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará em dar parcial provimento à Apelação Criminal, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 25 de setembro de 2018.

## RELATÓRIO

Cuida-se de Apelação Criminal manejada por Ronilson Galdino Gomes, adversando a sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara Criminal da comarca de Juazeiro do Norte/CE que o condenou nas penas do art. 129, *caput*, do CP (duas vezes), na forma do art. 70 do CP, do art. 329 do CP e do art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, absolvendo-o dos delitos tipificados no art. 331 do CP e no art. 15 da Lei 10.826/2003.

Narra a denúncia (fls. 02/04) que, em 18.09.2015, policiais militares receberam a informação sobre um homicídio ocorrido na Rua Francisco Martins de Sousa, Bairro Mutirão, Juazeiro do Norte/CE, sendo que, enquanto aguardavam a chegada do rabeção para recolher o corpo da vítima Eneildo Galdino Gomes, o Apelante passou pelo local em uma moto e efetuou 6 (seis) disparos em via pública e, após alguns minutos, voltou ao local, arrancou o cordão de isolamento e começou a puxar o corpo que estava no chão, dizendo que era o seu irmão, havendo os policiais ordenado

que o Recorrente se afastasse dali, momento em que ele começou a proferir ofensas contra os policiais, resistindo ao ato legal, e, quando estes lhe deram voz de prisão e dele se aproximaram, o Apelante utilizou o capacete para lesionar os policiais Luis Roberto Alencar Marçal e Arilo Almeida Seabra, acertando-lhes as mãos, havendo, ainda, arremessado tijolo que atingiu a testa do policial Arilo Almeida Seabra, constando da delação, demais disso, que, como a arma utilizada para efetuar os disparos não foi encontrada, os policiais foram até a casa do Recorrente, local onde encontraram 56 (cinquenta e seis) gramas de maconha, 14 (catorze) gramas de cocaína, balança de precisão e uma caderneta com várias anotações, apreendendo, outrossim, motocicleta cor preta, aparelho celular e um coldre cor marrom.

Ao final da exordial acusatória, o *Parquet* requereu a condenação do Apelante nas tenazes do art. 129, *caput*, do art. 329 e do art. 331, todos do CP, do art. 15 da Lei 10.826/2003 e do art. 33 da Lei 11.343/2006.

Adoto, no mais, o relatório da sentença de fls. 129/133, *decisum* que fixou a pena do réu Ronilson Galdino Gomes em 6 (seis) meses de detenção pelo crime do art. 129, *caput*, do CP *c/c* o art. 70 do CP, em regime inicialmente aberto, em 7 (sete) meses de detenção pelo delito do art. 329 do CP, em regime inicialmente aberto, e em 8 (oito) anos de reclusão pelo crime do art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, em regime inicialmente fechado, além de 500 (quinhentos) dias-multa, tendo sido cada dia-multa arbitrado em R\$ 35,00 (trinta e cinco) reais.

Em suas razões recursais (fls. 147/156), o Apelante aduz, em sinopse, que:

a) não há provas no sentido de que praticou o crime de tráfico de drogas, o que impõe a sua absolvição, nos termos do art. 386, VII, do CPP, aplicando-se ao caso o princípio *in dubio pro reo*;

b) ainda que o Tribunal entenda pela sua condenação pelo delito de tráfico de drogas, deve ser reconhecida a hipótese de tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006), fixando-se a pena no patamar mínimo, vez que é primário e não tem maus antecedentes;

c) o Magistrado de 1º Grau levou em conta a existência de ações penais em curso para agravar as penas-base do Recorrente, o que não é possível, nos termos da Súmula 444 do STJ, de modo que, considerando a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, as penas do Apelante devem ser fixadas nos mínimos legais;

d) deve ser aplicada, em relação a todos os crimes, a atenuante relacionada à menoridade relativa, pois o Recorrente, à época do fato, tinha 20 (vinte) anos de idade;

e) confessou a prática dos delitos de lesão corporal leve e de resistência, de maneira que as penas relativas a esses crimes, em virtude da confissão espontânea, devem ser reduzidas;

f) após o redimensionamento das penas, deve ser modificado o regime de cumprimento.

Pugna o Apelante, enfim, pelo provimento do recurso, com a consequente reforma da sentença fugitada.

Em contrarrazões (fls. 161/165), o Ministério Público postula o parcial provimento do recurso, apenas para que seja aplicada a atenuante relativa à menoridade relativa.

Em parecer de fls. 178/183, a Procuradora-Geral de Justiça opinou pelo parcial provimento do recurso, apenas para seja reconhecida a atenuante relacionada à menoridade relativa.

É o relatório, no essencial.

## VOTO

A sentença vergastada condenou o Apelante nas penas do art. 129, *caput*, do CP (duas vezes), na forma do art. 70 do CP, do art. 329 do CP e do art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, absolvendo-o dos delitos tipificados no art. 331 do CP e no art. 15 da Lei 10.826/2003.

De início, ressalto que a sentença atacada contém severas contradições, havendo, a um só tempo, condenado e também absolvido o Apelante, relativamente aos delitos tipificados nos arts. 329 e 331 do CP,

resistência e desacato, respectivamente, sendo que, após fazer alongada interpretação, foi possível concluir que o Juiz *a quo* condenou o Recorrente pela prática do crime de resistência (art. 329 do CP), absolvendo-o em relação ao delito de desacato (art. 331 do CP).

O Recorrente alega que não há provas no sentido de que praticou o crime de tráfico de drogas, o que impõe a sua absolvição, nos termos do art. 386, VII, do CPP, aplicando-se ao caso o princípio *in dubio pro reo* e, ainda que o Tribunal entenda pela sua condenação pelo delito de tráfico de drogas, deve ser reconhecida a hipótese de tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006), fixando-se a pena no patamar mínimo, vez que é primário e não tem maus antecedentes.

Razão não lhe assiste.

Em verdade, diferentemente do que sustenta o Apelante, depoimentos testemunhais prestados por policiais militares, na delegacia de polícia, os quais foram, posteriormente, ratificados em Juízo, deixam bem claro que a droga estava na casa do Recorrente.

Luis Roberto Alencar Marçal Junior, policial militar, afirmou, na delegacia de polícia, que estava de serviço com outros policiais e foram informados sobre a ocorrência de possível homicídio na Av. Francisco Martins de Sousa, bairro Mutirão, próximo ao bar do Beto e que, de imediato, foram até o local e verificaram o corpo estendido na rua, tendo solicitado a presença do SAMU, para verificar o óbito e que, enquanto aguardavam a chegada do rabeção, um indivíduo de camisa vermelha, com um desenho nas costas, passou numa motocicleta e efetuou 6 (seis) disparos de arma de fogo para o alto, na frente dos policiais, e fugiu em disparada, tendo a viatura do cabo Silva saído em perseguição a ele, enquanto sua equipe ficou isolando o local do homicídio, que a equipe de policiais não conseguiu prender o autor dos disparos e retornou para o local do isolamento e, logo em seguida, o autor dos disparos retornou ao local do crime, já sem a moto e sem a arma, andando com o capacete no braço e se identificou como sendo irmão da vítima e arrancou a fita de isolamento do local do crime e passou a puxar o corpo do irmão e falaram para ele se afastar do local do crime e ele passou a proferir ofensas contra os policiais e que, ao

darem voz de prisão, o Apelante se armou com o capacete e bateu na mão do depoente, causando lesão, inclusive tendo que ficar imobilizado o dedo, jogando, outrossim, tijolo na cabeça do policial Arilo, lesionando a testa dele e ainda agredindo com referido policial com o capacete e, depois de muita luta corporal, conseguiram imobilizar o Recorrente e efetuaram a prisão dele, sendo que outra equipe de policiais foi até a casa do autor e lá conseguiram apreender uma quantidade grande de droga e balança de precisão (fls. 10/11).

Jacilânio Ferreira da Silva, policial militar, disse, na delegacia de polícia, que estava de serviço com outros policiais e foram eles informados sobre a ocorrência de possível homicídio na Av. Francisco Martins de Sousa, bairro Mutirão, próximo ao bar do Beto e passaram a se deslocar para o local e, enquanto se deslocavam, foram informados pelo CIOPS que, no local de isolamento do homicídio, teriam ocorrido disparos e continuaram indo para o local para dar reforço aos policiais que lá estavam e, quando chegou ao local do fato, o autor dos disparos já estava preso e soube que ele já estava preso e soube que ele agrediu e desacatou vários policiais e, como não tinha sido encontrada a arma que ele usou para realizar os disparos, resolveram ir até a casa do Apelante, para procurar a arma e que, durante a busca na casa dele, encontraram embalagem contendo maconha no guarda-roupa do Recorrente, bem como encontraram cocaína na cozinha e, junto à cocaína, uma balança de precisão, além de caderneta com anotações de valores, tendo sido apreendidos, também, coldre de revólver e motocicleta (fls. 13/14).

Arilo de Almeida Seabra, policial militar, afirmou, na delegacia de polícia, que estava de serviço com outros policiais e foram eles acionados pelo CIOPS, informando que, no local de isolamento do homicídio, teriam ocorrido disparos e foram ao local para dar reforço aos policiais que lá estavam e, quando chegou ao local do fato, o Apelante já estava lá, ofendendo os policiais e observou o momento em que ele agrediu alguns policiais com um capacete e foi prestar auxílio ao colega, havendo o Recorrente jogado tijolo na testa do depoente, tendo ficado bastante inchado o local da pancada, e acertado a mão do depoente com o capacete, tendo ficado com

o braço enfaixado e bastante inchado e que o Apelante resistiu muito à sua prisão, utilizando de violência contra os policiais e, depois de muita luta corporal, conseguiram imobilizar e prender o Recorrente, sendo que outra equipe de policiais foi até a casa do Apelante e lá conseguiram apreender uma quantidade grande de droga e balança de precisão (fls. 15).

Em Juízo, Jacilânio Ferreira da Silva, policial militar, disse que foi acionado para atender ocorrência de homicídio do irmão do Apelante e, no trajeto, recebeu a informação de disparos de arma de fogo, havendo o Recorrente, autor dos disparos, agredido e desacatado os policiais e que o Apelante não estava com a arma, razão pela qual foram procurá-la na casa dele, onde apreenderam maconha, cocaína, balança de precisão e caderneta de anotações.

Em Juízo, Arilo de Almeida Seabra, policial militar, afirmou que, dirigindo-se ao local do crime, avistou o Recorrente agredindo colegas de farda que lá estavam, havendo o Apelante jogado tijolo que atingiu o rosto do depoente, o qual também foi agredido pelo Recorrente com o capacete, havendo o Apelante resistido à prisão e travado luta corporal com a testemunha e com outros policiais, sendo que outra equipe foi à casa do Recorrente, local onde encontraram considerável quantidade de drogas e uma balança de precisão e que o Apelante é traficante.

Assim sendo, o acervo probatório constante dos autos evidencia que o Recorrente, que afirmou, na delegacia de polícia, não ser usuário de drogas (fls. 18/19), mantinha em sua casa substâncias entorpecentes (56 gramas de maconha e 14 gramas de cocaína, conforme documentos de fls. 09, 25 e 24 e laudos periciais de fls. 81 e 100), de tal sorte que restou devidamente comprovada a prática do delito tipificado no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006 (tráfico de drogas), na modalidade ter em depósito ou guardar, além dos crimes de lesão corporal leve (art. 129, *caput*, do CP) e de resistência (art. 329 do CP), os quais foram confessados pelo Apelante, cabendo destacar que não deve ser aplicado à hipótese dos autos o art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, vez que o Recorrente se dedica a atividades delituosas, na medida em que responde a processo por homicídio e a outro processo por tráfico de drogas (números 0058875-85.2014.8.06.0112 e

0059107-97.2014.8.06.0112, respectivamente), o que, inclusive, foi declarado pelo próprio Apelante na delegacia de polícia (fls. 18/19).

Eis o teor dos aludidos comandos legais, *in verbis*:

Art. 33. 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:

[...]

§ 4º Nos delitos definidos no *caput* e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano.

Art. 329 - Opor-se à execução de ato legal, mediante violência ou ameaça a funcionário competente para executá-lo ou a quem lhe esteja prestando auxílio:

Pena - detenção, de dois meses a dois anos.

§ 1º - Se o ato, em razão da resistência, não se executa:

Pena - reclusão, de um a três anos.

§ 2º - As penas deste artigo são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à violência.

É oportuno salientar que o entendimento do STJ é no sentido de que os depoimentos prestados por policiais são válidos, notadamente quando corroborados em Juízo, cabendo à defesa demonstrar a imprestabilidade dos depoimentos, o que não ocorreu na espécie.

Nesse diapasão, os seguintes julgados:

[...] II - **O depoimento dos policiais prestado em Juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do réu, notadamente quando ausente qualquer dúvida**

**sobre a imparcialidade dos agentes, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, o que não ocorreu no presente caso. Precedentes. [...]** (STJ, HC 404507/PE, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª Turma, julgamento em 10.04.2018, DJe 18.04.2018)

[...] 3. **Segundo entendimento reiterado desta Corte, constitui meio válido de prova a declaração de policiais militar responsável pela efetivação da prisão em flagrante, sobretudo quando colhidas no âmbito do devido processo legal e sob o crivo do contraditório. [...]** (STJ, HC 386428/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª Turma, julgamento em 04.05.2017, DJe 09.05.2017)

[...] 2. **O depoimento dos policiais prestado em juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do paciente, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade das testemunhas, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, fato que não ocorreu no presente caso [...]** (STJ, HC 165561/AM, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª Turma, julgamento em 02.02.2016, DJe 15.02.2016)

[...] 3. **Esta Corte possui entendimento pacífico no sentido de que o depoimento de policiais constitui meio de prova idôneo a dar azo à condenação, principalmente quando corroborada em juízo, circunstância que afasta a alegação de sua nulidade. [...]** (STJ, HC 320182/RS, Rel. Min. Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJPE), 5ª Turma, julgamento em 23.06.2015, DJe 03.08.2015)

[...] 2. **Conforme entendimento desta Corte, o depoimento de policiais responsáveis pela prisão em flagrante do acusado constitui meio de prova idôneo a embasar o édito condenatório, mormente quando corroborado em Juízo, no âmbito do devido processo legal. Precedentes. [...]** (STJ, HC 271616/BA, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª Turma, julgamento em 15.10.2013, DJe 23.10.2013)

[...] 4. **Conforme entendimento desta Corte, o depoimento de policiais responsáveis pela prisão em flagrante do acusado constitui meio de prova idôneo a embasar o édito condenatório, mormente quando corroborado em Juízo, no âmbito do devido processo legal.** [...] (STJ, HC 217475/DF, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª Turma, julgamento em 18.10.2011, DJe 09.11.2011)

O Apelante alega que o Magistrado de 1º Grau levou em conta a existência de ações penais em curso para agravar as penas-base do Recorrente, o que não é possível, nos termos da Súmula 444 do STJ, de modo que, considerando a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, as penas do Apelante devem ser fixadas nos mínimos legais, deve ser aplicada, em relação a todos os crimes, a atenuante relacionada à menoridade relativa, pois o Recorrente, à época do fato, tinha 20 (vinte) anos de idade, que confessou a prática dos delitos de lesão corporal leve e de resistência, de maneira que as penas relativas a esses crimes, em virtude da confissão espontânea, devem ser reduzidas e que, após o redimensionamento das penas, deve ser modificado o regime de cumprimento.

Os argumentos devem ser parcialmente acolhidos.

Diferentemente do que afirma o Apelante, o Juiz *a quo* não levou em conta, para agravar a pena-base, a existência de ações penais em curso (utilizando-as, em verdade, para justificar a necessidade da manutenção da prisão preventiva do Recorrente, o que é possível, nos termos da Súmula 52 do TJCE), sendo certo que a Súmula 444 do STJ impede a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para o agravamento da pena-base.

Assim dispõem a Súmula 444 do STJ e a Súmula 52 do TJCE, *in verbis*:

Súmula 444 do STJ: “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”.

Súmula 52 do TJCE: “Inquéritos e ações em andamento justificam a decretação da prisão preventiva para garantia da ordem pública nos termos do art. 312 do CPP, não se aplicando o enunciado sumular n.º 444 do STJ”.

Acerca do assunto, colaciono os seguintes arestos:

[...] III - O aumento da pena-base acima do mínimo legal em razão da valoração negativa dos antecedentes e da conduta social, tendo em vista ações penais em curso e a prática de atos infracionais, evidencia, *in casu*, violação ao art. 59 do Código Penal. IV - Prevalece o entendimento perante esta Corte Superior de que a existência de inquéritos ou ações penais em andamento não maculam o réu como portador de má conduta social nem como possuidor de personalidade voltada para a prática de delitos. Inteligência do enunciado sumular n.º 444/STJ: “é vedada a utilização de inquéritos policiais e de ações penais em curso para agravar a pena-base”. [...] (STJ, HC 446601/SP, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª Turma, julgamento em 05.06.2018, DJe 08.06.2018)

[...] 4. É pacífica a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça e do Supremo Tribunal Federal no sentido de que inquéritos e processo penais em andamento, ou mesmo condenações ainda não transitadas em julgado, não podem ser negativamente valorados para fins de elevação da reprimenda-base, sob pena de malferimento ao princípio constitucional da presunção de não culpabilidade. A propósito, esta é a orientação trazida pelo enunciado na Súmula 444 desta Corte: “É vedada a utilização de inquéritos policiais e de ações penais em curso para agravar a pena-base.” [...] (STJ, HC 410047/PE, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª Turma, julgamento em 03.05.2018, DJe 10.05.2018)

[...] 5. Vale ressaltar que o paciente responde por outros procedimentos criminais, inclusive em delito de mesma natureza, sendo que, nesse sentido, processos e inquéritos policiais em andamento, se por um lado não podem justificar elevação de reprimenda (Súmula n.º 444, STJ), por outro lado são demonstrativos idôneos da periculosidade e do risco que corre a ordem pública com o livre trânsito do suplicante. Incidência da recente Súmula n.º 52 desta Corte, com o seguinte enunciado: “Inquéritos e ações em

**andamento justificam a decretação da prisão preventiva para garantia da ordem pública nos termos do art. 312 do CPP, não se aplicando o enunciado sumular n.º 444 do STJ.”** [...] (TJCE, Habeas Corpus 0000878-53.2018.8.06.0000, Rel. Dr. Antônio Pádua Silva (Juiz convocado), 3ª Câmara Criminal, julgamento em 14.08.2018)

Na espécie, o Magistrado de 1º Grau fixou a pena-base do delito de lesão corporal leve (art. 129, *caput*, do CP) em 6 (seis) meses de detenção, reduzindo-a, em decorrência da confissão, para 4 (quatro) meses de detenção e, novamente, elevando-a para 6 (seis) meses de detenção, em virtude do art. 70 do CP (concurso formal), variando a pena para o referido delito entre 3 (três) meses e 1 (um) ano de detenção.

Relativamente ao crime de resistência (art. 329 do CP), o Juiz *a quo* fixou a pena-base em 1 (um) ano de detenção, reduzindo-a para 7 (sete) meses por força da confissão, variando a pena para o citado delito entre 2 (dois) meses e 2 (dois) anos de detenção.

No que diz respeito ao crime de tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006), o Magistrado de 1º Grau fixou a pena-base em 8 (oito) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, variando a pena para o referido crime entre 5 (cinco) e 15 (quinze) anos de reclusão e entre 500 (quinhentos) e 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

O Recorrente lesionou, com bastante violência, os policiais militares, havendo, inclusive, ocorrido inchaço nos locais atingidos, além do que o Apelante somente foi imobilizado e detido depois de muita luta corporal, cabendo salientar, ainda, a diversidade/quantidade da droga encontrada na casa do Apelante (56 gramas de maconha e 14 gramas de cocaína), bem como o apetrecho (balança de precisão), acompanhado por caderneta com anotações de valores, elementos que indicam que o crime de tráfico de drogas era praticado de maneira organizada, de modo que as penas-base foram corretamente fixadas um pouco acima dos mínimos legais, considerando a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao Recorrente.

No que se refere ao pedido de reconhecimento da atenuante da confissão, o Juiz *a quo*, expressa e adequadamente, reduziu as penas dos delitos de lesão corporal leve e de resistência, em virtude da confissão (art. 65, III, d, do CP), não devendo a atenuante, todavia, ser utilizada em relação ao crime de tráfico de drogas, pois não houve confissão em relação a esse delito, havendo o Apelante, na delegacia de polícia, reconhecido que xingou e agrediu os policiais, ao tempo em que afirmou não saber explicar a origem da droga nem da balança de precisão que foram encontradas na casa dele e que não era usuário (fls. 18/19), sendo que, em Juízo, o Recorrente permaneceu em silêncio, não carecendo de nenhum reparo, nesse ponto, o *decisum* fustigado.

Por outro lado, o Juiz *a quo* não levou em consideração o fato de o Recorrente ser menor de 21 (vinte e um) anos de idade à época do fato criminoso, tendo em vista que ele nasceu em 19.06.1995 (conforme documento de identidade de fls. 21) e os delitos ocorreram em 18.09.2015, circunstância que faz incidir a aplicação da atenuante da menoridade relativa, prevista no art. 65, I, do CP, *ipsis litteris*:

Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena:  
I - ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença;

Embora o Código Penal não defina o *quantum* a ser reduzido, por força da circunstância atenuante, entende a jurisprudência, inclusive a do STJ, que é razoável a razão de 1/6 (um sexto) a incidir sobre a pena-base, relativamente às circunstâncias atenuantes ou agravantes.

Sobre a matéria, trago à baila os seguintes julgados:

[...] 1. A jurisprudência deste Superior Tribunal é firme em assinalar que, não obstante a legislação não haja estabelecido frações específicas para o aumento ou para a diminuição em decorrência das agravantes e das atenuantes, a fração de 1/6 mostra-se razoável e proporcional. [...] (STJ, REsp 1445187/MS, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, 6ª Turma, julgamento em 23.08.2016, DJe 01.09.2016)

PENAL E PROCESSO PENAL. ART. 157, §2º, I E II, DO CPB. ROUBO MAJORADO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. CRIME PERPETRADO COM USO DE ARMA DE FOGO. PENA INICIAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. CULPABILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. CRITÉRIOS DE REVISÃO. MANUTENÇÃO DA PENA INICIAL. MENORIDADE E CONFISSÃO. PROPORCIONALIDADE DE 1/6 (UM SEXTO) APLICÁVEL. PRECEDENTES. REDUÇÃO DA PENA. MAJORANTES. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AGRAVAMENTO DA PENA. POSSIBILIDADE. MULTA PROPORCIONAL À PENA. OBRIGATORIEDADE. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. MODIFICAÇÃO *EX-OFFICIO* DA PENA NA SEGUNDA E TERCEIRA FASE DE ELABORAÇÃO.

1. Trata-se de recurso de apelação contra sentença que condenou os réus por crime tipificado no art. 157, § 2º, I e II, do CP. 2. As circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59 do CP, quando desfavoráveis, autorizam a fixação da pena inicial em patamar acima do mínimo legal, desde que fundamentada a exasperação. 3. A culpabilidade como circunstância do crime é aferida pela intensidade do dolo em situação que se comprova a premeditação ou a frieza do agente ou a brutalidade da ação. 4. As circunstâncias restritas do crime se reportam ao tempo, local e modo de sua prática, sendo revogada a aferição negativa da origem se o fundamento da sentença apenas descreve elementos inerentes ao tipo. 5. O excessivo prejuízo demonstrado pela vítima, mormente despesa extra para consertar veículo danificado, justifica a valoração negativa das consequências do crime. Precedentes. 6. **À minguia de legislação específica para definir a proporcionalidade aplicável às circunstâncias atenuantes ou agravantes, mostra-se razoável a razão de 1/6 (um sexto) a incidir sobre a pena inicial. Precedentes.** 7. Conforme orientação jurisprudencial, é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência. Precedentes. 8. Justifica-se a exasperação da pena em sua terceira fase mediante fundamento idôneo relativo ao

elevado número de agentes e de armas utilizadas, não se amparando, portanto, tão somente no número de majorantes para agravar a pena do réu e, sim, nas circunstâncias fáticas em que o crime foi praticado. Súmula 443 do STJ. Recurso conhecido e desprovido. Modificada de ofício a dosimetria da pena na segunda e terceira fase de sua elaboração. (TJCE, Apelação Criminal 0741934-61.2014.8.06.0001, Rel. Des. José Tarcílio Souza da Silva, 3ª Câmara Criminal, julgamento em 19.06.2018)

Na hipótese dos autos, a pena-base do delito de lesão corporal leve (art. 129, *caput*, do CP) foi fixada em 6 (seis) meses de detenção e, posteriormente, reduzida para 4 (quatro) meses de detenção em decorrência da confissão, pena que deve ser minorada, em razão da menoridade relativa, para 3 (três) meses de detenção e, por força do concurso formal (art. 70 do CP), deve a pena ser elevada para 4 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de detenção, em regime inicialmente aberto.

Em relação ao crime de resistência (art. 329 do CP), a pena-base foi fixada em 1 (um) ano de detenção e reduzida para 7 (sete) meses por força da confissão, pena que deve ser minorada, em virtude da menoridade relativa, para 5 (cinco) meses e 15 (quinze) dias de detenção, em regime inicialmente aberto.

No que diz respeito ao crime de tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006), a pena-base foi fixada em 8 (oito) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, devendo a pena ser reduzida, por força da menoridade relativa, para 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, cabendo destacar que a pena pecuniária não deve ser reduzida, vez que já foi fixada no mínimo legal, em regime inicialmente fechado.

Por fim, deve ser mantido, em relação ao crime de tráfico de drogas, o regime inicialmente fechado de cumprimento da pena, vez que, embora a pena tenha sido fixada, em virtude da atenuante da menoridade relativa, em montante inferior a 8 (oito) anos, há, conforme já mencionado

anteriormente, circunstâncias judiciais desfavoráveis, as quais autorizam o regime mais gravoso, aplicando-se ao caso o art. 33, §§ 2º e 3º do CP, *ipsis litteris*:

Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

[...]

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

- a) **o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;** (grifei)
- b) **o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;** (grifei)
- c) **o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.** (grifei)

§ 3º - **A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.** (grifei)

Acrescento, ainda, que, como se observa do texto do art. 33, § 2º, b e c, do CP, preenchidas as condições estabelecidas nos dispositivos, o condenado poderá (e não deverá) cumprir a pena em regime inicialmente semiaberto ou aberto, tendo em vista que o regime inicial de cumprimento da pena será definido com base nos critérios previstos no art. 59 do CP (“o juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”), nos moldes do que prescreve o art. 33, § 3º, do CP, antes mencionado, tendo já decidido o STJ que “a fixação da pena-base acima do mínimo legal, aliada à reprimenda

definitiva imposta (superior a 4 anos) justificam, por si só, a imposição do regime inicial fechado, nos termos dos arts. 33, § 3º e 59, do Código Penal” (STJ, AgRg no HC 417491/MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª Turma, julgamento em 19.10.2017, DJe 27.10.2017), caso dos autos.

A respeito do tema, colaciono os seguintes arestos:

AGRAVO REGIMENTAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. FALTA DE CABIMENTO. SENTENÇA. REGIME INICIAL. PENA DEFINITIVA SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. REPRIMENDA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REGIME INICIAL FECHADO QUE SE IMPÕE (ART. 33, § 3º C/C O 59, DO CP). CONSTRANGIMENTO ILEGAL CAPAZ DE JUSTIFICAR O PROCESSAMENTO DO PEDIDO. AUSÊNCIA. 1. Deve ser mantida a decisão monocrática em que se indefere liminarmente o *writ*, substitutivo de recurso especial, quando não evidenciado constrangimento ilegal na imposição do regime inicial fechado de expiação. 2. **A fixação da pena-base acima do mínimo legal, aliada à reprimenda definitiva imposta (superior a 4 anos) justificam, por si só, a imposição do regime inicial fechado, nos termos dos arts. 33, § 3º e 59, do Código Penal. Precedente.** 3. Agravo regimental improvido. (STJ, AgRg no HC 417491/MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª Turma, julgamento em 19.10.2017, DJe 27.10.2017)

PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO. ROUBO MAJORADO EM CONCURSO FORMAL. PLEITO DE REDIMENSIONAMENTO DA SANÇÃO CORPORAL. ACOLHIMENTO. MANUTENÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. 1. FRANCISCO ANIOLANIO SOUZA PENA, condenado à sanção de 10 (dez) anos, 06 (seis) meses e 28 (vinte e oito) dias de reclusão e MARCELO DE SOUSA SANTOS, condenado à pena de 09 (nove) anos e 08 (oito) dias de reclusão, por infração ao disposto no art. 157, §2º, I e II c/c art. 70, todos do Código Penal, interpuseram os presentes apelos requerendo, em síntese, o redimensionamento da

pena-base; o reconhecimento e aplicação do concurso formal na fração de 1/5; a fixação do regime semiaberto e a concessão do direito de recorrer em liberdade. Marcelo de Sousa Santos requer, ainda, a aplicação das atenuantes de confissão espontânea e menoridade relativa na fração de 1/6, bem como a exclusão da majorante do emprego de arma de fogo. 2. Adentrando ao mérito recursal, tem-se que o julgador, ao dosar a pena-base dos recorrentes às fls. 105/107, entendeu como desfavoráveis os vetores “culpabilidade”, “antecedentes”, “conduta social” e “circunstâncias do crime” para o réu Francisco Aniolanio e os vetores da “culpabilidade”, “conduta social” e “circunstâncias do crime” para o acusado Marcelo de Sousa. 3. Decota-se o traço negativo atribuído aos vetores “culpabilidade”, “antecedentes” e “conduta social”, pois a fundamentação apresentada pelo juízo de piso mostrou-se inidônea. 4. Em giro diverso, mantém-se o desvalor atribuído às “circunstâncias do crime”, pois tendo sido reconhecidas duas majorantes (emprego de arma e concurso de agentes), pode uma delas ser utilizada para elevar a basilar e a outra ser analisada na 3ª fase da dosimetria, sem que isto configure bis in idem. Precedentes. 5. Assim, remanescendo traço desfavorável sobre apenas um dos vetores do art. 59 do Código Penal, fica a pena-base redimensionada para o montante de 04 (quatro) anos e 09 (nove) meses de reclusão para ambos os réus. 6. Na 2ª fase da dosimetria, foi reconhecida a atenuante de confissão espontânea em favor dos dois acusados, bem como a de menoridade relativa em relação a Marcelo de Sousa. Deve ser mantido o reconhecimento, porém se faz necessário atenuar as reprimendas ao patamar mínimo de 04 (quatro) anos de reclusão, considerando o princípio da hierarquia das fases e o teor do enunciado sumular nº 231 do STJ. 7. Na 3ª fase, deve ser mantido o aumento de 1/3 em razão da presença da majorante do emprego de arma, ficando a pena dos acusados, neste momento, no patamar de 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão. 8. Ainda na 3ª fase, a reprimenda foi elevada em 2/5 pela incidência do concurso formal. Ocorre que tal fração merece ser reformada para 1/5, conforme precedentes do STJ, vez que foram praticados três crimes de roubo. 9. Desta feita, fica a pena de FRANCISCO

ANIOLÂNIO SOUZA PENA redimensionada de 10 (dez) anos, 06 (seis) meses e 28 (vinte e oito) dias de reclusão para 06 (seis) anos, 04 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão e a de MARCELO DE SOUSA SANTOS redimensionada de 09 (nove) anos e 08 (oito) dias de reclusão para 06 (seis) anos, 04 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão. Fica também diminuída a pena de multa para o montante de 15 (quinze) dias-multa. 10. **Mantém-se o regime inicial de cumprimento de pena no fechado, pois ainda que a pena tenha restado fixada em montante inferior a 08 (oito) anos, tem-se que a presença de circunstância judicial negativa autoriza a imposição do regime mais gravoso, nos termos do art. 33, §§2º e 3º do Código Penal.** 11. Deixa-se de conceder aos réus o direito de recorrer em liberdade, pois consoante disposto na sentença os mesmos ficaram segregados durante toda a instrução criminal, já que permaneciam incólumes os fundamentos que ensejaram o ergástulo, tudo em conformidade com o entendimento do STJ. Precedentes. RECURSOS CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS. (TJCE, Apelação Criminal 0107111-42.2016.8.06.0001, Rel. Des. Mário Parente Teófilo Neto, 1ª Câmara Criminal, julgamento em 31.07.2018)

REVISÃO CRIMINAL - AUSÊNCIA DAS HIPÓTESES DO ART. 621 DO CPP - REEXAME DE PEDIDO JÁ JULGADO - IMPOSSIBILIDADE - REGIME PRISIONAL - CRIME HEDIONDO - IMPOSIÇÃO ABSTRATA DO REGIME FECHADO AFASTADA PELO PLENO DO STF - OBSERVÂNCIA DA REGRA DO ART. 33 DO CPB - CIRCUNSTÂNCIAS QUE NÃO AUTORIZAM O ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL, O QUAL FICA MANTIDO. - Impossível deferir pedido de revisão que já foi devidamente julgado e que não foi proposto com base em qualquer das hipóteses do art. 621 do CPP. - **Diante da mais recente orientação jurisprudencial, deve-se analisar o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade conforme a regra geral do art. 33 do CPB. - Ainda que seja o réu tecnicamente primário e a pena privativa de liberdade imposta não superior a 8 anos, possível é a fixação do regime fechado, se não lhe são as circunstâncias**

**judiciais de todo favoráveis.** (TJMG, Revisão Criminal 0124574-05.2016.8.13.0000, Rel. Des. Catta Preta, 1º Grupo de Câmaras Criminais, julgamento em 12.06.2017)

Diante do exposto, conheço da Apelação Criminal interposta, dando-lhe parcial provimento, apenas para fixar a pena do Apelante, pelo crime de lesão corporal leve (art. 129, *caput*, do CP), em 4 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de detenção, pelo crime de resistência (art. 329 do CP), em 5 (cinco) meses e 15 (quinze) dias de detenção, e, pelo crime de tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006), em 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão, mantendo, no mais, a sentença combatida.

É como voto.

Fortaleza, 25 de setembro de 2018.

PROCESSO: 0135162-29.2017.8.06.0001 - APELAÇÃO

APELANTE: J. R. DA S.

APELADO: M. P. DO E. DO C.

CUSTOS LEGIS: M. P. E.

RELATOR: DESEMBARGADOR HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA  
MÁXIMO

**EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIME. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CONDENAÇÃO. MÉRITO. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA. IMPROVIMENTO. PRETENSÃO DE AFASTAMENTO DA MAJORANTE DO ART. 226, II, DO CÓDIGO PENAL. IMPROVIMENTO.**

Sentença exarada com acerto, fincada nos inequívocos elementos de prova dos autos, não havendo dúvidas de que o Recorrente praticou ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos. Maior valor probatório conferido às palavras da vítima, fortalecidas pelos demais elementos probatórios trazidos aos autos. A criança repetiu a mesma narrativa dos fatos a sua mãe, a sua avó materna, a seu pai, a sua avó paterna e à Autoridade Policial, assim como, três anos depois, à psicóloga em sala de escuta especializada, durante a audiência de instrução, respondendo firmemente todas as perguntas da acusação e defesa. Consistindo o toque em partes íntimas em ato libidinoso que normalmente não deixa vestígios, a conclusão do exame de corpo de delito de fl. 06 não consigna nada além do logicamente esperado. Em interrogatório, o Apelante a todo momento refere-se ao Sr. K., pai da vítima, como

filho e menciona expressamente que: “*Eu tinha ela como minha neta.*”, o que denota justamente a situação considerada mais gravosa pelo legislador, sendo indiscutível a autoridade que mantinha sob a criança quando ela estava em sua residência.  
RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.  
SENTENÇA MANTIDA.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, **ACORDAM** os Desembargadores integrantes da Turma julgadora da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, em **conhecer do recurso, negando-lhe provimento**, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 20 de março de 2019.

## RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta por J. R. da S. contra sentença da lavra do Juízo da 12ª Vara Criminal da Comarca de Fortaleza (fls. 122/127), o qual o condenou à pena de 12 (doze) anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, pela prática do crime descrito no art. 217-A c/c art. 226, II, do Código Penal.

No recurso de apelação (fls. 135/157), a Defesa pretende, preliminarmente, a manutenção do direito de recorrer em liberdade, e, no mérito, a absolvição do Recorrente, alegando deficiência probatória. No corpo da peça, ventila a ausência de laços de parentesco com a vítima.

O Ministério Público ofertou contrarrazões às fls. 165/167, requerendo que seja negado provimento à irresignação recursal e mantida a sentença penal condenatória em sua integralidade.

Em parecer de fls. 174/181, a douta Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo improvimento do recurso apelatório, mantendo-se incólume a decisão vergastada.

É o breve relato.

Fortaleza, 20 de março de 2019.

## VOTO

Há de se dizer, de logo, que o recurso atende aos requisitos de admissibilidade, merecendo o pretendido conhecimento.

Requer o Apelante a manutenção do direito de recorrer em liberdade, situação na qual já se encontra, não havendo sequer menção a respeito de eventual pedido ou decretação de prisão cautelar posterior. Trata-se de provimento inútil, o qual julgo prejudicado.

Passo à análise do mérito da insurgência.

Após detida análise dos autos, tenho que não merece prosperar o inconformismo do Recorrente, mostrando-se a sentença inteiramente irretocável.

Segundo a denúncia, amparada no incluso inquérito policial, em 07 de novembro de 2015, o Apelante praticou atos libidinosos diversos da conjunção carnal ao, libidinosamente, passar sabonete nos genitais da vítima, esta à época com apenas 04 (quatro) anos de idade.

Finda a fase instrutória, a materialidade e autoria delitivas resultaram comprovadas principalmente nas declarações da vítima, prestadas em total consonância em ambas as fases da persecução criminal, oportunidades nas quais fora narrada de forma precisa a prática delituosa perpetrada pelo Recorrente, assim como nos depoimentos das demais testemunhas.

Perante a Autoridade Policial, a vítima, então com 4 (quatro) anos, narra o crime que sofreu, entendendo-o como uma “brincadeira” (fls. 08):

“[...] Que perguntado quem é J., diz: ‘ele é meu avô’; Que ‘é legal na casa do Vô J. eu brinco com a Lecy’; Que ‘estava no banheiro tomando banho e brincando de bolinha de sabão, aí o Vô J. entrou no banheiro e disse eu vou lavar o teu pé e

**lavou meu piu-piu;** Que riu e disse: ‘ele fez uma brincadeira confundiu meu pé com meu piu-piu’ [...]” (grifei)

Durante a instrução processual, a vítima, já com 07 (sete) anos completos, expõe o ocorrido detalhadamente, sendo categórica em afirmar que o Apelante pegou e mexeu em seu “bibiu” e que não gostou:

“Sei que vim contar um negócio sobre o meu tio, J.. Eu tinha cinco anos quando aconteceu isso. Eu tava indo pra casa do meu tio, quando eu cheguei, já tinha tomado meu banho. Eu brinquei, tomei banho de novo. Quando eu tomei banho, foi com a minha tia. Ai depois, me sujei de novo e tomei banho em outro banheiro. No outro banheiro, **quando eu tava lavando meu ‘bibiu’, meu tio veio e disse que meu ‘bibiu’ era meu pé, várias vezes. [...] Ele disse que meu ‘bibiu’ era meu pé sete vezes** e depois ele foi embora. (O que mais ele fez em seu corpo?) **Ele pegou no meu ‘bibiu’. Foi a primeira vez que aconteceu.** (O J. fez alguma coisa que você não gostou?) **Ele mexeu no meu ‘bibiu’ e eu não gostei.** Ele nunca tinha me banhado, era a minha tia ou minha avó. [...] Era a casa do meu vô, J.. Tem dois banheiros. Tomei banho em um banheiro, depois tomei em outro.” (grifei)

Vale ressaltar que, nos crimes de natureza sexual, em maior parte ocorridos na clandestinidade e sem a presença de testemunhas oculares, empresta-se valor preponderante às declarações da vítima, diante da dificuldade da obtenção de prova direta. Na hipótese, as declarações prestadas pela vítima são seguras e narram os fatos com coerência, apontando clara e manifestamente o Apelante como responsável pelo crime. Nessa acepção, julgados do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL EM CONTINUIDADE DELITIVA. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVAS. NECESSÁRIO REVOLVIMENTO FÁTICO-

PROBATÓRIO. DEPOIMENTO DA VÍTIMA E OUTRAS PROVAS TESTEMUNHAIS. AUTORIA DELITIVA E MATERIALIDADE CONFIRMADAS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. **“A jurisprudência pátria é assente no sentido de que, nos delitos de natureza sexual, por frequentemente não deixarem vestígios, a palavra da vítima tem valor probante diferenciado”** (REsp. 1.571.008/PE, Rel. Min. RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, Dje 23/2/2016).

3. No caso, a condenação do paciente pelo delito de estupro de vulnerável restou fundamentada em vasto acervo fático/probatório dos autos, ocasião em que o depoimento da vítima menor de idade e de outras testemunhas revelaram a autoria e a materialidade delitiva.

4. A pretendida absolvição do paciente ante a alegada ausência de prova da autoria delitiva e da materialidade é questão que demanda aprofundada análise do conjunto probatório produzido na ação penal, providência vedada na via estreita do remédio constitucional do habeas corpus, em razão do seu rito célere e desprovido de dilação probatória.

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC 475.442/PE, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 13/11/2018, Dje 22/11/2018)

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL EM CONTINUIDADE DELITIVA. CONDENAÇÃO PAUTADA NÃO APENAS NA PALAVRA DA VÍTIMA. VASTO ACERVO PROBATÓRIO CARREADO AOS AUTOS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE. GRAVIDADE DAS CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO

DELITO. RECONHECIMENTO DA INEXISTÊNCIA DE CONCURSO DE AGENTES. IMPOSSIBILIDADE. CAUSA DE AUMENTO RECONHECIDA PELAS INSTÂNCIAS DE ORIGEM. CONDENAÇÃO DO PACIENTE E DA GENITORA DA VÍTIMA. REVOLVIMENTO FÁTICO E PROBATÓRIO. RECONHECIMENTO DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. CONFISSÃO QUALIFICADA. POSSIBILIDADE. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. [...]

- Condenação que foi lastreada no vasto acervo probatório carreado aos autos, consubstanciado não apenas no depoimento forte e minudente da vítima, mas também nos depoimentos das testemunhas.

- **Ademais, é assente na jurisprudência desta Corte que, em crimes dessa natureza, à palavra da vítima deve ser atribuído especial valor probatório, quando coerente e verossímil, pois, em sua maior parte, são cometidos de forma clandestina, sem testemunhas e sem deixar vestígios. Precedentes.**

[...]

(STJ. HC 366.786/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 16/08/2018, DJe 24/08/2018, grifei)

Diferentemente das alegações defensivas, as palavras da criança em nada são confusas ou contraditórias. Longe disso, a vítima é firme em aduzir que o seu tio/avô J. pegou/mexeu em seu órgãos genitais enquanto ela estava tomando banho em um dos banheiros da residência, sem especificar qual. Ainda, o relato da criança é fortalecido pelos elementos de prova trazidos aos autos. Vejamos.

A mãe da vítima, a Sra. R. T. P. de O., além de descrever sintomas que corroboram a ocorrência do crime, aduz que a vítima relatou a ela os fatos nos mesmos termos, também mencionando haver entendido o estupro como uma “brincadeira” do avô:

“Quando eu fui preparar ela para dormir, ela comentou que tava na casa do avô e vóvó mandou tomar banho. Ela

chamava os dois de avós, Vovó R. e Vovô J.. (Ela contou que) foi tomar banho em banheiro separado da prima. A vó foi dar banho na neta em um outro banheiro e ela ficou sozinha nesse banheiro. **Quando ela tava passando sabonete, o Seu J. foi pra dentro do banheiro e pegou nas partes íntimas dela. Ela falou: ‘Aqui não pode, é o meu ‘bibiu’ e ele falou: ‘Aqui não é seu pé?’. E ele continuou e ela se afastou.** Depois disso ele saiu do banheiro. Ela disse que aconteceu em horário já próximo de voltar pra casa. Eu perguntei a ela: ‘Ele deu banho em você?’ E ela disse que não, que tomou banho sozinha. Quando eu tava tirando a roupinha dela pra dar banho, **ela disse: ‘O vovô brincou comigo.’ Eu perguntei de que e ela disse: ‘Ele pegou no meu ‘bibiu’.** Ela não esquece isso, aqui acolá ela vem com essa história. [...] **Depois que isso aconteceu, ela chegou a ficar agressiva, mudou muito o comportamento dela.”** (grifei)

No mesmo sentido, a Sra. S. M. P. de O., avó materna da vítima, de forma bastante emocionada, relata que sua neta não só lhe narrou com detalhes o estupro sofrido, mas levantou a perna e mostrou, gesticulando, como o Apelante tinha feito, em encenação totalmente incompatível com a idade da criança:

“Ela contou que tinha ficado na casa da vó (avó paterna, J. D.), mas que a Tia R., esposa do réu, havia levado ela pra brincar com a prima, L.. Quando chegou lá, ela foi dar banho na L. e ele chamou a S. para dar banho nela. **No banheiro, ele molestou minha neta. Sei que não é mentira, porque ela conta com detalhes, impossíveis para uma criança de apenas 04 anos. Ela levantou a perninha e mostrou com ele tinha feito. Até hoje, se alguém pergunta, ela conta tal e qual. Ela não se desvia. Ela disse que ele passou a mão dentro da vagina dela, o dedo.** Não sei ela foi só no banheiro, ou ele levou ela pra lá. Ela foi algumas vezes pra lá e nunca chegou com conversa assim de lá.” (grifei)

Igualmente, não há que falar em contradição entre os depoimentos da Sra. R. e da Sra. S. a respeito de quem teria ouvido em

primeira mão o relato da vítima, mero detalhe, irrelevante ao deslinde do caso. Em simples oitiva das gravações em audiência de instrução (fl. 77), percebe-se que estavam ambas no recinto quando a criança trouxe o assunto à tona espontaneamente ao dizer que J. tinha feito uma “brincadeira” com ela.

O Sr. K. M. de L., pai da ofendida, de maneira uniforme, informa que sua filha relatou-lhe que o Apelante pegou em sua “baratinha”, termo que usavam em casa para designar o órgão sexual feminino. Derramando lágrimas, menciona que a denúncia do fato criminoso o afastou de sua família, a qual, em maior parte, ficou “do lado” do Apelante.

As testemunhas arroladas pela Defesa são justamente pessoas da família que se posicionam a favor do Apelante. Como de costume na apuração de crimes dessa natureza contra crianças, vieram a Juízo para diminuir e desacreditar a vítima, afirmando que esta seria mentirosa e desobediente e que, discrepando desta última característica, teria relatado o estupro obedecendo ordem da mãe, a qual, por sua vez, seria uma pessoa depravada e briguenta.

Quando perguntado pela Acusação às testemunhas que outra mentira de grandes proporções teria a vítima inventado antes do ato criminoso ora apurado, nenhuma delas soube apontar nenhuma similar. Afirmam também que mãe da vítima inventou essa “história de novela” por possuir desavenças com o Apelado, as quais envolviam haver este oferecido ao seu esposo, o pai da vítima, pagar um teste de DNA para aferição da paternidade da segunda filha do casal. Todavia, o próprio destinatário da oferta desmente a todos, sendo categórico em afirmar que o Apelante nunca lhe ofereceu teste de DNA algum.

A Sra. I. M. P. afirma que a vítima teria sido induzida pela mãe e pela avó. Porém, não sabe se a mãe e a avó teriam algo contra o Apelante. Na audiência de instrução, já findas as perguntas da acusação e da defesa, de forma notoriamente tendenciosa, pede para complementar seu depoimento apenas para criticar a vítima.

A Sra. R. C. M. da S., esposa do Apelante, pessoa com óbvio e natural interesse na absolvição, afirma que a criança só tomou um banho em sua casa, dado por ela, em depoimento que diverge frontalmente do

relato da vítima, a qual aduz que tomou dois banhos no local e que, no segundo, o qual tomou sozinha, foi tocada libidinosamente pelo Apelante.

A Sra. R. aduz que desconhece qualquer intriga ou desavença entre a mãe da vítima e o Apelante, assim como não sabe “*o porquê disso tudo e porque isso começou. Não tenho a menor idéia, o porquê dessa situação.*” Complementa que “*em momento nenhum ele ficou só com a S., porque sempre teve o cuidado e o respeito com a criança. Até meus filhos, ele nunca chegou perto do banheiro, pois sempre respeitamos a privacidade de uma criança.*” Por que seria desrespeitoso seu marido se aproximar do banheiro no qual estavam os próprios filhos? Por ele realmente ser um “velho enxerido”, como informam o Sr. K. e a Sra. R.?

Por fim, por também afirmar a Sra. R. que a vítima seria mentirosa, a Acusação pede-lhe para indicar outra mentira da mesma magnitude, ao que a esposa do Apelante responde que a criança “inventou” que o Apelante teria feito uma brincadeira de mau gosto, pegando no “pipiu” dela, precisamente os fatos ora apurados. Também afirma a esposa do Apelante desconhecer haver a mãe da vítima alguma vez contado mentiras para prejudicar alguém.

A Sra. J. D. R. da S., avó paterna da vítima, afirma que, na noite do crime, emprestou seu automóvel aos pais da vítima, seu filho e sua nora, e (não sem antes mencionar como eles são ingratos), quando os viu saindo, perguntou à vítima onde estavam indo, havendo a criança respondido: “***Vou pro médico, porque o Vovô Joaquim pegou no ‘pipiu’.***” (grifei)

A Sra. J. também menciona haver presenciado a Sra. R. pressionando a criança para que dissesse que R. teria dado o banho dela e que, mesmo assim, a menina não disse. De forma vergonhosa, também afirma que sua neta seria mentirosa, mas não sabe apontar qual motivo teria para mentir em prejuízo ao Sr. J.. Em dado momento, descortinando toda sua parcialidade, olha para o Réu presente em audiência e diz que é um “*homem que fez tudo para me ajudar*”.

Naturalmente, o Recorrente nega em juízo haver perpetrado o ato criminoso. Entretanto, perguntando sobre qual motivo teria a criança para mentir, responde: “*Eu tenho procurado respostas, pensei milhares de*

*coisas. Não sei o motivo de maneira alguma. Até hoje não consegui saber o porque disso tudo.”*

Note-se que a criança repetiu a mesma narrativa dos fatos a sua mãe, a sua avó materna, a seu pai, a sua avó paterna e à Autoridade Policial, assim como, três anos depois, à psicóloga em sala de escuta especializada, durante a audiência de instrução, respondendo firmemente todas as perguntas da acusação e defesa.

Por todo o exposto, é certo que o Recorrente pegou/mexeu libidinosamente no órgão genital da vítima, uma criança de apenas 04 (quatro) anos. Consistindo o toque em partes íntimas em ato libidinoso que normalmente não deixa vestígios, a conclusão do exame de corpo de delito de fl. 06 não consigna nada além do logicamente esperado.

A jurisprudência do Superior Tribunal da Justiça é concordante no sentido que “*o ato libidinoso diverso da conjunção carnal, que caracteriza o delito tipificado no revogado art. 214 do CP, inclui toda ação atentatória contra o pudor praticada com o propósito lascivo, seja sucedâneo da conjunção carnal ou não, evidenciando-se com o contato físico entre o agente e a vítima durante o apontado ato voluptuosos*” (AgRg no REsp 1.154.806-RS, Sexta Turma, DJe 21/3/2012).

Dessa feita, cumpre reconhecer que a sentença foi exarada com acerto, fincada nos inequívocos elementos de prova dos autos, não havendo dúvidas de que o Recorrente praticou ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos, o que configura o delito previsto no art. 217-A, *caput*, do Código Penal, em sua forma consumada. Inexistindo dúvidas, não há que falar em *in dubio pro reo*.

No que tange à majorante do art. 226, II, do Código Penal, restou comprovado que o Apelante era considerado e chamado de avô pela vítima, havendo criado o pai da vítima como se genitor fosse.

Em interrogatório, o Apelante a todo momento refere-se ao Sr. K., pai da vítima, como filho e menciona expressamente que: “*Eu tinha ela como minha neta.*”, o que denota justamente a situação considerada mais gravosa pelo legislador, sendo indiscutível a autoridade que mantinha sob a criança quando ela estava em sua residência.

Colaciono abaixo julgados do Superior Tribunal de Justiça em casos concretos semelhantes ao presente:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ABSOLVIÇÃO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE AUMENTO DO ART. 226, II, DO CP. RÉU ASCENDENTE DA VÍTIMA. MAIORES INCURSÕES SOBRE O TEMA QUE DEMANDARIAM REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. DESPROPORCIONALIDADE DA PENA. INSTRUÇÃO DEFICIENTE. *WRIT* NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

2. Se as instâncias ordinárias, mediante valoração do acervo probatório produzido nos autos, entenderam, de forma fundamentada, ser o réu autor do delito descrito na exordial acusatória, a análise das alegações concernentes ao pleito de absolvição demandaria exame detido de provas, inviável em sede de *writ*.

3. A jurisprudência pátria é assente no sentido de que, nos delitos contra a liberdade sexual, por frequentemente não deixarem vestígios, a palavra da vítima tem valor probante diferenciado. Precedentes.

4. O simples fato de o laudo pericial não ter definido a data em que a criança contraiu o vírus HPV, bem como a alegada ausência de elemento de prova apto a demonstrar que o réu é portador de tal vírus não induzem à sua absolvição por carência de prova de autoria delitiva, nos moldes do defendido pela impetrante.

5. Conforme o consignado na sentença, o paciente é pai do genitor da vítima, tratando-se, portanto, de seu ascendente para fins do art. 226, II, do CP. Oportuno destacar, ainda, que a condição de ascendente deve ser reconhecida mesmo que a filiação advenha da adoção, a teor do art. 227, § 6º, da Constituição da República, o que torna, de *per si*, despicienda

a realização de exame de DNA para a comprovação do vínculo parental entre o agente e a vítima. **Além disso, dúvida não há acerca do papel de autoridade exercido pelo agente, o qual se valeu de sua condição de avô para submeter a menor a prática do ato libidinoso, enquanto ela pernoitava em sua casa, circunstância bastante para o reconhecimento da causa de aumento de pena.**

6. Para desconstituir a conclusão das instâncias ordinárias, as quais reconheceram a incidência de aumento do art. 226, II, do CP, seria necessário revolver as provas amealhadas nos autos, providência que não se coaduna com a via do habeas corpus.

7. Em sede de habeas corpus, a prova deve ser pré-constituída e incontroversa, cabendo ao impetrante apresentar documentos suficientes à análise de eventual ilegalidade flagrante no ato atacado. Na espécie, quanto à alegada desproporcionalidade da pena, o feito não foi instruído com cópia do inteiro teor do acórdão proferido no julgamento do apelo defensivo, peça imprescindível para análise da impetração, máxime por ter havido revisão dos parâmetros dosimétricos pela Corte de origem.

8. *Writ* não conhecido.

(HC 410.186/TO, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 24/05/2018, DJe 30/05/2018)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PADRASTO. ABUSO DO PODER FAMILIAR. SÚMULA N. 7/STJ. AÇÃO PENAL PÚBLICA. ART. 226, II, DO CP. CAUSA DE AUMENTO. AUTORIDADE. INCIDÊNCIA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Tendo a Corte local concluído que o delito foi praticado pelo padrasto, mediante abuso do poder familiar, modificar tal entendimento exigiria reexame do acervo fático-probatório. Súmula n. 7/STJ.

2. O crime de estupro praticado com abuso do poder familiar, mesmo antes da Lei n. 12.015/2009, já era processado mediante ação penal pública incondicionada.

3. **“É adequada a incidência da causa de aumento do art. 226, II, do Código Penal na hipótese em que o agente exerce autoridade, ainda que momentânea e por breve período,**

**sobre a vítima. Precedentes.**” (AgRg no AREsp 852.911/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 14/6/2016, DJe 27/6/2016).

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1454233/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 03/05/2018, DJe 11/05/2018)

Fixada a pena-base no mínimo legal e incidindo a majorante do art. 226, II, do Código Penal, não há o que retificar na censura penal imposta.

Isso posto, é o presente para tomar conhecimento do recurso e para lhe negar provimento, mantendo-se a sentença recorrida em todos os seus termos.

Fortaleza, 20 de março de 2019.

PROCESSO: 1037861-61.2000.8.06.0001 - APELAÇÃO

APELANTE: RODRIGO FERREIRA DE SOUSA

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ

CUSTOS LEGIS: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL

RELATORA: DESEMBARGADORA FRANCISCA ADELINEIDE VIANA

**EMENTA: PENAL E PROCESSO PENAL. ART. 157, §2º, I E II, DO CPB. RECURSO DEFENSIVO. 1. PLEITO ABSOLUTÓRIO. TESE DE NEGATIVA DE AUTORIA. DESCABIMENTO. CONTEXTO PROBATÓRIO SUFICIENTE À CONDENAÇÃO. PALAVRAS DA VÍTIMA COLETADAS EM HARMONIA COM OS DEMAIS ELEMENTOS DE CONVICÇÃO. VERSÃO DO ACUSADO DESTITUÍDA DE PROVAS. 2. REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÃO POR FATO ANTERIOR, COM TRÂNSITO EM JULGADO POSTERIOR AO ORA EXAMINADO. NECESSIDADE DE AFASTAMENTO DA AGRAVANTE. MANUTENÇÃO DA VALORAÇÃO NEGATIVA DA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DOS MAUS ANTECEDENTES. PRECEDENTES. 3. PRETENSÃO DE DECOTE DA MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA. IMPOSSIBILIDADE. RELEVÂNCIA DA PALAVRA DA VÍTIMA. DESNECESSIDADE DE APREENSÃO E PERÍCIA. PRECEDENTES DO STJ.**

Recurso conhecido e parcialmente provido.

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de nº 1037861-61.2000.8.06.0001, em que interposto recurso de apelação por Rodrigo Ferreira de Sousa, contra sentença prolatada no Juízo da 10ª Vara Criminal

da Comarca de Fortaleza, pela qual foi condenado como incurso nas tenazes do artigo 157, § 2º, 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 interposto, para dar-lhe parcial provimento, tudo em consonância com o voto da eminente Relatora.

Fortaleza, 18 de dezembro de 2018

### RELATÓRIO

Trata-se de autos em que interposto recurso de apelação por Rodrigo Ferreira de Sousa, contra sentença prolatada no Juízo da 10ª Vara Criminal da Comarca de Fortaleza, pela qual foi condenado como incurso nas tenazes do artigo 157, § 2º, I e II, do Código Penal Brasileiro, em razão de fato assim narrado na denúncia:

“(…) Consta no anexo inquérito policial que no dia 22 de janeiro de 2005, por volta das 03h50min, em frente à agência da Caixa Econômica Federal, situada na Av. Bezerra de Menezes, bairro São Gerardo, nesta Capital, a vítima ELISSON GOMES DAMASCENO e sua namorada MÉRCIA LOURETO BARBOSA SOUSA, foram abordados por três homens, um deles armado de revólver, que os renderam e roubaram o veículo Santana GLS, ano 89, cor azul, de placas HUF-5674, além de documentos pessoais, cartões de créditos, e dois frascos de perfumes, conforme BO nº111-567/2005-DRFVC de fls. 04 dos fólios. (...)”.

Face aos princípios da efetividade e da celeridade processual, sirvo-me do relatório constante na sentença acostada às fls. 83 e ss, passando a complementá-lo com as informações atinentes aos atos processuais praticados a partir de então, tudo sem prejuízo de análise criteriosa quanto à adequação do procedimento aos ditames legais prescritos no Estatuto Processual Penal pátrio.

Por tal ato judicial, restou condenado ao cumprimento da pena estabelecida em sete anos e quatro meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, cumulado ao pagamento de quarenta dias-multa à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, sendo negado ao réu o direito de recorrer em, liberdade.

Ciente da sentença, o réu, por intermédio da Defensoria Pública, manifestou o desejo de recorrer da decisão (fl. 100), constando nas razões (fls. 101/115), o pedido de reforma da sentença, “*a fim de que seja o réu ABSOLVIDO, forte no que determina o artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, aplicando-se o princípio do in dubio pro réu*”. Em assim não entendendo este Juízo, requereu a reforma da sentença no sentido de “*afastar a majorante atinente ao uso de arma de fogo*”, com a redução da pena imposta ao mínimo, bem como a exclusão da circunstância agravante da reincidência, ante a ausência de fundamentação.

Em sede de contrarrazões (fls. 118/124), o Ministério Público pugnou pelo desprovimento do apelo, com a manutenção da sentença *in totum*.

Parecer da Procuradoria de Justiça às fls. 140/149, manifestando-se pelo conhecimento e parcial provimento da apelação interposta, “*para, de ofício, ser redefinida a pena base aplicada ao sentenciado*”, com o decote da circunstância atinente aos antecedentes.

É o breve relatório.

## VOTO

Conforme já relatado, trata-se de autos em que interposto recurso de apelação por Rodrigo Ferreira de Sousa, contra sentença prolatada no Juízo da 10ª Vara Criminal da Comarca de Fortaleza, pela qual foi condenado por crime previsto no artigo 157, § 2º, I e II, do Código Penal Brasileiro.

A insurgência defensiva apoia-se na tese de negativa de autoria, pleiteando a absolvição do apelante face a inexistência de provas para fundamentar a condenação, bem como na ausência de perícia na arma de fogo e comprovação da reincidência apta à majoração da pena.

Pois bem, em detida análise da pretensão absolutória, observo que não pode ser acolhida. Explico:

Como bem asseveraram o douto magistrado *a quo* e os ilustres representantes do *Parquet*, a materialidade e a autoria do crime restaram sobejamente configuradas pela produção probante levada a efeito durante a instrução processual. Os depoimentos firmes e coesos das vítimas, corroborados pelos demais elementos probatórios, mostram-se hábeis para atestar a tese formulada na denúncia.

A defesa argui em suas razões de apelação, de forma genérica, que a prova carreada aos autos se mostrou frágil e lacunosa, sendo incapaz de embasar um decreto condenatório nos moldes da peça acusatória, uma vez afirmar o acusado que “*não cometeu o delito narrado na denúncia e que não estava no local do delito na hora e dia do fato.*” E continua sustentando que “*condenar o acusado no crime de roubo qualificado pelo uso de arma apenas pela palavra da vítima, sem que haja embasamento em qualquer outra força probante, afronta o princípio do in dubio pro reo.*”

Todavia, não é que o se extrai da fundamentação vertida na sentença recorrida, onde foram apontados os motivos pelos quais o Magistrado convenceu-se do cometimento do crime sob a responsabilidade do apelante, notadamente quando menciona que foi efetivamente reconhecido pelas vítimas, *in verbis*:

“(…) A materialidade do delito encontra-se comprovada, conforme se infere da documentação de fls. 06/31 e demais provas produzidas.

Atenta as provas testemunhais, vejamos o que fora colhido. Elisson Gomes, vítima, quando ouvida em juízo afirmou que, estava com sua namorada em frente a caixa econômica, na Bezerra de Menezes, quando foram surpreendidos pelo agente que abriu sua porta, encostou a arma de fogo na sua barriga, mandou que passasse para o banco de passageiro. A sua namorada passou para o banco traseiro direito, e os dois entraram no banco de trás. Levaram o relógio, cordão de ouro e celular. O agente que reconheceu foi o que estava no banco esquerdo traseiro, conhecido por Loirinho do

Aracapé. Passaram a circular com ele e sua namorada, fazendo chacotas, pararam em um posto de gasolina, percorrendo pela Av. Bezerra de Menezes, Parquelândia, voltou para o começo da Av. Bezerra de Menezes em direção Av. Humberto Monte, permanecendo cerca de 10 minutos retidos com eles, sob ameaças verbais, de que se descessem iriam atirar, e levariam bala. Depois liberaram os dois em uma rua deserta. Olhou para trás para conversar com o “Lourinho do Aracapé” e viu que ele era muito tranquilo. Cerca de 3 ou 4 dias depois, o carro apareceu, sem as rodas, o motor, os bancos e com a lataria riscada. Só recuperaram a carcaça, não recuperaram também seus bens pessoais. Foi à delegacia e reconheceu o “Lourinho do Aracapé”, por foto. Após no máximo 10 dias, o lourinho foi preso em um outro assalto, tendo ido fazer o reconhecimento em delegacia. A arma usada no assalto era um revólver calibre 38. Após o fato ficou com medo de andar na rua, bem como sua namorada. Mércia Loureto, uma das vítimas do delito narrado na denúncia, afirmou que, estava em uma lanchonete com o Ellison, quando foram abordados por 3 indivíduos, um abordou o Elisson, mandou que fosse para o banco traseiro, e dois entraram no banco de trás. Os que estavam no banco de trás estavam armados, duas armas de fogo, viu com perfeição a arma que estava ao seu lado. Partiram com eles, pararam em um posto de gasolina, olhou bem para os dois e estavam do seu lado, viu bem o que estava dirigindo, sua visão deles era boa e depois soltaram os dois em uma rua deserta. Foram à delegacia no dia seguinte, e reconheceram um deles pelo álbum de fotos, e seu namorado também reconheceu o mesmo. Coincidentemente, ele foi preso poucos dias após o ocorrido quando foi novamente à delegacia e reconheceu pessoalmente o “Loirinho do Aracapé”. Levaram sua bolsa, com joias, brincos, anéis, dinheiro, escova, documentos e coisas de sua faculdade; e do Elisson, levaram o carro, dinheiro, perfume e outros objetos pessoais, e as compras que tinham feito no mercantil. Recuperaram o carro completamente depenado, levaram pneu, bancos e motor, ficando apenas a carcaça, ficaram em poder dos agentes cerca de 10 minutos. Ocorreram ameaças verbais, chamaram de vagabunda, mostraram a arma no posto e fez ameaças de

que se ela se mexesse, atiraria na hora. Depois abandonaram os dois e fugiram levando o carro. Ficou muito nervosa, foi muito traumático e anda com muito medo.

O réu, em seu interrogatório, nega que fez o crime descrito na denúncia. Afirma que nunca fez assalto a carro.

Destarte, do acervo probatório colhido resta comprovada indubitavelmente, a autoria do ilícito por parte do réu.

Frise-se ainda, as vítimas reconheceram o réu no momento da prisão como sendo o autor do crime.

As vítimas reconheceram o réu em delegacia, tendo lavrado auto de reconhecimento. Em juízo reafirmaram o reconhecimento.(...)” - fls. 83/91

Conforme explicitado brilhantemente pelo magistrado sentenciante, as provas dos autos são seguras em indicar que o recorrente é o autor do roubo contra as vítimas. Repise-se que estas procederam ao reconhecimento do acusado, de forma categórica, como sendo o indivíduo envolvido com o assalto. Observa-se clara coerência no material probatório, não deixando margem de dúvidas acerca da autoria do delito, consoante se extrai dos depoimentos minuciosamente transcritos no bojo do *decisum* ora impugnado.

É o que se infere da leitura dos Termos de Declaração que prestaram as vítimas Elisson Gomes Damasceno e Mércia Loureto Barroso Souza (fls. 14/15), bem como dos Termos de Reconhecimento de Pessoa por Fotografia (fls. 12/13) e Pessoal (fls. 18/19), ao afirmarem que reconheceram Rodrigo Ferreira de Sousa, vulgo “LOURINHO DO ARACAPÉ”, como sendo um dos partícipes do roubo, reafirmando em juízo suas declarações, desta feita coletadas em mídias audiovisuais, tudo em consonância com o apurado na fase inquisitorial.

Nessa esteira, é de ser observado que as declarações prestadas pela vítima são de grande importância como elemento probatório, mesmo ante a alegação de negativa de autoria.

A respeito da validade jurídica do depoimento da vítima, tem-se que a jurisprudência é pacífica no sentido de se admitir sua palavra como fundamento suficiente para ensejar a condenação, sendo oportuno rememorar recente julgado do colendo Superior Tribunal de Justiça:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. ABSOLVIÇÃO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ÓBICE AO REVOLVIMENTO FÁTICO-COMPROBATÓRIO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ESTABELECIDADA NO MÍNIMO LEGAL, IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA REPRIMENDA. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. 2. Se as instâncias ordinárias, mediante valoração do acervo probatório produzido nos autos, entenderam, de forma fundamentada, ser o réu autor do delito descrito na exordial acusatória, a análise das alegações concernentes ao pleito de absolvição demandaria exame detido de provas, inviável em sede de *writ*. 3. A teor do entendimento consolidado desta Corte, “nos crimes patrimoniais como o descrito nestes autos, a palavra da vítima é de extrema relevância, sobretudo quando reforçada pelas demais provas dos autos” (AgRg no AREsp 1250627/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 3/5/2018, DJe 11/5/2018). 4. Quanto à dosimetria, a individualização da pena, como atividade discricionária do julgador, está sujeita à revisão apenas nas hipóteses de flagrante ilegalidade ou teratologia, quando não observados os parâmetros legais estabelecidos ou o princípio da proporcionalidade. 5. No caso, ao contrário do sustentado no bojo da impetração, a pena-base do réu foi imposta no piso legal, sem que se possa falar em valoração indevida de circunstância judicial do art. 59 do Código Penal. 6. Writ não conhecido. (HC 453.662/PE, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 16/08/2018, DJe 24/08/2018)

E, ainda,

“As declarações da vítima, apoiadas nos demais elementos dos autos, em se tratando de crimes cometidos sem a presença de outras pessoas, é prova válida para a condenação, mesmo ante a palavra divergente do réu” (HC n. 195467/SP, Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 22/6/2011)

“3. A palavra da vítima, nos crimes às ocultas, é de fundamental importância como elemento de convicção do Juiz, sobretudo quando em consonância com as demais provas existentes nos autos. Precedentes.

4. Na espécie, além da declaração da vítima de que o paciente teria sido o autor dos socos contra ela desferidos, há, nos autos, exame de corpo de delito a demonstrar a materialidade do delito, elementos suficientes a autorizar o início da *persecutio criminis in iudicio*.” (HC 144729/DF, Rel. Min. CELSO LIMONGI (Des. convocado do TJ/SP), DJe 02/05/2011)

“(…) Esta Turma, em diversos julgamentos, admitiu que o firme e coeso depoimento da vítima é, por si só, hábil a comprovar o emprego da arma de fogo no delito de roubo: STJ: HC 116.487/GO, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe de 18/10/2010; HC 159.854/SP, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 28/06/2010; REsp 1.111.783/RS, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe de 21/06/2010; HC 135.663/RJ, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 12/04/2010, v.g.” (HC 173854/SP, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe 06/04/2011).

Também nesse mesmo sentido a lição de Heráclito Antônio Mossin, in *Comentários ao Código de Processo Penal, à Luz da Doutrina e da Jurisprudência*, Ed. Manole, ed. 2005, p.428, com o seguinte entendimento:

Situação completamente oposta dá-se quando o crime que vitimou o ofendido é cometido às escondidas onde não houve pessoa que o presenciou. É o que normalmente se dá com os crimes contra os costumes (v.g. Estupro, atentado violento ao

pudor) e mesmo com delitos de natureza patrimonial (v.g. Roubo). Nessa hipótese ocorre como derradeira a versão exclusiva da vítima, muitas vezes contrariada com a versão do acusado.

Não pode o magistrado e nem é concebido pela administração da Justiça, que, havendo somente as declarações da vítima a respeito da ocorrência delituosa e a negativa de seu indigitado autor, o réu seja absolvido por falta de prova (in dubio pro reo). Se assim fosse, não deveria ser proposta a ação penal, uma vez que haveria falta de justa causa para sua procedimentação, o que ensejaria o não recebimento da peça acusatória, ou se fosse aceita, a ação seria trancada via habeas corpus.

Nesses delitos clandestinos deve o magistrado, ao elaborar sua prestação jurisdicional, observar de forma acurada as palavras do ofendido, verificando se elas são coerentes, uniformes, enfim destituídas de qualquer contradição ou hesitação e se são ditas de modo sincero e sério, notadamente nos crimes contra os costumes, quando então gozará da presunção de veracidade RT 671/305-6, 665/266, 666/295, 663/385; RJTJSP 41/365, 43/389.

Por outro lado, a versão apresentada pelo réu, a qual limita-se à negativa de autoria, não restou, de qualquer forma comprovada.

É bem verdade que os indícios trazidos pelo inquérito policial não podem ser valorados de forma absoluta no sentido de uma condenação, porquanto não submetidos ao crivo da ampla defesa e do contraditório, contudo podem servir de forma a robustecer e reforçar a prova colhida em Juízo, conforme entendimento jurisprudencial:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME DE FURTO. PEDIDO DE FIXAÇÃO DE REGIME ABERTO PARA CUMPRIMENTO DA PENA. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NULIDADE DA SENTENÇA. INEXISTÊNCIA. CONDENAÇÃO FUNDAMENTADA TAMBÉM EM PROVA COLHIDA EM JUÍZO. PRECEDENTES DO STF. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. Inicialmente, entendo que o presente recurso não pode ser conhecido em relação ao pedido de fixação do regime aberto para o cumprimento da pena aplicada ao recorrente. 2. Com efeito, tal matéria não foi apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça, como se verifica do acórdão impugnado, o que inviabiliza o seu conhecimento pelo Supremo Tribunal Federal, sob pena de indevida supressão de instância. 3. Como se constata da r. sentença condenatória, o Magistrado não se baseou exclusivamente em depoimentos colhidos no inquérito policial, mas, também, nas declarações prestadas em juízo pela testemunha Paulo César de Oliveira (fls. 76-77). 4. Consoante já decidiu esta Suprema Corte, “os elementos do inquérito podem influir na formação do livre convencimento do juiz para a decisão da causa quando complementam outros indícios e provas que passam pelo crivo do contraditório em juízo.” (RE 425.734 Agr/MG, de minha relatoria, DJ 28.10.2005). 5. Recurso parcialmente conhecido e desprovido. (STF - RHC 99057, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 06/10/2009, DJe-208 DIVULG 05-11-2009 PUBLIC 06-11-2009 EMENT VOL-02381-05 PP-01041)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. OFENSA AO ART. 5º, INCISOS LIV E LV. INVIABILIDADE DO REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA STF Nº 279. OFENSA INDIRETA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INQUÉRITO. CONFIRMAÇÃO EM JUÍZO DOS TESTEMUNHOS PRESTADOS NA FASE INQUISITORIAL.

1. A suposta ofensa aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa passa, necessariamente, pelo prévio reexame de fatos e provas, tarefa que encontra óbice na Súmula STF nº 279. 2. Inviável o processamento do extraordinário para debater matéria infraconstitucional, sob o argumento de violação ao disposto nos incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição. 3. Ao contrário do que alegado pelos ora agravantes, o conjunto probatório que ensejou a condenação dos recorrentes não vem embasado apenas nas declarações prestadas em sede policial, tendo suporte, também, em outras provas colhidas na fase

judicial. Confirmação em juízo dos testemunhos prestados na fase inquisitorial. 4. Os elementos do inquérito podem influir na formação do livre convencimento do juiz para a decisão da causa quando complementam outros indícios e provas que passam pelo crivo do contraditório em juízo. 5. Agravo regimental improvido. (STF - RE 425734 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 04/10/2005, DJ 28-10-2005 PP-00057 EMENT VOL-02211-03 PP-00529).

Como se constata, todos os fatos narrados foram devidamente corroborados através dos depoimentos colhidos durante a instrução processual, tornando o conjunto probatório harmônico, robusto e contundente em apontar o recorrente como autor do delito de roubo, conforme relatado na exordial acusatória. O depoimento das vítimas revelam não só a ocorrência do crime, mas também suas peculiaridades.

Ainda que haja versão em sentido contrário, *in casu*, a do recorrente, a qual, diga-se de passagem, não apresenta qualquer coerência, resta assente que o magistrado de primeiro grau fundou-se em provas hábeis e suficientes para embasar a condenação imposta ao acusado, de modo que restaram demonstradas, conforme aduzido acima, a materialidade e a autoria delitiva do delito.

Dessa forma, verifica-se que no caso concreto não resta a menor sombra de dúvidas quanto à autoria delitiva imputada ao ora apelante na denúncia, estando o édito condenatório devidamente fundamentado e plenamente amparado pelo acervo probatório dos autos.

Portanto, incabível a tese aventada, pelo que mantenho a condenação ora proferida.

No que tange à **dosimetria da pena**, como já relatado, busca o recorrente o afastamento da circunstância agravante da **reincidência**, bem como a exclusão da **majorante atinente ao uso de arma de fogo**.

Por sua vez, o ilustre representante ministerial entende não haver motivos para tais reformas, manifestando-se, no entanto, pela retificação, *ex officio*, da primeira fase dosimétrica, considerando possuir

o réu apenas uma condenação com trânsito em julgado, não subsistindo fundamento apto à manutenção da valoração negativa dos antecedentes do acusado, em obediência ao enunciado da Súmula 444, do STJ.

Assim, em minuciosa análise destes fólios, entendo, primeiramente, que, na primeira fase da dosimetria, a sentença não merece reparos.

Sobre esta fase, vale destacar que, segundo a jurisprudência pacificada no Superior Tribunal de Justiça, *“a dosimetria da pena configura matéria restrita ao âmbito de certa discricionariedade do magistrado e é regulada pelos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, de modo que, não evidenciada nenhuma discrepância ou arbitrariedade na exasperação efetivada na primeira fase da dosimetria, deve ser mantida inalterada a pena-base aplicada”* (AgRg no HC 343.128/MS, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª Turma, julgado em 19/05/2016, DJe 31/05/2016).

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal tem firmado o entendimento de que *“a dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. Cabe às instâncias ordinárias, mais próximas dos fatos e das provas, fixar as penas. Às Cortes Superiores, no exame da dosimetria das penas em grau recursal, compete o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, bem como a correção de eventuais discrepâncias, se gritantes ou arbitrárias, nas frações de aumento ou diminuição adotadas pelas instâncias anteriores”* (RHC n. 115.654/BA, Rel. Ministra Rosa Weber, 1ª T., DJe 21/11/2013).

Não obstante a discricionariedade conferida ao julgador, a jurisprudência de nossos Tribunais também tem firmado o entendimento de que as circunstâncias judiciais do art. 59, do Código Penal devem ser avaliadas segundo elementos concretos verificados nos autos, isto é, não podem servir de fundamento para exasperação da pena base conceitos genéricos e abstratos, ou ínsitos ao próprio tipo penal, cuja reprovabilidade já se encontra sopesada na cominação legal da pena pelo legislador.

Verificando os argumentos lançados pelo Juízo *a quo* para exasperar a pena base do réu acima do mínimo legal, observo que inexistem

equivoco de fundamentação, nem mesmo em relação aos antecedentes criminais do acusado - ponto que será detidamente analisado no tópico seguinte, mostrando-se o *quantum* fixado proporcional e razoável, de modo que considero adequado o patamar de 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão, além do pagamento de 20 (vinte) dias-multa.

Quanto à **segunda fase dosimétrica**, assim procedeu o douto julgador:

“(…) Presente a circunstância agravante da reincidência, prevista no art. 65, I, do CPB, agravo a pena em 11 onze meses, ficando em 06 (seis) anos e 05 (cinco) meses de reclusão e a 30 (trinta) dias multa.”

Neste ponto, sustenta a defesa a ausência de fundamentação, opinando o *Parquet* pela manutenção da agravante em razão de possuir o réu uma única condenação com trânsito em julgado (processo na origem de nº. 1004516-07.2000.8.06.0001).

Neste contexto, esclareço e retifico a segunda fase nos seguintes termos:

Consoante dispõe o art. 63, do Código Penal, “*verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior*”, tendo já decidido o STJ que, “*nos termos do art. 63 do CP, considera-se reincidente o agente que pratica novo crime após o trânsito em julgado de sentença condenatória proferida por ocasião de delito anterior*” (STJ, HC 397888/RJ, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, julgamento em 22.08.2017, Dje 31.08.2017).

Ora, ao contrário do que alega o ilustre Procurador de Justiça, em consulta aos sistemas “SAJ-PG”, “SPROC” e “CANCUN”, observo que o acusado detém extenso rol de procedimentos instaurados contra si, contabilizando inúmeras condenações com trânsito em julgado, inclusive por fato semelhante ao apurado nestes autos, a saber:

1. Execução Penal nº 7380-24.2014.8.06.0137 – Relativa à Ação Penal n.º 974-61.2004.8.06.0064.

Delito: art. 121, § 2º, I e IV, do CP.

Data do fato: 17.11.2004

Trânsito em julgado: 19.11.2013.

2. Execução Penal nº 27334-58.2010.8.06.0117 – Relativa à Ação Penal n.º 704-38.2005.8.06.0017.

Delito: art. 157, § 2º, I e II, do CP.

Data do fato: 13.12.2004

Trânsito em julgado: 03.10.2007.

3. Execução Penal nº 2005037-22.2006.8.06.0001 – Relativa à Ação Penal n.º 2003.01.18558-1.

Delito: Lei n.º 6368/76

Data do fato: 25.08.2003.

Trânsito em julgado: 12.01.2006.

4. Execução Penal nº 155927-94.2012.8.06.0001 – Relativa à Ação Penal n.º 1168-61.2004.8.06.0064.

Delito: art. 157, § 2º, I e II, do CP.

Data do fato: 09.09.2004.

Trânsito em julgado: 09.04.2012.

5. Execução Penal nº 173824-38.2012.8.06.0001 – Relativa à Ação Penal n.º 1037435-49.2000.8.06.0001.

Delito: art. 155, § 4º, III, do CP.

Data do fato: 12.09.2004.

Trânsito em julgado: 27.02.2007.

6. Ação Penal de Origem n.º 1004516-07.2000.8.06.0001 (citada pelo MP para fins de reincidência)

Delito: art. 121, *caput*, do CP.

Data do fato: 21.08.2003.

Trânsito em julgado: 31.08.2017.

Dentre outras devidamente analisadas.

Como se vê, muito embora o recorrente tenha contra si diversas sentenças penais condenatórias transitadas em julgado, **não é reincidente**, considerando que o fato relativo à presente demanda penal foi praticado na

data de 22 de janeiro de 2005, ou seja, quando ainda em trâmite TODAS as demais ações penais.

Mas ressalte-se: ainda que, de fato, uma condenação penal definitiva – por fato criminoso anterior – ocorrida no curso da ação em apreço não possua o condão de fazer incidir a agravante do inciso I, do artigo 61, do Código Penal, a jurisprudência vem entendendo que a mesma pode, por outro lado, caracterizar os maus antecedentes do apenado, na primeira fase da dosimetria. Este o motivo de sua manutenção, como acima verificado.

Nesse sentido, vejamos o que a jurisprudência pátria mais atualizada discorre sobre o tema:

“A condenação por crime anterior, mas com trânsito em julgado posterior à nova prática delitiva, justifica o reconhecimento dos maus antecedentes” (STJ, AgRg no REsp n. 1.440.430/MS, Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. Em 17/5/2016)

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO (ART. 157, § 2º, I, II E V, DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. INSURGÊNCIA ACERCA DA DOSIMETRIA PENAL. PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. CONDENAÇÃO QUE, A DESPEITO DE NÃO CONFIGURAR REINCIDÊNCIA, POR TER TRANSITADO EM JULGADO EM DATA POSTERIOR AOS FATOS ORA APURADOS, CARACTERIZA MAUS ANTECEDENTES. FATO ANTERIOR AO APURADO NESTES AUTOS. “A sentença penal condenatória transitada em julgado posteriormente ao delito sob análise, mas referente a delito praticado em momento anterior, caracteriza antecedente criminal desfavorável, e justifica a fixação da pena-base acima do mínimo legal. (TJ-SC - APR: 00065004520168240045 Palhoça 0006500-45.2016.8.24.0045, Relator: Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, Data de Julgamento: 28/09/2017, Quinta Câmara Criminal)

PROCESSO PENAL. CRIMES DE TRÂNSITO. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PLEITO DE REDUÇÃO DA PENA. AFASTAMENTO DOS MAUS ANTECEDENTES. IMPOSSIBILIDADE. ALEGADA VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. I - O Tribunal de origem corretamente agravou a pena imposta ao agravante, em razão da existência de maus antecedentes, o que se encontra em consonância com o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça. II - **“O conceito de maus antecedentes, por ser mais amplo, abrange não apenas as condenações definitivas por fatos anteriores cujo trânsito em julgado ocorreu antes da prática do delito em apuração, mas também aquelas transitadas em julgado no curso da respectiva ação penal, além das condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos, as quais também não induzem reincidência, mas servem como maus antecedentes. Precedentes.”** HC n. 337.068/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 28/6/2016. **Ainda, menciono: HC n. 413.693/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 16/10/2017.** III - A decisão monocrática que não conhece de habeas corpus, especialmente quando impetrado em substituição a recurso especial, como na hipótese, não viola o princípio da colegialidade, conforme entendimento do Código de Processo Civil e do Regimento Interno desta Corte, que permitem ao relator julgar monocraticamente recurso inadmissível, prejudicado, ou que não tiver impugnado especificamente todos os fundamentos da decisão recorrida, e ainda, dar ou negar provimento nas hipóteses em que houve entendimento firmado em precedente vinculante, súmula ou jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça. IV - No presente agravo regimental não se aduziu qualquer argumento apto a ensejar a alteração da decisão agravada, devendo ser mantida por seus próprios fundamentos. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 455.563/MS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 18/10/2018, DJe 25/10/2018)

Dessa maneira, torna-se imperiosa a exclusão da agravante da reincidência, uma vez que o apelante, na data do fato, não podia ainda ser considerado reincidente, por tratar-se de execução provisória, sem o devido trânsito em julgado.

Mantida, pois, a pena intermediária em 05 (anos) e 06 (seis) meses de reclusão, além do pagamento de 20 (vinte) dias-multa.

Prosseguindo, quanto à **terceira fase da dosimetria**, também postula a defesa a exclusão da majorante do emprego de arma, prescrita no artigo 157, § 2º, inciso I, do Código Penal Brasileiro, alegando que não fora encontrada/periciada, para aferir o seu potencial lesivo.

Ora, neste íterim, a precitada majorante resta suficientemente comprovada, em face da palavra das vítimas. Veja-se:

Em Juízo, a vítima Elisson Gomes, conforme mídia acostada aos autos, afirmou que *“(...) estava com sua namorada em frente a Caixa Econômica, na Bezerra de Menezes, quando foram surpreendidos pelo agente que abriu sua porta, encostou a arma de fogo na sua barriga, mandou que passasse para o banco de passageiro. (...)”* Afirmou, ainda, que permaneceram *“(...) cerca de 10 minutos retidos com eles, sob ameaças verbais, de que se descessem iriam atirar, e levariam bala (...)”*.

Mércia Loureto, a outra vítima, destacou que *“(...) estava em uma lanchonete com o Elisson, quando foram abordados por 3 indivíduos, um abordou o Elisson, mandou que fosse para o banco traseiro, e dois entraram no banco de trás. Os que estavam no banco de trás estavam armados, duas armas de fogo, viu com perfeição a arma que estava ao seu lado (...)”* E, ainda, que *“(...) ocorreram ameaças verbais, chamaram de vagabunda, mostraram a arma no posto e fez ameaças de que se ela se mexesse, atiraria na hora (...)”*

Cumprido destacar que é prescindível a realização de perícia ou de comprovação do eventual potencial ofensivo da arma de fogo para a aplicação da majorante prevista no art.157, § 2º, I do Código Penal, caso as demais provas carreadas aos autos, notadamente o relato das vítimas, sejam suficientes para comprovar a utilização do artefato no delito, conforme remansoso entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME MAIS GRAVOSAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA A EXASPERAÇÃO. PATAMAR PROPORCIONAL. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA. APREENSÃO E PERÍCIA. DESNECESSIDADE. COMPROVAÇÃO DA SUA UTILIZAÇÃO NA AÇÃO CRIMINOSA POR OUTROS MEIOS DE PROVA. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. 2. A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade. 3. Não configura constrangimento ilegal a exasperação da pena, na primeira fase da dosimetria, com base em circunstâncias concretas e idôneas, com relevo para as inúmeras condenações definitivas anteriores e para a circunstância de que o veículo subtraído no roubo seria destinado ao transporte de substâncias entorpecentes. 4. **A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento dos Embargos de Divergência 961.863/RS, firmou entendimento no sentido de que a incidência da majorante do emprego de arma, prevista no inciso I do § 2º do art. 157 do Código Penal, prescinde de apreensão e perícia quando existirem outros elementos de prova que evidenciem a sua utilização no roubo.** 5. **No caso, embora a arma de fogo não tenha sido apreendida e periciada, as instâncias ordinárias, com base no acervo probatório, concluíram pela sua efetiva utilização na empreitada criminosa, afigurando-se legal a incidência da respectiva majorante no crime de roubo.** 6. Habeas corpus não

conhecido. (HC 470.400/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 06/11/2018, DJe 16/11/2018)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO E EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE NO RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO. ART. 226 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. PRINCÍPIO PAS NULLITTÉ SANS GRIEF. CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO E SUFICIENTE PARA CONDENAÇÃO. ARMA NÃO APREENDIDA. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE AUMENTO. POSSIBILIDADE. EREsp n. 961.863/RS. PROVA TESTEMUNHAL. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE EXTORSÃO. INVIABILIDADE NA VIA ELEITA. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, passou a inadmitir habeas corpus substitutivo de recurso próprio, ressaltando, porém, a possibilidade de concessão da ordem de ofício nos casos de flagrante constrangimento ilegal.

- A impetrante não logrou demonstrar qual o prejuízo experimentado pela defesa, limitando-se a afirmar que a não observância do art.226 do Código de Processo Penal implica em nulidade absoluta. - Não estando demonstrado qual teria sido o prejuízo concreto suportado pelo paciente, deve ser aplicado o princípio pas de nullitté sans grief, previsto no art. 563 do Código de Processo Penal. - **A jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de que a incidência da majorante pela utilização de arma prescinde da apreensão e perícia no objeto, uma vez comprovada sua utilização por outros meios de prova, como o testemunho da vítima.** - Não há como conhecer do pedido para desclassificar a conduta do paciente para o roubo tentado, pois a desconstituição das conclusões a que chegaram as instâncias ordinárias, que são soberanas na análise das provas juntadas aos autos, implica reexame detalhado de todo conjunto fático-probatório, procedimento vedado dentro dos estreitos limites da via

eleita. Habeas corpus não conhecido. (STJ, HC 216.858/TO, Rel. Ministro ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 05/04/2016, DJe 19/04/2016).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. ROUBO MAJORADO. EMPREGO DE ARMA. APREENSÃO E PERÍCIA. PRESCINDIBILIDADE. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. MAJORAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. SÚMULA N. 443 DO STJ. REGIME INICIAL FECHADO. LEGALIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

**1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, são prescindíveis a apreensão e a perícia na arma de fogo para a incidência da majorante do § 2º, I, do art. 157 do CP, quando existirem nos autos outros elementos de prova que comprovem a sua utilização no roubo, como na hipótese, em que há relato da vítima sobre o emprego do artefato.** 2. O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente, para a sua exasperação, a mera indicação do número de majorantes. Súmula n. 443 do STJ. Não foi apontado elemento concreto e relacionado às majorantes (número de agentes superior ao necessário para caracterizar o concurso, restrição da liberdade da vítima por longo período etc.) que, efetivamente, evidenciasse real necessidade de exasperação da pena do paciente, na terceira fase da dosimetria, no patamar estabelecido. Ressalva de entendimento do relator. 3. O regime inicial fechado foi fixado ao réu primário e condenado a pena inferior a 8 anos de reclusão com suporte em elementos que evidenciam a maior gravidade da conduta delitiva, pois o Juiz sentenciante registrou o concurso de cinco agentes, número superior ao necessário para caracterizar o concurso. 4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reconhecer a ilegalidade na terceira etapa da dosimetria e redimensionar a pena final do paciente para 5 anos e 4 meses de reclusão mais 13 dias-multa. (STJ, HC 238.052/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 01/10/2015, DJe 27/10/2015).

Ora, como visto, a jurisprudência do STJ é uníssona no sentido de entender que não se afigura imprescindível a apreensão da arma de fogo ou a realização da respectiva perícia para fins de sua caracterização, notadamente quando existirem outros meios de prova que demonstrem que houve, pelo agente, a utilização da arma para cometer o delito.

Na realidade, como visto, o testemunho das vítimas, tanto em fase inquisitorial, como em juízo, não deixa dúvidas de que notadamente fora feito uso de arma de fogo para intimidá-las e subtrair o automóvel e outros pertences, mediante grave ameaça, razão pela qual não há falar em necessidade de perícia para constatar o potencial lesivo do instrumento apreendido, uma vez que restou provado o seu uso no roubo por outros meios de prova com o fito de intimidação, passando a ser ônus do acusado a incumbência de provar o contrário, consoante prescreve o art. 156 do Código de Processo Penal.

Dito isto, repita-se que no crime de roubo a palavra da vítima assume elevada eficácia probatória, na medida em que, na maioria das vezes, não há testemunhas que tenham presenciado o fato.

Este é, cabe destacar, também o posicionamento dos tribunais estaduais por todo o país, que reconhecem a possibilidade de aplicação da causa de aumento em questão quando lastreada em depoimentos da vítima coerentes e harmônicos com os demais insumos de prova contidos nos autos, como é o caso ora em análise:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. AFASTAMENTO DA MAJORANTE DO EMPREGO DE ARMA. DEPOIMENTO DA VÍTIMA. FUNDAMENTO CONCRETO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO.

1. A decisão agravada deve ser mantida por seus próprios fundamentos, porquanto em sintonia com a jurisprudência pacífica do STJ. 2. De acordo com este Tribunal Superior, embora não realizado exame pericial para averiguar a potencialidade lesiva da arma, a sua utilização pode ser comprovada por outros meios de prova, o que justifica o aumento da pena.

3. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 449.102/MS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 09/10/2018, DJe 29/10/2018)

Assim, mantém-se a causa de aumento reconhecida pelo juízo de piso, uma vez que em consonância com o acervo probatório colhido.

Aplicada, então, a fração de 1/3 (um terço) corretamente fixada pelo magistrado *a quo*, redimensiono a pena para o patamar de **07 (sete) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, com o pagamento de 26 (vinte e seis) dias-multa**, a qual torno definitiva ante a ausência de outras circunstâncias atenuantes e/ou agravantes, bem como causas de aumento e/ou diminuição.

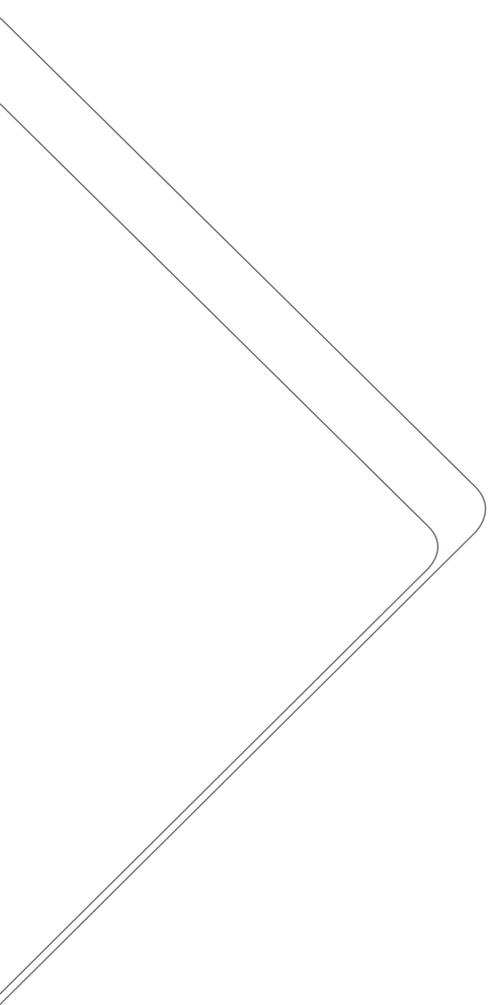
Cabe, neste momento, esclarecimento acerca da pena privativa de liberdade que, como observado, apesar do devido afastamento da agravante da reincidência, permaneceu no mesmo montante, não havendo efetiva diminuição.

O ocorrido deve-se à constatação de claro equívoco material no *decisum* ora impugnado, no que se refere ao cálculo aritmético procedido pelo magistrado primevo, no decorrer das fases dosimétricas. Veja-se que, a basilar de cinco anos e seis meses, acrescida de onze meses pela reincidência, e com o aumento de 1/3 (um terço) em razão das majorantes, resultaria no quantitativo de 08 (oito) anos, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão; erro que, de todo modo, não seria passível de correção em prejuízo do réu, face à vedação contida no princípio do *non reformatio in pejus*.

Isso posto, em dissonância com o parecer da Procuradoria de Justiça, conheço do recurso, para dar-lhe parcial provimento, reformando a sentença no sentido de afastar a circunstância agravante da reincidência, devendo, desta forma, cumprir o acusado uma pena total de **07 (sete) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, além do pagamento de 26 (vinte e seis) dias-multa**, mantendo no restante a decisão combatida.

É como voto.

Fortaleza, 18 de dezembro de 2018.



# HABEAS CORPUS



PROCESSO: 0623486-93.2018.8.06.0000 - HABEAS CORPUS

IMPETRANTE: RODNEY VASNY SILVA DE OLIVEIRA

PACIENTE: RENAN MENEZES GONÇALVES

IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE MARACANAÚ

RELATOR: DESEMBARGADOR HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

**EMENTA: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS, POSSE DE ARMA DE FOGO E RECEPÇÃO. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS DO ART. 312 DO CPP. PEDIDO DE PRISÃO DOMICILIAR. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E DENEGADA.**

01. Cediço que, havendo prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, a prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, poderá ser decretada para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

02. Na hipótese dos autos, a decisão da magistrada de primeiro grau encontra-se fundamentada na garantia da ordem pública, tendo em vista a gravidade da conduta, tendo sido apreendidos, por ocasião do flagrante, além da droga, petrechos que indicam o comércio ilegal de entorpecentes, arma de fogo e munição. Alia-se a isso, o fundado receio de que, em liberdade, o Paciente volte a delinquir, na medida em já está sendo processado

em outra ação penal, e foi novamente preso em flagrante por crime de notória gravidade – tráfico de drogas.

03 . O pedido de prisão domiciliar ainda não foi apreciado pelo Juízo de origem razão pela qual fica impossibilitada esta Corte de proceder a tal análise, sob pena de indevida supressão de instância.

04. Ordem parcialmente conhecida e denegada, com recomendação.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de *Habeas Corpus*, acordam os Desembargadores da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, em conhecer parcialmente da ordem impetrada e denegá-la na extensão cognoscível, tudo em conformidade com o voto do relator.

Fortaleza, CE, 23 de maio de 2018.

## RELATÓRIO

Cuida-se de habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado em favor de **Renan Menezes Gonçalves**, preso em flagrante delito, em 13-04-2018, acusado da suposta prática dos delitos tipificados nos artigos 33, da Lei n. 11.343/06, 12, da Lei n. 10.826/03 e 180, do Código Penal Brasileiro, figurando como autoridade coatora o Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Maracanaú.

O impetrante alega, em síntese, constrangimento ilegal consistente na manutenção da prisão preventiva do Paciente, na visão da Defesa, desprovida de fundamentação idônea, considerando que é primário e detentor de condições subjetivas favoráveis.

Acrescenta que o acusado encontra-se em debilitado estado de saúde, acometido de doença grave, que não há estrutura para para atendê-lo dignamente no estabelecimento carcerário onde se encontra segregado e que chegou, inclusive, a ser encaminhado, “às pressas”, ao Instituto Dr. José Frota, “com febre, dores e sangramento na sua cirurgia de colostomia”.

Salienta que foi formulado, na origem, pedido de liberdade ou conversão em prisão domiciliar, ainda não apreciado, tendo a Defesa procurado **“insistentemente o membro do *parquet* para que se manifeste sobre o laudo médico, dada a urgência, mas este se mantém silente e a Magistrada poderia conceder a prisão domiciliar de ofício, mas se nega a analisar o pedido da defesa sem o parecer do *Parquet*.”**

Pleiteia, liminarmente e no mérito, a liberdade provisória do Paciente, ou a concessão de prisão domiciliar.

A liminar foi indeferida (fl. 89). As informações foram solicitadas, e prestadas às fls. 94-95. A douta PGJ manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 98-102).

É, no que há de relevante, o relatório.

Em mesa para julgamento.

## VOTO

Conforme relatado, busca-se, neste habeas corpus, a liberdade provisória do Paciente, preso pela suposta prática dos crimes de tráfico de drogas, posse irregular de arma de fogo de uso permitido e receptação. Subsidiariamente, pede a substituição da segregação cautelar por prisão domiciliar.

Na hipótese, a Magistrada singular, por ocasião da realização da audiência de custódia, manteve a segregação provisória, mediante a seguinte fundamentação:

“[...]”

Consta dos autos que o indiciado foi preso, após denúncias de populares, na posse de drogas (crack), pesando aproximadamente 1,40g acondicionadas em invólucros

plásticos, 01 (um) revólver cal. 38, 03 (três) munições intactas, 01 (uma) balança de precisão, a quantia de R\$ 85,00 (oitenta e cinco reais), 30 saquinhos de dindim e 01 (uma) gilete.

Em que pese a pequena quantidade da droga, observa-se foi apreendida também arma de fogo e munições e que o indiciado já responde a uma ação penal pelo crime de furto qualificado na 3ª Vara Criminal da Comarca de Caucaia (nº 0064929-12.2017.8.06.0064), conforme certidão às fls. 32.

Ex positis, com fulcro no parecer ministerial, **MANTENHO** a prisão preventiva do atuado **Renan Menezes Gonçalves**. Com relação ao pedido de prisão domiciliar, deixo para me manifestar após parecer do Representante do Ministério Público neste sentido.

[...].” (fls. 23-24)

Cediço que, havendo prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, a prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, poderá ser decretada para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Verifica-se da transcrição que a decisão da magistrada de primeiro grau encontra-se fundamentada na garantia da ordem pública, tendo em vista a gravidade da conduta, tendo sido apreendidos, por ocasião do flagrante, além da droga, petrechos que indicam o comércio ilegal de entorpecentes, arma de fogo e munição. Alia-se a isso, o fundado receio de que, em liberdade, o Paciente volte a delinquir, na medida em já está sendo processado em outra ação penal, e foi novamente preso em flagrante por crime de notória gravidade – tráfico de drogas.

A custódia está firmada, portanto, em base empírica concreta e atende aos ditames do art. 312, do Código de Processo Penal, merecendo ser mantida.

Busca-se, ainda, a conversão da segregação em prisão domiciliar.

Quanto ao ponto, segundo a transcrição e tendo em conta as próprias razões da impetração, o pedido de prisão domiciliar ainda não foi

apreciado pelo Juízo de origem razão pela qual fica impossibilitada esta Corte de proceder a tal análise, sob pena de indevida supressão de instância.

Ante o exposto, conheço parcialmente do habeas corpus, para denegá-lo na extensão cognoscível. Todavia recomendo urgência na apreciação do pleito defensivo.

É como voto.

Fortaleza, 23 de maio de 2018.

PROCESSO: 0624243-87.2018.8.06.0000 – HABEAS CORPUS

PACIENTE: JOÃO DA SILVA

IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE CAUCAIA

RELATORA: DESEMBARGADORA FRANCISCA ADELINEIDE VIANA

**EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO FLAGRANCIAL CONVERTIDA EM PREVENTIVA. 1. TESES DE CARÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES PELAS QUAIS SE DECRETOU E MANTEVE A CUSTÓDIA CAUTELAR E DE AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 312, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. IMPROCEDÊNCIA. DEMONSTRADA A NECESSIDADE DA MEDIDA PARA A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA DIANTE DA PERICULOSIDADE EVIDENCIADA ATRAVÉS DA QUANTIDADE E VARIEDADE DA DROGA, BEM COMO DOS APETRECHOS APREENDIDOS. IRRELEVÂNCIA DE CONDIÇÕES SUBJETIVAS FAVORÁVEIS. INAPLICABILIDADE DAS MEDIDAS CAUTELARES PREVISTAS NO ART. 319, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. 2. ALEGAÇÃO DE DESPROPORCIONALIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA EM FACE DO REGIME DE PENA APLICÁVEL EM CASO DE EVENTUAL CONDENAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE. Ordem parcialmente conhecida e, na sua extensão, denegada.**

1. A decisão pela qual se converteu a custódia flagrantial em preventiva, cujas razões de decidir foram ratificadas no ato decisório pelo qual se manteve a constrição, encontra-se devidamente fundamentada, à luz dos requisitos previstos no art. 312, do Código de Processo Penal, eis que bem demonstrada a necessidade da constrição para a garantia da ordem pública, em razão da periculosidade demonstrada através das circunstâncias do crime, notadamente da quantidade, variedade e potencial destrutivo das substâncias entorpecentes apreendidas por ocasião do flagrante (20,5g de cocaína e 42g de crack), além de 50 saquinhos de embalagem e uma balança de precisão. Tais fatos evidenciam a existência de possibilidade concreta de reiteração delitativa, a justificar a manutenção da constrição a bem do resguardo do meio social.

2. O alegado fato de que o paciente possui condições pessoais favoráveis, ainda que eventualmente provado, não autoriza, por si só, a revogação da prisão preventiva ou a substituição desta por outras medidas cautelares, se existem, nos autos, elementos concretos e suficientes a demonstrar a necessidade de continuação da custódia antecipada, como ocorre *in casu*.

3. Quanto à alegação de que a medida constritiva seria desproporcional em face da pena eventualmente aplicada em caso de condenação, observa-se não ser este o momento para a análise da alegação, porquanto necessária a incursão profunda em elementos de prova a ser feita no momento oportuno, ou seja, quando da prolação da sentença, não se podendo antecipar juízo meritório a ser levado a efeito pela autoridade impetrada.

4. Ordem parcialmente conhecida e, na sua extensão, denegada.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus nº 0624243-87.2018.8.06.0000, formulado pelo impetrante Sílvio César Farias, em favor de João da Silva Pereira, contra ato do Excelentíssimo Senhor Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Caucaia.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer parcialmente da presente ordem de *habeas corpus*, para denegar-lhe provimento na extensão conhecida, nos termos do voto da eminente Relatora.

Fortaleza, 25 de julho de 2018.

### RELATÓRIO

Trata-se de ação de *habeas corpus*, com pedido de concessão da ordem em caráter liminar, formulada pelo impetrante Sílvio César Farias, em favor de João da Silva Pereira, contra ato do Excelentíssimo Senhor Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Caucaia.

Consta nos autos que, em 23 de novembro de 2017, o paciente foi preso em flagrante delito, vindo a ter o título prisional convertido em preventiva, nos autos em que responde pela suposta prática do crime previsto no art. 33, da Lei 11.343/06.

Alega o impetrante, em síntese, carência de fundamentação das decisões que decretou e manteve a custódia cautelar, bem como ausência dos requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal; ressalta ainda a presença de condições pessoais favoráveis, notadamente por ser o paciente possuidor de residência fixa e possuir emprego formal com carteira assinada.

Ressalta, outrossim, que em eventual condenação o paciente gozará do regime aberto, asseverando:

“[...] que o **paciente** é pessoa íntegra e possui boa reputação no bairro onde mora, é tecnicamente primário, e na possibilidade remota de condenação, em sua sentença, certamente obterá o direito de todos os atenuantes previstos no **art. 33, parágrafo 4º da Lei de Tóxico, e terá sua pena reduzida de até 2/3 da pena aplicada**, como também, pela **confissão espontânea**, obterá também redução da pena, e com isso, há plena possibilidade de ter sua pena reduzida, certamente, terá o direito de cumprir sua pena inicialmente em **REGIME ABERTO, até porque, já se encontra preso há aproximadamente 06 (seis) meses**”. (sic)

Conclui postulando a concessão da ordem liminarmente, com expedição do competente alvará de soltura e, subsidiariamente, a substituição do cárcere cautelar por medidas cautelares diversas da prisão.

Documentos diversos anexos fls. 12/63, destacando-se: pedido de liberdade provisória (fls. 13/16); parecer Ministerial (fls. 17/20); decisão que manteve o cárcere cautelar (fls. 21/22); auto de prisão em flagrante (fls. 31/32); auto de apresentação e apreensão (fls. 35); folha de antecedentes criminais (fls. 46/47); laudos provisórios (fls. 50/53); decisão que converteu a prisão flagrancial em preventiva (fls. 55/58).

Pleito liminar indeferido em decisão de fls. 66/68.

Judiciosas informações colacionadas às fls. 72/73.

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça às fls. 77/84, com manifestação pelo conhecimento e denegação da ordem.

É o relatório.

## VOTO

Na presente ação constitucional de *habeas corpus*, como já relatado, busca-se a soltura do paciente, sob as alegações de carência de fundamentação das decisões pelas quais se decretou e manteve a sua custódia

cautelar; de ausência dos requisitos previstos no art. 312, do Código de Processo Penal; e de existência de condições pessoais favoráveis à concessão de liberdade provisória, ainda que mediante a imposição de outras medidas cautelares e desproporcionalidade da prisão ante a eventual condenação.

Compulsando os presentes fólios, observo que não assiste razão jurídica ao impetrante, visto que os pressupostos e fundamentos da prisão preventiva foram concretamente demonstrados na decisão pela qual se converteu a custódia flagrancial em preventiva, cujas razões de decidir foram ratificadas no ato decisório pelo qual se manteve a constrição, estando, pois, respeitado o disposto no art. 312, do Código de Processo Penal.

No que se refere ao *fumus commissi delicti*, convém ressaltar a desnecessidade de prova manifesta e inequívoca quanto à autoria no momento da decretação da prisão cautelar, bastando existirem indícios suficientes, tais quais aqueles colhidos em sede de inquérito policial.

Aliás, tratando desse tema a partir da Lei nº 12.413/2011, Aury Lopes Jr. argumenta que “O *fumus commissi delicti* não constitui o maior problema [na conversão da prisão em flagrante em preventiva], na medida em que o próprio flagrante já é a visibilidade do delito, ou seja, já constitui a verossimilhança de autoria e materialidade necessárias neste momento”<sup>1</sup>.

Acerca do *periculum libertatis*, o Magistrado de primeira instância evidenciou a necessidade da medida constritiva para a garantia da ordem pública, em razão da periculosidade demonstrada através das circunstâncias do crime. Com efeito, o acusado em questão foi preso em flagrante, com quantidade e variedade de drogas, de grande poder destrutivo (20,5g de cocaína e 42g de crack), além de 50 saquinhos de embalagem, tipo “dindin” e uma balança de precisão, consoante Auto de Apresentação e Apreensão de fl. 35.

Tais fatos evidenciam a existência de possibilidade concreta de reiteração delitiva, a justificar a manutenção da constrição a bem do resguardo do meio social.

---

1 LOPES JR. Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas**: Lei 12.403/2011. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 54.

Transcrevo, a propósito, trechos da decisão pela qual se converteu a custódia flagrancial em preventiva (fls. 55/58):

“[...] No caso dos autos, **JOÃO DA SILVA PEREIRA** foi preso em uma operação policial em que foi apreendida certa quantidade de droga, além de artefatos ligados ao tráfico de drogas, conforme auto de fls. 06.

Em seu depoimento, o autuado permaneceu em silêncio.

Vislumbro circunstâncias do flagrante a indicar a sua **periculosidade concreta**, pela apreensão de drogas de alto poder viciante (**crack e cocaína**). Tudo isso, torna especialmente gravosa a consequência do delito ainda em apuração. Tudo isso apenas reforça a conclusão pela necessidade da prisão cautelar (preventiva) para fins de **garantia da ordem pública**, a teor do art. 312 do CPP.

Lamentavelmente, as medidas cautelares diversas da prisão, neste caso, não serão suficientes para se resguardar a sociedade de que o acoimado venha praticar novos delitos, se mostrando inadequada a aplicação.

[...]

Em relação aos pressupostos da custódia preventiva, presentes os mesmos. A existência do crime e os indícios de autoria se encontram evidentes através dos depoimentos de uma das autuadas e das testemunhas, além dos termos e documentos do Inquérito Policial, como é o caso do Auto de Apresentação e Apreensão e Laudos de Constatação Provisório da droga.

Relativamente a alguma pretensa liberdade provisória do flagranteado, esta se mostra inviável, seja diante da vedação legal preconizada no art. 44 da Lei nº 11.343/2006, seja pelos fatos precedentes do STJ acerca do cabimento da custódia preventiva em casos análogos ao que ora se examina” [...]

Na mesma senda, a decisão pela qual se manteve a constrição (fls. 21/22):

“[...] No caso em tela, **JOÃO DA SILVA PEREIRA** foi preso pela suposta prática de crime cuja pena máxima supera em muito o limite previsto no art. 333, inc. I, do CPP.

Há, ainda, para o autor circunstâncias a indicarem a sua **periculosidade concreta**, pela apreensão de drogas de alto poder viciante (cocaína e crack), o que torna especialmente gravosa a **consequência** do delito ainda em apuração.

Tudo isso apenas reforça a conclusão pela necessidade da prisão cautelar (preventiva) para fins de garantia da ordem pública, a teor do art. 312 do CPP.

[...]

Observo, ainda, que a primariedade do réu, assim como comprovação de trabalho, não são motivos suficientes para a revogação da cautelar preventiva.

[...]

Isto posto, acolho a manifestação do Ministério Público local, para o efeito de **INDEFERIR** o pedido contido nos autos, por ora, vez que presentes neste momento os fundamentos da prisão preventiva, a qual mantenho, a fim de garantir a ordem pública e a aplicação da lei penal.”

Como é cediço, o concreto risco de reiteração delitiva evidenciado pela paciente através das circunstâncias do delito traduz-se em parâmetro para justificar a necessidade da segregação acautelatória a bem da ordem pública, descabida a sua substituição por outras medidas cautelares, sendo irrelevante, nesse sentido, a existência de condições pessoais favoráveis.

Impende destacar, nesse diapasão, que a análise acerca do cabimento da constrição cautelar implica juízo de periculosidade, e não juízo de culpabilidade, de modo que não há que se cogitar em ofensa ao princípio constitucional da presunção de inocência, como bem assentou Renato Brasileiro de Lima<sup>2</sup>:

---

2 LIMA, Renato Brasileiro de. **Nova prisão cautelar: doutrina, jurisprudência e prática**. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, pp. 236 e 237.

“Para uma segunda corrente, de caráter restritivo, que empresta natureza cautelar à prisão preventiva decretada com base na garantia da ordem pública, entende-se garantia da ordem pública como risco considerável de reiteração de ações delituosas por parte do acusado, caso permaneça em liberdade, seja porque se trata de pessoa propensa à prática delituosa, seja porque, se solto, teria os mesmos estímulos relacionados com o delito cometido, inclusive pela possibilidade de voltar ao convívio com os parceiros do crime. Acertadamente, essa corrente, que é majoritária, sustenta que a prisão preventiva poderá ser decretada com o objetivo de resguardar a sociedade da reiteração de crimes em virtude da periculosidade do agente.

O caráter cautelar é preservado, pois a prisão tem o objetivo de assegurar o resultado útil do processo, de modo a impedir que o réu possa continuar a cometer delitos, resguardando o princípio da prevenção geral. Há, de fato, evidente perigo social decorrente da demora em se aguardar o provimento jurisdicional definitivo, eis que, até o trânsito em julgado da sentença condenatória, o agente já poderá ter cometido diversas infrações penais. Como adverte Scarance fernandes, ‘se com a sentença e a pena privativa de liberdade pretende-se, além de outros objetivos, proteger a sociedade, impedindo o acusado de continuar a cometer delitos, esse objetivo seria acautelado por meio da prisão preventiva.’

No caso de prisão preventiva com base na garantia da ordem pública, faz-se um juízo de periculosidade do agente (e não culpabilidade), que, em caso positivo, demonstra a necessidade de sua retirada cautelar do convívio social.”

Nesse sentido, colaciono julgados de nossas Cortes Superiores:

EMENTA HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. ORDEM PÚBLICA. DECISÃO FUNDAMENTADA.

1. Havendo condenação criminal, ainda que submetida à apelação, encontram-se presentes os pressupostos da preventiva, a saber, prova da materialidade e indícios de autoria. Não se trata, apenas, de juízo de cognição provisória

e sumária acerca da responsabilidade criminal do acusado, mas, sim, de julgamento condenatório, que foi precedido por amplo contraditório e no qual as provas foram objeto de avaliação imparcial, ou seja, um juízo efetuado, com base em cognição profunda e exaustiva, de que o condenado é culpado de um crime. Ainda que a sentença esteja sujeita à reavaliação crítica através de recursos, a situação difere da prisão preventiva decretada antes do julgamento.

**2. Se as circunstâncias concretas da prática do crime indicam o envolvimento significativo do agente com o tráfico de drogas e, por conseguinte, a periculosidade e o risco de reiteração delitiva, está justificada a decretação ou a manutenção da prisão cautelar para resguardar a ordem pública, desde que igualmente presentes boas provas da materialidade e da autoria.**

**3. O efeito disruptivo e desagregador do tráfico de drogas, este associado a um mundo de violência, desespero e morte para as suas vítimas e para as comunidades afetadas, justifica tratamento jurídico mais rigoroso em relação aos agentes por eles responsáveis e que deve refletir na análise dos casos concretos.**

4. Ordem denegada.

(STF, HC 105598 MG, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 26/06/2012, DJe-180 DIVULG 12-09-2012 PUBLIC 13-09-2012).

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. **APREENSÃO DE SIGNIFICATIVA QUANTIDADE DE DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. RECURSO DESPROVIDO.**

1. Recorrentes presas em flagrante em 17/08/2012 na posse de 27 pedras de crack e denunciadas pela prática do crime previsto no art. 33, da Lei n.º 11.343/2006.

**2. Afigura-se legítima a manutenção da segregação processual do Paciente, para a garantia da ordem pública, em face das circunstâncias do caso que, pelas características delineadas, retratam, in concreto, a periculosidade das**

**agentes, considerando-se, sobretudo, a apreensão de significativa quantidade de droga de alto poder destrutivo.**

3. Recurso desprovido.

(STJ, RHC 34.940/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 26/02/2013, DJe 06/03/2013).

Quanto à tese de que a medida constritiva seria desproporcional em face da pena eventualmente aplicada em caso de condenação, observo não ser este o momento para a análise da alegação, porquanto necessária a incursão profunda em elementos de prova a ser feita no momento oportuno, ou seja, quando da prolação da sentença, não se podendo antecipar juízo meritório a ser levado a efeito pela autoridade impetrada. Destaco, nesse sentido, os seguintes precedentes jurisprudenciais:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELA CORTE DE ORIGEM NO ACÓRDÃO COMBATIDO. INCOMPETÊNCIA DESTE STJ E SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. 1. Inviável a apreciação, diretamente por esta Corte Superior de Justiça, dada a sua incompetência para tanto e sob pena de incidir-se em indevida supressão de instância, do alegado excesso de prazo para a custódia cautelar, tendo em vista que tal questão não foi analisada pelo Tribunal impetrado no aresto combatido. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. CORRUPÇÃO DE MENORES E POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. SEGREGAÇÃO FUNDADA NO ART. 312 DO CPP. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. NATUREZA DANOSA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. ENVOLVIMENTO DE MENORES. POTENCIALIDADE LESIVA DAS INFRAÇÕES. GRAVIDADE. ORDEM PÚBLICA. CUSTÓDIA JUSTIFICADA E NECESSÁRIA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. DESPROPORCIONALIDADE DA MEDIDA EXTREMA. INOCORRÊNCIA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA.

1. Não há ilegalidade na manutenção da prisão preventiva quando demonstrado, com base em fatores concretos, que a segregação se mostra necessária, dada a gravidade das condutas incriminadas. 2. A natureza altamente lesiva da substância - crack -, droga de elevado poder viciante e alucinógeno -, bem como a considerável quantidade do material tóxico apreendido em poder da, em tese, associação criminosa, formada por quatro indivíduos e que contava ainda com o auxílio de outros quatro adolescentes na prática delitiva, são fatores que, somados às circunstâncias em que se deu a prisão em flagrante - na posse de arma de fogo e munições, bem como de elevada quantia em dinheiro -, autorizam a conclusão pela necessidade da segregação para a garantia da ordem e saúde pública, pois indicativas de habitualidade no comércio ilícito. **3. Inviável afirmar que a medida extrema é desproporcional em relação a eventual condenação que os recorrentes sofrerão ao final do processo que a prisão visa acautelar, pois não há como, em sede de recurso ordinário em habeas corpus, concluir que serão beneficiados com a aplicação de regime inicial diverso do fechado.** 4. Condições pessoais favoráveis não teriam, em princípio, o condão de, isoladamente, revogar a prisão cautelar, se há nos autos elementos suficientes a demonstrar a necessidade da custódia. 5. Recurso parcialmente conhecido e, nessa extensão, improvido.

(STJ - RHC: 37138 PA 2013/0117699-2, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 24/04/2014, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 06/05/2014).

ACÇÃO DE HABEAS CORPUS - TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS - ANÁLISE APROFUNDADA DE FATOS E PROVAS - VIA IMPRÓPRIA DE DISCUSSÃO - EVENTUAL CONDENAÇÃO A SER CUMPRIDA EM REGIME ABERTO - NÃO CONHECIMENTO - PRISÃO PREVENTIVA - CARÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECISUM NÃO EVIDENCIADA - PRESENÇA DOS REQUISITOS E PRESSUPOSTOS DO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DA PROPORCIONALIDADE NÃO EVIDENCIADA -

APLICAÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO - INVIABILIDADE - CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS - IRRELEVÂNCIA, NO CASO - CONCESSÃO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA - DESNECESSIDADE - ART. 5º, LXXVII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO - ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESTA EXTENSÃO, DENEGADA.

A ação de habeas corpus não é a via adequada para discussão acerca de fatos que demandam o exame de provas a serem produzidas na instrução criminal. **A alegação de que, se condenada, o regime de cumprimento da reprimenda aplicada seria diverso da reclusão não merece ser apreciada, pois sequer existe sentença, estando a defesa a presumir futura condenação.** A necessidade de garantir a ordem pública, aliada à prova de existência do crime e aos satisfatórios indícios quanto à autoria, é suficiente para a decretação e manutenção da segregação. A detenção processual é compatível com o princípio da presunção de inocência e da proporcionalidade quando há nos autos elementos hábeis a justificar a medida extrema. Existindo nos autos fundamentos concretos a justificar a necessidade da constrição cautelar, torna-se inviável a concessão de qualquer medida revogatória da custódia. As condições pessoais favoráveis da encarcerada não obstam, por si sós, a manutenção da privação de liberdade, quando presentes os requisitos e pressupostos do art. 312 do Código de Processo Penal. “São gratuitas as ações de habeas corpus e habeas data, e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania” (artigo 5º, inciso LXXVII, da Constituição Federal). Ordem parcialmente conhecida e, nesta extensão, denegada.

(TJ-PR - Habilitação: 12337361 PR 1233736-1 (Acórdão), Relator: Jorge Wagih Massad, Data de Julgamento: 31/07/2014, 5ª Câmara Criminal, Data de Publicação: DJ: 1398).

HABEAS CORPUS. RECEPÇÃO. PRISÃO EM FLAGRANTE. PRESENÇA DOS REQUISITOS DA

PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. DESPROPORCIONALIDADE NA MANUTENÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR. AVALIAÇÃO PREMATURA. ORDEM DENEGADA.

1. ESTANDO PRESENTES A MATERIALIDADE DO DELITO E OS INDÍCIOS DE AUTORIA, ALIADO AO FATO DE O PACIENTE REGISTRAR EXTENSA FOLHA DE ANTECEDENTES PENAI, JUSTIFICADA ESTA A SEGREGAÇÃO CAUTELAR COMO FORMA DE GARANTIR A MANUTENÇÃO DA ORDEM PÚBLICA. 2. É **PREMATURA A AVALIAÇÃO DA DESPROPORCIONALIDADE ENTRE A PRISÃO CAUTELAR E A FUTURA PENA A SER APLICADA, BEM COMO DO REGIME DE CUMPRIMENTO, QUE SOMENTE OCORRERÁ APÓS A INSTRUÇÃO CRIMINAL.** 3. ORDEM DENEGADA.

(TJ-DF - HC: 137875220088070000 DF 0013787-52.2008.807.0000, Relator: NILSONI DE FREITAS, Data de Julgamento: 16/10/2008, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: 04/11/2008, DJ-e Pág. 126).

ISSO POSTO, considerando que restaram delineados os requisitos previstos no art. 312, do Código de Processo Penal, nas decisões pelas quais se decretou e manteve a custódia cautelar da paciente, notadamente quanto à necessidade da constrição para a garantia da ordem pública, sendo, nesse diapasão, irrelevante a existência de condições pessoais favoráveis e descabida a substituição por outras medidas cautelares; e diante da impossibilidade de análise acerca da desproporcionalidade da constrição em relação ao regime de pena eventualmente aplicado em caso de condenação, **CONHEÇO PARCIALMENTE** da presente ordem de *habeas corpus*, para **NEGAR-LHE PROVIMENTO** na extensão conhecida, agindo assim em parcial consonância com o parecer ministerial.

É como voto.

Fortaleza, 25 de julho de 2018.

PROCESSO: 0625344-62.2018.8.06.0000 - HABEAS CORPUS

IMPETRANTE: DEFENSORIAS PÚBLICAS DO BRASIL

PACIENTE: EDMILSON LOPES DA SILVA

IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DO JÚRI DA COMARCA DE FORTALEZA

RELATOR: DESEMBARGADOR HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

**EMENTA: HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO DUPLAMANTE QUALIFICADO TENTADO. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDOTA. PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS DO ART. 312 DO CPP. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. INSUFICIÊNCIA. ORDEM DENEGADA.**

01. Cediço que, havendo prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, a prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, poderá ser decretada para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal..

02. Na hipótese dos autos, a custódia foi justificada como forma de acautelar a ordem pública, com base no art. 312 do CPP, considerando não só a concreta gravidade dos fatos imputados ao Paciente, revelada pelo modus operandi da conduta, que “revela uma violência incomum e que assusta, pois: não bastassem 02 (dois) golpes na vítima – tórax e cervical – o agressor ainda tratou de quebrar o instrumento lesionador DENTRO DO CORPO DO OFENDIDO,

trazendo, outrossim, risco de morte ao lesionado, em face de obrigatoria cirurgia para a retirada do corpo estranho, abrindo espaço para eventual infecção”, como também como forma de evitar a reiteração criminosa, na medida em que destacou o Magistrado de piso que o Paciente é contumaz na prática delitiva, circunstância revelada por sua certidão de antecedentes criminais.

03 . Incabível a substituição da prisão por medidas cautelares alternativas, por serem insuficientes ao fim almejado, vez que a prisão encontra-se justificada na finalidade de acautelar a ordem pública.

04. Ordem 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 denegar a ordem impetrada, tudo em conformidade com o voto do relator.

Fortaleza, CE, 25 de julho de 2018.

## RELATÓRIO

Cuida-se de habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado em favor de **Edmilson Lopes da Silva**, figurando como autoridade coatora o Juízo de Direito da 1ª Vara do Júri da Comarca de Fortaleza.

Colhe-se dos autos que o Paciente foi preso em flagrante delito em 20-01-2018, teve a prisão convertida em preventiva, e foi denunciado pela suposta prática do delito tipificado nos artigos 121, § 2º, incisos II e IV, na forma do art. 14, inciso II, todos do Código Penal Brasileiro.

A impetração busca, em síntese, a revogação da custódia cautelar do Paciente, alegando falta de fundamentação idônea para a decretação da prisão preventiva, ressaltando a possibilidade de aplicação, na espécie, de medida cautelar alternativa.

Indeferi a liminar (fls. 28). As informações foram solicitadas e prestadas às fls. 32-33. A douta PGJ manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 40-45).

É, no que há de relevante, o relatório.

Em mesa para julgamento.

## VOTO

Busca-se, neste habeas corpus, a revogação da custódia cautelar decretada pelo Juízo de origem em desfavor do Paciente ou a substituição da segregação por medidas cautelares alternativas.

Por oportuno, segue, na parte que interessa, a transcrição da decisão do Juízo de primeiro grau que decretou a prisão preventiva:

“[...]”

Trata-se de prisão por tentativa de homicídio em que o autuado acima nominado fez uso de uma faca de cozinha para agredir outro homem – por 02 (duas) vezes: na altura do hemitórax e ainda, na cervical.

Além da gravidade intrínseca do delito, a dinâmica do crime revela uma violência incomum e que assusta, pois: não bastassem 02 (dois) golpes na vítima – tórax e cervical – o agressor ainda tratou de quebrar o instrumento lesionador DENTRO DO CORPO DO OFENDIDO, trazendo, outrossim, risco de morte ao lesionado, em face de obrigatório cirurgia para a retirada do corpo estranho, abrindo espaço para eventual infecção.

Neste especial, a mera cirurgia, por si só, configuraria risco de morte para a vítima.

Vejo, outrossim, que a desproporção da medida usada pelo autor das lesões revela que a prisão preventiva é necessária, em razão da dinâmica criminal com periculosidade em

concreto ao agente, ensejando a preventiva, ao menos no momento, para resguardar a ordem pública.

Nenhuma medida cautelar é bastante para dar certeza de que o agressor não vai voltar a agredir o lesionado. ASSIM, NÃO SERÃO adequadas medidas diversas da prisão.

[...]” (fls. 24-25)

A liberdade provisória foi pleiteada na origem e o pedido foi negado, em decisão assim fundamentada:

“[...]”

Os autos revelam, aparentemente, que o móvel para o crime de tentativa de homicídio da vítima Deivid de Menezes teria sido um desentendimento de somenos importância com o indiciado.

Com efeito, tratando-se de crime grave como é o de homicídio, que por sua natureza reclama rigorosa apuração, constata-se que o indeferimento do pedido de revogação da prisão preventiva do requerente é medida que se impõe para garantir a ordem pública e por conveniência da instrução criminal, visto que a vítima sequer foi ouvida sobre os fatos, posto que ainda se encontra hospitalizada para tratamento das lesões sofridas.

Ademais, está em risco a ordem pública pela periculosidade do agente demonstrada pelo “modus operandi” empregado na conduta, assim como pela contumácia delituosa revelada pela certidão de antecedentes criminais encartada à página 11.

A manutenção da prisão cautelar do requerente, conforme se infere da decisão primeva, está fundada em elementos idôneos para demonstrar a necessidade da segregação cautelar, máxime ao afirmar a periculosidade do agente.

[...]” (fls. 21-23)

Cedição que, havendo prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, a prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, poderá ser decretada para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Na hipótese dos autos, a custódia foi justificada como forma de acautelar a ordem pública, com base no art. 312 do CPP, considerando não só a concreta gravidade dos fatos imputados ao Paciente, notabilizada pelo modus operandi da conduta, que “revela uma violência incomum e que assusta, pois: não bastassem 02 (dois) golpes na vítima – tórax e cervical – o agressor ainda tratou de quebrar o instrumento lesionador DENTRO DO CORPO DO OFENDIDO, trazendo, outrossim, risco de morte ao lesionado, em face de obrigatório cirurgia para a retirada do corpo estranho, abrindo espaço para eventual infecção”, como também como forma de evitar a reiteração criminosa, na medida em que destacou o Magistrado de piso que o Paciente é contumaz na prática delitiva, circunstância revelada por sua certidão de antecedentes criminais.

A custódia está firmada, portanto, em base empírica concreta e atende aos ditames do art. 312, do Código de Processo Penal, merecendo ser mantida.

A propósito:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. REITERAÇÃO DELITIVA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. ORDEM DENEGADA.

1. Sabe-se que o ordenamento jurídico vigente traz a liberdade do indivíduo como regra. Desse modo, antes da confirmação da condenação pelo Tribunal de Justiça, a prisão revela-se cabível tão somente quando estiver concretamente comprovada a existência do *periculum libertatis*, sendo impossível o recolhimento de alguém ao cárcere caso se mostrem inexistentes os pressupostos autorizadores da medida extrema, previstos na legislação processual penal.

2. Na espécie, a segregação provisória encontra-se devidamente motivada, pois invocou o Magistrado de primeiro grau a vida pregressa do paciente, a qual, de fato, sinaliza a sua reiteração delitiva, consoante se depreende, inclusive, da certidão de antecedentes criminais juntada aos autos.

Portanto, a custódia preventiva está justificada na necessidade de garantia da ordem pública ante a contumácia criminosa do paciente.

3. Habeas Corpus denegado.

(HC 424.165/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 20/03/2018, DJe 05/04/2018)

Nesse contexto, incabível a substituição da prisão por medidas cautelares alternativas, por serem insuficientes ao fim almejado, vez que a prisão encontra-se justificada na finalidade de acautelar a ordem pública.

Como reiteradamente vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça, “inaplicável medida cautelar alternativa quando as circunstâncias evidenciam que as providências menos gravosas seriam insuficientes para manutenção da ordem pública” (HC 415.815/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 07/11/2017, DJe 14/11/2017).

Ante o exposto, em consonância com o parecer da douta PGJ, denego a ordem.

É como voto.

Fortaleza, 25 de julho de 2018.

## ÍNDICE ALFABÉTICO

### JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

#### APELAÇÃO CÍVEL

Concurso público – remarcação de prova prática de digitação – situação excepcional não albergada pela regra proibitiva – candidato prejudicado por fato ocorrido no ambiente do curso de formação – ofensa aos princípios da igualdade e do amplo acesso aos cargos públicos ..... 138/140.

Gratificação “pó de giz” - art. 249 da Lei Orgânica do Município – Emenda à Lei Orgânica – verba extinta – publicação afixada no átrio da prefeitura e da câmara de vereadores – inexistência de imprensa oficial – regularidade da publicação – precedentes do STJ e das Câmaras de Direito Público do TJCe..... 55/56.

Greve de servidores municipais – ameaça concretizada de descontos nos vencimentos – ausência de declaração judicial da ilegitimidade ou da ilegalidade da greve – mandado de segurança preventivo – concessão ..... 64/66.

Improbidade administrativa – fraudes em processos de licitação – incorrência – juntada dos procedimentos administrativos de licitação ou de dispensa e inexigibilidade – ausência do elemento subjetivo ..... 15/17.

Legislação consumerista – sanção imposta pelo DECON por descumprimento – apreciação do ato administrativo – possibilidade – amplitude do controle jurisdicional da legalidade ..... 72/74.

Licença de vereador para tratamento de saúde – período superior a 30 dias – recusa dolosa em dar posse ao 1º suplente – violação aos princípios da legalidade, impessoalidade e moralidade – improbidade administrativa comprovada ..... 32/34.

Morte de ex-cônjuge – ausência de disponibilização de leito de UTI – responsabilidade civil do Estado por omissão – incidência do art. 37, § 6º, da Constituição Federal – requisitos mínimos atendidos – danos morais configurados ..... 92/94.

Órgão de defesa do consumidor – multa administrativa – UNIMED – limitação imposta a procedimentos e exames – alegativa de obediência ao contrato – violação às regras consumeristas – regularidade do processo administrativo ..... 115/118.

Policial militar – demissão por infração disciplinar – venda de munição durante operação policial – sanção que atende à gravidade da infração e considera o histórico do servidor..... 159/162.

Servidor público – estabilidade extraordinária conferida pelo art. 19, da ADCT da Constituição Federal – pleito de incorporação de gratificação de representação – impossibilidade – vantagem pecuniária própria dos servidores efetivos não extensível aos estabilizados..... 179.

### AGRAVO DE INSTRUMENTO

Autarquia municipal de trânsito – atos de controle, sanção e punição – serviço de transporte individual de passageiros – prestação realizada por particulares – intermediação do aplicativo UBER – preservação da livre iniciativa e livre concorrência..... 189/190.

Nepotismo – tutela provisória de urgência deferida para suspender a eficácia dos atos de nomeação – nepotismo não configurado – violação da Súmula 13 do STF – inobservância – ausência de subordinação hierárquica ou projeção funcional – lotação em pessoa jurídica diversa .....227/229.

Plano de saúde – obrigação de fornecimento de medicação – necessidade de averiguação da efetividade do remédio ao perfil do paciente – critérios de faixa etária e por ser o usuário dependente de assistência respiratória – indícios de não adequação ao tratamento.....239/242.

Proteção do patrimônio público – bem tombado provisoriamente pelo município – mesma eficácia do tombamento definitivo – proibição de concessão pela prefeitura de qualquer autorização ou licença para demolição, destruição ou mutilação do imóvel.....201/204.

Recursos do FUNDEF/FUNDEB – vinculação à educação básica – possível interesse da União – incidência da Súmula 150 do STJ – declínio de competência – remessa dos autos ao TRF da 5ª Região .....215/216.

## MANDADO DE SEGURANÇA

Ato de aposentadoria por tempo de contribuição – publicação no órgão oficial – ato complexo que se aperfeiçoa com o registro no Tribunal de Contas do Estado – parecer contrário da PGE – natureza não vinculante – retorno do servidor à atividade – tempo de serviço judicialmente reconhecido em ação de justificação – manutenção provisória do autor como inativo .....293/295.

Concurso público – cargo de escrivão de polícia – inobservância do disposto no art. 16, § 1º, da Lei nº 12.124/93 - empate na última colocação – candidata que deve compor o cadastro de reserva – ofensa ao princípio da razoabilidade .....273/274.

Concurso público – publicação da convocação unicamente em endereço eletrônico – lapso temporal desarrazoado – impossibilidade – necessidade de comunicação pessoal .....284/285.

## JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

### APELAÇÃO CRIME

Estupro de vulnerável – comprovação da prática de ato libidinoso com menor de 14 anos – maior valor probatório às palavras da vítima – corroboração pelos demais elementos probatórios dos autos – pretensão absolutória – improvimento .....400/401.

Homicídio simples – Tribunal do Júri – absolvição por acolhimento da legítima defesa - preliminares de violação do sigilo e cerceamento da acusação – rejeição – alegação de decisão contrária às provas dos autos – inoportunidade – versão acolhida que encontra respaldo na prova coligida.....309/310.

Lesão corporal em situação de violência doméstica – ofendida devidamente ouvida na fase instrutória processual – reiteração coerente e segura do relato das agressões sofridas – exame de corpo de delito que embasa as palavras da vítima – pretensão absolutória – improvimento .....370/371.

Roubo majorado – concurso de agentes e emprego de arma – pleito absolutório por negativa de autoria – descabimento – contexto probatório suficiente à condenação – palavra das vítimas em harmonia com os demais elementos de convicção – decote da majorante do emprego de arma – impossibilidade – desnecessidade de apreensão e perícia da arma.... 413.

Roubo majorado – delitos contra o patrimônio – especial importância da palavra da vítima – majorantes pelo uso de arma de fogo e pelo concurso de pessoas – roubo particado contra pessoas distintas em um mesmo contexto fático – concurso formal .....345/349.

Roubo tentado – não configuração – desnecessidade da posse tranquila da *res furtiva* – Teoria da *apprehensio* – precedentes do STJ e STF – reforma da sentença para condenação do apelado pela prática de roubo simples consumado.....318/319.

Tráfico de drogas – materialidade e autoria comprovadas – prova pericial – testemunho policial – validade – inexpressiva quantidade de droga – redução da pena-base .....330/331.

Tráfico de drogas, lesão corporal leve e resistência – tráfico efetivamente perpetrado – confissão em relação aos demais crimes – inaplicabilidade do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 – existência de outros processos por homicídio e por tráfico – dedicação à atividade criminosa .....375/381.

## HABEAS CORPUS

Homicídio duplamente qualificado tentado – prisão preventiva – fundamentação idônea – gravidade concreta da conduta do agente – presença dos pressupostos do art. 312, do CPP – medidas cautelares alternativas – insuficiência .....455/456.

Tráfico de drogas – prisão flagrancial convertida em preventiva – tese de carência de fundamentação das decisões que se decretou e manteve a custódia e de ausência dos requisitos do art. 312, do CPP – improcedência – garantia da ordem pública .....442/444.

Tráfico de drogas, posse de arma de fogo e receptação – prisão preventiva – fundamentação idônea – presença dos pressupostos do art. 312, do CPP – pleito de prisão domiciliar – pedido não apreciado pelo juízo de origem – supressão de instância - impossibilidade .....437/438.





**ESTADO DO CEARÁ  
PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

<i>Formato</i>	17 x 24 cm
<i>Tipologia</i>	Minion Pro 9/11
<i>Papel</i>	Sulfite Alta Alvura 75 g/m <sup>2</sup> (miolo) Supremo 250 g/m <sup>2</sup> (capa)
<i>Número de Páginas</i>	464
<i>Impressão</i>	Coordenadoria de Apoio Operacional Tribunal de Justiça do Estado do Ceará
<i>Data</i>	Setembro 2020



