



Tribunal de Justiça do Estado do Ceará

Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Ceará

Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará
Volume 28.2008

Publicação Oficial do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, a cargo da Comissão de Jurisprudência e Biblioteca.

Os acórdãos selecionados para publicação correspondem, na íntegra, às cópias obtidas nos Gabinetes dos Desembargadores deste Egrégio Tribunal.

Comissão de Jurisprudência: Des. João de Deus Barros Bringel, Des. Gizela Nunes da Costa, Des. Francisco de Assis Filgueira Mendes. **Suplentes:** Des. Huguette Braquehais, Des. Ademar Mendes Bezerra.

*Tribunal de Justiça do Estado do Ceará
Av. Ministro José Américo s/n
Centro Administrativo Gov. Virgílio Távora-Cambéba
CEP: 60839-900
www.tj.ce.gov.br
e-mail: biblioteca@tj.ce.gov.br*

Tiragem da Edição: 500 exemplares

Expediente:

Coordenação:

Des. João de Deus Barros Bringel

Normalização:

Maria Cláudia de Albuquerque Campos CRB - 3/214

Revisão

Francisco Hudson Pereira Rodrigues

Diagramação e Impressão:

Wellington Forte Miranda Filho

Parque Gráfico do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará

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

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

CDU 340.342 (05)

APRESENTAÇÃO

A Comissão de Jurisprudência e Biblioteca, agradecendo a colaboração do eminente Presidente do Tribunal de Justiça, entrega aos operadores do Direito, o Volume 28, de nossa Revista de Jurisprudência, agora, restaurada a sua apresentação gráfica, com atualização da foto do Palácio da Justiça Des. Júlio Carlos de Miranda Bezerra.

A partir deste volume, os acórdãos ou decisões monocráticas seguem a ordem dos órgãos a que pertencem os eminentes Relatores, em primeiro lugar, o Tribunal Pleno, depois, as Câmaras Reunidas (Cíveis e Criminais) e as Câmaras Isoladas (Cíveis e Criminais).

Ainda não se chegou ao objetivo desejado, a inserção de trabalhos de todos os membros do Tribunal, o que se espera venha a ocorrer no próximo número, quando também poderão ser publicados mais trabalhos doutrinários, caso haja resposta positiva dos magistrados cearenses à abertura que lhes foi proporcionada pela Comissão na Apresentação do Vol. 27, sendo que no presente foi inserida significativa colaboração de autoria do eminente Des. José Ari Cisne, que, durante muitos anos, ilustrou, com sua conhecida cultura, a nossa Corte de Justiça.

Ao chegar ao término da gestão da atual Comissão, os seus membros aproveitam o ensejo para desejarem aos novos dirigentes do Tribunal de Justiça, eleitos para o biênio 2009-2011, Desembargadores Ernani Barreira Porto, Presidente, José Arísio Lopes da Costa, Vice-Presidente, e João Byron de Figueiredo Frota, Corregedor-Geral, uma administração sempre voltada para o prestígio e engrandecimento da Instituição, dando continuidade à administração que ora se encerra, tendo à frente o eminente Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha, ao tempo em que se congratulam com os novos membros da Comissão de

Jurisprudência, Desembargadores Edite Bringel Olinda Alencar e José Mário dos Martins Coelho, na certeza de que, com o apoio do membro que permanece, Desembargador Francisco de Assis Filgueira Mendes, tudo farão para que nossa Revista espelhe cada vez mais o que de melhor é produzido por nossos ilustres julgadores.

Des. João de Deus Barros Bringel
- Presidente da Comissão -

Fortaleza, dezembro de 2008.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ

Sumário

Apresentação	3
Composição do Tribunal Pleno	7
Relatores	9

Doutrina

Judiciário Guardião da Cidadania - Des. José Ari Cisne	13/22
--	-------

Jurisprudência Cível

Tribunal Pleno

Agravo Regimental.....	29/44
Mandado de Segurança.....	47/114

Câmaras Cíveis Reunidas

Ação Rescisória.....	119/134
----------------------	---------

1ª Câmara Cível

Apelação Cível.....	139/185
---------------------	---------

2ª Câmara Cível

Agravo de Instrumento.....	191/203
Apelação Cível.....	207/220
Mandado de Segurança.....	223/229

3ª Câmara Cível

Agravo de Instrumento.....	235/241
Apelação Cível.....	245/267

4ª Câmara Cível

Apelação Cível.....	273/298
---------------------	---------

Jurisprudência Criminal

Câmaras Criminais Reunidas

Revisão Criminal.....305/335

1ª Câmara Criminal

Apelação Crime.....341/358

Habeas Corpus Crime.....361/364

2ª Câmara Criminal

Apelação Crime.....369/379

Habeas Corpus Crime.....383/397

Índice Alfabético Remissivo.....398/402

**COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DO CEARÁ**

Presidente

Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha

Vice-Presidente

Des. Rômulo Moreira de Deus

Corregedor Geral da Justiça

Des. José Cláudio Nogueira Carneiro

TRIBUNAL PLENO

Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha

Des. Ernani Barreira Porto

Des. Francisco Haroldo Rodrigues de Albuquerque

Des. João de Deus Barros Bringel

Des^a. Huguette Braquehais

Des. Rômulo Moreira de Deus

Des. José Cláudio Nogueira Carneiro

Des^a. Gizela Nunes da Costa

Des^a. Maria Celeste Thomaz de Aragão

Des. José Arísio Lopes da Costa

Des. Luiz Gerardo de Pontes Brígido

Des. João Byron de Figueiredo Frota

Des. Ademar Mendes Bezerra

Des^a. Mariza Magalhães Pinheiro

Des^a. Edite Bringel Olinda Alencar

Des^a. Maria Iracema do Vale Holanda

Des. José Mário dos Martins Coelho

Des^a. Maria Sirene de Sousa Sobreira

Des. Raimundo Eymard Ribeiro de Amoreira

Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes

Des. Francisco de Assis Filgueira Mendes

Des. Lincoln Tavares Dantas

Des. Celso Albuquerque Macêdo

Des. Francisco Lincoln Araújo e Silva

Desa. Lúcia Maria do Nascimento Fiúza Bitu

Des. Francisco Sales Neto

Des. Raul Araújo Filho

Dr. Bonfim Cavalcante Carneiro - Secretário Geral

RELATORES

- Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha*
- Des. Ernani Barreira Porto*
- Des. Francisco Haroldo Rodrigues de Albuquerque*
- Des. João de Deus Barros Bringel*
- Desa. Huguette Braquehais*
- Desa. Gizela Nunes da Costa*
- Des. José Arísio Lopes da Costa*
- Des. Luiz Gerardo de Pontes Brígido*
- Des. João Byron de Figueiredo Frota*
- Des. Ademar Mendes Bezerra*
- Desa. Edite Bringel Olinda Alencar*
- Desa. Maria Iracema do Vale Holanda*
- Des. José Mário Dos Martins Coelho*
- Desa. Maria Sirene de Souza Sobreira*
- Des. Raimundo Eymard Ribeiro de Amoreira*
- Des. Francisco de Assis Filgueira Mendes*
- Des. Lincoln Tavares Dantas*
- Des. Celso Albuquerque Macêdo*
- Des. Francisco Lincoln Araújo e Silva*
- Desa. Lúcia Maria do Nascimento Fiúza Bitu*
- Des. Francisco Sales Neto*
- Des. Raul Araújo Filho*

DOCTRINA

Judiciário Guardiã da Cidadania

Des. José Ari Cisne

De feito, proclame-se, por ser digno de realce, o momento presentâneo, quando do afloramento, e, conseqüente apreciação de eventos ditos malsinados, que se atribuiria - que se acentue - a que aludimos, tudo em tese, a alguns respeitáveis cidadãos que integram os Poderes da República Federativa do Brasil, e setores outros, e, que, por força de Princípios Constitucionais imarcessíveis, estão sob a égide tranqüilizadora de discernimento e dirimência do Pretório Excelso - O Supremo Tribunal Federal.

Em verdade, ainda que desnecessário - frise-se - que prescreve a Carta Magna, ostensiva e olímpicamente, pontificando, em dispositivos peremptórios e indelévelis:

Art. 92 - São órgãos do Poder Judiciário:

1 - O Supremo Tribunal Federal;

I -A- omissis

E, mais adiante, referindo-se à sua competência originária estadeia:

Art. 102- Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I . Processar e julgar, originariamente:

a) Omissis

b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República.

Imperioso, no entanto, fazer-se sentir, em assomando o escândalo e clamor interno e externo, referenciado

pela imprensa, em toda sua amplitude hodierna, de maneira enfática - e que escandaliza e deprime -, vejam-se as publicações reiteradas, que se assemelhariam a verdadeiro Shangri-la de enlços, semelhantes às intrincadas selvas impenetráveis da antiga Birmânia.

Como quer que seja, se de culpabilidade for o caso, positivamente, urge que sejam preservadas as prerrogativas inerentes dos cidadãos que integram Nossa Pátria, colimando o respeito às garantias constitucionais típicas - fazendo jus ao regime democrático.

Vale transcrever, a título de ilustração, trecho publicado pelo Informativo da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) transcrevendo, por sua vez, publicação do conceituado jornal O Globo, de 06 de julho, e, que, aqui, se aplica “ o carro-chefe da campanha é a defesa do fim do foro privilegiado”. A matéria ressaltou que o foro especial contribui para a impunidade. “O Judiciário precisa reagir. Os juizes têm que estar atentos ao que clama a sociedade. A sociedade quer saber quem são os culpados e ver essas pessoas presas”, disse o presidente da AMB, Rodrigo Callaço, ao jornal fluminense.” (grifos nossos - *in* Informativo da Associação dos Magistrados Brasileiros, Edição nº 96, 1º a 31 de agosto de 2007, pg. 15).

Desta sorte, desponta no cenário de que se cuida - o venerável Supremo Tribunal Federal com a incumbência, em aplicar a justiça aos casos concretos, na nobre missão de julgar, através de seus ilustres membros, que se constituem em juizes de escol, de notável e ilibado saber jurídico, e , inconspuabilidade indubidosa, sem jaça.

Aqui, nesta ensancha, faz-nos lembrar trecho citado pelo grande magistrado Edgard de Moura Bittencourt:

“Não é proibido sonhar com o juiz do futuro: cavalheiresco, hábil para sondar o coração humano, enamorado da Ciência e da Justiça, ao mesmo tempo que insensível às vaidades do cargo; arguto

para descobrir as espertezas dos poderosos do dinheiro; informado das técnicas do mundo moderno, no ritmo desta era nuclear, onde as distâncias se apagam e as fronteiras se destroem, onde, enfim, as diferenças entre os homens logo serão simples e amargas lembranças do passado...”

(Do comentário de “La Vie Judiciaire”, de 10 a 15 de maio de 1965, sobre os discursos de Maurice Aydalot e Jacques Charpentier, no Primeiro Colóquio Internacional da Magistratura). (*In* O Juiz, de Edgard de Moura Bittencourt, Segunda edição revista, com notas à Lei Orgânica da Magistratura Nacional, Editora Universitária de Direito Ltda., São Paulo, 1982, pg.04).

Presume-se - *Juris et de jure* - que as apreciações da Corte Suprema são destituídas, em absoluto, de inclinações travessas ou oblíquas, em que devemos confiar, indubitavelmente, pois que impenetráveis a quaisquer cogitações ortodoxas - a não ser a aplicação escorreita da lei -, lembrando-nos, ainda, do saudoso Edgard de Moura Bittencourt:

“Quando a política penetra no recinto dos tribunais - lembra Guizot - a Justiça se retira por alguma porta”. (*in* op. cit., O Juiz, pg. 19).

“O magistrado é um intelectual. Por formação, conhece o Direito como ciência deontológica, pesquisado em sua aplicação e em sua evolução na Sociologia, que é ciência ontológica e informativa. Por função, analisa os casos que se apresentam, alguns ou muitos com feição de desequilíbrios sociais, morais e econômicos, passando, ele juiz, a preencher as lacunas da lei, a contornar, quanto possível, suas imperfeições, e a orientar a tarefa

subseqüente do legislador". (*In op. cit.*, O Juiz, pg. 24).

E, isto porque, por força do dever a cumprir, face ao sodalício que integram, vale assinalar "que já proclamava Leclercq, quando do elevado desempenho das funções de Ministro da Justiça da França".

"As instituições convocam a Magistratura a desempenhar papel cada vez mais considerável na multidão das circunstâncias que geram a Política e a Administração Pública", (grifos nossos - *in op. cit.*, O Juiz, pg. 25).E, completando, lapidarmente, o pensamento anterior, afirma Thouret

"NÃO EXISTE PODER QUE AJA MAIS DIRETA E HABITUALMENTE SOBRE OS CIDADÃOS DO QUE O PODER JUDICIÁRIO. SEUS DEPOSITÁRIOS DEVEM SER, POIS, AQUELES SOBRE CUJA ESCOLHA A NAÇÃO TEM O MAIOR INTERESSE EM VELAR" (*in op. cit.*, O Juiz, pg. 31).

Gratia Argumentandi a título de ilustração, tão-somente, citemos dois itens, aflorados por Ransson, dos vinte, que compõem os mandamentos do juiz:

"XII- Aos emperdenidos te mostrarás severo, impiedosamente".

"XX- Servidor das leis te conservarás até a morte, simplesmente". (*in op. cit.*, O Juiz, pgs. 130/131).

Por inerência de suas nobres funções judicantes, os magistrados trazem em si, a qualidade inexcédível da independência, e, assim, tem-se que:

"O tema não se reduz à coragem de decidir contra os poderosos e contra a opinião geral. Sem dúvida, em semelhante conduta está boa parte da grandeza do magistrado; mas não é tudo, nem lhe afirma

totalmente a personalidade. Se aquela coragem lhe mostra o grau de despreendimento pessoal, não seria ocioso dizer que, também em grande parte, é consequência das garantias que se outorgam aos juizes. A independência, assim, dimana menos da pessoa do que do clima que se lhe oferece para decidir”.

“O problema da independência é de liberdade e esta, no juiz, é deveras complexa. Se em verdade só o homem livre pode julgar seus semelhantes, forçoso será reconhecer que o juiz deve cercar-se de condições indispensáveis àquele mister. O conjunto dessas condições integra o exato sentido de independência”. (*in op. cit.*, O Juiz, pg. 131).

E, por último, alusivo ao fenômeno independência dos julgamentos, assinala Roulet:

“É a independência - acrescenta ROULLET - que gera a imparcialidade; esta é aquela em ação. A imparcialidade é aquela considerada sob o ângulo da justiça distributiva. É da independência contra os próprios reflexos que procede a firmeza do magistrado, no cumprimento de seu ministério”. (*in op. cit.*, O Juiz, pg. 132).

E, os procedimentos, nos casos *sub judice*, far-se-ão pela sublime aplicação do direito, que, no clássico dizer de Carlos Maximiliano, se aduz:

“A aplicação do Direito consiste no enquadrar um caso concreto em a norma jurídica adequada. Submete às prescrições da lei uma relação da vida real; procura e indica o dispositivo adaptável a um fato determinado”. (*in* Hermenêutica e Aplicação do Direito, de Carlos Maximiliano, 9ª Edição, Forense, Rio de Janeiro, 1980, pg. 06).

E, magistralmente, com indisfarçável ajuste, completa o clássico jurista Carlos Maximiliano:

“Os próprios tradicionalistas irredutíveis atribuem ao juiz um poder imenso; acham natural que observe o preceito de Portalis, inserto no seu Discurso Preliminar, anexo ao Projeto de Código Civil francês: “Estenda os princípios dos textos às hipóteses particulares, por uma aplicação prudente e racionada; apodere-se dos interesses que a *lei não satisfez*, proteja-os e, por meio de tentativas contínuas, faça-os predominar”.

“Em resumo: é o magistrado, em escala reduzida, um sociólogo em ação, um moralista em exercício; pois a ele incumbe vigiar pela observância das normas reguladoras da coexistência humana, prevenir e punir as transgressões das mesmas”, (grifos nossos - *in op. cit.*. Hermenêutica e Aplicação do Direito, pg. 60).

Por último, não poderíamos deixar de fazer assomar, com a intensidade incômoda dos raios da luz do sol, que, ao julgar, - reporta Carlos Maximiliano, quando do Pleno, deste Conspícuo Supremo Tribunal Federal, em sessão memorável de sua despedida em 18-06-1941 (17ª sessão) sob a presidência do ilustre Ministro Eduardo Espínola, e, perante comissão integrada pelos Srs. Ministros Bento de Faria, Cunha Melo, José Linhares. Orosimbo Nonato, asseverava o notável intérprete da aplicação do direito:

“O Direito e a Moral demoram em círculos concêntricos: ao concernente a esta se atribui raio mais longo; menor, ao relativo aquele. Levando em conta esta independência visceral, o juiz, ao verificar procedimento contrário às injunções da ética, incline, quanto possível a aplicabilidade dos textos

positivos no sentido daqueles postulados feridos na essência". (in op. cit.. Hermenêutica e Aplicação do Direito, pg. 378).

Para rematar, e por comportar as hipóteses de que se cuida -*ad argumentandu tantum*, é de bom alvedrio, que se coloque, em realce o conceito de Justiça, segundo Ulpiano e Cícero:

"Derivado de *justitia*, de *justus*. quer o vocabulário exprimir, na linguagem jurídica, o que se faz conforme o Direito ou segundo as regras prescritas em lei".

"É, assim, a prática do *justo* ou a razão de ser do próprio Direito, pois que por ela se reconhece a legitimidade dos direitos e se estabelece o império da própria lei".

"Os romanos consideravam-na em grau tão elevado que **ULPIANO**, *argüindo-a de virtude, a define como constans et perpetua voluntas jus suum cuique trihuere*" vontade constante e perpétua de dar a cada um o que é seu)".

"É como virtude, que nos faz dar a Deus e aos homens o *que lhes é devido*, assinala-se no conceito de **CÍCERO**, "a impulsão firme e consciente para o bem, em oposição a *libido* e *cupiditas*".

Entre os povos organizados, a justiça é o próprio fundamento dos *poderes públicos*, que se instituem por delegação da soberania popular.

Bem por isso firma-se o lema pela linguagem de **CÍCERO**: *ubi non est justitia, ibi non potest esse jus*. E que a justiça é o próprio Direito realizado". (grifos nossos - *In Vocabulário Jurídico*, de Plácido e Silva, Volume III, J-P, Forense, Rio de Janeiro, 1982, pg. 40).

INTEGRANDO O FEITO, decide o juiz tranqüilo e

serenamente, recordando-me aqui do clássico CARLOS MAXIMILIANO, citando o DUQUE DE NOIALLES, quando se refere ao papel do juiz:

“Defensor natural das liberdades públicas e privadas, deve o juiz pairar tão alto que nem o favor, nem o temor possam atingir a sua consciência e perturbar a imparcialidade serena dos julgamentos”. (grifos nossos - *in* Prática de Processo Civil, de FRANCISCO RAITANI, vol. 1, pg. 10, ed. Saraiva, 1979).

RECORDEMOS, por oportuno, nesta ensanचा, a lição de CELSO AGRÍCOLA BARBI, quando se refere ao papel do JUIZ, colimando efetivamente, a rápida solução dos litígios, SEM IMPORTAR-SE COM OS INTERESSES OU VAIDADES CONTRARIADAS DE QUEM QUER QUE SEJA:

“Para que esses fins sejam alcançados, é preciso que o processo seja dirigido pelo próprio Estado, representado na pessoa do juiz, o qual agirá, tendo em vista o objetivo estatal, O LIVRE JOGO DE INTERESSES DAS PARTES NÃO É CAPAZ DE DAR CORRETA ORIENTAÇÃO AO PROCESSO, PORQUE O PRÓPRIO CONTRASTE ENTRE OS SEUS INTERESSES O DIFICULTARIA”.
(grifos nossos, *in* Comentários ao Código de Processo Civil, Vol. I, Tomo II, pg. 514, ed. Forense, 1977).

AINDA QUE PAREÇA EXAUSTIVO, não se deve olvidar o mestre FRANCISCO RAITANI:

“- O DIA EM QUE OS JUÍZES TIVEREM MEDO...”
“O juiz é um homem que se move dentro do Direito como prisioneiro dentro de seu cárcere. Tem liberdade para mover-se e nisso atua sua vontade; o

direito, entretanto, lhe fixa limites muito estreitos, que não podem ser ultrapassados. O importante, o grave, o verdadeiramente transcendental do direito não está no cárcere, isto é, nos limites, mas no próprio homem”.

(in PRÁTICA DE PROCESSO CIVIL, Vol. I, 12^o ed., pg. 16, Ed., Saraiva, 1979). E. completa, admiravelmente bem, o clássico EDUARDO J. COUTURE:

“DA DIGNIDADE DO JUIZ DEPENDE A DIGNIDADE DO DIREITO. O direito valerá, em um país e num momento histórico determinados, o que valham os juizes como homem. O DIA EM QUE OS JUÍZES TIVEREM MEDO, NENHUM CIDADÃO PODERÁ DORMIR TRANQUÍLO”.

(*Apud* op. cit. De RAITANI, pg. 17, EDUARDO J. COUTURE, Introdução ao Estudo do Processo Civil, trad. De MOZART VICTOR RUSSOMANO, pgs. 87/88).

GIORGIO DEL VECCHIO, em sua obra clássica, A Justiça, ed. Saraiva, 1960, pg. 161, com ajuste, assinala em invulgar estilo, com refulgência invejável:

“SOBRE O CONFUSO TUMULTUAR DAS PAIXÕES SÓ A JUSTIÇA RESPLENDE COM O GUIA SEGURO: e é tal a pureza de seu esplendor que, segundo a imagem aristotélica”, “não é tão maravilhosa Vésper, a estrela vespertina, nem Lúçifer, a matutina”. (*in op. cit.*, pg. 161). Para finalizar a digressão necessária, ainda que pareça exaustiva, colimando e cogitando, tudo em tese, é oportuno lembrar a lição do estilista João Monteiro, tratando da submissão dos fatos à ordem legal:

“PARA FAZER JUSTIÇA, É PRECISO APLICAR A LEI AO FATO: o verdadeiro fato e o conhecimento da lei são, pois, os elementos primordiais da administração da justiça”. (*Apud* op. cit., de Gabriel

Rezende Filho, vol. 02, pg. 181, Ed. Saraiva, 1955). RUDOLF VON JHERING, citando o filósofo KANT sustenta:

“AQUELE QUE ANDA DE RASTOS COMO UM VERME NUNCA DEVERÁ QUEIXAR-SE DE QUE FOI CALCADO AOS PÉS”.

(in A LUTA PELO DIREITO, Organização Simões, 1955, Rio, pg. 03).

Em verdade, é exato quanto certo que os memoráveis e reiterados julgados deste respeitável Conspícuo Supremo Tribunal Federal, ficaram imarcessivelmente, incrustados no tempo, que tem notável influência nas relações jurídicas, valendo aqui, por último, lembrar o clássico Clóvis Beviláqua citando Windscheid:

“Coisa semelhante dissera WINDSCHEID, Pandectas, I, § 105: < O tempo é uma força a que não se pode subtrair nenhum espírito humano; o que durou por muito tempo, só por essa razão, parece como alguma coisa de sólido e indestrutível >” (In Theoria Geral do Direito Civil, de Clóvis Beviláqua, 6ª Edição, Livraria Francisco Alves, Rio de Janeiro, 1953, pg. 369).

São estas as considerações que, em rápidos debuxos, são estadeadas e impulsionadas, tão somente, pelo entusiasmo patriótico e cívico, e sem quaisquer conotações, deste ou daquele jaez, em fazendo chegar ao conhecimento desta Conspícua Presidência, tudo objetivando a aplicação do Direito, indistintamente, a fim de que se faça a costumeira justiça, tendo em vista, de per si, os casos concretos suscitados, com a isenção típica, que nortearam, sempre, os julgamentos memoráveis. desta tradicional e respeitável, Corte Suprema, que tanto envaidecimento nos traz. pois que. em toda plenitude, somos sencientes.

Fortaleza, 12 de setembro de 2007.

Jurisprudência
Jurisprudência

Cível



TRIBUNAL PLENO

Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha - *Presidente*

Des. Rômulo Moreira de Deus - *Vice-Presidente*

Des. José Cláudio Nogueira Carneiro - *Corregedor Geral da Justiça*

Des. Ernani Barreira Porto

Des. Francisco Haroldo Rodrigues de Albuquerque

Des. João de Deus Barros Bringel

Des^a. Huguette Braquehais

Des^a. Gizela Nunes da Costa

Des^a. Maria Celeste Thomaz de Aragão

Des. José Arísio Lopes da Costa

Des. Luiz Gerardo de Pontes Brígido

Des. João Byron de Figueiredo Frota

Des. Ademar Mendes Bezerra

Des^a. Mariza Magalhães Pinheiro

Des^a. Edite Bringel Olinda Alencar

Des^a. Maria Iracema do Vale Holanda

Des. José Mário dos Martins Coelho

Des^a. Maria Sirene de Sousa Sobreira

Des. Raimundo Eymard Ribeiro de Amoreira

Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes

Des. Francisco de Assis Filgueira Mendes

Des. Lincoln Tavares Dantas

Des. Celso Albuquerque Macêdo

Des. Francisco Lincoln Araújo e Silva

Desa. Lúcia Maria do Nascimento Fiúza Bitu

Des. Francisco Sales Neto

Des. Raul Araújo Filho

Dr. Bonfim Cavalcante Carneiro - *Secretário Geral*

AGRAVO REGIMENTAL

**ESTADO DO CEARÁ
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

PROCESSO Nº 2006.0000.0339-5/1.

AGRAVO REGIMENTAL EM PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR.

AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ.

AGRAVADO: MUNICÍPIO DE PINDORETAMA.

RELATOR: DESEMBARGADOR FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA

EMENTA: CONSTITUCIONAL. SECRETÁRIO MUNICIPAL. NOMEAÇÃO. PRERROGATIVA DO PREFEITO. NEPOTISMO. INTERFERÊNCIA DO JUDICIÁRIO.

Agravo regimental em que mantida denegação de restabelecimento de antecipatória. Assim como no plano federal a nomeação e a exoneração de Ministros é prerrogativa pessoal do Presidente da República, tais atos, em Estados e Municípios, são da livre escolha de Governadores e Prefeitos. Óbice constitucional à interferência do Judiciário no exercício dessa competência, salvo se ultrapassada razoabilidade na nomeação de parentes por Chefe do Executivo. Agravo conhecido e desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos, acordam os Desembargadores integrantes do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em sua composição plenária, à unanimidade, em

conhecer do agravo regimental, para **negar-lhe provimento**, tudo de conformidade com o voto do Relator.

Fortaleza, 8 de fevereiro de 2007.

RELATÓRIO

Conforme dos autos se constata, o representante do Ministério Público com ofício na Comarca do Município de Pindoretama (CE) promoveu ação civil pública, a fim de que fossem declarados nulos os contratos firmados em conflito com o art. 92 da Lei Orgânica daquele ente político, condenados os responsáveis ao ressarcimento do Erário.

Os supostos contratos estariam consubstanciados na Portaria nº 02/2005, de 01 de janeiro de 2005, do Sr. Prefeito Municipal (fls. 15-6), mediante a qual, em verdade, foram **nomeados** os diversos Secretários da Administração, que naquela data era inaugurada.

Entre as várias nomeações argüidas de “contratações”, contudo, foi impugnada unicamente a da Sra. Iria Menezes Barbosa, cônjuge do Prefeito, desvelando o *Parquet*, em razão desse ato, color de nepotismo, em afronta à citada norma da Lei Orgânica municipal, *in verbis*:

Art. 92. O Prefeito, o Vice-Prefeito, os Vereadores e os servidores municipais, bem como pessoas ligadas a qualquer deles por patrimônio ou parentesco, afim, ou consangüíneo até o 2º grau, ou por adoção, não poderá contratar com o Município, subsistindo a proibição até seis meses após findas as respectivas funções.

Suplicada no feito, pelo agente ministerial, **antecipação de tutela** (já amplamente admitida no tipo de ação) que, não restou claro, poderia compreender-se como suspensão

do “contrato” para a Secretaria Municipal do Trabalho e Assistência Social, e **declaração final de nulidade** da “avença”, o MM. Juiz, em decisão manuscrita, inobservada a providência do art. 2º da Lei nº 8.437/1992, antecipou de imediato esta última pretensão: de plano declarou nulo o ato, “antecipando totalmente os efeitos da cognição exauriente, o contrato de nomeação^[sic] da Senhora... a partir da intimação desta decisão” (fl. 37), vulnerando uma vez mais a mencionada Lei, agora quanto ao seu art. 1º, § 3º.

O Município promovido pleiteou a suspensão da medida, acolhida pelo r. despacho presidencial de fls. 28-30, o que motivou a formalização, pelo agente ministerial, do presente agravo regimental em suspensão de segurança combinado com pedido de efeito suspensivo, longamente arrazoado às fls. 43-68. Nestas, demorou-se o agravante a inculcar com maestria a legitimidade do Ministério Público para deflagrar e elevar às culminâncias judiciais procedimentos como o de que se cuida nos autos, mercê da contemplação constitucional que para tanto lhe é feita. Esforço de convencimento a meu ver dispensável, uma vez que nenhuma alusão foi feita no despacho agravado (fls. 28-30) acerca da ilegitimidade do MP estadual.

Acaso ali se descobrisse restrição a esse respeito, apareceria como alvo o próprio Poder Judiciário, cujo exercício de controle, segundo o *decisum* agravado, “não pode ser entendido como a possibilidade de avançar sem limites”, função aceitável “desde que tal controle seja realizado respeitando o núcleo de atividades que são privativas da administração”, que “não pode ser abrangente ao ponto de substituir a administração pública na realização de atos que lhe são privativos” (fl. 29). Consoante as razões do recurso, a decisão agravada incorreu em tais desmedidas a lesar a ordem pública, daí ser molestada regimentalmente.

Com efeito, os teoricamente apreciáveis argumentos delineados no agravo nada expendem acerca da causa de decidir a suspensão, conservando incólume em seus fundamentos o

decisório recorrido. Por conseguinte, impõe-se seja confirmado o r. despacho agravado, vale dizer, o julgamento político de que a ordem pública, no seu aspecto então relevado, foi violada pelos efeitos da cautelar.

Só essa convicção já me conduziria a não acolher o presente recurso, em caso inteiramente diverso, aliás, do por mim resolvido às fls. 37-9 destes autos, tocante exclusivamente a **pessoal administrativo** aparentado com o Prefeito, nomeado para cargos em comissão.

Há mais, todavia: em juízo de revisão de cautelares, não é de ser contemplado com a suspensão quem não demonstre (em plano de prospecção jurídica, a famosa “delibação” do Ministro Sepúlveda Pertence) a plausibilidade do seu direito, assim também, por essencial simetria, não deve ter restabelecida cautelar quem não a comprove forrada da mesma possibilidade de subsistência na via recursal.

Exatamente para a eventualidade desse cotejo é que registrei, acima, os diversos passos do presente processo, os quais, sob essa perspectiva, não mostram de boa contextura a pretensão aforada pelo MP: primeiramente, toma por contrato uma Portaria, ato administrativo unilateral pelo qual são **nomeados** Secretários do Governo Municipal, submetendo-a à disciplina do art. 92 da Lei Orgânica da Comuna, que diz respeito exclusivamente a **contratos**. Em segundo, não distingue, tal como posteriormente o decreto judicial, um servidor **administrativo** investido em cargo em comissão de um comissionado **político**, Secretário de Governo, o equivalente, nos Estados e Municípios, a Ministro de Estado, auxiliar pessoal do Presidente da República.

Entretanto, não há como medrar a igualação. No Estado federativo, o Chefe do Poder Executivo é auxiliado por Ministros, de sua livre nomeação (**não contratação**) e exoneração (Constituição do Brasil, arts. 76 e 87). Do que dizem os Mestres acerca da relevância do papel de Ministro de Estado, pode-se, na proporção devida, sopesar a importância da atuação

de um Secretário de Estado ou de Município:

Compete-lhes (a Ministros de Estado): exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração federal na área de sua competência, e referendar atos e decretos assinados pelo Presidente; expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos; apresentar ao Presidente da República relatório anual dos serviços realizados no Ministério; e praticar os atos pertinentes às atribuições que lhe foram outorgadas ou delegadas pelo Presidente. Suas atribuições são constitucionais (TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 4ª ed., RT, 1987, p. 182).

Quanto à nomeação dos Ministros, em modelo federal aplicável à de Secretários de Estado e Município, afirma Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

Nomeação e exoneração de Ministros de Estado. Estas autoridades são consideradas auxiliares de estrita confiança do Presidente da República. Por isso, cabe a este livremente nomear e exonerar os Ministros de Estado (*in Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1992, vol. 2, p. 152).

Imaculada Milani observa:

No presidencialismo, o Poder Executivo se concentra na pessoa do Presidente, que o exerce auxiliado pelos ministros de Estado, independentemente de qualquer responsabilidade política perante o Poder Legislativo.

O Ministério é órgão de inteira confiança do Presidente, que nomeia e destitui os seus membros, de acordo com a sua conveniência. (in *Parlamentarismo ou presidencialismo*. For. 1993, 2ª ed., p. 82-3).

Assim, dependentes somente da confiança do Chefe do Executivo e atuando no âmbito político-administrativo do ente federativo, não se confundem Ministros e Secretários de Estado ou Município com o corpo do pessoal administrativo de entidade política. Por isso, é prerrogativa eminente daquela autoridade a escolha **pessoal** do auxiliar, a qual, por sua relevância, não pode submeter-se a disposições específicas acerca de contratações, nem a normas inibidoras de práticas de nepotismo, pois superpõe-se tal direito de escolha a preocupações desse quilate. A não ser, claro, que absurda preferência de determinado Chefe de Executivo por parentes como Secretários ultrapasse o razoável, denotando real intuito de beneficiar parentela e não de selecionar criteriosamente um auxiliar de governo. Cuida-se ainda, é ostensivo, de prerrogativa política (a escolha pessoal de Ministros, como de Secretários) que é de manifesto interesse público preservar, porque inerente ao regime político no País adotado (art. 4º, Lei nº 8.437, de 30.06.1992).

Lembro, a esse respeito, que em seus comentários à Constituição de 1969, registra o Ministro José Celso de Mello Filho julgamento de ADIN em que declarada inconstitucional norma de Constituição de Estado que impunha voto de confiança da Assembléia Legislativa para a nomeação ou a permanência de Secretário de Estado (RF 128/80; considerado, no caso, o caráter pessoal da escolha do Governador, prerrogativa intocável no sistema presidencial brasileiro. O Supremo Tribunal Federal, em outra vez, proclamou:

Norma que subordina convênios, acordos, contratos e atos de Secretários de Estado à aprovação da

Assembléia Legislativa: inconstitucionalidade, porque ofensiva ao princípio da independência e harmonia dos Poderes (STF, Pleno, ADIN 676-RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, v. u., j. 01.07.1996, *DJU* 29.11.1996).

Revelam essas considerações, afinal, que incensurável foi a suspensão da tutela antecipatória objeto deste recurso interno, pelos motivos já expostos, e que a própria inconsistência da antecipação da tutela, igualmente demonstrada, não escuda de plausibilidade a pretensão pelejada pelo Ministério Público – em juízo secundante da avaliação política de existir, ou não, ofensa aos valores cujo resguardo possibilita a suspensão de cautelares (Lei nº 8.437/1992, art. 4º).

Ante as razões expendidas, hei por bem **negar provimento** ao agravo regimental, para manter a decisão agravada.

É como voto.

Fortaleza (CE), 8 de fevereiro de 2007.

**ESTADO DO CEARÁ
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

PROCESSO Nº 2007.0001.9760-0/1.

AGRAVO EM PEDIDO DE SUSPENSÃO DE SEGURANÇA.

AGRAVANTE: SKYSERV LOCAÇÃO DE MÃO DE OBRA LTDA.

AGRAVADO: ESTADO DO CEARÁ.

RELATOR: DESEMBARGADOR FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA.

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. SUSPENSÃO DE LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. PROPOSTA INEXEQUÍVEL. LESÃO À ORDEM PÚBLICA. AGRAVO INTERNO.

INSUBSISTÊNCIA DA IMPUGNAÇÃO. DESPROVIMENTO.

1. Não merece prosperar agravo em suspensão de segurança oposto contra decisório da Presidência que, de maneira fundamentada, demonstra a lesão à ordem e à economia públicas oriunda de liminar que, a pretexto de exercer controle de legalidade dos atos administrativos, substitui-se ao Executivo, considerando não ser inexequível proposta ofertada por licitante, contudo sem discriminar o ponto caracterizador da ilegalidade do edital e sem realizar o cotejo dos valores apresentados pela empresa com o estabelecido na regra do instrumento convocatório, a qual se obriga, gerando, também, para o Estado o ônus de suportar o adimplemento de obrigações trabalhistas na hipótese de insuficiência patrimonial da agravante.

2. Agravo conhecido e desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos, acorda o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em sua composição plenária, à unanimidade, em conhecer do agravo interno, para **negar-lhe provimento**, tudo de conformidade com o voto do Relator.

Fortaleza, 31 de maio de 2007.

RELATÓRIO

Cuida-se de agravo interno oposto em face do decisório da Presidência que deferiu pedido de suspensão da liminar concedida nos autos do Mandado de Segurança nº

2006.0030.2703-1, por meio da qual foi assegurada a permanência da empresa recorrente no Pregão Eletrônico nº 65/2006- SEDUC (fls. 103-6).

A suplicante afirma que, *in casu*, não houve interferência do Judiciário em atribuição exclusiva do Executivo, mas controle de legalidade do ato administrativo que considerou inexecutível a proposta ofertada pela recorrente, o qual se revela insubsistente porque os encargos sociais foram cotados pela agravante nos termos legais e a totalidade daqueles superou o percentual mínimo previsto no edital.

Aponta a inocorrência de responsabilidade solidária do Estado, por não se cuidar de verbas trabalhistas, acrescentando que a não exequibilidade deve ser aferida em relação ao montante dos encargos sociais oferecidos e não quanto a um de seus subitens, devendo, ademais, a Administração aceitar oferta de preço inexecutível porque mais vantajosa ao interesse público.

Destaca, igualmente, que a modalidade licitatória em comento não comporta exigências minuciosas e desclassificações infundadas, salientando que, na hipótese vertente, a exclusão da postulante deveria ter sido precedida da promoção de diligências nos moldes do art. 43, §3º, da Lei de Licitações.

A postulante arremata a irresignação, ressaltando não existir maior gravame ao interesse público do que a afronta ao princípio da legalidade.

É o relatório.

VOTO

Da análise da petição recursal, extrai-se que a agravante não confronta diretamente as razões em que se apóia o decisório adversado, voltando, na realidade, a rediscutir a matéria devidamente apreciada pela Presidência.

Vejam-se alguns trechos do *decisum* recorrido, os

quais evidenciam a lesão à ordem pública a ser resguardada em sede de suspensão de segurança, *verbis*:

Nada obstante o petítório ter abordado temas relacionados ao mérito da demanda principal, não se pode acoimá-lo de omissis no tocante a interesses públicos gravemente lesados, entre os quais, a existência de fortes riscos de dano à ordem pública, entendida também como ordem administrativa, na medida em que, por conta do decisório monocrático em análise, o Judiciário interfere diretamente em atribuição própria do Executivo.

Nesse aspecto, a postulação revela-se plausível, visto que, independentemente de se firmar convicção quanto à exequibilidade ou não da proposta ofertada pelo suplicado, certo é que a Lei nº 8.666/1993 proscreve a admissibilidade de proposta “*que apresente preços global ou unitários simbólicos, irrisórios ou de valor zero, incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado, acrescidos dos respectivos encargos, ainda que o ato convocatório da licitação não tenha estabelecido limites mínimos [...]*” (art.44, §3º).

Por conseguinte, na espécie, se a Administração, com supedâneo na Lei, fixou no edital do certame parâmetro mínimo de encargos a ser observado pelos licitantes, não poderia o Judiciário, a pretexto de exercer o controle de legalidade dos atos administrativos, substituir-se ao Executivo e decidir que a proposta não é inexecutável, sem discriminar o ponto caracterizador de ilegalidade do edital, deixando, ademais, de realizar o cotejo dos valores apresentados pelo impetrante com o estabelecido na regra editalícia, a qual aquele se obriga a cumprir.

Respeitante à suscitada potencialidade de lesão à ordem econômica, o gravame se evidencia sob a demonstração de que, nos termos de ressalva editalícia, os percentuais constantes do “Grupo B” da tabela de encargos sociais devem ser incluídos para fins de verificação da exequibilidade da proposta, mediante a justificativa administrativa de que *“a prática de valores menores do que esses tornam a proposta inexecúvel, com conseqüente transferência dessas obrigações para o contratante em face da responsabilidade solidária, não podendo o administrador corroborar com essa prática.”* (fl. 54).

Assim, o Judiciário, ao desprezar o critério objetivo utilizado pelo Estado para aferição da exequibilidade da proposta, concernente à fixação de 4,32% (quatro inteiros e trinta e dois centésimos por cento) para os encargos sociais do Grupo B (fl. 53), a despeito de o autor do *mandamus* ter ofertado preço bem inferior (0,03%, conforme fl. 76), viabiliza que o Estado venha a suportar o adimplemento de obrigações trabalhistas na hipótese de insuficiência patrimonial da empresa requerida.

Nesse diapasão, constata-se que o ato combatido prestigia indevidamente a prevalência do interesse individual do que pleiteia sua participação no procedimento licitatório em detrimento do interesse comum da coletividade, a justificar, só por isso, a suspensão da segurança.

A transcrição acima revela que os pontos de inconformismo do agravante foram diretamente enfrentados na decisão recorrida, devendo-se esclarecer apenas que, ao contrário do alegado, o “Grupo B” efetivamente inclui encargos trabalhistas, a exemplo do item referente ao aviso prévio e faltas legais ou abonadas (fl. 53), a justificar a menção a uma eventual

responsabilidade solidária do Estado.

Por todo o exposto, inexistindo razão plausível para a reforma da decisão impugnada, hei por bem mantê-la, pelo que conheço do agravo, mas para **negar-lhe provimento**.

É como voto.

Fortaleza, 31 de maio de 2007.

**ESTADO DO CEARÁ
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

PROCESSO Nº 2007.0032.2078-6/1.

AGRAVO REGIMENTAL EM PEDIDO DE SUSPENSÃO.

AGRAVANTE: PATRÍCIA PINHEIRO RICARTE.

AGRAVADO: ESTADO DO CEARÁ.

**RELATOR: DESEMBARGADOR FERNANDO LUIZ XIMENES
ROCHA**

**EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO
REGIMENTAL EM SUSPENSÃO DE LIMINAR.
CONCURSO PÚBLICO. NORMA EDITALÍCIA.
DESCONSIDERAÇÃO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO
DA ISONOMIA. LESÃO À ORDEM ADMI-
NISTRATIVA E JURÍDICO-CONSTITUCIONAL.**

**1. A decisão que aprecia, de maneira
fundamentada, pedido de suspensão de
segurança (*lato sensu*), somente deve ser
revista em sede de agravo diante de elementos
objetivos que evidenciem a necessidade de
reforma do ato judicial recorrido.**

**2. Acarreta lesão à ordem administrativa a
decisão judicial que desconsidera norma
editalícia de concurso público, além de violar o**

princípio da isonomia a inclusão de candidatos inabilitados nas demais fases de certame, resvalando, por conseguinte, na intangibilidade da ordem jurídico-constitucional.

3. Agravo conhecido e desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos, acorda o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em sua composição plenária, à unanimidade, em conhecer do agravo interno, para **negar-lhe provimento**, tudo de conformidade com o voto do Relator.

Fortaleza, 14 de fevereiro de 2008.

RELATÓRIO

Cuida-se de agravo interno oposto em face do decisório desta Presidência (fls. 97-9), que, em sede de pedido de suspensão, sobrestou os efeitos da liminar concedida nos autos da Ação Ordinária nº 2007.0030.2858-3, em trâmite, nesta Capital, perante a 2ª Vara da Fazenda Pública.

Na ação inaugural, a ora agravante colimou prosseguir em concurso público para Delegado de Polícia Civil, mesmo tendo sido reprovada em sua 4ª fase (exames físicos). Para tanto, asseverou que no dia do teste estava em período menstrual, circunstância que haveria ensejado sua reprovação. O Julgador *a quo*, ante os requisitos indispensáveis, deferiu liminarmente a medida requestada, para determinar a inclusão da impetrante na 5ª fase do certame e, em caso de aprovação, a reserva de sua vaga.

No pleito suspensivo, segundo o Estado do Ceará, como o edital regulador do concurso, em seus itens 66 e 139, vedava a repetição da aludida fase, o *decisum* monocrático, ao desconsiderar esta disposição, resvalou na intangibilidade da

ordem pública, em sua vertente administrativa, tanto por ferir o *princípio da isonomia*, como por adentrar os critérios de conveniência e oportunidade dos atos administrativos, pois não caberia ao Judiciário, mas sim ao gestor público, traçar os regulamentos das seleções realizadas pela Administração.

Naquela oportunidade, esta Presidência entendeu que a decisão resistida, por desconsiderar a reprovação da candidata em teste físico e determinar seu prosseguimento no certame, malferiu a ordem administrativa, ao imiscuir-se em atribuições de alçada exclusiva do Executivo, em especial quanto à elaboração de normas para o gerenciamento de concursos públicos.

Ademais, concluiu-se que a ofensa à ordem pública consubstanciava-se no superveniente atraso na finalização do processo seletivo, como também pela lesão ao princípio da isonomia.

Irresignada, postula a agravante a reforma do *decisum* suspensivo, argumentando, em suma, que o provimento singular não contrariou os valores protegidos pelo incidente de suspensão, e que o provimento agravado restou fundamentado no mérito da ação principal, o que é vedado nestes tipos de incidentes.

É o relatório.

VOTO

Não prosperam as asserções recursais, visto que a agravante não infirmou, de maneira convincente e fundamentada, as razões em que sustentado o *decisum* suspensivo, as quais, por si sós, seriam suficientes para a manutenção do provimento ora atacado.

Vale dizer, quando os argumentos da agravante não conseguem ilidir todos os fundamentos que lastrearam a decisão da Presidência, não se pode reformá-la, como alerta o julgado da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, que teve o

voto condutor do Ministro Bueno de Souza (AgRg na SS 524, DJU 08.04.1997).

Ao desconsiderar o item editalício que vedava a repetição do exame físico, em caso de reprovação de candidato, a medida singular afrontou a ordem administrativa, por inviabilizar a atividade estatal em gerir os processos seletivos por ela organizados.

Bem demonstra a lesividade à ordem pública o seguinte excerto do provimento recorrido, veja-se:

Em face do exposto, resta evidente a potencialidade lesiva da decisão singular, à medida que afronta a ordem pública, ao adentrar seara exclusiva da Administração, a qual, no caso vertente, entende por incabível a repetição de exames físicos a candidatos inabilitados, tanto em razão do superveniente atraso na finalização do certame, como, por óbvio, por malferir-se o princípio da isonomia (fl. 99).

Ademais, ao se conferir nova oportunidade a candidato inabilitado em alguma fase de concurso público, resta evidente a afronta ao princípio da isonomia, porquanto a maioria dos concorrentes teria menos tempo de preparação em relação àquele beneficiado pela ordem judicial.

Destarte, conclui-se que o ato singular violou o mencionado princípio constitucional (isonomia), como também o princípio administrativo da *vinculação ao instrumento convocatório*.

Neste ponto, não há falar, assim como pretende a agravante, que tais questões seriam próprias de resolução em sede recursal, não passíveis de cognição em requeustos suspensivos, vez que o dano à ordem pública, em casos excepcionais, configura-se quando resta transgredida a ordem jurídico-constitucional e jurídico-administrativa.

A propósito, em hipótese similar, via pleito suspensivo

aforado pelo Estado do Ceará, em que o ente público irresignava-se com ordens judiciais que determinaram a permanência de candidatos inabilitados nas demais fases de concurso, assim dispôs a Suprema Corte, *litteris*:

As razões apresentadas pelo ESTADO DO CEARÁ evidenciam situação de lesão às ordens pública e administrativa, além do chamado efeito multiplicador. Recente decisão do SUPREMO (RE 351.142, ELLEN, DJ 01.07.2005) asseverou constituir situação anti-isonômica conferir segunda oportunidade a candidato de concurso público que, por algum motivo, tem frustrada a realização de sua prova física. É benefício não estendido aos demais candidatos. **Ao possibilitar uma nova oportunidade a um candidato, a decisão afastou disposição do edital e feriu o princípio da isonomia previsto na CF, o que causa lesão à ordem pública, nesta compreendida como ordem jurídico-administrativa e jurídico-constitucional.** A tese da ofensa à ordem pública por descumprimento de disposição expressa em lei ou a princípios constitucionais já foi examinada no julgamento da Pet 2066 AgR (DJ 28.02.2003) (S.T.F., SS 2833/CE, Min. Nelson Jobim, *DJU* 23.11.2005, pág. 46) (original sem grifos).

Por todo o exposto, inexistindo razão plausível para a reforma da decisão impugnada, hei por bem mantê-la, pelo que conheço do agravo, mas para **negar-lhe provimento.**

É como voto.

Fortaleza, 14 de fevereiro de 2008.

MANDADO DE SEGURANÇA

**ESTADO DO CEARÁ
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Nº 2000.0011.1156-7/0

MANDADO DE SEGURANÇA (DE FORTALEZA)

IMPETRANTES: MANOEL XAVIER PEDROSA DE VASCONCELOS

MIRTA MARA HYPPOLITO ARY

PAULO DE SABÓIA MOREIRA CAVALCANTI

CRISTINA HYPPOLITO ARY

ROBERTA HYPPOLITO ARY

HAROLDO JORGE DE SOUZA VALLE FURTADO

IMPETRADO: SECRETÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ

RELATOR: DES. LUIZ GERARDO DE PONTES BRÍGIDO

- Mandado de Segurança.
- ICMS sobre veículos importados.
- A autoridade coatora não é o Secretário da Fazenda, mas o agente fiscal competente para a emissão da guia de recolhimento do tributo e para o desembaraço aduaneiro dos bens.
- Arreda-se a “Teoria da Encampação” quando o impetrado defende o ato, todavia suscita, em preliminar, a sua ilegitimidade causal.
- Processo extinto sem julgamento do mérito.
- Maioria de votos.

Vistos, relatados e discutidos os autos acima identificados.

1 - Os impetrantes querem afastar a cobrança de ICMS em relação a veículos por eles importados dos Estados Unidos para uso próprio. A exigência, ponderam, é destituída de juridicidade e, por isto, ofensiva de direito líquido e certo.

O impetrado respondeu.

Abriu as informações negando sua legitimidade passiva **ad causam**. Fechou-as com a defesa da exação, ao seu ver questionada **sine justa causa**, porque é autorizada pela Constituição Federal e pela legislação estadual regente do tributo.

Bens desembaraçados na aduana mediante liminar condicionada ao depósito do total da tributação.

O parecer da PGJ é pela denegação da ordem.

É o relatório, abreviado.

2 – As expressivas funções do cargo de Secretário da Fazenda não podem ser niveladas à de fiscal.

De feito, e na bem formulada observação de ARNOLD WALD, impugnada pela ação de segurança a cobrança de ICMS sobre bens de consumo ou de mercadorias importadas, coator não é o Chefe do Tesouro Estadual, mas o “agente fazendário que procede o desembaraço aduaneiro” (Do Mandado de Segurança na Prática Judiciária, 4ª ed., 2003, Forense, p. 190). O mesmo exator, portanto, competente para a emissão da guia de recolhimento do tributo.

In hypothesis, expressivo o equívoco na indicação do impetrado, a impor a extinção anômala do processo, não o salvando de semelhante fadário sequer a lembrança de que o Secretário da Fazenda encampou o ato. Encampou, é verdade, mas antes de fazê-lo argüiu, clara e prontamente, a sua ilegitimidade causal.

Não se aplica a “teoria da encampação”, ilumina o STJ, se a autoridade impetrada suscitou, nos informes, preliminar de extinção do processo sem julgamento de mérito (v. RMS nº 66-DF, rel. Min. Adhemar Maciel, j. a 18.11.96, dentre outros).

Tollitur quaestio.

3 – Do que posto, **ACORDA** o **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ**, em sua composição plenária e por maioria, em acolher a preliminar e dar termo ao processo, nos moldes do art. 267, VI, do CPC, consoante o voto do relator.

Fortaleza, CE, 29 de abril de 2004.

**ESTADO DO CEARÁ
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Mandado de Segurança

Processo nº 2006.0019.4977-2/0

Impetrante: ANA FLÁVIA ANDRADE PONTES

Impetrados: Secretário de Segurança Pública e Defesa Social do Estado do Ceará, Secretário de Administração do Estado do Ceará e Presidente da Comissão Executiva do Vestibular da UECE

Relator: Desembargadora Maria Sirene de Souza Sobreira

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA O PROVIMENTO DE CARGOS DE AGENTE PENITENCIÁRIO. DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO NA ELABORAÇÃO DE REGRAS E CRITÉRIOS DE SELEÇÃO DE SEUS SERVIDORES. LEGALIDADE DO DISPOSITIVO QUE LIMITA O CHAMAMENTO DE CANDIDATOS DA PRIMEIRA PARA A SEGUNDA FASE INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO À CONVOCAÇÃO EM VIRTUDE DA CRIAÇÃO LEGAL DE NOVAS VAGAS. ATUAÇÃO EXECUTIVA PAUTADA NA ESTEIRA DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA, DA EFICIÊNCIA E DA AMPLA ACESSIBILIDADE AOS CARGOS PÚBLICOS. SEGURANÇA DENEGADA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança, nº 2006.0019.4977-2/0 **ACORDA** o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por sua composição plenária, em indeferir a segurança, nos termos do parecer da PGJ e do voto condutor a seguir transcrito.

ANA FLÁVIA ANDRADE PONTES impetrou Mandado de Segurança contra ato complexo perpetrado, em tese, pelo SECRETÁRIO DE SEGURANÇA PÚBLICA E DEFESA SOCIAL

DO ESTADO DO CEARÁ, pelo SECRETÁRIO DE ADMINISTRAÇÃO DO ESTADO DO CEARÁ e pelo PRESIDENTE DA COMISSÃO EXECUTIVA DO VESTIBULAR DA UECE, argüindo, em síntese:

1) que está regularmente inscrita no concurso público para o provimento de cargos de agente penitenciário, tendo sido aprovada na primeira fase, mas alijada da etapa seguinte porque, muito embora tenha atingido o perfil mínimo de que trataram os itens 76 e 77 do diploma editalício, sua pontuação – 43 scores – não foi suficiente para determinar sua inclusão no limite de candidatas de melhores notas para fins de convocação, assim considerados aqueles classificados no limite do sêxtuplo do número total de vagas oferecidas.

2) que, inicialmente, na data da publicação do instrumento editalício, o concurso em tela serviria para o preenchimento de 130 cargos, sendo 117 para concorrentes do sexo masculino (90%) e 17 para candidatas do sexo feminino (10%), mas que, com o advento da lei 13.733, de 29 e março de 2006, foram criados mais 600 (seiscentos) cargos de agente penitenciário, dentro do prazo de validade do certame.

3) que, todavia, a despeito da criação de novos cargos, para fins de chamamento à segunda fase de candidatos aprovados na primeira etapa, a organização do concurso continuou observando a mesma razão proporcional determinada pela quantidade de cargos existentes à época da publicação do edital, abstraindo os participantes classificados no limite suplementar das 600 (seiscentas) vagas sobrevindas com o advento da legislação mencionada.

4) que, nesse compasso, a pontuação de 'corte' a servir de parâmetro de convocação, deveria ser aquela, dentro do perfil, que correspondesse, entre as mulheres, à classificação de nº 584 (quinhentos e oitenta e quatro), considerando-se que os cargos criados pela nova lei deveriam ser ofertados no mesmo certame e disputados conforme as mesmas regras de classificação estabelecidas no item 79 do edital da contenda.

5) que, ao proceder de modo diverso, convocando

para segunda fase apenas o óctuplo do número de candidatas do sexo feminino aprovadas além das vagas originalmente ofertadas – e não o sêxtuplo como previa o edital – ignorando os novos cargos criados pela lei 13.733/06, o ato administrativo em enfoque atentou contra a isonomia dos candidatos, prejudicando-lhes, inclusive à própria impetrante, desconsiderando a existência das novas vagas criadas após o início do certame.

Arrimada em tais ponderações, requestou medida liminar que lhe assegurasse a participação na fase seguinte do concurso e nas demais, caso obtivesse êxito na que pretendia imediatamente ser inserido e arrematou pugnando pela concessão meritória da segurança com o julgamento procedente da presente ação mandamental.

Juntou os documentos de fls. 12/83.

Em despacho de fls. 88/90, verificando, em aferição sumária, que a não concessão da liminar importaria na necessária perda do objeto da ação, deferi a medida autorizando, em caráter eminentemente precário, que a impetrante fosse convocada para a segunda fase, bem como, em ali sendo aprovada, para as fases seguintes, sem prejuízo de ulterior cognição exauriente.

Às fls. 125/127 a FUNECE – FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE ESTADUAL DO CEARÁ apresentou informações sustentando que as vagas que viessem a surgir por criação ou vacância não poderiam servir de base para o estabelecimento de número de convocados no concurso de que se cuida para a segunda fase, arrematando, por tal razão, que não existiu a ilegalidade apontada e que, portanto, deveria ser julgada improcedente a ação mandamental

Às fls. 141/155 as demais autoridades impetradas apresentaram as informações estilosas, argüindo, em resumo:

I – ilegitimidade passiva dos impetrados, uma vez que o resultado das provas e a convocação para as etapas seguintes do certame resultaram de atos administrativos materializados pelo presidente da comissão respectiva, e não pelos secretários das pastas executivas em comento;

II – incompetência absoluta deste Egrégio Tribunal

para conhecer do *mandamus* uma vez que, sendo ilegítimas as autoridades indigitadas, não haveria que se falar no privilégio de foro em relação à verdadeira autoridade responsável pela perpetração do ato impugnado;

III – litisconsórcio passivo necessário em relação aos demais candidatos do concurso, eis que estes teriam seus interesses jurídicos solenemente afetados em decorrência de eventual concessão definitiva da segurança em deslinde;

IV – decadência, em desfavor do impetrante do direito de questionar a atuação administrativa em cotejo, eis que o próprio edital previa que a inscrição do candidato implicaria na aceitação, de sua parte, de todas as cláusulas e condições previstas e estabelecidas;

V – possibilidade de a administração, com base nos princípios da razoabilidade e da eficiência, estabelecer normas limitativas da participação de candidatos em fases de concurso público, por tratar-se de regulação inserida em sua discricionariedade, na qual não pode o judiciário se interpor, sob pena de vulnerar o princípio da separação dos poderes;

VI – ausência de ilegalidade no caso concreto eis que a administração se pautou conforme as regras definidas no próprio instrumento de edital.

VII – ofensa ao princípio da isonomia uma vez que, caso concedida, a ordem de segurança dispensaria tratamento desigual em favor da impetrante em relação aos demais candidatos do concurso, especialmente em relação àqueles que, embora aprovados na primeira fase do certame, não foram convocados para a etapa seguinte por que não obtiveram classificação no limite definido no item 79 do edital.

O Ministério Público, por sua vez, em parecer de fls. 157/167, opinou pela denegação da segurança, por entender que a postura das autoridades supostamente coatoras pautou-se em conformidade com os ditames editalícios e em estrita consonância com a lei e com a Constituição Federal.

É o relatório.

VOTO:

Cuida-se, como esboçado em relatório, de impetração individual manejada por ANA FLÁVIA ANDRADE PONTES, candidata regularmente inscrita no concurso de agente penitenciário - edital nº 013/2006 – SEAD/SEJUS, publicado no Diário Oficial do Estado de 24 de fevereiro de 2006, que aprovada na primeira etapa do certame em cotejo, se diz senhora de direito líquido e certo de continuar no concurso, a despeito de não ter obtido classificação no limite do sêxtuplo do número de vagas originalmente estabelecidas, conforme parâmetro de corte informado no diploma editalício.

De boa ordem, observar, a propósito, que a argumentação preliminar não se volta em desfavor das normas jurídicas regentes da seleção pública em enfoque, nem obtempera a legalidade ou a constitucionalidade de tais preceitos, limitando-se a impugnar o critério de convocação de candidatos à segunda etapa da disputa defronte o superveniente advento da lei 13.733/2006, que criou mais 600 (seiscentos) cargos de agente penitenciário, além dos 130 (cento e trinta) objeto das vagas oferecidas.

De tal sorte que, à vista de sua pretensão, seria razoável que o número de candidatos, entre os aprovados na primeira etapa do concurso, a serem convocados ao curso da segunda – e das demais, caso nesta obtivessem aprovação – fosse de seis vezes o número de vagas ociosas, consideradas estas não apenas as constitutivas do objeto do edital sobredito, mas as que sobrevindas à sua publicação, criadas antes mesmo da realização da primeira fase do certame, na pendência, portanto, de seu prazo de validade.

Em tais linhas, nos ditames percentuais sugeridos no item 1 do mesmo diploma que preconizou que, do total de vagas ofertadas, 10% (dez por cento) destinavam-se ao preenchimento pelo público feminino, o número total de candidatas, com a criação dos novos cargos, a serem chamados ao concurso da segunda fase seria o resultante da multiplicação

por seis do somatório entre as vagas femininas originais – 13 (treze) - e as surgidas no compasso da superveniente lei estadual aludida – 60 (sessenta). Assim, na esteira da construção autoral, tem-se que, das aprovadas na primeira fase, 584 (quinhentos e oitenta e quatro) candidatas, e não apenas 106 (cento e seis) como quis a administração, deveriam ter sido convocadas a participar da etapa seguinte, de que tratou o capítulo V da norma editalícia cotejada.

Inicialmente, em cognição exordial, precária e de cunho eminentemente acautelador de suposto direito, que se achava na iminência do perecimento, inclinei-me pela concessão do requesto liminar, uma vez que aparentemente a argumentação de preâmbulo, a exemplo de outras semelhantes que chegaram a minha relatoria relativas ao mesmo concurso de agente penitenciário, guardava certo potencial de razoabilidade.

Feitas essas breves considerações, resta-me destramar a ação em cognição exauriente, antes, contudo, procedendo ao deslinde das questões preliminares levantadas pelas dignas autoridades supostamente coatoras, em suas informações conjuntas arregimentadas aos fólhos 141/155 dos autos do processo em epígrafe, sobre as quais o parecer ministerial lançou contundente opinião em sua manifestação de fls. 157/167.

É de bom alvitre esclarecer que, a despeito da sugestão ministerial no sentido da extinção do processo sem julgamento de mérito, em virtude de não ter o impetrante obtido aprovação na fase do concurso em que foi incluído por força do decisório liminar, tenho-na por prejudicada, uma vez que, ao contrário de outras situações de semelhante índole, em que a própria PGJ fez carrear a seu parecer um cópia da relação de candidatos aprovados na segunda etapa do certame, destarte, não repousa nos autos qualquer informação dilatória acerca da atual situação do candidato em análise, pelo que, não disponho de elementos suficientes para declarar a específica perda do objeto da presente ação mandamental.

No que diz respeito à alegação de ilegitimidade passiva invocada tenho-na como insubsistente, eis que as

autoridades aqui indigitadas são as responsáveis imediatas pela estipulação das regras e dos critérios de disputa estabelecidos no edital do concurso em tablado, muito embora não estejam encarregadas da elaboração e da correção das provas, bem como da divulgação das listas de convocação e de aprovação.

Em se tratando de mandado de segurança, com efeito, em que a escolha adequada do sujeito passivo a suportar a impetração constitui verdadeiro pressuposto de formação específica do processo, sem o qual o mesmo é fadado à ociosidade, para que se identifique se a autoridade tida como coatora é, de fato, legítima para ostentar tal condição, basta aferir se ela mesma, autoridade, é possuidora de poderes administrativos para lançar mão de autotutela em relação àquele mesmo ato que se tem por impugnado.

No caso dos autos, a condição de responsável pelo concurso público, à evidência, não pode nem deve ser imputada, como quiseram as informações de fls. 141/155, à Comissão Executiva do Vestibular da Universidade Estadual do Ceará – FUNECE, encarregada, conforme o item 14º do edital, de promover a execução do certame apenas, sem poderes de deliberação, autonomia normativa e desprovida de faculdade decisória.

A autoridade a figurar no pólo passivo da ação mandamental é, pois, aquela que age imbuída de parcela do Poder Público, agindo verticalmente, com preeminência na relação de direito material. Com efeito, como bem esclarece FRANCISCO ANTÔNIO DE OLIVEIRA, “(...) o sucesso da segurança dependerá também da indicação correta da autoridade que se diz coatora. É de capital importância seja direcionada tendo no pólo passivo autoridade correta, vale dizer, com poderes de executar e deixar de executar o ato que se taxa de arbitrário”. (In Mandado de segurança e Controle Jurisdicional - Ed. Revista dos Tribunais, 3ª Edição, pág. 71).

Nesse diapasão, rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*.

No que diz respeito à argüição de necessidade de formação de litisconsórcio passivo necessário entre as

autoridades impetradas e os demais candidatos do concurso, não assiste razão à defesa.

Isso porque, a pretensão autoral não objetiva uma subversão à ordem convocatória, nem tampouco colima, sob o ponto de vista legal ou constitucional, subverter qualquer das regras do edital do certame, de sorte que, o eventual sucesso da impetração não acarretará, decerto, em prejuízo material para os demais candidatos.

Poder-se-ia eventualmente cogitar de interesse jurídico por parte dos demais concorrentes, mas, no máximo, suscetível de ensejar uma assistência simples que, além de não constituir questão de ordem pública declarável de ofício, não guarda compatibilidade alguma com a instrumentalidade da ação mandamental, como, apenas guisa de ilustração, já formou corrente majoritária a jurisprudência do STJ, entendimento, por sinal, de que me vali em situações que tais.

Nessas condições, rejeito, outrossim, a preliminar de que ora se cuida.

Já no que cerca a da alegação de decadência, ou de *preclusão do direito de questionar a atuação administrativa*, tenho, salvo melhor juízo, que a suposta lesão a direito líquido e certo se refere, não a qualquer das regras do edital, notadamente a que limitava o chamamento de candidatos à segunda fase, como talvez se pudesse supor, mas a não convocação propriamente dita do impetrante para a realização dos testes físicos.

Na verdade, o objeto da impugnação não é a regra editalícia de que se cuida, mas a forma como as autoridades impetradas a executaram, vale dizer, abstraindo o surgimento de novas vagas no decorrer do certame para fins de convocação das candidatas então aprovadas na primeira etapa. Ou seja, invoca a impetrante o direito líquido e certo de se submeter às fases subseqüentes do concurso, considerando que a criação de novos cargos por lei, necessariamente deveria repercutir no critério de convocação preconizado no item 79 da regência editalícia.

Assim, *o dies a quo* de seu prazo decadencial não

poderia ser outro senão o da data da publicação do resultado da primeira fase do concurso no Diário Oficial do Estado, acontecida aos 26 dias de julho último, em que a impetrante foi tida como classificada, eis que atingiu o perfil mínimo do exame, mas não convocado para segunda fase. De modo que, eis que a impetração se deu aos 24 de agosto deste mesmo ano, apenas 57 dias após o início do prazo decadencial, não merece acolhida a terceira questão preliminar sustentada pelas dignas autoridades supostamente coatoras.

Superadas, pois, as questões eventualmente impeditivas de exame de mérito, hei por bem inicia-lo, doravante, enaltecendo, desde logo, a legitimidade da regra editalícia inserta no item 79 do diploma em comento.

Com efeito, a questão, ao que penso, destrama-se na aferição de três princípios constitucionais norteadores da administração em sua tarefa de prover os cargos em vacância e de aparelhar o serviço público com profissionais idôneos, eficientes e aptos ao exercício do mister colimado: são eles os princípios da razoabilidade, da eficiência e da acessibilidade dos cargos públicos, considerando este, em paráfrase à lição do Min. Celso de Melo - ao tratar do princípio da irredutibilidade de vencimentos em relação ao princípio da segurança jurídica - uma espécie qualificada do princípio da isonomia.

Ostenta-se, pois, razoável a postura da administração nesse particular.

A uma, porque lhe é lícito definir normas e critérios específicos de seleção e de aprovação de seus servidores, desde que, estabelecendo-os na esteira da aceitabilidade jurídica, não cause vulneração de qualquer espécie à esfera dos direito e garantias dos respectivos participantes da disputa.

A duas, porque na escolha de tais critérios, a administração atua com discricionariedade, conforme lhe pareça mais oportuno e conveniente à realização do interesse público primário.

E, a três, porque, ao limitar o chamamento de candidatos à segunda etapa, a administração torna a disputa mais objetiva e menos dispendiosa, considerando-se, a propósito,

que no caso dos autos, o fator multiplicador estabelecido como critério de convocação – seis vezes, pelo menos, o número de candidatos aprovados – viabilizou o traslado às etapas seguintes do concurso de um universo razoável e substancial de participantes para a realização de triagem eficiente.

Por falar em eficiência, cuida-se de pressuposto a que regra editalícia inserta no item 79 inegavelmente prestigiou. De se dizer, a propósito, que, se os candidatos convocados à segunda fase, entre os aprovados na primeira, foram aqueles que obtiveram as melhores performances, em tese, pelo menos, ter-se-á, uma probabilidade de aferir os melhores e mais aptos ao fim, considerando-se ser este e mais nenhum – o de encontrar entre um vasto universo de pretendes aqueles que melhor se qualificam ao exercício da função em disputa – o primordial objetivo de qualquer seleção pública, como a que se tem em deslinde.

E por fim, sob a rubrica da legitimidade da limitação editalícia em exame, é de bom alvitre esclarecer que o critério em comento também não molesta o princípio da ampla acessibilidade aos cargos públicos. Cuida informar *ipso facto*, que o edital não impõe limitações de qualquer ordem à participação no concurso. Não estabeleceu critérios discriminatórios ao acesso dos cargos em oferta e nem criou obstáculos à inscrição dos pretendentes.

A limitação de convocados às etapas do certame, nesses termos, é, pois, um critério linear e universal de seleção, nos termos da opinião jurisprudencial, que aludo apenas por anelos de ilustração, referenciando o aresto a seguir, de lavra do Egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

32022988 – DIREITO ADMINISTRATIVO – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – CONVOCAÇÃO PARA ETAPA SEGUINTE – LIMITES ESTABELECIDOS PELO EDITAL. – A convocação dos candidatos aprovados em uma etapa para a seguinte pode licitamente ser limitada, pelo edital, a determinado número de

concorrentes, respeitado sempre o benefício de reserva de vagas para o deficiente físico. Não pode este ser tomado como paradigma para justificar o direito de quem não se inclui no número máximo de candidatos convocados, ainda que ele tenha obtido, na classificação geral, posição inferior à do impetrante, pois o deficiente físico concorre dentro do montante de vagas que lhe são reservadas. (TJDF – MSG 719597 – (Reg. 20.808) – C.Esp. – Rel. Des. José Hilário de Vasconcelos – DJU 10.09.1997).

À vista de tais ponderações, em resguardo da possibilidade de a administração estabelecer normas como as que preconizadas no art. 79 do edital, resta, apenas, definir, guisa de cognição exauriente, se o impetrante é, ou não, possuidor de direito líquido e certo à convocação à segunda fase, em razão do surgimento legal de novos cargos idênticos aos licitados no concurso público em cotejo.

Há que se esclarecer, nesse contexto, que a realização de concursos – que se faz obrigatória para o preenchimento de cargos públicos - a despeito de reger-se por uma norma subjacente, no caso, a que estabelece os cargos em disputa e autoriza a realização do certame, na verdade, constituiu mera faculdade da administração que o realiza ou não, conforme lhe seja oportuno e conveniente, nos ditames da necessidade do serviço.

Do mesmo modo, pode a administração até realizar o concurso público, aplicando provas e promovendo a seleção de candidatos para os diversos cargos em oferta. Nem mesmo assim, estará vinculada à nomeação dos aprovados, que somente se dará, se ela, administração, entender por sua relevância e necessidade à satisfação do interesse público.

De se dizer, a propósito, cumpre a menção ao velho e eficaz brocardo jurídico de que a aprovação em concurso público não gera em favor do administrado direito adquirido à nomeação, mas mera expectativa de direito.

Na mesma direção, é ainda de bom alvitre ressaltar

que, quando uma lei cria cargos e os disponibiliza à administração pública para a realização de concurso público, esta não se vincula, caso queira de fato realizar a seleção, a ofertar a exata quantidade de vagas estabelecidas no diploma normativo em ilustração. Por exemplo, se uma lei cria 100 cargos para uma determinada ocupação na esfera administrativa, nada impede que a administração, no exercício de suas atribuições, realize um concurso para o preenchimento de apenas 50 das 100 vagas existentes. Cuida-se de expressão indisfarçável da autonomia e da independência do Poder Executivo que co-existe com os demais poderes, que com eles se relaciona, mas que a eles não deve obediência ou hierarquia, nem em suas esferas, por outro lado, pode se interpor.

Em outras palavras, a contratação de servidores depende da vontade discricionária e autônoma da administração que, para tanto, não se atrela às determinações da lei de regência quanto à realização em si do certame ou a disponibilização do número da vagas em oferta, nem se curva às deliberações do poder judiciário, a quem é defeso se substituir às razões de conveniência e oportunidade do administrador quando da edição de atos administrativos discricionários como é caso.

Nesse sentido, se o concurso público, originariamente disponibilizou 130 cargos de agente penitenciário à disputa entre os participantes, sob o ponto de vista da discricionariedade administrativa, a superveniência, no prazo de validade do certame de lei nova instituidora de novos cargos de mesma natureza, parece-nos, salvo melhor juízo, circunstância insuscetível de obrigar a administração a modificar seu propósito inicial que era o de preencher aqueles 130 cargos, ainda que diante da ressalva editalícia de que a seleção em cotejo poderia, de forma oblíqua, se prestar ao preenchimento de outros cargos que eventualmente surgissem no decorrer de seu prazo de validade.

Assim, obrigar a administração a convocar às fases seguintes do certame de que se cuida uma quantidade de candidatos na razão múltipla de seis em relação ao somatório entre as vagas originalmente ofertadas e as vagas sobrevividas

por força de lei superveniente é o mesmo que reduzir a pó sua liberdade discricionária de contratar e de estabelecer critérios de seleção de seus servidores. Se ela, administração, é que sabe da necessidade dos serviços, a ela, somente, cabe aferir e dimensionar a conveniência e oportunidade da contratação.

A cogitar-se, por outro lado, que o surgimento de novas vagas, em verdade, se prestou a alargar o próprio concurso público em cotejo, por força do disposto no item 2 do próprio edital, que estabeleceu que o número de cargos então oferecidos poderia ser acrescido por outros que resultassem de vacância ou que fossem criados por lei dentro de seu prazo de valia, ainda assim não visualizo nobreza na impetração mandamental que ora se tem.

Em primeiro lugar, porque a redação preconiza apenas o aumento do número de cargos, a indicar que as demais disposições do concurso haveriam de se manterem intactas.

Secundus, porque o item 79 do edital, justamente prevendo a hipótese do aumento intercorrente do número de vagas, ressaltou a possibilidade de a administração convocar à segunda fase um número superior a seis vezes a quantidade de candidatos aprovados na primeira etapa. Veja-se, pois, que cláusula em liça utiliza-se da locução “*pelo menos*”, sugerindo uma **faculdade** de a administração convocar uma quantidade maior de candidatos – como o fez efetivamente ao convocar oito vezes, por sexo, o número de candidatos aprovados na primeira fase em relação às vagas originalmente oferecidas – para selecionar candidatos em quantidade razoável para atender às suas reais e prementes necessidades.

E, finalmente porque, se o surgimento de novas vagas tivesse o condão de estabelecer uma correspondência proporcional obrigatória em relação ao número de candidatos chamados à segunda etapa, a vacância de cargos por qualquer razão – morte, aposentadoria, disponibilidade, demissão, etc. – também deveria, resultar na mesma consequência, na esteira do tendencioso e equivocado entendimento de que o impetrante lançou mão em sua exordial, o que não seria razoável, uma vez que tais eventos, ensejadores da vacância de cargos, não

acontecem com a mesma regularidade que ostenta uma lei ordinária que os estabelece.

Nesse sentido, em respaldo ao entendimento de que ora me valho o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, em julgamento conduzido pelo voto do relator Eminentíssimo Ministro Gilson Gipp, resumido no ementário seguinte:

RMS - ADMINISTRATIVO - CONCURSO PÚBLICO - AGENTE FISCAL – PRAZO DE VALIDADE - PRORROGAÇÃO - ATO DISCRICIONÁRIO – LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE - CRIAÇÃO DE NOVAS VAGAS - PREENCHIMENTO INTEGRAL - FACULDADE DA ADMINISTRAÇÃO - INEXISTÊNCIA DE QUEBRA NA ORDEM DE CLASSIFICAÇÃO - AUSÊNCIA DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO INVOCADO.

1- Conforme cediça jurisprudência deste Tribunal, a fixação do prazo de validade do concurso, assim como a sua prorrogação, respeitando-se o balizamento constitucional, insere-se na esfera da discricionariedade da Administração Pública.

2- Havendo legislação superveniente ao edital, instituindo novas vagas de Agente Fiscal, é facultado ao Poder Público convocar quantos candidatos entender conveniente, desde que respeitada a ordem de classificação. Desta feita, o preenchimento dos cargos pretensamente existentes, assim como a prorrogação da validade do certame, são atos discricionários da Administração Pública, não subsistindo qualquer direito líquido e certo dos impetrantes ao pleitearem suas nomeações.

3- Recurso ordinário desprovido.

Nessas condições, à vista de tudo o quanto exposto, considerando-se que a impetrante não é senhora de direito líquido e certo com a exuberância que sugere sua impetração, de outro modo não posso me conduzir senão, nos termos do parecer da

Douta Procuradoria Geral de Justiça, a votar pela denegação da segurança requestada, por ser essa a medida que, salvo melhor juízo, contempla a melhor forma de direito e a mais lúdima justiça.

Fortaleza, janeiro de 2007.

**ESTADO DO CEARÁ
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

**MANDADO DE SEGURANÇA Nº. 2005.0009.7134-2/0
IMPETRANTE(S): YPIÓCA AGROINDUSTRIAL
IMPETRADO(S): DESA. MARIA CELESTE THOMAZ ARAGÃO
RELATOR: DES. FRANCISCO DE ASSIS FILGUEIRA
MENDES**

EMENTA: CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. IMPUTAÇÃO DE LESÃO GRAVE AO DIREITO SUBJETIVO DA IMPETRANTE. AUTORIZAÇÃO DE LEVANTAMENTO DE VALORES PÉCUNIÁRIOS SOB CONSTRIÇÃO JUDICIAL. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA *JURISSATISFATIVA*. UTILIZAÇÃO DO AGRAVO NA MODALIDADE INSTRUMENTAL MANEJADO PELA IMPETRANTE. EFEITO RECURSAL REVERSO. EXISTÊNCIA DE SENTENÇA ORNADA DA QUALIDADE DE COISA JULGADA. INCIDENTE PROCESSUAL EM FASE APURATÓRIA DO *QUANTUM DEBEATUR*. INCREPAÇÃO DE TERATOLOGIA JUDICIAL. APRECIÇÃO DA DOUTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA. POSSIBILIDADE DA CONCESSÃO PROVIMENTAL ANTECIPATÓRIA EM SEDE RECURSAL. LIÇÕES DE: LUIZ GUILHERME MARINONI, TEORI ALBINO ZAVASCKI, MARCELO LIMA GUERRA, PAULO

HENRIQUE DOS SANTOS LUCON, CÁSSIO SCARPINELLA BUENO E WILLIAM SANTOS FERREIRA. AJUIZAMENTO SIMULTÂNEO DA AÇÃO MANDAMENTAL E DO AGRAVO REGIMENTAL. POSSIBILIDADE. JULGAMENTO PRÉVIO DO RECURSO. DESPROVIMENTO. MANTENÇA DA DECISÃO HOSTILIZADA. EXORCIZAÇÃO DA ILEGALIDADE E/OU ABUSIVIDADE DO ATO. CARÊNCIA DE AÇÃO. SUPERVENIENTE PERDA DE OBJETO E DE INTERESSE DE AGIR. NÃO CONHECIMENTO DA SEGURANÇA. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO (ART. 267, IV E VI, CPC).

ACORDAM os Desembargadores integrantes do Pleno do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação **unânime**, em não conhecerem da ação mandamental, nos termos do voto do relator.

Fortaleza, 14 de junho de 2007.

RELATÓRIO

Trata-se de *writ of mandamus* impetrado pela empresa YPIÓCAAGROINDUSTRIAL LTDA apontantada como autoridade coatora a eminente Desembargadora MARIA CELESTE THOMAZARAGÃO, cujo ato havido como teratológico consiste em decisão proferida nos autos de agravo de instrumento aviado pela impetrante mandando liberar em prol do agravado de nome Clayton de Araújo Freire a relevante quantia de R\$317.802,41 (trezentos e dezessete mil oitocentos e dois reais e quarenta e um centavos), objeto de penhora, e que estavam à disposição do juiz natural do feito executivo, o qual tem curso na 27ª Vara Cível de Fortaleza.

Esclarece a impetrante que a gênese de seu infortúnio processual decorre de liquidação de sentença condenatória no pagamento de danos morais e materiais objeto

do processo nº 0000.02.27743-3, confirmada na apelação 96.04824-7 e seu complemento nos embargos de declaração.

Verificado o trânsito em julgado e deflagrada a liquidação, a parte exequente insiste em transformar pequeno dano em indenização milionária, tendo o juízo singular no curso da liquidação alterado a coisa julgada, mandando aplicar juros compostos e tornando a obrigação solidária, passivamente, considerando-se que a decisão exequenda não deliberou em tal sentido.

Inconformada com a decisão singular que adotou tal inovação processual, a impetrante interpôs agravo de instrumento ao qual pediu provimento para reformar a decisão agravada no sentido de impedir o levantamento da vultosa quantia dada em penhora, para pagamento futuro, até a delimitação definitiva do *quantum debeatur*, nos limites do que decidido no título executivo.

Ao deparar com o agravo, a autoridade coatora exarou decisão atendendo aos reclamos do agravante, reconhecendo, *a priori*, não incidirem juros compostos na espécie, nem tampouco solidariedade passiva, à míngua de disposição em tal sentido pela sentença exequenda, conforme decisão monocrática de Sua Excelência, datada do dia 12-8-2004.

Contraditoriamente, prossegue a impetrante, a autoridade coatora, no dia 06-12-2004, ao apreciar agravo de instrumento da parte adversa, processo nº 2004.0014.4740-1, exara decisão liminar em sentido oposto ao que deliberado anteriormente, conferindo efeito suspensivo ao mesmo recurso para manter os efeitos do cálculo milionário em favor do exequente, ou seja, com a aplicação de juros compostos e o reconhecimento de solidariedade passiva.

No agravo interposto pela impetrante foi renovado pedido de vedação de levantamento de dinheiro pela parte exequente, o que foi deferido pela douta Desa. Relatora. Um mês e dois dias depois, nos autos do agravo interposto pela impetrante, a autoridade coatora, despindo-se de qualquer cautela e prudência, rasgando todas as normas legais atinentes ao

processo de execução, manda levantar a considerável quantia de R\$317.802,41 (trezentos e dezessete mil oitocentos e dois reais e quarenta e um centavos), que constituía a garantia do juízo, conforme penhora lavrada no dia 23 de dezembro de 2004.

Sustenta a suplicante não deter a Relatora, competência para liberar tal numerário, o qual se encontrava à disposição do juiz natural, à espera da delimitação do *quantum debeat*, esvaziando, destarte, toda a discussão consubstanciada em primeiro grau acerca de questões relevantíssimas para a fiel entrega da prestação jurisdicional.

Aponta a natureza teratológica de decisão exarada no curso do agravo de instrumento mencionado, desafiando, por isso, a presente impetração, pois, conforme vários excertos doutrinários e jurisprudenciais colacionados, admitir-se-ia o manejo do *writ of mandamus* no intuito de reverter a gravosidade assestada contra um dos litigantes.

Requer a expedição de liminar no sentido de ser determinado ao MM. Juiz da 27ª Vara Cível de Fortaleza que notifique Clayton de Araújo Freire nos autos do processo de execução nº 0000.02.27743-3, para restituir a importância levantada, depositando-a à conta do Juízo, restabelecendo-se a penhora, deliberação que deverá ser mantida ao final, com o julgamento do *mandamus*.

Inicial do agravo instruída com cópias das decisões mencionadas ao longo da exposição.

Regularmente notificada, a nobre autoridade coatora apresentou suas informações, as quais se encontram às fls. 164/175, onde é suscitada preliminar de inadequação da via eleita pela impetrante, conforme excerto jurisprudencial trazido a lume, razão pela qual postula o julgamento sem apreciação de mérito, por força da regra do inciso VI do art. 267 do CPC.

No tocante ao mérito assinala não ser melhor a sorte da impetrante, pois a decisão ensejadora do manejo do remédio constitucional, nada tem de teratológica, consoante ampla transcrição doutrinária elencada, assim como a orientação adotada pelo STJ acerca do tema, de modo que a impetrante não ostenta direito líquido e certo na espécie, a qual, de tal arte,

enveredaria pela seara da litigância de má-fé.

Seguiu-se a manifestação da doutra Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Manuel Lima Soares Filho, o qual, depois de fazer uma resenha dos fatos e do direito atinente a espécie, culmina por propugnar pela concessão da segurança (fls. 192/202).

Por necessário, foi determinado mister diligencial junto à zelosa Secretaria Judiciária (fl. 211), volvendo esta às fls. 212/216, com os informativos requestados.

É o relatório.

VOTO

Em apreciação, o *writ* ajuizado por YPIÓCA AGROINDUSTRIAL LTDA, assestado contra ato do membro vitalício desta Corte de Justiça, Desembargadora Maria Celeste Thomas de Aragão, que oficiando nos autos do Agravo de Instrumento nº. 2004.0013.0995-5, manejado pela ora impetrante e tendo como agravado o Sr. **CLAYTON DE ARAÚJO FREIRE**, pronunciou-se em decisão monocrática, absolutamente em desfavor da parte então agravante, determinando a liberação da quantia **R\$317.802,41** (trezentos e dezessete mil e oitocentos e dois reais e quarenta e um centavos), que constituía parcela da garantia do juízo, conforme penhora lavrada no dia 23 de dezembro de 2004, nos autos do processo de execução de título judicial nº. 0000.02.27743-3, em fase de apuração do *quantum debeatur*.

Aduz a promovente que a decisão proferida pela autoridade judiciária impetrada causou farpeio aos princípios processuais da isonomia e da bilateralidade dos atos audienciais, causando-lhe prejuízo, pois ao seu aviso o débito que reconhece como devido não excede a quantia de R\$111.884,91 (cento e onze mil e oitocentos e oitenta e quatro reais e noventa e um centavos), jamais o astronômico valor apurado, por cálculo da contadoria, de R\$892.206,98 (oitocentos e noventa e dois mil e duzentos e seis reais e noventa e oito centavos), posteriormente revogado pela autoridade judiciária da 26ª Vara Cível, tendo a impetrada,

no cometimento de sua relatoria, provido em sede de liminar o pedido da impetrante para, posteriormente, em sentido inverso, manter a eficácia do despacho que homologara os exacerbados cálculos.

Em primeira mirada constatamos que o ato judicial hostilizado foi perpetrado em sede processual de agravo de instrumento interposto pela ora impetrante em desfavor do credor exequente, e tal como vazado, bem se vê que a jurisdicente deferiu o levantamento de parte do valor penhorado em prol do agravado, esteiada na fundamentação legal prevista no parágrafo 6º, do art. 273, do CPC, que se constitui, em tese, uma antecipação dos efeitos da jurissatisfatividade em lide executiva.

Diante de tal resenha fático-jurídica, a autora, sem rebuços, considera a manifestação processual enfocada, de **ato teratológico** (fls. 09/19), e assim o faz para conformar sua pretensão nos lindes admitidos pela doutrina e jurisprudência, da possibilidade da impetração da segurança contra ato judicial.

Vejamos em vitrina, o norte da doutrina e o prumo da jurisprudência:

A jurisprudência dominante sustenta a asserção de que permanece válida a impetração de segurança em face do que denomina *decisões teratológicas*. Mas quando uma decisão é teratológica constitui um desafio em aberto. Pessoalmente, cremos que como tais se possam ter as que se revestem de ilegalidade ou abuso de poder extremos (TRT13 Região: MS 96.03.027070-9-SP, rel. Des. Fed. Manoel Álvares, *DJU* 28.11.2000, Seção 2, p. 171; MS 2000.03.00.004126-7-SP, rel. Des. Fed. Manoel Álvares, *DJLI* 23.1.2001, Seção 2, p. 315; TRT15 Região: MS 72.758-CE, rel. Des. Fed. Napoleão Nunes Maia Filho, *DJU* 1.12.2000, Seção 2, p. 675; MS 65.250-PE, rel. Des. Fed. Geraldo Apoliano, *DJU* 9.2.2001, Seção 2, p. 312), suscetíveis, ademais, de provocar danos irreparáveis ou de difícil reparação (TRF/2 **Região: MS** 2003.02.01.00.007906-0, rel.

Des. Fed. Poul Erik Dyrlund, *OJU* 7.1.2004, Seção 2, p. 103).¹

Demonstrada a liquidez e certeza do direito, a nossa opinião é que anda bem o Judiciário em conhecer da Segurança, como recurso extremo, para impedir a consumação de uma lesão jurídica irreparável. Os pressupostos de cabimento haverão de ser, pois, a inexistência de recurso *com efeito suspensivo* e a irreparabilidade do dano pelo mero provimento do recurso cabível, além, é curial, do pressuposto genérico de todo e qualquer mandado de segurança, qual seja, a certeza e liquidez do direito.

O ato a ser impugnado haverá de ser a própria decisão jurisdicional que ameaça ou, efetivamente, lesa direito subjetivo. Não esposamos o entendimento de Guilherme Estelita que admite o mandado de segurança contra atos judiciais com a finalidade, contudo de, tão-somente, facultar ao impetrante recurso para a autoridade competente contra o ato judicial impugnado, nos casos de ser este irrecorrível, ou de dar ao recurso o efeito suspensivo, na hipótese de só lhe ser reconhecido por lei o efeito devolutivo.

Tal posição acaba, *data venia*, por desnaturar o mandado de segurança que, de instrumento controlador dos atos de autoridades, transforma-se no supridor de remédios ou efeitos processuais não previstos em lei. Temos para nós que o mandado de segurança não deve funcionar como meio de suprir lacunas recursais da lei. Sua natureza é a de ação e, destarte, deve estar condicionada aos pressupostos e objeto específicos.²

Quanto aos atos relativos ao *jus dicere*, aos atos jurisdicionais propriamente ditos, não obstante a opinião de doutrinadores que negam a possibilidade

de impetração de segurança contra este tipo de modalidade de pronunciamento do poder público (Luís Eulálio de Bueno Vidigal, *Da imutabilidade dos julgados que concedem mandado de segurança*, 1953, p. 111, 112 e 118, Brandão Cavalcanti, *Do mandado de segurança*, p. 104, Alfredo Buzaid, “Do mandado de segurança”, em *RDA 44/36*, e Ataliba Viana, *Limites ao uso do mandado de segurança*, p. 39), somos de opinião que, exceto em alguns casos (como os passíveis de *recurso* ou *correção*, ou os com trânsito em julgado), nos demais casos, caberá mandado de segurança contra o ato do juiz, mesmo em *funções jurisdicionais*, sempre que este ato fira *direito líquido e certo* do administrado.³

O desvirtuamento do uso do *writ* tem sido preocupação de quantos militam na área.

Há muito Victor Nunes Leal, lembra Adhemar Ferreira Maciel (cit. p. 231), “chamava a atenção para a necessidade de se construir uma doutrina do mandado de segurança. Reclamava, com inteira procedência, do casuísmo com que o precioso instituto processualmente constitucional estava sendo tratado. Seu uso indiscriminado o estava transformando em autêntica panacéia judiciária, capaz de curar todos os males, subvertendo as regras mais solidamente estabelecidas no nosso direito processual (*Problemas de Direito Público*, 1ª ed., Forense, p. 441)”. Mais patética, ainda, pela anterioridade no tempo e pelo negro presságio, lembra o Eminentíssimo articulista, “foi a advertência de outro magistrado, Ignacio Vallara, cognominado “o Marshall mexicano”. Admoestava ele que no México se estava tentando fazer do *juicio de amparo* um remédio universal, onde se comprometia “no ya el prestigio, sino la existencia misma de la institución, haciéndola aparecer ante el país como disolvente del

orden social” (*Ensayo sobre el Juicio de Amparo e el “Writ” of “Habeas Corpus”, apud Themístocles Brandão Cavalcanti. Do Mandado de Segurança, 4ª ed., Freitas Bastos, p. 37*)”.

Constata José Raimundo Gomes da Cruz (cit. p. 309) que “há petições iniciais de mandados de segurança admitindo não haver qualquer outro meio além dele para fazer valer certa pretensão do impetrante”. Tal papel residual, diz o Eminentíssimo articulista, “está longe de corresponder ao do *writ*, exigente de ilegalidade desde logo demonstrada. Irrelevante, portanto, seria a inexistência de outros meios de impugnação, pois são bem restritos os pressupostos legais dele. Sem a indicação da ilegalidade atribuível ao impetrado, a rigor, a circunstância de não haver outro instrumento jurídico a ser usado contra o ato judicial combatido até faz presumir que já houve preclusão, talvez até a maior, da coisa julgada, nenhuma violação de direito líquido e certo existindo a justificar a ordem de segurança impetrada”.

Lembra ainda o eminentíssimo articulista que “também há freqüentes petições iniciais dando ênfase à urgência de certa providência judicial.” A urgência, realça o autor, “está ligada ao processo cautelar, cujas características elementares, diferem daquelas do *inandainus*: em razão da urgência (*periculum in mora*), admite-se provisória medida cautelar, com base na aparência do direito alegado pelo requerente (*fumus boni iuris*), enquanto o mandado de segurança decorre de ilegalidade desde logo demonstrada, havendo julgamento definitivo”. Verifica-se (cf. nota 31 do articulista, p. 308) que “Há mais de quarenta anos, Machado Guimarães, citado por Eliézer Rosa, referia-se ao temor de que o *writ* viesse a substituir “todos os recursos e ações constantes da legislação comum”, tornando-se freqüentes as concessões do mandado, pois a exceção já se ia transformando em

regra (*Dicionário de Processo Civil*, Rio, Ed. de Direito, 1957, p. 260). O mesmo autor cita opinião de Guilherme Estelita, adversário do *writ* contra ato judicial e preocupado com outros aspectos, como o indesejável deslocamento da competência (*Dicionário*, cit., p. 265) Modernamente, o justo receio de que ele se torne “uma panaceia está presente (cf. Kazuo Watanabe, *Controle Jurisdicional*, cit., p. 106 e Ary Florêncio Guimarães, “O mandado de segurança como instrumento de liberdade civil e de liberdade política”, *in Estudos de Direito Processual em homenagem a José Frederico Marques*, São Paulo, 1982, p. 147).⁴

Claro está que só se pode falar deste requisito a mais, que se coloca, a nosso ver, *como necessário para que a parte possa lançar mão do Mandado de Segurança contra ato judicial*, além ou ao lado — ou mesmo em vez do recurso ordinário cabível — sempre desprovido de efeito suspensivo — se estiverem já presentes os pressupostos constitucionais de o ato ser: a) ilegal e, b) violar direito líquido e certo.

Ato legal e que não viola direito líquido e certo *não causa lesão irreparável*, neste sentido. Pode até ser que cause uma “lesão” fática, mas nunca um prejuízo de difícil ou impossível reparabilidade, passível de ser obstado pela impetração da segurança, nos termos e nos moldes deste contexto.

Trata-se, pois, de um requisito específico, que se coloca e deve ser analisado depois dos pressupostos genéricos de cabimento do *writ*, quando se trata de atos judiciais. É este requisito que faz com que se configure o *interesse de agir* com relação ao Mandado de Segurança e que faz com que se justifique que se lance mão desta medida, dotada de rito célere e que comporta concessão de liminar,

além ou ao lado dos meios processuais ordinários, por não serem estes capazes de impedir que se concretize o dano.⁵

Assim, a impetração do mandado de segurança contra ato judicial (qualquer que seja este ato) será reservada para aqueles casos em que, efetivamente, sejam descartadas todas as possibilidades de eficácia concedidas pelo sistema processual. Trata-se, em verdade, de reconduzir o mandado de segurança (contra ato judicial) à sua finalidade específica e constitucionalmente prevista, vedando-se seu uso promiscuamente.

Apenas para fins de ilustração do nosso pensamento, colacionamos a doutrina de Durval Aires Filho *As 10 faces do mandado de segurança*. Brasília.⁶

Admite-se, excepcionalmente, mandado de segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado, quando este se apresenta como teratológica (TASP, em RT461/157).⁷

TERATOLOGIA.

O mandado de segurança destina-se a obstar qualquer tipo de ilegalidade ou de arbitrariedade de autoridade, independentemente de teratologia, pois a ilegalidade e a arbitrariedade são, em si mesmas, teratológicas (1ª TACSP — Embs. Decl. 381.220 — TP — Rel. Juiz Wanderley Racy j. 19.5.88 — v.u.).⁸

Entremostrada pelas fontes enunciadas a tendência dos tribunais superiores na aceitação minimizante da Súmula 267-STF, a prospecção decisória segue na rota identificativa do que constitui **teratologia** com fins vinculativos da significação etimológica da palavra com o ato judicial, em seqüência:

Teratologia:

terat(o). elem. comp. da gr.
terato, de téros – atos ‘prodígio, monstro, que se documenta em alguns compostos formados no próprio grego (como teratologia) e em muitos outros, introduzidos, a partir do séc. XIX, na linguagem científica internacional.⁹

Teratologia – (Med)¹ especialidade médica que se dedica ao estudo das anomalias e malformações ligadas a uma perturbação do desenvolvimento embrionário.² p. sin. os monstros como um conjunto; a monstruosidade (as cortes medievais adoravam a.t.).

ETim. gr. teratologia. as narrações de fatos espantosos, relato de coisas monstruosas, estudo de monstruosidade; ver terat(o) e logia.¹⁰

Teratologia. gr. teratologia. Sf. Patol. Estudo das monstruosidades.¹¹

Diante das definições dos lexicógrafos acima invocados, podemos de pronto afirmar, que a manifestação da denominada patologia jurídica apresenta-se aos olhos dos doutrinadores pelas situações diagnosticantes dos *erros*, *in procedendi* e *in judicando*, balizando-se a graduação das erronias pelo ato cometido; se atentatório aos regramentos processuais, caracteriza-se o *error in procedendi*; se realizado em defeituação exclusiva da ótica do operador jurisdicional, violando preceitos legais e/ou agindo de forma abusiva, teríamos então o *error in judicando*. A distinção e espectro de cada um nos revela as valiosas lições dos dicionaristas jurídicos:

Error in judicando – Expressão latina. Erro cometido pelo juiz quanto ao direito material ou quanto ao direito processual.

Erro in procedendo – Expressão latina. Erro que consiste na inobservância, pelo magistrado, das leis processuais procedimentais.¹²

Erro in judicando - Loc.(LAT). Dir. Proc. Diz-se do erro do juiz quanto ao julgamento das questões do direito material suscitado na causa.

Error in procedendo. Loc.(LAT). Dir. Proc. Expressão designativa de erro do juiz quanto ao andamento do processo prejudicando seu curso normal. CPC, art. 198.¹³

Error in Judicando – Erro do juízo, erro na aplicação da norma jurídica, erro de interpretação da lei. Erro fundo.

Error in procedendo – Erro de processo. Erro de procedimento. Erro de normas processuais. V. *error in judicando*. Erro de forma.¹⁴

Error in judicando – Dícese que aquél em que incurre el juez em su sentencia, al apreciar impropriamente los hechos de la causa o al aplicarles indebidamente el derecho.

Error in procedendo – Dícese de la imprópria aplicación de lãs disposiciones que rigen el orden del proceso o la realización de los actos inherentes al mismo.¹⁵

“ERROR IN JUDICANDO”. Erro de julgamento. Vício do juízo. A impugnação de uma decisão judicial, através de recursos, visa a substituir a decisão recorrida. “A impugnação se dirige contra o erro de que a decisão está eivada. Duas são as espécies de erro que podem macular a decisão:

“Error in judicando” e “error in procedendo”, que Hélio Tornaghi assim distingue: “o erro de direito que o juiz comete acerca da relação substantiva é um erro de julgamento (“error in judicando”) com o qual infringe as normas a regulam e que não o têm por destinatário, ao passo que o erro que ele perpetra sobre a relação processual é erro de atividade (“error in procedendo”), pelo qual infringe uma norma que impõe determinado procedimento” (Sérgio Bermudes, “Comentários ao CPC”, vol. VII, pág. 23).

Se reformada ou confirmada a sentença (pelo reexame) através da apelação, tem-se uma substituição do julgamento do primeiro pelo segundo grau.

“ERROR IN PROCEDENDO”. Erro ou vício de atividade processual. V. “ERROR IN JUDICANDO”. Se com a apelação se obtém a anulação da sentença ou do processo, a substituição do julgamento do primeiro pelo segundo grau não ocorre (o que se dá no “error in iudicando”), mas o que se verifica é a mera expedição de um comando, no sentido de que *nova sentença* seja proferida.¹⁶

ERROR IN IUDICANDO. Expressão latina que significa *erro de julgamento*. Erro cometido pelo juiz relativamente à relação de *Direito Material*, e que viola as normas jurídicas que a regulam. Pode ocorrer de três formas: a) pela interpretação da norma em sentido diverso do verdadeiro; b) pela aplicação da norma jurídica a fato ao qual não é aplicável; ou c) pela submissão de um fato a norma jurídica inaplicável, em lugar da correta. O ERRO DE FATO é espécie de *ERROR IN IUDICANDO*. A consequência é a sentença injusta, rescindível com fundamento na nulidade (CPC, art. 485 IX, e § 1º).¹⁷ Error “in iudicando”.

V. error em materia procesal

Error judicial

V. error em materia procesal

Error em materia procesal.

La mayoría de los códigos procesales consignan dicho tema em relación especialmente com los errores em el procedimiento y em la sentencia, atribuibles genralmente a uma inadvertência del órgano jurisdiccional cuya función em el manejo de lãs normas y preceptos es esencialísima.

Couture senala que el juez puede incurrir em error em dos aspectos fundamentales. Uno de ellos

consiste em la desviación o apartamiento de los médios senalados por el derecho procesal para su dirección del juicio. Por error de lãs partes o erro próprio, puede com esse apartamiento disminuir lãs garantías del contradictorio y privar a las partes de uma plena defensa de su derecho. Este error se llama tradicionalmente *error in procedendo*.

El error “in iudicando” consiste normalmente em aplicar mal la ley aplicable o em no aplicar la ley aplicable. Puede consistir, asimismo, em uma impropia utilización de los principios lógicos o empíricos del fallo. La consecuencia de este error no afecta la validez formal de la sentencia, la que desde esse punto de vista puede ser perfecta, sino a su propia justicia.¹⁸

ERROR IN PROCEDENDO – É o êrro que compromete a forma dos atos, sua estrutura, seu modo natural de realizar-se. Consiste tal erro no desviar-se, no apartar-se o juiz dos meios assinalados pelo direito processual para a direção do juízo. Em via de regra o *erro in procedendo* conduz à nulidade. Ver – ERRORES IN IUDICANDO.

ERRORES IN JUDICANDO – São, segundo, SATTÁ, os *erros de juízo* cometidos pelo juiz, mas erros relativos ao juízo *de direito*. Estes tanto podem ser referentes ao direito substancial, como ao processual, lembrando, todavia, que os erros quando ao direito processual, mesmo realizados *in iudicando*, devem ser tidos para todos os efeitos, como defeito de atividade.

O juízo de direito, é o mesmo autor quem diz, decompõe-se em um *acertamento da norma e uma subsunção do fato* deduzido no processo àquela norma. Pode, pois, o erro de juízo verificar-se em qualquer desses dois momentos: ou quando o juiz acerta a norma, ou quando lhe submete o fato. Exemplificando: tem-se erro no acertar a norma

quando se lhe empresta o conteúdo diverso do seu verdadeiro conteúdo, (v. g. se o juiz afirma que a novação não é causa de extinção da obrigação).

Neste caso o que se tem é a violação da própria norma. Tem-se ainda erro quando o juiz aplica a norma a um fato diverso do por ela previsto (v. g. quando o juiz afirma que um dado fato constitui novação, mas que na verdade não constitui). Há ainda erro quando o juiz submete um fato a uma norma em lugar de a uma outra (v. g. quando afirma que um fato é simples indicação de pagamento, tratando-se de um verdadeiro caso de novação). Nesta última hipótese tem-se um caso de falsa aplicação da norma.

Disto se conclui que o erro *in judicando* ou é na *declaração* ou é na *aplicação* do direito; ou é a *violação* da norma, ou é falsa aplicação de regras (legais) de interpretação, ou de normas que disciplinam a certeza das relações jurídicas (regras de prova), ou de encontro à experiência comum. Por contraste com a experiência comum se entenderá o desconhecimento de um fato notório, ou o desencontro de premissas lógicas gerais com a lógica comum dos homens (p. ex., se o juiz tem como possível um fato impossível), ou, afinal, o erro *in judicando* pode ocorrer quando o juiz saca de um fato dado uma consequência que a experiência comum repele. Aqui o que ocorre não é um erro no acertamento do fato, mas do processo lógico que conduziu a tal resultado. Um tal erro no processo lógico é erro de direito consistente na falsa aplicação da norma.

Segundo a lição de COUTURE, o juiz pode incorrer em erro em dois aspectos fundamentais de sua atividade. Um deles consiste no desviar-se ou apartar-se dos *meios* assinalados pelo direito processual para sua direção do juízo. Por erro das

partes, ou por erro próprio, pode o juiz, com êsse desviar-se, diminuir as garantias do contraditório, privando as partes de uma defesa plena de seu direito. Este erro compromete a forma dos atos, sua estrutura externa, seu natural modo de realizar-se, e chama-se a tal erro "*error in procedendo*". O outro erro, ou desvio, não afeta os meios de fazer o processo, mas afeta seus próprios *fins*. Já não se trata das formas, mas do fundo, do direito substancial que está em jogo.

Este erro consiste normalmente em aplicar uma lei inaplicável, em aplicar a lei aplicável, ou em não aplicar a lei aplicável. Pode consistir, por outro lado, em uma imprópria utilização dos princípios lógicos ou empíricos que formam parte da gênese intelectual da decisão. A consequência deste erro não afeta a validade formal da sentença, que, como sentença perfeita, mas afeta a justiça.

Dá-se tradicionalmente a tal erro o nome de "*error in iudicando*".

Tem-se sustentado, prossegue o Catedrático de Montevideú, agudamente a distinção entre o "*error in procedendo*" e o "*error in iudicando*" não existe. A sentença injusta não o é por falsa aplicação da *lei substancial*, mas por não aplicar a *lei processual* que obriga a julgar segundo o direito vigente. Em suma, que de qualquer modo se trata de um erro no procedimento e não quanto ao fundo do conflito.

Esta sutil distinção significa volver e pôr em debate um tema que foi motivo de equívoco em todo o período de nossa codificação, diz o citado Professor, e ao qual não ficou imune talvez nenhum dos Códigos americanos vigentes, vale dizer, o tema na atividade jurisdicional.

Ninguém dúvida de que quando o juiz omite, por exemplo, a citação do demandado, incorre em um erro de forma, vício consistente na omissão da

citação que cria um grave perigo jurídico, pois pela omissão pode ser condenado a pagar quem já havia pago. É certo que pode ocorrer o contrário, se o juiz encontrar no processo a prova do pagamento e absolve o réu. Isso é, porém, duvidoso, mas nesse caso, o erro carece de transcendência. Pode outrossim, ocorrer que o processo esteja totalmente conforme à lei processual do tempo e do lugar, e, deste ponto de vista, perfeito. Todavia, se o juiz, ao ler, ou ao raciocinar, ou ao decidir-se pela lei aplicável, a sentença, ainda mesmo que válida em sua dimensão formal, pode ser injusta em seu conteúdo substancial.

A pretendida unidade do erro repousa na afirmação de que não há mais do que um destinatário da norma legal: o juiz, e também no crer que a ele vai dirigida a lei para que a aplique nos conflitos concretos que lhe são submetidos. Mas, isto não é assim. O juiz nem sequer é o destinatário da lei processual, já que tanto o impulso, como a forma do processo são dados pelas partes e pelo juiz. Destinatários do direito são todos os cidadãos a quem ela for aplicável. O juiz como tal não é destinatário, mas intermediário entre a norma e os sujeitos do direito. Incumbe-lhe, ao juiz, conhecer essas normas e proceder em consideração às mesmas para dar forma aos atos e enchê-los com seu conteúdo.

O que realmente é árduo é fixar a zona limítrofe entre o fundo e a forma, já que, em direito, como reza o aforismo clássico, muitas vezes a forma comporta o fundo dos atos. Nas zonas, porém, que se vão distanciando dessa linha limítrofe, as categorias se vão tornando cada vez mais claras e a distinção mais perceptível. É então que se começa a advertir com suficiente nitidez que o “error in iudicando”, cuja consequência natural, como se disse, é a sentença injusta, constitui o a que em nosso direito se chama

com uma palavra de absoluto casticismo: agravo (gravame). E que a sentença que é fruto de “error in procedendo” constitui o que se conhece em todas as ordens do direito com o nome de *nulidade*.

CALAMANDREI depois de um longo estudo da diferença entre “error in iudicando” e “error in procedendo”, a propósito de uma crítica de BELING que entendeu inexata e falta de conteúdo a distinção que até então parecia pacífica, escreveu: Não por tendência aos neologismos, mas unicamente para fazer mais claros os conceitos simples, que a fraseologia imprecisa dos Códigos complicou, proponho que os diversos odos em que a lei pode ser violada pelo juiz, ou porque cometa um erro “in procedendo” ou em erro “in iudicando”, em lugar de com a expressão genérica *violação de lei*, sejam designados cada um com uma locução sua própria, isto é, o erro “in procedendo” se chamará “inexecução de lei”, posto que precisamente consiste nisso a negativa por parte do juiz de executar o que a lei a ele singular e diretamente lhe manda; e o erro “*in iudicando*” se chamará “errônea declaração de lei”, posto que seu efeito característico é o de dar lugar a um pronunciamento judicial que *declara* (tomada esta palavra no sentido técnico com que se diz que a sentença tem sempre função *declarativa*) como vontade concreta de lei, o que em realidade a lei não quer. Não entendo com isto parecer original, cobrindo com palavras novas coisas que o não são; trato, é certo, com maior precisão de linguagem, de demonstrar que a distinção entre *error in procedendo* e *erro in iudicando*, que já é velha, merece, como tudo que é velho, ser respeitada.¹⁹

No seguimento do raciocínio jurídico, expendido para fins de prospecção meritória da tese abordada na presente suplicação de índole e origem constitucional, e tendo por núcleo

a decisão vergastada, ou seja, a liberação de parte dos valores constribados em segurança do juízo da execução, quando ainda pendente questão de cálculo de liquidação do real valor devido, pois qualificada pela coisa julgada a sentença prolatada em azo de processo de conhecimento que concluiu pela condenação do ora impetrante como causador de danos materiais e morais ao patrimônio de **CLAYTON DE ARAÚJO FREIRE**, bem como rejeitados os embargos do devedor interpostos, restando exclusivamente o apuratório do *quantum debeatur*, impende-se a análise da adequação ou não do ato judicial praticado, com a resultante positiva ou negativa da identificação dos *errores*.

Em obra mais que célebre, ENRIQUE VESCOVI, processualista arquiteto do Código Modelo para IBÉROAMERICA, intuiu no sentido da identificação do *error in iudicando*, com o abuso de poder, é o que se depreende da leitura do relevante texto abaixo transcrito:

El exceso de poder no está considerado como causal de casación.

La doctrina extranjera entiente que existe tal abuso, cuando el Juez hace lo que no debe hacer aquéllo a lo que está obligado, por lo que, em él comprenden, por ejemplo, la incompetência y aún la denegación de justicia. Estas infracciones, sin embargo, serán estudiadas luego como vcios de forma, em especial la incompetência o la actuación del Tribunal fuera del limite de sus atribuciones.

También alguna vez se há mencionado la *desviación de poder*, que junto com la regla de Derecho, constituyen lãs infracciones que dan lugar a solicitar la anulación de lacto adminitrativo, em nuestro Derecho.

La desviación de poder consiste, como resulta de la jurisprudência del Consejo de Estado francês, creadora del concepto, em la aplicación estricta de la norma de Derecho, pero usando el poder para fines diversos a aquéllos para el cual es otorgado. Este

concepto, tan desarrollado em el contencioso administrativo y que nuestra Constitución recoge (art. 309), permite dar mayores facultades al Tribunal Superior para poder controlar la actividad de la Administración (em esse caso) y podría significar, en la casación, la posibilidad de que la Corte de Justicia realice um más profundo contralor de la sentencia.

No obstante y siguiendo la doctrina general, nos inclinamos a pensar que, al no estar expresamente prevista la posibilidad de interponer el recurso de casación, no solo em caso de violación de la regla de Derecho, sino también em caso de la desviación de poder, que tal posibilidad no existe. Y que no cabe fundar el recurso de casación alegando que el Juez de mérito, pese a cumplir (formalmente) la ley, há incurrido em desviación de poder.

Dicho de outro modo que la única violación (o errônea aplicación) casable es la que se refiere a la “norma de Derecho”, entendida tal como lo hemos hecho hasta ahora.²⁰

Diante de tal assertiva, questionamos: seria abuso de poder ou ilegalidade (teratologia), a decisão proferida pela autoridade impetrada no sentido de conceder tutela antecipada em veículo recursal de agravo de instrumento manejado pelo próprio impetrante, e recebendo em seu desfavor em tese, deliberação de levantamento de quantia custodiada para garantia da execução?

As melhores fontes doutrinárias que se debruçaram sobre o tema tutela antecipada em sede recursal, máxime no que pertine ao levantamento de valores numerários, reconhecidos devidos em momento processual de mérito condenatório, assim se manifestam, proporcionando uma visão clara e inequívoca, em que tais pronunciamentos, conduzidos ao sabor antecipatório da tutela, são previsíveis, legítimos e legais, com realce neste enfoque as lúcidas opiniões de **LUIZ GUILHERME MARINONI**,

TEORI ALBINO ZAVASCKI, MARCELO LIMA GUERRA, PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON, CÁSSIO SCARPINELLA BUENO E WILLIAM SANTOS FERREIRA:

Daí nossa opinião: cabe mandado de segurança contra o ato jurisdicional que, praticado com ilegalidade ou abuso de poder, ameace viole direito líquido e certo. E só! A irreparabilidade do dano, inexistência de recurso com efeito suspensivo, ou a teratologia ensejada pelo ato, não são critérios de admissão em tese do *mandamus*. Funcionam, sim, como critérios de concessão de medida liminar tutela antecipada. Mas tão apenas isso (conosco: Lúcio Picanço Facci, *Mandado de Segurança contra Atos Jurisdicionais*, pp. 127-130).²¹

Por outro lado, não tem cabimento o argumento no sentido de que a decisão concessiva de tutela antecipatória não pode “ser mais efetiva” do que a sentença. O que justifica a tutela antecipatória é algo absolutamente diverso daquilo que está à base da sentença condenatória. A tutela antecipatória concedida a partir de uma situação de urgência não “combina” com a execução por expropriação justamente porque deve realizar prontamente — ou sem delongas — o direito. Assim, ao contrário do que alguém poderia supor, a decisão concessiva de tutela antecipatória deve ser mais efetiva (e assim pode “ser mais forte”) que a sentença.²²

Por outro lado, é bem possível que, tendo o processo concluído sua tramitação em primeiro grau, a configuração dos pressupostos para a antecipação da tutela (art. 273, do CPC) somente venha se dar na fase recursal. Várias situações devem ser analisadas.

Se a sentença recorrida tiver julgado procedente a

demanda e o recurso que aguarda julgamento tiver efeito apenas devolutivo, poderá a parte requerer a expedição de carta de sentença e, com ela, promover a execução provisória do julgado, tornando-se desnecessário pedido específico de antecipação dos efeitos da tutela (que já estará autorizado pela não suspensividade do recurso).

Porém, (a) se a sentença recorrida tiver sido de improcedência, ou meramente terminativa (extintiva do processo sem exame do mérito), ou, ainda, (b) se o recurso interposto da sentença de procedência tiver sido recebido no duplo efeito, pode a parte, demonstrando a configuração dos pressupostos do art. 273 do Código de Processo Civil, requerer e ter atendido pedido de antecipação da tutela. A circunstância de estar o processo na sua fase recursal não é empecilho a tal pretensão, eis que, como já se afirmou reiteradamente, antecipar a tutela constitui, não antecipação de uma sentença, mas um adiantamento dos atos executivos da tutela definitiva, os quais, nas hipóteses (a) e (b) supra, ainda se encontram reprimidos. Ora, se ficar evidenciado que a medida antecipatória, nas hipóteses em tela, é indispensável para afastar perigo de dano irreparável ao direito afirmado e tido pelo julgador como verossímil, seria ilógico e contrário ao sistema negar a sua concessão, apenas pela razão de já ter sido proferida sentença em primeiro grau. Negar a medida, nas circunstâncias, importaria sacrificar a efetividade da jurisdição, direito constitucional cuja preservação constitui a própria essência da tutela antecipada.²³

Esse conceito (amplo) de tutela executiva conduz, portanto, a uma nova compreensão do conceito de “meios executivos”. E conhecida a restrição, feita por Carnelutti, do conceito de meios executivos àqueles

com os quais a satisfação do credor é obtida sem qualquer participação do devedor, por meio exclusivamente de atos judiciais. Contudo, não há por que negar que a medida coercitiva, adotada pelo juiz com vistas a obter a satisfação do credor, desempenhe a mesma função que as medidas subrogatórias, e nessa perspectiva pertençam, ambas, a uma só categoria. Sem dúvida são medidas construídas segundo técnicas distintas, mas as duas caem igualmente no conceito de meio executivo, definido este *como medida judicial decretada com vistas à satisfação do credor (i.e. prestação de tutela executiva)*.

Com efeito, não há como negar a relevância do critério funcional na definição de meio executivo. É que o próprio conceito de tutela executiva, do qual o primeiro é derivado, vem definido em uma perspectiva igualmente funcional, levando em consideração a diversidade de resultados buscados com a *função jurisdicional*. Além disso, se o que se está classificando são meios judiciais, não há como não levar em consideração a perspectiva do órgão jurisdicional. Nessa perspectiva, o objetivo do juiz é um só — a satisfação do credor — e por isso a sua atuação compõe a mesma categoria, por qualquer *meio* pelo qual ele tente atingir aquele objetivo.

Por essa razão, repita-se que, definindo-se meio executivo, enquanto noção subordinada à de tutela executiva, como ato ou conjunto de atos por meio dos quais se presta a tutela executiva, o que é o mesmo que dizer por meio dos quais o órgão jurisdicional busca a satisfação de um direito subjetivo, não há como reconhecer que nesse conceito inserem-se as medidas coercitivas impostas pelo juiz, num processo de execução. Assim, para quem quiser insistir em adotar a expressão “execução forçada” para se referir à

execução por sub-rogação, é imperioso reconhecer um sentido mais amplo ao conceito de “tutela executiva”, no qual habitem, com idênticos direitos de cidadania, tanto a execução por sub-rogação como a execução indireta.

Aliás, esse é o entendimento que hoje já se pode considerar predominante na Itália, onde já prevaleceu aquela noção restrita de execução forçada. Observe-se, por oportuno, que no próprio direito positivo é utilizada a expressão “execução forçada”, com a qual o legislador denominou as medidas executivas tipificadas em lei, todas elas de caráter sub-rogatório. Por isso mesmo, os doutrinadores tendem, ainda hoje, a manter o uso restrito de execução forçada, mas reconhecem, expressamente, que a execução por sub-rogação não esgota todas as formas possíveis e desejáveis de tutela executiva. Em outras palavras, reconhecem que o conceito de tutela executiva é mais amplo que o de execução forçada, quando empregada esta expressão como sinônimo de execução por sub-rogação, de tal forma que se pode afirmar que a tutela executiva é prestada tanto por meio de medidas sub-rogatórias, como por meio de medidas coercitivas. Fala-se, assim, em “atuação prática dos direitos”, ou “atuação executiva dos direitos”, ou pura e simplesmente “tutela executiva” para se referir a essa modalidade de tutela jurisdicional, a qual se realiza, repita-se, tanto por meio de medidas sub-rogatórias — chamem-nas, querendo, de execução forçada — como por meio de medidas coercitivas.

Assim, Francesco Paolo Luiso, após sublinhar que a tutela executiva está inserida na garantia constitucional do direito de ação e de defesa (art. 24 da Constituição italiana), é categórico: “All’iadempimento dell’obbligato si può reagire, in sede giurisdizionale esecutiva, com i’esecuzione

indiretta e com l'esecuzione diretta". Com idêntica amplitude, Proto Pisani e Remo Caponi, em obra recentíssima, após afirmarem que os remédios jurisdicionais, em sede de execução, "devono avere la funzione di attribuire all' avente diritto il bene che avrebbe dovuto conseguire tramite la cooperazione altrui", ensinam que: "Al fine dell'esecuzione, le tecniche sono essenzialmente due: l'organo giudiziario si sostituisce all'obbligato, oppure, se la cooperazione di questi non puô essere surrogata dall'attività dell'organo giudiziario, poiché l'obbligo è infungibile, si preme sulla sua volontà affinché cooperi, attraverso la minaccia di un male maggiore di quello che gli deriva dall'adempimento dei doveri". Michele Taruffo, por sua vez, em um de seus estudos que se tornaram clássicos da literatura específica sobre o assunto, nem sequer utiliza a expressão "execução forçada", referindo-se, de modo amplo e sem fazer qualquer distinção quanto ao enquadramento sistemático em uma só categoria ampla, às medidas sub-rogatórias e às medidas executivas, designando-as sob a terminologia comum de "atuação executiva dos direitos", "tutela executiva", "remédios executivos".

No mesmo sentido, Sergio Chiarloni refere-se tanto às medidas sub-rogatórias como às coercitivas como "técnicas de atuação dos direitos", fazendo a advertência de que "le tecniche di attuazione dei diritti soffrono nel nostro Paese di gravi inadeguatezze, sia sotto il profilo della mancanza di un sistema di misure di esecuzione indiretta, sia (e soprattutto, secondo il mio avviso) sotto el profilo di una insufficiente estensione dei sistema classico dell'esecuzione per surroga, relativamente ai quale, oltre all'insufficienza della regolamentazione, pesa una tendenza tradizionale all'interpretazione restrittiva delle norme esistenti, soprattutto in materia di esecuzione degli

obblighi di fare e di non fare”. Também Federico Carpi, embora utilizando a expressão “esecuzione forzata” em sentido restrito, como sendo a execução mediante técnicas sub-rogatórias, refere-se indistintamente a ela e às medidas coercitivas como “técnicas de atuação dos direitos”, ambas igualmente postas a serviço da “tutela jurisdicional executiva”, ou, mais simplesmente, da “tutela executiva”. ‘Adolfo di Majo igualmente não faz distinção entre as medidas de “coação” e as medidas de “sub-rogação”, ao se referir a ambas como “instrumentos executivos”, ou “técnicas de atuação coativa da sentença condenatória”.

Idêntico é o entendimento de Angelo Dondi, que se refere a um “sistema das execuções” como incluindo tanto as “técnicas de execução direta” como as técnicas de execução indireta. O mesmo se diga de Vitorio Denti, quando adverte que o fato de três congressos internacionais de alta relevância acadêmica terem tido como tema central a “esecuzione forzata, ed in particolare l’esecuzione delle obbligazioni non pecuniarie” confirma “un generale interesse per la tutela esecutiva, sia per il tipo di esecuzione che il nostro codice definisce ‘in forma specifica’, sia per quella che Luigi Ferrara denominava ‘esecuzione processuale indiretta, e che si rifà ali’ applicazione di misure coercitive”. Já Edoardo Ghera chega mesmo a se referir às técnicas sub-rogatória e coercitiva de atuação dos direitos pela denominação comum de “execução forçada”, mencionando a “distinzione tra esecuzione forzata diretta (o per surrogazione della attività del debitore) ed esecuzione forzata indiretta (o per coazione della volontà del debitore) nell’adempimento coattivo e quindi nella tutela giurisprudenziale del diritto”(p. 1.077).

Em suma, por essa amostragem verifica-se que a

melhor e mais abalizada doutrina italiana da atualidade — mesmo seguindo uma tradição, agora puramente lingüística, segundo a qual a expressão “execução forçada” é empregada como sinônimo de execução por sub-rogação — não, considera que a “execução forçada”, entendida no mencionado sentido restrito, esgote as formas possíveis de tutela jurisdicional executiva. Daí reconhecerem todos eles que tanto a “execução forçada”, ou execução por sub-rogação, como também a “execução indireta”, ou execução por coação indireta, são técnicas distintas de atuação prática dos direitos, portanto, postas a serviço da mesma modalidade de tutela jurisdicional, a saber, da prestação da “tutela jurisdicional executiva”. Por aí já se vê que é inteiramente descabida a tentativa de alguns autores nacionais de demonstrar a existência de uma outra “modalidade” de tutela jurisdicional — que seria a tutela mandamental — consistente na utilização de medidas coercitivas, diversa, portanto, da tutela executiva, apelando para a autoridade da doutrina italiana, que associaria a tutela executiva à “execução por sub-rogação”.²⁴

Por essa linha de raciocínio, é preciso admitir também a concessão da tutela antecipada em grau de recurso, com isso afastando o efeito suspensivo do recurso de apelação e, mais ainda, permitindo uma execução completa. A antecipação estará fundada aqui em provas realizadas após cognição exauriente, fazendo com que a tutela de direitos se efetive com maior segurança e certeza. Para tanto, basta ao demandante requerer por meio de petição fundamentada ao relator do recurso, com a exposição clara do dano iminente ou do propósito protelatório do demandado. A tutela antecipada em segundo grau de jurisdição tem, quando requerida

pelo apelado, a manifesta vantagem de permitir a produção imediata dos efeitos da sentença, impedindo o dano decorrente da demora na apreciação do recurso e na publicação do respectivo acórdão.²⁵

Tutela antecipada no âmbito recursal

“Processo civil. Execução fiscal. Apelação de sentença que julgou improcedentes os embargos do devedor. Prosseguimento da execução como definitiva. Impossibilidade de conversão de execução definitiva em provisória. 1. A execução provisória pode converter-se em definitiva, bastando para isso que sobrevenha o trânsito em julgado da sentença. O oposto, todavia, não ocorre. A execução que inicia definitiva pode ser suspensa, por força dos embargos, mas não se transforma em provisória. Assim, pendente recurso da sentença que julgou improcedentes os embargos do devedor, a execução prossegue como definitiva. 2. Havendo risco de irreversibilidade da execução definitiva, tornando inútil o eventual êxito do executado no julgamento final dos embargos, poderá o embargante, desde que satisfeitos os requisitos genéricos da antecipação de tutela (*fumus boni juris* e *periculum in mora*), socorrer-se de uma peculiar medida antecipatória, oferecida pelo art. 558 do CPC: a atribuição de efeito suspensivo ao recurso. O mesmo efeito é alcançável, com relação aos recursos especial e extraordinário, como ‘medida cautelar’, nas mesmas hipóteses e pelos mesmos fundamentos. 3. Recurso especial promovido” (STJ, 1 Turma, REsp 514.286/RJ, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 23/03/04, DJ 10/05/04, p. 174. Decisão: por unanimidade, deram provimento).²⁶

Em um “processo condenatório”, a demora na

obtenção do bem significa a sua preservação no patrimônio do réu. Quanto maior for a demora do processo, maior será o dano imposto ao autor e, por conseqüência, maior o benefício conferido ao réu.

Se o autor que tem razão é sempre prejudicado pela demora, não é possível esquecer o que isto realmente representa para o cidadão comum que no processo é chamado de autor, tal como se fosse o “homem sem rosto” do direito liberal.

Se o tempo é a dimensão fundamental da vida humana e se o bem perseguido no processo interfere na felicidade do litigante que o reivindica, é certo que a demora do processo gera, no mínimo, infelicidade pessoal e angústia e reduz as expectativas de uma vida mais feliz (ou menos infeliz). Não é possível desconsiderar o que se passa na vida das partes que estão em juízo. O cidadão concreto, o homem das ruas, não pode ter os seus sentimentos, as suas angústias e as suas decepções desprezadas pelos responsáveis pela administração da justiça.

Isto para não se falar nos danos econômicos, freqüentemente graves, que podem ser impostos à parte autora pela demora do processo e pela conseqüente imobilização de bens e capitais.

Se o processo retira da vida o seu próprio impulso, ele não pode - apenas porque se destina a “descobrir a verdade” - deixar de considerar as necessidades do autor, a menos que deseje celebrar, através de um procedimento fúnebre, não só o seu rompimento com a vida, mas também a sua completa falta de capacidade para realizar os escopos do Estado.²⁷

Na hipótese de sentença que condena ao pagamento de soma em dinheiro, é imprescindível considerar a natureza do crédito em disputa. A soma em dinheiro postulada pelo autor pode ser fundamental para a tutela de um bem não patrimonial. Como já foi dito, a

doutrina italiana, tratando desta hipótese, apresenta os seguintes exemplos: i) prestações alimentares; ii) retribuições devidas em obediência ao art. 36 da Constituição italiana (direito de sustento do trabalhador); iii) antecipação de soma para a reintegração específica de bem não patrimonial ilicitamente lesado; iv) indenização antecipada para aliviar um estado de necessidade (e assim a lesão à dignidade humana) causado pelo ilícito.

Nos casos de direito de crédito com função não patrimonial, isto é, nas hipóteses em que o direito de crédito é imprescindível à tutela de um direito fundamental — como, por exemplo, o direito à saúde —, não há como se impor restrições à execução da sentença condenatória, vedando-se a expropriação do bem penhorado ou exigindo-se caução para o levantamento do dinheiro. Aliás, vale a pena indagar o que acontecerá se não for possível a alienação do bem penhorado em favor daquele que necessita da soma em dinheiro. A resposta é óbvia: as vítimas de atos ilícitos continuarão abrindo mão de parcela dos seus direitos, em transações imorais, por não poderem suportar a lentidão do processo.²⁸

A execução da sentença que condena ao pagamento de um valor, que tem por fim tutelar um direito que é conexo ao direito de crédito (direito à saúde), não pode ser suspensa. Neste caso não está em jogo a segurança do juízo ou a segurança do direito de crédito. A finalidade desta execução não é a de acautelar o direito de crédito, mas a de tutelar o direito que somente através da realização do direito de crédito pode ser adequadamente garantido. E evidente que a penhora, nestes casos, serve para pouco mais do que nada.

A execução da sentença, que condena ao pagamento de um valor que tem por objetivo tutelar um direito

que depende da imediata realização do direito de crédito, não pode ser suspensa após a penhora, não só porque o caso não é de necessidade de segurança do direito de crédito, mas principalmente porque a espera poderá trazer prejuízos ao direito que é conexo ao direito de crédito.

É preciso que os operadores jurídicos estejam atentos para este ponto. Aliás, nestes casos não há razão para não ser admitido o uso da prisão civil. Os alimentos indenizativos, por exemplo, não merecem ter uma execução menos efetiva do que os alimentos derivados de relação de direito de família. Em outros termos, a diferença de fonte não pode servir para determinar a diferenciação de meio executório. O que importa, sem dúvida, é o fim, a exigir meio, executório efetivo.²⁹

A execução imediata da sentença, ao permitir a pronta realização do direito do autor, desestimula o recurso meramente protelatório, que não tem mais condições de manter o bem disputado no patrimônio do réu durante o tempo necessário para o seu processamento.

A expressão execução provisória da sentença não é correta. A execução fundada em sentença não transitada em julgado, ainda que possa ser incompleta, execução é. O correto é falar em sentença provisória com efeitos imediatos.

É um grande equívoco imaginar que a execução não pode atingir o seu fim apenas porque é fundada em uma sentença provisória.

A provisoriedade da sentença se liga à sua imutabilidade e não à sua eficácia. Uma sentença pode ser provisória, ou mutável, e levar à realização do direito do autor.

Considerando-se que grande parte das demandas endereçadas ao Judiciário exigem do réu um

pagamento de soma em dinheiro, não é razoável a disposição do art. 588, II, no sentido de que a “execução provisória” não abrange os atos que importem alienação de domínio.

Se a “execução provisória” fica limitada à penhora, ela é completamente inócua.³⁰

O que *abre* as portas para o acesso à tutela antecipada é justamente a ausência de efeitos da tutela de conhecimento. Frise-se, ausência de efeitos que pode ocorrer antes ou depois de proferida a sentença, até porque é flagrantemente contraditório admitir-se a tutela antecipada antes de uma cognição exauriente, e após a existência dela ser negada, já que neste momento a probabilidade de sucesso da demanda estará sempre muito melhor delineada. O que se busca é o bem da vida almejado: enquanto este não for entregue, *o pedido de tutela antecipada é cabível*.³¹

Por isso sustentamos, enfaticamente, a possibilidade de concessão da tutela antecipada a pedido do autor-apelado, e vemos no âmbito recursal *a função mais preponderante do inciso II do artigo 273*, que não só dignifica a justiça como sanciona aquele que do recurso se utiliza apenas para impedir a solução do conflito, cuja única “contribuição” é ampliar ainda mais a pauta de julgamentos de nossos tribunais.

Bem aplicado, o dispositivo em análise pode representar um grande desestímulo à utilização do recurso para fins eminentemente protelatórios.

Serve-nos de parâmetro recente decisão, unânime, proferida no Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp. 187665/RJ, do qual foi relator o Ministro Gilson Dipp, da 5ª Turma. Diz a ementa:

Processual civil — Tutela antecipada. — Reajuste de vencimentos de servidores públicos

— 28,86% — Reconhecimento administrativo do direito — Medida Provisória 1.704-3/97.

O direito ao reajuste de vencimentos dos servidores públicos em 28,86% está pacificado no âmbito do STF e do STJ. O reconhecimento administrativo desse direito, através da MP 1.704-3/97, conjugado com a intenção de efetuar o pagamento dos valores correspondentes a todos os servidores públicos, mesmo que não tenham ingressado em juízo, torna inequívoco o direito dos recorridos à concessão de antecipação da tutela. *Recurso com manifesto propósito protelatório (art. 273, II, do CPC). Recurso especial não conhecido (destacamos).*³²

Por amostragem, evidenciamos a posição de nossa Corte de Justiça em relação ao tema “Mandado de Segurança contra ato judicial”.

Em primeira visão, a deliberação proferida por unanimidade nos autos do Mandado de Segurança 2005.0000.0271-4, em que figuram, respectivamente, como impetrante e impetrada, o Estado do Ceará e a Desa. Maria Celeste Thomas de Aragão, momento de entendimento da Corte, de configurar-se a autorização de seqüestro de verba pública, em favor do autor, quando ainda pendente de julgamento recurso apelatório submetido em razão da qualidade da pessoa de direito público em juízo, ao duplo grau de jurisdição obrigatório, e desta forma e maneira não se podendo cogitar de execução definitiva do julgado.

A teratologia foi admitida no caso em apreço por entender desconfigurada a possibilidade, na espécie, da concessão tutelar em antecipação, restando admitida a ilegalidade do ato jurisdicional. Eis o enunciado do julgado, que teve em sua relatoria a eminente Desembargadora HUGUETTE BRAQUEHAIS, proferido em 15.09.2005:

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL – 1) CABIMENTO EM FACE DO

ATUAL TEXTO CONSTITUCIONAL, SEM OS RIGORES DA SÚMULA 267 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – 2) SENTENÇA CONDENATORIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA – DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO OBRIGATÓRIO (ART. 475, I – CPC) – IMPOSSIBILIDADE DE SE FALAR EM EXECUÇÃO DEFINITIVA DO JULGADO, MEDIANTE SEQUESTRO DE VERBA PÚBLICA – ADMISSIBILIDADE SOMENTE, NA HIPÓTESE PREVISTA NO § 2º DO ART. 100, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – 3) DECISÃO ANTECIPATÓRIA DE MÉRITO QUE NÃO PODIA SER CONCEDIDA EM GRAU DE RECURSO POR OFENDER AS REGRAS PROCESSUAIS ESPECÍFICAS – SEGURANÇA QUE SE CONCEDE.

Em outro momento, a presidência da Corte, em período recessivo forense, deliberou diversamente pelo não cabimento do *writ* quando se cogitar de ato judicial passível de recurso e desvestido de teratologia, juízo perfeitamente sintônico com a decantada Súmula 267 do Supremo Tribunal Federal, para o que se valeu da fonte jurisprudencial de nossa Corte Maior:

Hígidas as decisões, nunca dos nuncas o manejo da segurança, só alcançante aos casos teratológicos, e mesmo assim como efeito minimizador da Súmula 267 do STF, ao compasso harmonizante de decisões jurisprudenciais superiores: **“Ato judicial. Casos teratológicos. A permissibilidade do uso e acolhimento da ação mandamental, só tem razão de ser em casos teratológicos, de flagrante ilegalidade ou abuso de poder, susceptíveis de causar a parte dano irreparável ou de difícil reparação (RT 535/72, 447/132, JTA Civ SP 84/167, 74/163, 38/147, RTJ 71/876, 70/504) cit in “Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante em Vigor,**

Nelson Nery Junior et alii, p. 1633/1634, 6ª edição, 2002, editora Revista dos Tribunais. São Paulo. Mandado de Segurança nº. 2003.0007.7500-8.

Também em trilha denegatória, o julgado plenário, exarado recentemente, sob conduto relatorial do Des. José Mário dos Martins Coelho, que entendeu não ser passível de exame em pretensão mandamental matéria que exija dilação probatória e desnature a exigência da prova pré-constituída:

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL – ILEGALIDADE MANIFESTA DE LIMINAR DEFERIDA EM AÇÃO MANDAMENTAL – FATOS CONTROVERTIDOS E INSUFICIÊNCIA DA PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA – ORDEM DENEGADA

1. Impossibilidade de cognição exauriente da matéria referente ao mérito propriamente dito da ação principal para o fim de decidir, desde logo, qual o direito material a ser aplicado ao caso concreto.
2. Apreciação unicamente dos requisitos da relevância do direito alegado e do risco de dano irreparável ou de difícil reparação que legitimam a tutela de urgência.
3. Insuficiência da prova pré-constituída para o fim visado e necessidade de atividade instrutória em audiência, incompatível com o rito da ação mandamental.
4. Ordem denegada.

Em conclusão de raciocínio tomando por referência os casos julgados em exposição, invocamos o subsídio da obra considerada fundamental para o estudo da questão em testilha:

De lege ferenda, a solução do problema que agonia os Tribunais e os meios jurídicos talvez seja, efetivamente, proibir o mandado de segurança contra

atos jurisdicionais, visto que vem funcionando, na prática, como um recurso anômalo. Esta solução mais se justifica tendo em vista que o juiz, quando interpreta e aplica a lei, pode até decidir *contra legem*, numa eventual visão distorcida do conteúdo da norma, mas só pratica ilegalidade, à luz de critérios exclusivamente científicos, nas hipóteses em que poderia ser responsabilizado civil ou penalmente pelo seu ato.³³

De todo o conjunto fático-jurídico da demanda submetida ao crivo do remédio constitucional do mandado de segurança ora em exame, manejado pela impetrante, *pari passu* ao ato interpositório de agravo regimental (proc. 2004.0013.0995-5), assestado contra ato judicial perpetrado pela mesma julgadora de 2º grau, cujo julgamento, do hoje denominado agravo inominado, teve como resultante o seu improvimento, por unanimidade, decisão da 3ª Câmara Cível desta Corte, em 14.05.2007, e, de conseqüência, afastada a ilegalidade ou abuso de poder da autoridade judiciária, exorcizando a teratologia aventada e levando de roldão os pressupostos de impetração, tais como a ilegalidade e/ou abuso de poder.

Firmou-se no julgamento em tela que a decisão vergastada no regimental, fundou-se em ato de execução perfeitamente coerente à realização do crédito da parte vitoriosa em demanda judicial, cuja sentença adornou-se da qualidade de coisa julgada, como bem se vê na ementa do voto condutor do Des. Celso de Albuquerque Macedo:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. APRECIÇÃO DE ASPECTOS ESTRANHOS À DECISÃO AGRAVADA. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO. DECISÃO MANTIDA.

1. O agravo regimental não comporta a apreciação eventuais irregularidades ocorridas no curso do processo de origem, restringindo-se sua finalidade

à apreciação da decisão monocrática agravada em face dos correspondentes argumentos apresentados no recurso.

2. Se porventura a parte agravante considera-se prejudicada em razão de algum ato processual conduzindo pelo juízo *a quo*, deverá utilizar-se dos mecanismos que o sistema recursal lhe oferece, em observância aos princípios que informam a teoria geral dos recursos, em especial, o princípio da taxatividade, restando impossibilitado este órgão julgador de apreciar matéria diversa.

3. A colisão dos interesses das partes exige prudente valoração da situação *sub judice*, em observância ao princípio constitucional da proporcionalidade. De um lado, busca a parte executada atenuar e quiçá postergar o impacto econômico do processo executivo sobre o seu patrimônio, com destaque de que o processo de execução existe exatamente em decorrência do inadimplemento do devedor, assim considerada a situação em que não foi satisfeito espontaneamente o direito creditório reconhecido judicialmente. Sob outro aspecto, coexiste a necessidade de satisfação do crédito da parte exeqüente, vítima de conduta ilícita perpetrada em detrimento de sua atividade comercial nos idos de 1982, sem que até então tenha sido efetivamente ressarcida dos prejuízos de ordem material e moral que lhe foram ocasionados.

4. A liberação da quantia em dinheiro penhorada pelo juízo da execução proporciona maior efetividade à tutela jurisdicional executiva, ressaltando-se que, com o trânsito em julgado do título executivo judicial em que se alicerça o presente processo executivo, não há de se cogitar de execução provisória, tampouco, da prestação de caução pelo exeqüente.

5. "A natureza satisfativa do processo de execução faz do pagamento ao credor sua própria razão de

ser. O pagamento realiza o direito do credor, tal como ocorreria se o devedor tivesse cumprido voluntariamente a obrigação” (FUX, Luiz. Curso de Direito Processual Civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, pág. 1.426).

6. Negado provimento ao recurso, com a manutenção da decisão agravada por seus próprios fundamentos. (Proc. nº. 2004.0013.0995/5. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. AGRAVANTE: YPIÓCA AGROINDUSTRIAL LTDA; AGRAVADO: CLAYTON DE ARAÚJO FREIRE).

Diante da comprovação da simultaneidade de utilização de forma instrumental de inconformação (AgReg) e de Mandado de Segurança, colimando o mesmo objetivo, ou seja, o da cassação do ato judicial nas duas vias atacado, e do julgamento com a anterioridade do meio de controle dos atos judiciais de forma *interna corporis*, é de se ter por válida a lição de ARNOLDO WALD, em seu festejado manual abordante do tema:

Na verdade, a utilização do mandado de segurança contra ato judicial sofreu acentuadas mudanças pela evolução da jurisprudência no trato do tema. O novo regime do agravo surgiu para restringir o uso do mandado de segurança para dar efeito suspensivo a recurso que, por lei, não o tem, bem como evitar sua utilização como sucedâneo recursal.

Todavia, essa questão não está totalmente pacificada na jurisprudência na medida em que se admite a interposição concomitante do recurso cabível e do mandado de segurança, que se torna prejudicado pela perda de objeto, se julgado previamente o recurso interposto contra a mesma decisão. (Grifos nossos).³⁴

Em sensível página, a inteligência cearense de Mantovanni Colares Cavalcante, faz consignar em trabalho inédito, cedido por especial cortesia a este relator, uma abordagem da complexidade do instituto do mandado de segurança, pelo desdobramento ilimitado de sua utilização, e as desfigurações que lhes são cometidas no ímpeto da busca de um remédio jurídico capaz de propiciar um assecuratório forte e eficaz dos direitos reclamados, constituindo-se, sua contribuição, em verdadeiro ornamento ao fecho deste voto:

O mandado de segurança e a sala de espelhos paralelos

É no mínimo inquietante a sensação de se perceber visualmente o infinito, ao se ingressar naquelas salas onde se têm dois espelhos paralelos, um a mirar o outro, e o espectador ali no meio daquela alucinante vista, com a reprodução infinda de sua própria imagem.

Qualquer um que passa por essa experiência, é capaz de permanecer alguns minutos tentando saber até onde se pode enxergar o infinito em seu rastro de imagens provocantes, para se chegar à conclusão de que não se pode alcançar o inalcançável, e não fora a curiosidade visual, o ensaio representaria mera perda de tempo.

Pois bem. Sempre que vislumbro a utilização do mandado de segurança como meio de controle das decisões monocráticas do relator, me vem à mente a cena da sala de espelhos paralelos.

Há certa tolerância dos tribunais em se permitir o manejo do mandado de segurança contra a medida de natureza monocrática, embora exista a previsão do agravo inominado para deslocar o feito ao colegiado, ou mesmo nas situações onde expressamente é vedado o uso de recurso – como

é o caso da decisão que converte o agravo por instrumento em agravo retido, e nas apreciações de pedidos liminares em mandado de segurança, conforme corrente acostada à Súmula 622 do STF. É justamente aí onde se pode gerar o efeito dos espelhos paralelos. Porque esse mandado de segurança irá ser distribuído a *outro relator*, integrante do mesmo tribunal, e por isso em igual posição jurisdicional daquele cuja decisão se questiona, nada impedindo que *da decisão do novo relator da recente ação mandamental* também se interponha *outro* mandado de segurança, e nada obsta que isso se repita e se repita.

O mais nefasto dessa prática, além de gerar a multiplicação de feitos e a insegurança jurídica, é a sintomática transformação de cada integrante do tribunal em órgão controlador, um dos outros, sem qualquer parâmetro que guarde o necessário respeito a um princípio recursal que é o da *hierarquia jurisdicional*.

Extremamente louvável, por isso, a recente decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal, reiterando os precedentes daquela Corte, no sentido de “não admitir mandado de segurança contra suas próprias decisões jurisdicionais, inclusive as emanadas de qualquer de seus Ministros”³⁵.

Essa importante lição da Corte Maior há de ser adotada quase que incondicionalmente. Parece-me que a utilização do mandado de segurança para questionar decisão monocrática de relator só se mostraria válida em situações de extrema gravidade, de forma excepcional, quando gritante a ofensa à ordem jurídica ao ponto de merecer a pronta intervenção pela via mandamental, ainda que dirigida a outro relator do próprio tribunal, como no caso de

decisão monocrática *não fundamentada*.³⁶

Diante o exposto, constatado o prévio julgamento do agravo regimental nº. 2004.0013.0995/0, impõe-se o **NÃO CONHECIMENTO** do presente *mandamus* por **SUPERVENIENTE PERDA DE OBJETO E DE INTERESSE DE AGIR**, motivando a sua extinção sem resolução de mérito (art. 267, IV e VI, do CPC).

Sem honorários (Súmulas 512, do STF e 105, do STJ).

Fortaleza, 14 de junho de 2007.

**ESTADO DO CEARÁ
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

PROCESSO Nº 2006.0022.3134-4/0.

TIPO DE AÇÃO: Mandado de Segurança.

COMARCA: Fortaleza/CE.

Impetrante: Instituto Tiradentes S/C LTDA.

Impetrado: Secretário da Fazenda do Estado do Ceará.

Relator: Desembargador Francisco Sales Neto.

Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. CARÊNCIA DE AÇÃO POR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. DISCUSSÃO DE LEI EM TESE. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO NA VIA MANDAMENTAL - CIRCUNSTÂNCIA QUE IMPÕE EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. SEGURANÇA NÃO CONHECIDA.

1. Refoge à sistemática do “writ of mandamus” a discussão de lei em tese, “ex vi” do disposto na

Súmula 266/STF, sobretudo quando não haja imputação de ilegalidade ou abusividade a ato concreto autônomo, conforme ocorreu na hipótese em exame.

2. Por tal razão, forçoso é reconhecer a extinção do processo sem julgamento de mérito por carência de ação, em razão da impossibilidade jurídica do pedido, consoante o preconizado no art. 267, VI, do Código de Processo Civil.

3. Mandado de segurança não conhecido.

ACÓRDÃO:

VISTOS, DISCUTIDOS E RELATADOS OS AUTOS DO MANDADO DE SEGURANÇA Nº 2006.0022.3134-4/0, NO QUAL SÃO PARTES AS PESSOAS SUSO NOMINADAS, ACORDAM OS DESEMBARGADORES DESTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, EM SESSÃO PLENÁRIA, EM EXTINGUIR O VERTENTE MANDAMUS, SEM JULGAMENTO DE MÉRITO, TUDO NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

VOTO.

Cuidam os autos em epígrafe de Mandado de Segurança com pedido liminar manejado pelo Instituto Tiradentes S/C LTDA em face de ato reputado por abusivo e ilegal perpetrado pelo Secretário da Fazenda do Estado do Ceará, consubstanciado na cobrança de ICMS com alíquota de 25% incidente sobre serviços de energia elétrica e de comunicações, violando os princípios da seletividade e da essencialidade.

Alega o impetrante, em síntese, que os serviços suso referenciados são considerados essenciais ao funcionamento dos integrantes da entidade promovente, e, por conseguinte, que a aplicação do percentual tributário mais elevado afronta o

consignado no art. 155, § 2º, inciso III, da Constituição da República.

Aduz, mais, que o critério de tributação do ICMS praticado pelo Estado do Ceará, consoante o disposto no art. 55, inciso I, do Regulamento Estadual do ICMS, é o da seletividade do produto ou do serviço, cuja aplicação deve se ater à essencialidade destes.

Sustenta, ainda, que a suposta tributação indevida gerou, aos associados do impetrante, crédito tributário correspondente ao recolhimento majorado do ICMS incidente sobre a energia elétrica e os serviços de comunicação, pelos últimos dez anos.

Liminarmente, requesta a redução da alíquota utilizada para a tributação sobre os serviços em comento para o patamar de 12% (doze por cento) ou de 17% (dezessete por cento), ao invés dos 25% (vinte e cinco por cento) então praticados.

Por fim, repisando o pedido de diminuição da alíquota aplicada, requer que lhe seja declarado o direito de aproveitar os créditos retroativos decorrentes do imposto pago a maior.

Liminar indeferida às fls. 102 da instrução.

Informações da autoridade impetrada às fls. 106/121, argüindo, a título de preliminares, a carência da ação proposta, a impossibilidade de repetição de indébito em sede de mandado de segurança, a ilegitimidade da autora para postular a restituição de valores cobrados com base em lei, a impossibilidade de compensação antes do trânsito em julgado, a ilegitimidade passiva “ad causam” da autoridade impetrada e a ausência de liquidez e certeza do direito postulado; e pugnando, no mérito, pela facultatividade da seletividade das alíquotas do ICMS.

Às fls. 123/132, manifestação da insigne Procuradoria Geral de Justiça, opinando pela denegação da segurança pleiteada.

Assim me vieram os autos conclusos.

É o relatório.

Passo a decidir.

Como já evidenciado em linhas transatas, a vertente impetração colima a redução da alíquota do ICMS incidente sobre os serviços de comunicação e energia elétrica utilizados pelo impetrante, com o respectivo reconhecimento do crédito tributário correspondente aos últimos dez anos de cobrança indevidamente majorada.

Afirma o autor, para tanto, que a aplicação da alíquota mais elevada, nos termos do Regulamento Estadual do ICMS (Decreto nº 24.596/97), malferre o estampado no art. 155, § 2º, inciso III, da Constituição Federal e constitui ofensa direta ao princípio da seletividade, ao não contemplar a essencialidade dos serviços entelados, gerando-lhe, por conseguinte, os créditos tributários ora reclamados.

Da compulsão os autos, constata-se a insubsistência das alegações traçadas na peça vestibular, em vista da discussão de lei em tese na presente ação mandamental.

É que, através da análise da exordial, verifica-se que a controvérsia delineadora da pretensão em apreço limita-se à discussão da constitucionalidade do Decreto nº 24.596/97, o qual, como evidenciado pela autoridade apontada como coatora, é lei em sentido material, porquanto dotado de abstração e generalidade, sendo certo que se não restou imputada, à suposta autoridade impetrada, a prática de qualquer sorte de ato concreto passível de ser atacado através de mandado de segurança.

Nesta seara, calha observar o posicionamento do Pretório Excelso, ao enfrentar a temática da lei em tese no âmbito do Mandado de Segurança, assim decidindo:

CONSTITUCIONAL – MANDADO DE SEGURANÇA – LEI EM TESE – NÃO-CABIMENTO – Súmula 266-STF. I. – Se o ato normativo consubstancia ato administrativo, assim de efeitos concretos, cabe contra ele o mandado de segurança. Todavia, se o ato (Lei, medida provisória,

regulamento) tem efeito normativo, genérico, por isso mesmo sem operatividade imediata, necessitando, para a sua individualização, da expedição de ato administrativo, então contra ele não cabe mandado de segurança, já que, admiti-lo implicaria admitir a segurança contra Lei em tese: Súmula 266-STF. II. – Segurança não conhecida. (STF – RMS 24266 – DF – 2ª T. – Rel. Min. Carlos Velloso – DJU 24.10.2003 – p. 00030).

Por tal raciocínio, conclui-se que o remédio constitucional empregado pela impetrante é via processual inadequada para se apreciar a pretensão articulada na proemial.

Destaque-se, neste sentido, o teor da Súmula 266 do Supremo Tribunal Federal, a qual estabelece o seguinte, “*verbatim*”:

Súmula 266. Não cabe mandado de segurança contra lei em tese.

Corroborando tal posicionamento, segue recente aresto da lavra do Superior Tribunal Justiça, em caso semelhante ao cuidado no presente “*mandamus*”:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. ICMS. FIXAÇÃO DE ALÍQUOTA. PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE. PEDIDO DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. IMPETRAÇÃO CONTRA LEI EM TESE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 266/STF. ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO COMO LEGISLADOR POSITIVO. IMPOSSIBILIDADE. DESCABIMENTO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. EFEITOS FINANCEIROS PRETÉRITOS. IMPROPRIEDADE DA VIA MANDAMENTAL. SÚMULAS 269 E 271/STF. RECURSO DESPROVIDO. 1. O pedido formulado no mandado

de segurança, e reiterado nesta sede recursal, consiste na declaração de inconstitucionalidade do disposto nos incisos III e IV do artigo 71 do Decreto Estadual 1.090/2002, que prevêem a incidência de alíquota de vinte e cinco por cento (25%) sobre o fornecimento de energia elétrica e os serviços de comunicação. Todavia, consoante reiterada jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, a via do mandado de segurança não se compatibiliza com a discussão de lei em tese, em razão do que dispõe a Súmula 266/STF, mormente quando haja alegação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo como pedido autônomo, conforme ocorreu na hipótese em exame. 2. Nessa linha de entendimento, o Ministro Teori Albino Zavascki, no voto condutor do acórdão proferido no RMS 21.271/PA, consignou, em síntese, que “atacando o próprio ato normativo, ao fundamento de sua inconstitucionalidade, a impetrante deduz pretensão que, se atendida, produziria efeitos semelhantes aos que decorreriam de sentença de procedência em ação direta de inconstitucionalidade, ou seja, efeitos, não apenas para a situação concreta e sim ‘erga omnes’, atingindo todas as demais situações possíveis de ser alcançadas pelo Decreto atacado. Embora se admita, em mandado de segurança, invocar a inconstitucionalidade da norma como fundamento para um pedido (= controle incidental de constitucionalidade), nele não se admite que a declaração de inconstitucionalidade (ainda que sob pretexto de ser incidental), constitua, ela própria, um pedido autônomo, tal como aqui formulado na inicial” (1ª Turma, DJ de 11.9.2006). 3. O recorrente também deduz pedido no sentido de que, além da inconstitucionalidade das alíquotas fixadas pelo

referido Decreto estadual, seja, desde logo, fixada nova alíquota, no percentual de doze por cento (12%). No entanto, essa postulação é indevida, na medida em que é vedado ao Poder Judiciário, no julgamento da lide, atuar como legislador positivo, principalmente em sede de controle de constitucionalidade. 4. O mandado de segurança não é a via adequada para se pleitear a produção de efeitos patrimoniais pretéritos, nos termos da Súmula 271/STF: “Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria”. Ademais, “o mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança” (Súmula 269/STF), sendo certo, portanto, que a via mandamental não comporta a devolução de valor pago indevidamente. 5. Recurso ordinário desprovido. (RMS 20676/ES. Primeira Turma. Rel. Min. Denise Arruda. J. 21/08/2007. DJ 20.09.2007 p. 220.).

Destarte, prospera a alegativa de carência de ação formulada pela Procuradoria do Estado do Ceará, confirmando-se a inexistência de direito líquido e certo a ser tutelado bem como de suposta violação desse direito por meio de ato ilegal e abusivo de autoridade, pois a mesma limitou-se a executar e cumprir o citado Decreto.

Assim que, havendo a ausência de qualquer das condições da ação – impossibilidade jurídica do pedido, no caso em espécie – o feito deve ser extinto sem resolução de mérito, com fundamento no que dispõe o artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, “in litteris”:

Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:

(...)

VI – quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade das partes e o interesse processual;

“Ad argumentadum”, não obstante a conclusão já explicitada, há de ser pontuado que a postulação autoral no pertinente à declaração da existência de créditos tributários derivados da tributação a maior dos serviços de energia elétrica e de comunicação não se coaduna ao disposto no art. 166 do Código Tributário Nacional, o qual assim estabelece, “verbo ad verbum”:

Art. 166. A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la.

Leitura do preceptivo legal suso transcrito evidencia, sem maiores dificuldades, que a restituição do indébito tributário só é possível quando o tributo, por sua natureza, comporta sua transferência a terceiro, o qual autoriza expressamente sua restituição ao que assume o encargo.

Feita esta ponderação, divisa-se que o contribuinte de fato do tributo em testilha é o consumidor dos serviços contratados junto à impetrante, a qual repassa àquele o valor do tributo embutido no preço do serviço consumido.

Destarte, evidencia-se de modo cabal a ilegitimidade passiva da associação autora, em face da ausência de prova da assunção do encargo financeiro referente ao consumo de energia elétrica e dos serviços de comunicação, sem repasse no custo final do serviço prestado.

Neste sentido, merece destaque julgado recente da lavra do Superior Tribunal de Justiça, em hipótese em tudo idêntica

à indicada na vertente “actio”, que assim enfrenta a pontuação sob comento, “in litteris”:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA E SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO. PRESTADOR DE SERVIÇO DE HOTELARIA. SUPOSTO PAGAMENTO INDEVIDO. RESTITUIÇÃO. ARTIGO 166, DO CTN. PROVA DA NÃO REPERCUSSÃO. INEXISTÊNCIA. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. CARÊNCIA DA AÇÃO. 1. A prova negativa do repasse do ônus financeiro da carga tributária somente é necessária quando se tratar de repetição ou compensação de tributos indiretos, em observância ao disposto no artigo 166, do CTN, segundo o qual “a restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido referido encargo, ou, no caso de tê-la transferido a terceiro estar expressamente autorizado a recebê-la”. 2. Desta sorte, cabe ao intérprete, sempre em casos de restituição do indébito tributário, inquirir se o tributo, por sua natureza, teve transferido o respectivo encargo financeiro para terceiro ou não, nas hipóteses em que a lei, expressamente, não determina o adimplemento da exação por esse terceiro, como é a hipótese do ICMS e do IPI. 3. Em se tratando de ICMS, o contribuinte de fato é o consumidor da mercadoria objeto da operação, e a empresa, na condição de contribuinte de direito, repassa no preço cobrado o imposto devido, recolhendo, posteriormente, aos cofres públicos o imposto já pago pelo consumidor dos referidos

produtos (Precedentes: EREsp 664374/SP, Primeira Seção, publicado no DJ de 02.10.2006; e AgRg no Ag 713014/SP, Primeira Turma, publicado no DJ de 31.08.2006). 4. Por outro lado, em se tratando de pedido de creditamento do valor do tributo indireto em decorrência do princípio constitucional da não-cumulatividade, revela-se despicienda a comprovação da não repercussão do encargo financeiro, uma vez que o comando inserto no artigo 166, do CTN, aplica-se apenas à hipótese de restituição do indébito tributário (compensação ou repetição de indébito) (Precedentes: REsp 850060/SP, Primeira Turma, publicado no DJ de 31.08.2006; AgRg no Ag 686647/SP, Primeira Turma, publicado no DJ de 01.02.2006; REsp 710240/SC, Segunda Turma, publicado no DJ de 24.10.2005). 5. In casu, o alegado direito de crédito dos contribuintes, substituídos processualmente pelo Sindicato, decorre do pagamento espontâneo de tributo cobrado em valor supostamente maior que o devido (fixação de alíquota em alegada desconformidade com o princípio da seletividade), hipótese que se subsume ao artigo 165, do CTN, que trata da restituição de indébitos tributários, a qual se impõe a observância do requisito contido no artigo 166, em se tratando de tributos indiretos. 6. No writ of mandamus, além do pedido consistente na declaração da inconstitucionalidade dos dispositivos legais que exigem a cobrança do ICMS incidente sobre operações de fornecimento de energia elétrica e serviços de telecomunicações sob alíquota de 25% (vinte e cinco por cento), previsto no artigo 71, incisos III e IV, do Decreto nº 1.090/2002, o impetrante pleiteou o reconhecimento do “direito das empresas aproveitarem os créditos retroativos decorrentes do

pagamento a maior do que o devido através de escrituração na escrita fiscal para as empresas que porventura recolham ICMS ou via transferência para terceiro". 7. Destarte, caracterizada a ilegitimidade ativa dos substituídos em pleitear a restituição de quantum supostamente indevido, recolhido a título de ICMS, por ausente comprovação de assunção do encargo financeiro, atinente ao consumo de energia elétrica e serviços de comunicação, sem repasse no custo final do serviço prestado, ex vi do artigo 166, do CTN, a extinção do mandamus, por carência de ação, é providência inarredável (Precedente: RMS 22333/PA, Relator Ministro José Delgado, Primeira Turma, publicado no DJ de 07.11.2006). 8. Recurso ordinário desprovido, ante a carência da ação, por ilegitimidade ativa ad causam, ensejadora da extinção do processo sem julgamento do mérito. (RMS 21742/ES, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25.09.2007, DJ 08.11.2007 p. 164)

Por todo o exposto, voto pela extinção do processo sem resolução de mérito, o que faço com fulcro no artigo 267, inciso VI, do Digesto Processual Civil.

Custas pelo impetrante.

Sem honorários, nos moldes do instituído na Súmula 512 do STF.

Fortaleza/CE, 07 de fevereiro de 2008.

CÂMARAS CÍVEIS REUNIDAS

Componentes:

Des. Ernani Barreira Porto - Presidente
Des. João de Deus Barros Bringel
Desa. Gizela Nunes da Costa
Desa. Maria Celeste Thomaz de Aragão
Des. José Arísio Lopes da Costa
Des. Ademar Mendes Bezerra
Desa. Edite Bringel Olinda Alencar
Desa. Maria Iracema do Vale Holanda
Des. José Mário dos Martins Coelho
Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes
Des. Francisco de Assis Filgueira Mendes
Des. Lincoln Tavares Dantas
Des. Celso Albuquerque Macêdo
Des. Francisco Lincoln Araújo e Silva
Des. Francisco Sales Neto
Des. Raul Araújo Filho

AÇÃO RESCISÓRIA

**ESTADO DO CEARÁ
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Ação Rescisória n.º 2002.0002.9582-2/0, de Fortaleza.

Autores: Alcindo Evangelista de Castro Júnior e outros.

Réu: Fundação de Teleducação do Estado do Ceará – FUNTELC.

Relatora: Des. Maria Iracema do Vale Holanda.

EMENTA: CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA CONTRA SENTENÇA. CABIMENTO: SÚMULA 514 DO STF. SERVIDOR PÚBLICO. ALTERAÇÃO DE REGIME. CELETISTA PARA ESTATUTÁRIO. AÇÃO CAUTELAR. ANÁLISE DO MÉRITO. COISA JULGADA MATERIAL INEXISTENTE. PRECLUSÃO QUANTO AOS FATOS. SENTENÇA NA AÇÃO PRINCIPAL QUE DESPREZA MATÉRIA PRECLUSA. INCIDÊNCIA DOS INCISOS V E IX DO ART. 485 DO CPC. DIREITO ADQUIRIDO DE NÃO SOFRER DECESSO VENCIMENTAL.

- Para a propositura de ação rescisória, não é necessária a interposição de todos os recursos cabíveis contra a decisão rescindenda, basta o seu trânsito em julgado. Aplicação da Súmula 514 do STF que ensina que “Admite-se ação rescisória contra sentença transitada em julgado, ainda que contra ela não se tenham esgotado todos os recursos”.

- No caso, autores que na condição de radialistas da Funtelc, tiveram alteração de regimes jurídicos, de celetistas a estatutários. E de tal migração de regimes tiveram um corte de 40% em seus ganhos.

- Em ação cautelar, ainda que não existente a coisa julgada material, tem-se o efeito preclusivo

na decisão que analisa o mérito da questão, de modo que a sentença na ação principal não pode desprezar os fatos ali enfrentados e firmados como premissa para a análise do direito dos autores.

- A sentença na ação principal que não considera os fatos atingidos pela preclusão na decisão cautelar é passível de rescisão por incidência da hipótese do inciso IX do art. 485 do Código de Processo Civil.

- Direito adquirido dos autores de não ter suprimida gratificação, ainda mais pela existência de legislação expressa (Estatuto dos Servidores Públicos do Estado do Ceará) vedando o decesso de remuneração dos que tiveram a alteração do regime jurídico de celetista para estatutário.

- Decesso vencimental caracterizado e patente, constatado dos documentos acostados, o Judiciário pode – e deve – coibir tal comportamento. Ademais, tanto a Lei Federal aplicável à espécie, Lei 6.615/78, em seu art. 13, quanto a própria Lei Estadual n. 11.712/90, em seu art. 2º, alberga o direito dos requerentes.

- Assim, a Lei 11.712/90 – expressamente prevê, em seu art. 2º, § 2º que “EM NENHUMA HIPÓTESE OCORRERÁ DECESSO DE REMUNERAÇÃO, ficando assegurado, aos servidores da administração pública direta, das autarquias e FUNDAÇÕES, (...) O PRINCÍPIO DA IRREDUTIBILIDADE SALARIAL DO SERVIDOR PÚBLICO, sob qualquer pretexto”.

- Ademais, a Constituição Federal é expressa, quando protege os princípios do direito adquirido e da irredutibilidade vencimental dos servidores (CF/88, art. 5º, XXXVI e 37, XV).

- E em hipóteses que tais, cabível o precedente deste Tribunal, onde “Não pode a Administração

Pública, como no caso concreto, sob o pálio de padronizar as gratificações concedidas a seus servidores, deixar de reajustá-las, quando lhe reajusta o vencimento-padrão, violando o princípio da irredutibilidade de salários e do direito adquirido” (APC 2000.0012.3984-9/0 – Rel. Des. JOSE ARISIO LOPES DA COSTA – 1ª. C.C.).

- **Ação rescisória julgada procedente.**
- **Maioria.**

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da Ação Rescisória n.º 2002.0002.9582-2/0, em que figuram as partes acima indicadas. Acordam as Câmaras Cíveis Reunidas do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por maioria de votos, em julgar procedente a presente ação, nos termos do voto da Relatora.

RELATÓRIO:

Cuidam os autos de Ação Rescisória, interposta com fulcro no artigo 485, V, do CPC, e promovida por Alcindo Evangelista de Castro Júnior e outros contra a Fundação de Teleducação do Estado do Ceará – FUNTELC, com o objetivo de rescindir sentença proferida pela 4ª. Vara da Fazenda Pública de Fortaleza, de fls. 119/124. O **dispositivo da sentença** julgou “**improcedente** o pleito formulado por Alcindo Evangelista de Castro Júnior e outros, todos individualizados na exordial e no preâmbulo deste aresto, contra a Fundação de Teleducação do Estado do Ceará – FUNTELC, objetivando a reimplantação em caráter definitivo da gratificação que lhes vinha sendo paga em razão da acumulação de funções descritas nos autos” (fls. 124).

O caso/ a ação originária: os autores são funcionários da FUNTELC e, na condição de radialistas, ingressaram, em fevereiro de 1994, com ação cautelar preparatória, com o objetivo de reimplantação, em seus salários

de gratificação de 40%, que então integrava seus salários.

A fundamentação dos requerentes: desde novembro de 1987 era concedido aos promoventes um adicional de 40% em seus salários, em virtude da previsão expressa no art. 13 da Lei Federal n. 6.615/78, que regulamenta a profissão do radialista. Contudo, houve a suspensão do pagamento da gratificação em 1990, em razão da instituição da Lei Estadual 11.712/90, que instituiu o regime jurídico único dos servidores estaduais. Tal fato fez com que os demandantes passassem de celetistas a estatutários e, por não existir tal benefício expresso no Estatuto dos Funcionários Públicos, foi a aludida gratificação cortada pela Direção da FUNTELC.

Os requerentes tiveram êxito na cautelar, o qual foi confirmada por sentença (fls. 97/100), prolatada pelo Juiz Glauco Barreira Magalhães. E confirmada por este Egrégio Tribunal de Justiça (fls. 105/109).

A sentença rescindenda: o Juiz monocrático, às fls. 119/124, decidiu pela **improcedência da ação**. Entendeu que houve cumulação indevida de funções por parte dos requerentes, e que não há direitos adquiridos perante a Constituição Federal. Transcrevo aqui os fundamentos de mérito da sentença atacada:

“A um, porque como por eles confessado em todo o desenrolar da quizila, a gratificação que lhes foi concedida ainda em 1987 pela FUNTELC, decorria da acumulação de funções que era por eles praticada. Todos exerciam, cumulativamente, funções outras e diferentes das que foram contratados.

A dois, porque tal situação, ainda que habitual e tolerada por vários anos, com o advento da novel Carta Política de 5 de outubro de 1988, em face do que disposto no Art. 37, inc. XVI, acha-se vedada e somente tolerável nas exceções descritas nas alíneas ‘a’, ‘b’ e ‘c’, que não contemplam a que aqui

referida, não contornável pelas disposições contidas no Art. 16 do Decreto nº 84.134/79, que regula a Lei nº 6.615/78.

A três, porque cediço o entendimento doutrinário e jurisprudencial, inclusive pelo Excelso Supremo Tribunal Federal, de que não prevalecem direitos adquiridos contra texto expresso pela nova ordem constitucional, precisamente naquilo que com ela se choquem” (fls. 123/124).

E no dispositivo, como exposto no primeiro parágrafo deste Relatório, foi decidido a improcedência da ação, ressalte-se, pelos fundamentos colocados nos três parágrafos acima transcritos.

Contestação às fls. 141/147, requereu a Funtelc a improcedência da presente rescisória.

Razões Finais dos requerentes às fls. 151/158, ratificando a inicial.

Contra-razões da Funtelc às fls. 160/162, ratificando sua contestação.

O parecer do Ministério Público: a douta PGJ, às fls. 164/167, opinou pela improcedência da ação.

É o relatório.

VOTO:

I – O cabimento da presente rescisória. Súmula 514 do STF. Inaplicabilidade da Súmula 343 do STF ao caso.

Inicialmente, convém destacar a possibilidade de conhecimento desta Rescisória, ainda que a decisão atacada seja uma sentença, no caso um provimento jurisdicional de mérito do Juízo da 4ª. Vara da Fazenda Pública de Fortaleza.

É que a Súmula 514 do Supremo Tribunal Federal há muito adverte que “admite-se ação rescisória contra sentença transitada em julgado, ainda que contra ela não se tenham

esgotado todos os recursos”.

Poder-se-ia alegar ainda não caber a rescisória ao caso, em virtude da Súmula 343 do eg. STF, que dispõe que “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal dispositivo de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”.

Esta súmula não se aplica à hipótese pelas seguintes razões: 1) houve desrespeito ao dispositivo do art. 485, IX do CPC (ocorrência de erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa); 2) a violação que se dá no caso aos requerentes não é só de dispositivos legais, mas também de artigos da Constituição Federal, como se verá; 3) deste caso, *sui generis*, não se pode dizer, nem de longe, “haver interpretação controvertida nos Tribunais”. Causa tão peculiar, reconheça-se, não é fácil de ser repetida.

E da aplicabilidade da Rescisória em casos de violação à Constituição, leia-se os seguintes precedentes:

PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO RESCISÓRIA. CONTROVÉRSIA CONSTITUCIONAL. SÚMULA 343, STF. NÃO APLICABILIDADE.

MESMO EM SE TRATANDO DE MATÉRIA OBJETO DE CONTROVÉRSIA NOS TRIBUNAIS, À ÉPOCA DA DECISÃO RESCINDENDA, **SE OCORRER OFENSA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL, O TEOR DA SÚMULA 343 DO STF É AFASTADO, QUE NÃO SE APLICA AS HIPÓTESES DE INTERPRETAÇÃO CONTROVERTIDA DE TEXTO CONSTITUCIONAL (TJDF - AÇÃO RESCISÓRIA 20000020058850ARC - DJU: 21/08/2002).**;

“AÇÃO RESCISÓRIA. ADMISSIBILIDADE. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 343 DO STF. A súmula 343 do STF que estabelece o não cabimento

de ação rescisória por ofensa a literal disposição de Lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais, refere-se apenas à Lei ordinária, **não se aplicando à hipótese de ofensa à disposição constitucional. Daí admitir-se a presente ação rescisória de sentença que violou literal disposição da Constituição Federal.**” (TJDF - ARC 379/93 – Rel. Des. Vasquez Cruxên).

Por todos estes fundamentos, cabível a presente rescisória. Conheço a presente ação.

II – Violação ao art. 485, IX, do CPC. Erro de fato cometido pelo Juízo de Primeiro Grau, em razão da preclusão do mérito da ação, já analisado por ocasião da sentença cautelar e confirmada por este Tribunal, em sede de apelação.

Quanto ao mérito da presente ação rescisória, convém destacar que existe uma peculiaridade no caso, a indicar existência de **erro de fato** na decisão rescindenda.

Os autores percebiam, desde novembro de 1987, um adicional de 40% em seus salários, em virtude da previsão expressa no art. 13 da Lei Federal 6.615/78, que regulamenta a profissão do radialista.

Em 1990 a Direção da FUNTELC suspendeu o pagamento da mencionada vantagem, sob o argumento de que Lei Estadual 11.712/90, ao instituir o regime jurídico único dos servidores estaduais, fez com que os autores deixassem de ser celetistas, para serem estatutários, e por não existir expressamente esse benefício no Estatuto dos Funcionários Públicos, os autores não mais faziam jus àquela verba.

Por conta dessa medida administrativa, os autores ingressaram com ação cautelar, que tramitou na 4ª Vara da Fazenda Pública (processo 14.534/91), sendo que na **sentença** do mencionado litígio, o Juízo encarregado do feito **reconheceu**

expressamente o direito adquirido de os autores continuarem a perceber a vantagem, em face da legislação até então existente, e considerando o **fato** de que “a decisão administrativa de suprimir tal vantagem afronta o princípio que veda a alteração unilateral do contrato de trabalho em detrimento do empregado e, por isso, torna-se susceptível de ser atacada pela via judicial” (fl. 99).

E em apelação cível manejada contra essa sentença, a Segunda Câmara Cível deste Tribunal, por unanimidade, confirmou a sentença, e **analisou o próprio mérito da questão**, em face dos documentos acostados à inicial, e firmou-se quanto à matéria de fato e de direito que deu ensejo à demanda, ressaltando que a gratificação que vinha sendo paga aos autores poderia ser **acumulada** com outra vantagem, desde que não importasse em repetição do mesmo benefício concedido pela lei, de modo que o novo regime jurídico dos funcionários não poderia ter retroagido para prejudicar **direito adquirido** dos autores (fls. 108/109).

Na ação principal (processo 00.02.78253-7), a sentença lançada nos autos **rejeitou o pedido dos autores** com o fundamento de que a nova Constituição Federal veda a **acumulação de funções**, salvo nos casos ali expressamente autorizados, e que não se pode argüir **direito adquirido** em face da nova ordem constitucional (fls. 123/124).

Ou seja, a sentença ora em exame **não considerou o fato previamente analisado** e enfrentado na ação cautelar – tanto no primeiro grau como na instância revisora – de que o novo regime jurídico dos servidores não poderia excluir a gratificação de modo unilateral. E as duas decisões judiciais aqui referidas foram lançadas em momento **bem posterior à Constituição de 1988**, pois a sentença é de outubro de 1993 (fl. 100) e o acórdão é de outubro de 1996 (fl. 109).

Daí que não se pode falar em decisões anteriores à nova ordem constitucional, ao contrário, as posições jurisdicionais foram plasmadas já com o contexto dominante das normas constitucionais delineadas pela Lei Maior de 1988.

É certo que ambas as decisões aqui referidas – tanto

a sentença quanto o acórdão, que enfrentaram a ação cautelar – não tiveram o condão de gerar a **coisa julgada material**, em face da natureza jurídica do feito, por ser um veículo condutor de uma postulação cautelar.

Todavia, não se pode ignorar que as matérias enfrentadas na seara cautelar são passíveis de sofrer o fenômeno da **preclusão**, ainda mais no presente caso, onde os julgados não se limitaram a reconhecer um pretensão direito dos autores, e sim **realizaram verdadeira análise de mérito**.

Ainda que se admita que as decisões lançadas na ação cautelar, **com evidente conteúdo de conhecimento, enfrentando o mérito da questão**, não têm aptidão para a formação da coisa julgada material, ainda assim, sob a estreita análise de que esses provimentos jurisdicionais operam tão somente um **efeito preclusivo** sobre a matéria, é inegável que **a sentença na ação principal não poderia desprezar os fatos ali enfrentados e firmados como premissas para a análise do direito dos autores**.

É dizer, a sentença rescindenda, **não poderia ter considerado como inexistente um fato ocorrido**, que é justamente o de que os autores percebiam a gratificação e passaram ter a verba incorporada em seus patrimônios vencimentais, gerando um direito adquirido.

Tem-se, por isso mesmo, a incidência do inciso IX do art. 485 do Código de Processo Civil, eis que facilmente identificável pela leitura da sentença e do acórdão lançados na ação cautelar, que o Juiz da sentença proferida na ação principal **desprezou um fato fundamental, que efetivamente ocorreu**, que foi a **incorporação já existente da gratificação no patrimônio dos autores**, fato esse reconhecido pelas decisões judiciais alicerçadas na **documentação contida nos autos**.

Cabe destacar a advertência jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, destacando o magistério de Barbosa Moreira, que entende estar configurado o **erro de fato** quando é “razoável presumir que, se houvesse atentado na prova, o juiz não teria julgado no sentido em que julgou” (*in* Comentários ao Código de Processo Civil) ou no dizer de Sydney Sanches, se

deu “inadvertência do juiz, que, lendo os autos, neles vê o que não está, ou não vê o que está” (*in* Da Rescisória por Erro de Fato - REsp 217.976).

III – Leis Federais e Estaduais que prevêm expressamente o direito dos requerentes.

Os requerentes eram trabalhadores, sob o regime jurídico **celetista, da FUNTELC, Fundação** que operacionaliza a TV Educativa do Ceará – TVC. E em 1990 os mesmos migraram de regime, da CLT para o **estatutário**, como conseqüência do advento da Constituição de 1988, além do que, no âmbito estadual, foi editada a Lei Estadual n. 11.712/1990, que instituiu o Regime Jurídico único.

Em síntese: de celetistas, passaram os requerentes a serem servidores públicos estaduais (estatutários).

E os autores trabalham até hoje na condição de radialistas, profissão técnica, específica e com Lei Federal própria, a Lei 6.615/78. E esta Lei, em seu art. 4º, delibera sobre as especificidades de tal profissão, onde fica explícito que em tal ofício é perfeitamente comum a acumulação de várias funções, tais como, e nestes termos transcrevo do artigo 4º da citada Lei, “a transmissão de sons e imagens, revelação e copiagem de filmes, manutenção técnica”, dentre outras.

Colaciono os trechos que interessam do artigo 4º da Lei Federal 6.615/78, específica da profissão de radialista:

Art 4º A profissão de Radialista compreende as seguintes atividades: I - Administração; II - Produção; III - Técnica.

§ 3º - As atividades técnicas se subdividem nos seguintes setores: a) direção; b) tratamento e registros sonoros; c) tratamento e registros visuais; d) montagem e arquivamento; e) transmissão de sons e imagens; f) revelação e copiagem de filmes; g) artes plásticas e animação de desenhos e objetos; h) manutenção técnica.

Daí a razão que justifica a gratificação de 40% sobre os salários dos radialistas. É da essência de tal profissão a acumulação de várias atividades, ao mesmo tempo. E aqui está o cerne da questão: os requerentes, então na condição de celetistas incorporaram um adicional de 40% sobre seus (então) salários, em razão do que dispõe a Lei Federal n. 6.615/78, que regulamenta tal ofício. E sobre este adicional de 40% sobre sua parcela salarial, assim dispõe o art. 13 da mencionada lei, realçadas as partes que interessam, *verbis*:

Art 13 Na hipótese de exercício de funções acumuladas dentro de um mesmo setor em que se desdobram as atividades mencionadas no art. 4º, será assegurado ao Radialista um adicional mínimo de:

I - 40% (quarenta por cento), pela função acumulada, tomando-se por base a função melhor remunerada, nas emissoras de potência igual ou superior a 10 (dez) quilowatts e, nas empresas equiparadas segundo o parágrafo único do art. 3º;

E o Decreto Federal n. 84.134/79 regulamentou a citada lei, transcritos abaixo os trechos que interessam ao caso:

Art. 2º- Considera-se Radialistas o empregado de empresa de radiodifusão (...).

Art. 3º- Considera-se empresa de radiodifusão, para os efeitos deste regulamento, aquela que explora serviços de transmissão de programas e mensagens, destinada a ser recebida livre e gratuitamente pelo público em geral, compreendendo à radiodifusão sonora(rádio) e radiodifusão de sons e imagens (televisão).

A Funtelc, contudo, realizou o “corte” de tal gratificação já incorporada aos vencimentos dos autores, sob o fundamento de que não existia tal benefício na Lei Estadual n. 11.712/90, que disciplina o Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado do Ceará.

Em outras palavras: os autores, radialistas, servidores da FUNTELC, pugnam a re-implantação em caráter definitivo de gratificação de 40% que lhes vinha sendo paga em razão de exercício, no mesmo setor, de mais de uma função típica da atividade de radialista.

Essa gratificação, como visto, lhes tinha sido incorporada. Celetistas que eram, tornaram-se depois estatutários (por força do advento do regime jurídico único da administração) e, não havendo tal gratificação no estatuto, a mesma lhes foi simplesmente cortada.

Houve assim um decurso de 40% em seus salários, que lhe retiraram inclusive sua dignidade profissional. Tal verba tem nítido caráter salarial.

Transcrevo aqui trechos da **primeira sentença** aposta no processo que deu origem a esta ação, a medida cautelar que foi, inclusive, confirmada por este Tribunal (conforme consta no Relatório):

“Essa gratificação que vinham recebendo desde novembro de 1987 lhes era concedida com base no inciso I do art. 13 da Lei 6.615/78, regulamentado pelo Decreto 84.137/79, conforme se pode ver indubitavelmente do documento de f. 39 e 192 a 199 dos autos.

A suspensão do seu pagamento decorreu do advento da Lei 11.712, de 24.07.90 que, instituindo o regime jurídico único, fez com que os demandantes passassem de celetistas a estatutários e, por não existir o benefício no Estatuto dos Funcionários Públicos, fosse a aludida gratificação cortada pela Direção da FUNTELC.

A decisão administrativa de suprimir tal vantagem afronta o princípio que veda a alteração unilateral do contrato de trabalho em detrimento do empregado e, por isso, torna-se suscetível de ser atacada pela via judicial, não estando para tal fim excluída a ação cautelar, como meio de resguardar, em caráter provisório e emergencial, a integridade do salário dos demandantes.

A lei, de um modo geral, não pode retroagir para prejudicar direito adquirido. A tese de que o diploma estadual invocado não podia modificar a situação remuneratória dos suplicantes – há muito, já consolidada sob a égide de leis federais que lhe assegurem a gratificação que há vários anos vinham percebendo – é apoiada na melhor doutrina e tem amparo em inumeráveis decisões de nossas Cortes de Justiça”(fls. 99/100).

E esta Relatora, analisando o Estatuto dos Servidores do Estado do Ceará, achou justamente **o contrário do que dito pela FUNTELC**. Confira-se o art. 2º , II e seus dois primeiros parágrafos, da Lei Estadual n. 11.712/90, e que resolve a questão:

Art. 2º - Em conseqüência do disposto no artigo anterior, são também submetidos ao regime estatutário os atuais servidores:

(...)

II - sujeitos ao regime de Consolidação das Leis do Trabalho, salvo as hipóteses dos §§ 3º e 4º;

§ 1º - Aos servidores referidos nos itens I e II deste artigo são estendidos os direitos, vantagens e obrigações inerentes ao Regime Jurídico Único ora adotado, ASSEGUADO O DIREITO ADQUIRIDO, o ato jurídico perfeito e a

coisa julgada, mantidas as vantagens de caráter pessoal que até então venham percebendo.

§ 2º - EM NENHUMA HIPÓTESE OCORRERÁ DECESSO DE REMUNERAÇÃO, ficando assegurado, aos servidores da administração pública direta, das autarquias e fundações, a insônomia de vencimentos, **OBSERVADO O PRINCÍPIO DA IRREDUTIBILIDADE SALARIAL DO SERVIDOR PÚBLICO**, sob qualquer pretexto, concedendo-lhe os aumentos regulares verificados para o funcionalismo como um todo e respeitadas, também, as vantagens pessoais asseguradas por Lei.

Direito expresso na lei, explícito e manifesto, não há dúvida. Deve-se agora perquirir da existência ou não, ao caso, de decesso vencimental, proibido em nosso ordenamento jurídico, tanto no Estatuto dos Servidores, acima citado, como na Constituição Federal.

IV – A caracterização do decesso vencimental. **Proibição. Documentos acostados.**

Da inicial e documentos colacionados, percebe-se que houve um retrocesso em todos os contracheques dos autores da ação. Confirma-se, à guisa de exemplo, os extratos de pagamento do autor José Cláudio Fernandes Araújo. Em abril de 2002 auferia o valor bruto, na rubrica “total vantagens”, a quantia de R\$ 767,00 (fls. 56). Para, no mês de maio de 2002, perceber R\$ 489,29 (fls. 57). E, às fls. 186 dos autos, demonstra-se ainda quanto, atualmente, recebe o servidor: R\$ 667,44, referente a março de 2006.

Outro exemplo: às fls. 21 dos autos, os dois extratos de pagamento do requerente Alcindo Evangelista de Castro Júnior. No extrato de abril de 2002 constava o seguinte valor na rubrica “total vantagens”, e referente ao **valor bruto**: R\$ 647,90. Para logo no mês seguinte, maio de 2002, constar o valor de R\$

515,03.

Decesso vencimental caracterizado e, ademais, **confessado pela parte ré**, quando esta tenta justificar-se de tal prática:

“(…) **o ato administrativo que suprimiu as gratificações por acúmulo de funções encontra-se revestido de legalidade**, não violando nenhum legislação específica ou comando constitucional, não ferindo, assim, direito adquirido. Ressalte-se que o tempo de serviço celetista, portanto particular, é imprestável para fins de gratificação por acúmulo de funções e avanços junto ao serviço público” (fls. 144).

Ora, na migração de regimes, de celetista para estatutário, devem ser respeitados o direito adquirido, a proibição do decurso vencimental e a irredutibilidade dos vencimentos. E isto, como visto, por expressa previsão do Estatuto dos Servidores Estaduais, no (já citado acima) art. 2º, §§ 1º e 2º.

V – Violação à Constituição Federal quanto aos princípios do direito adquirido e da irredutibilidade dos vencimentos. Art. 5º, XXXVI, e 37, XV.

Ademais, na presente hipótese, ficou caracterizado desrespeito ao direito adquirido, expressamente previsto na Constituição Federal, em seu art. 5º, XXXVI, que ensina que “a lei não prejudicará o direito adquirido”. Além do art. 37, XV, que preceitua o princípio da irredutibilidade dos vencimentos, *verbis*:

Art. 37. (...)

XV - o subsídio e os vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos são irredutíveis...

Invoco aqui, quanto a impossibilidade de se aceitar

o decesso vencimental, como na hipótese, o seguinte precedente, da lavra do douto Des. JOSÉ ARISIO LOPES DA COSTA:

“Não pode a Administração Pública, como no caso concreto, sob o pálio de padronizar as gratificações concedidas a seus servidores, deixar de reajustá-las, quando lhe reajusta o vencimento-padrão, violando o princípio da irredutibilidade de salários e do direito adquirido” (APC 2000.0012.3984-9/0 – Rel. Des. JOSE ARISIO LOPES DA COSTA – 1ª. C.C.).

Conclusões:

De todos os capítulos deste voto constata-se que: 1) o juiz monocrático, em sua sentença rescindenda, equivocou-se, ao ter analisado novamente matéria preclusa, pois já tinha sido deliberado, no mérito, a questão posta, por ocasião da sentença do processo cautelar, e em sua confirmação por este Tribunal. Houve, portanto, violação ao art. 485, IX, do CPC; 2) ocorreu decesso vencimental dos servidores, antes celetistas; 3) este retrocesso de ganhos verifica-se por uma simples comparação dos extratos de pagamentos dos requerentes; 4) há lei tanto Federal quanto Estadual albergando expressamente o direito dos requerentes; 5) a Constituição Federal explicitamente prevê o respeito ao direito adquirido e a irredutibilidade de vencimentos. Por tudo isso, a procedência da rescisória é medida que se impõe.

Dispositivo.

Por tais razões, conheço da presente ação, para julgá-la procedente, pelos motivos já expostos.

É como voto.

Fortaleza, 10 de abril de 2007.

1ª CÂMARA CÍVEL

Componentes:

Des. Ernani Barreira Porto - Presidente

Des. José Mário dos Martins Coelho

Des. Francisco Sales Neto

Des. Raul Araújo Filho

APELAÇÃO CÍVEL

**PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DO CEARÁ**

Nº PROCESSO: 2006.0014.4724-6/1

TIPO DO PROCESSO: APELAÇÃO CÍVEL

COMARCA: FORTALEZA

PARTES:

APELANTE: POLLYANA ALENCAR FONTENELE E OUTROS

APELADA: CONSTRUTORA E IMOBILIÁRIA LCR LTDA.

RELATOR: DES. ERNANI BARREIRA PORTO

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL – DIREITO PROCESSUAL CIVIL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – CONDENAÇÃO APENAS EM RELAÇÃO A RECONVENÇÃO – AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO – COISA JULGADA – IMPOSSIBILIDADE DE INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA.

Tendo em vista a impossibilidade de mutação do título judicial durante sua execução, resta apenas a condenação em honorários advocatícios fixada em 20% sobre o valor atribuído à reconvenção, por ser esta uma ação autônoma em relação à ação principal, possuindo ônus sucumbencial próprio.

Recurso Apelatório Conhecido e Improvido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível, em que é apelante POLLYANA ALENCAR FONTENELE E OUTROS e apelada CONSTRUTORA E IMOBILIÁRIA LCR LTDA..

ACORDAM os Desembargadores integrantes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer do recurso para negar-lhe provimento, nos termos do voto do eminente Des. Relator.

RELATÓRIO

Cogita-se de recurso de Apelação Cível interposto por **POLLYANA ALENCAR FONTENELE E OUTROS**, contra **CONSTRUTORA E IMOBILIÁRIA LCR LTDA.** por não haver se resignado com sentença proferida pela MM^a. Juíza de Direito da 19^a Vara Cível da Comarca de Fortaleza.

A sentença hostilizada, prolatada em sede de embargos à execução, julgou procedente os referidos embargos, considerando a existência de excesso de penhora e ordenando que a condenação em honorários advocatícios recaia sobre o valor da causa na ação reconvenicional, sendo fixada, portanto, em R\$ 10.652,76 (dez mil seiscentos e cinquenta e dois reais e setenta e seis centavos).

As razões apelatórias foram colacionadas tempestivamente às fls. 40/45, pugnano pela total reforma do julgado monocrático, com a incidência dos honorários sobre o valor da causa atribuído à ação principal.

As respectivas contra-razões foram devidamente acostadas às fls. 48/60.

É o breve relatório.

À douta revisão.

Fortaleza, 12 de abril de 2006.

DECIDO.

Conforme relatado, trata-se de recurso de Apelação Cível interposto por **POLLYANA ALENCAR FONTENELE E OUTROS**, contra **CONSTRUTORA E IMOBILIÁRIA LCR LTDA.** por não haver se resignado com sentença proferida pela MM^a. Juíza de Direito da 19^a Vara Cível da Comarca de Fortaleza, que, em sede de embargos à execução, julgou procedente os referidos embargos, considerando a existência de excesso de penhora e ordenando que a condenação em honorários advocatícios recaia sobre o valor da causa na ação reconvenicional, sendo fixada, portanto, em R\$ 10.652,76 (dez

mil seiscientos e cinqüenta e dois reais e setenta e seis centavos).

Como é possível se constatar, versa a quizila posta unicamente acerca do valor sobre o qual deve incidir a condenação em honorários advocatícios, ou seja, se deve incidir sobre o valor da causa atribuído à ação principal, qual seja, a ação indenizatória nº 0000.02.72709-9 ou sobre o valor dado à reconvenção.

Com o escopo de destrinçar a presente controvérsia, colacionemos, inicialmente o teor da parte dispositiva do título executivo judicial em apreço, referente à sentença de fls. 123/130, confirmada, *in totum* pelo acórdão de fls. 170/177, que impõe:

Ante o exposto, nessas condições e por tudo mais que dos autos consta, JULGO IMPROCEDENTE a presente ação indenizatória e a Ação Reivindicatória, dando PROCEDÊNCIA à reconvenção, declarando desfeito o começo da transação realizada entre as partes, determinando a volta destas à sua situação anterior, com a devolução recíproca dos imóveis que ocupam, **condenando a reconvinda no pagamento das custas processuais, honorários advocatícios, na base de 20% sobre o valor da causa**, deixando de condenar no pagamento da diferença encontrada entre o aluguel da casa residencial dos reconvintes e o aluguel do apartamento da reconvinda, considerando a impossibilidade do negócio jurídico e a inexistência de nexo causal entre o prejuízo apontado e a declinada omissão da promovida, segundo ficar apurado por cálculo da Contadoria do Fórum.

Da sentença percebe-se, de plano, grave erro técnico cometido pela eminente magistrada que a prolatou. Sendo a ação e a reconvenção ações autônomas, que simplesmente dividem espaço nos mesmos autos processuais, comportam ambas, independentemente uma da outra, condenação em honorários advocatícios.

Neste sentido é o posicionamento do colendo Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. AUSÊNCIA. **RECONVENÇÃO. HONORÁRIOS. AUTONOMIA EM RELAÇÃO À AÇÃO PRINCIPAL.** PRECEDENTES. CONDENAÇÃO. VERBA HONORÁRIA FIXADA SOBRE ESSE VALOR. ART. 20, § 3º, CPC. RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE.

I - *omissis*

II - **Na linha dos precedentes das Turmas que integram a Segunda Seção deste Tribunal, “o vencido na reconvenção deverá suportar os ônus decorrentes da sucumbência na demanda secundária, independentemente do resultado e da sucumbência na ação principal”.**

III - Ao juiz, no seu prudente arbítrio, levando em consideração que os atos processuais das duas ações são em regra praticados de forma una, não demandando trabalhos diferentes, cabe fixar a verba honorária com razoabilidade.

IV - Havendo condenação na reconvenção, os honorários devem ser fixados sobre o respectivo quanto e não sobre o valor dado à causa.

REsp 145904 / SP ; RECURSO ESPECIAL 1997/0060346-6 DJ 13.09.1999 p. 68.

Dessa forma, havendo ação e reconvenção deverá o magistrado condenar o vencido em cada demanda, independentemente, ao pagamento de honorários advocatícios. É o que se percebe do teor do voto do Eminentíssimo Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, relator do citado acórdão, *litteris*:

Com efeito, não há que se vincular uma condenação à outra. Por ser a reconvenção uma ação autônoma, ela pode ser ajuizada em

momento posterior, quando seria despicienda a condenação em honorários ocorrida no processo conexo. Irrelevante, assim, que a soma da verba honorária fixada nas duas demandas supere o percentual de vinte por cento.

Assim, da sentença *sub oculi* partem três sucumbências totalmente independentes, quais sejam: a derrota da parte autora nas ações indenizatória e reivindicatória e também na reconvenção interposta pela parte promovida.

Poderia, então, a magistrada ter seguido por duas sendas. Através do art. 20, §3º do CPC, estabelecendo percentual, entre 10% e 20% sobre o valor de cada uma das causas, independentemente consideradas, ou mediante a aplicação do art. 20, §4º do CPC fixando, eqüitativamente, um único valor, que albergasse as três sucumbências ocorridas.

Contudo, nenhuma destas duas hipóteses ocorreu. Ao que se constata a eminente magistrada *a quo* claramente estabeleceu a condenação em honorários advocatícios unicamente sobre a reconvenção, deixando de fixá-la em relação às ações indenizatória e reivindicatória.

Não há possibilidade de interpretação diversa, pois a sentença é taxativa em **condenar a reconvinde no pagamento das custas processuais, honorários advocatícios, na base de 20% sobre o valor da causa.** Se a condenação atinge a **reconvinde** obviamente a causa se trata da **reconvenção**.

Tal erro, apesar de sua evidência, passou despercebido pelas partes, tanto que, nenhuma delas questionou o posicionamento judicial relativo aos honorários advocatícios em seus recursos apelatórios, fazendo com que esta matéria, por inércia de ambas as partes, restasse imutável diante dos efeitos da coisa julgada formal e material.

Assim, tendo em vista a impossibilidade de mutação do título judicial durante sua execução, resta apenas a condenação em honorários advocatícios fixada em 20% sobre o valor atribuído à reconvenção, por ser esta uma ação autônoma

em relação à ação principal, possuindo ônus sucumbencial próprio.

Quanto às ações indenizatória e reivindicatória não fora estabelecida qualquer condenação em honorários advocatícios, sendo incabível nesta sede a interpretação extensiva do título executivo judicial, sob pena de grave ofensa à coisa julgada.

Por todo o exposto, conheço do recurso apelatório interposto para **NEGAR-LHE** provimento, confirmando a sentença apelada em todos os seus termos.

É como voto.

Fortaleza, 07 de maio de 2007.

**ESTADO DO CEARÁ
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Remessa Oficial e Apelação Cível de São Luis do Curu nº 2000.0204.9446-8/1

Remetente: Juiz de Direito da Comarca de São Luis do Curu.

Apelante: Município de São Luis do Curu.

Apelados: Lucilane Crisóstomo Feijó e outros.

Relator: Desembargador José Arísio Lopes da Costa.

EMENTA

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PRELIMINARES: INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO. ESTATUTO DO SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. PUBLICAÇÃO INTEGRAL NO DO. JUSTIÇA DO TRABALHO. SERVIDORES CELETISTAS, IMPROCEDÊNCIA. MÉRITO: MUNICIPAL. ATO NORMATIVO. PUBLICAÇÃO. IMPRENSA OFICIAL. AUSÊNCIA. SERVIDOR PÚBLICO EFETIVO. EXONERAÇÃO SUMÁRIA. IMPOSSIBILIDADE.

(1) Para que entrem em vigor as leis municipais

somente precisam ser publicadas em Diários Oficiais quando estes existem no município. É de todo admissível, naqueles municípios desprovidos de imprensa oficial, que a lei seja publicada no átrio da Prefeitura ou da Câmara, com o que está assegurada a publicação necessária. “*A publicação em geral, se faz pela inserção do texto da lei no órgão oficial do município, mas, inexistindo jornal local, far-se-á pela afixação da lei na portaria da Prefeitura, em forma de edital*” (HELY LOPES MEIRELES, ‘Direito Municipal Brasileiro, 10. ed. Malheiros, 1998, p. 556). (2) Município que garantiu a publicação de seu regime jurídico único por extrato no Diário Oficial, possibilidade ofertada pela Lei nº 9.457/71. Preliminares rejeitadas.

(3) A súmula 473 do STF autoriza a Administração a anular seus atos eivados de ilegalidade. Entretanto, tal anulação jamais dispensará a ampla defesa e o contraditório, mormente quando os servidores já estão em pleno desenvolvimento de suas atividades.

(4) Remessa oficial e recurso de apelação desprovidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de remessa oficial e apelação cível nº 2000.02049446-8/1 de São Luis do Curu, em que são partes as acima indicadas.

ACORDA a Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer e negar provimento à remessa e ao recurso apelatório, nos termos do voto do relator, parte integrante deste Acórdão.

RELATÓRIO

LUCILANE CRISÓSTOMO FEIJÓ, LÍVIA

RODRIGUES VIANA, KARLA TATIA VERAS PINHEIRO VIANA, JUSCILENE ALVES MARTINS, JOSEFA BRAGA DA CUNHA, JOSÉ SÉRGIO PORFÍRIO PEREIRA, JOSÉ NOGUEIRA FÉLIX, JOSÉ FREIRE VIANA, JOSÉ ADAIL FERREIRA NUNES E JOSÉ VILMAR DOS SANTOS ajuizaram ação ordinária contra o Município de São Luis do Curu, visando a obter reintegração em seus cargos, bem como o pagamento das parcelas salariais devidas desde o afastamento.

Sustentam os promoventes que são funcionários públicos concursados do Município de São Luis do Curu, estando em estágio probatório, quando em 29 de fevereiro de 2001 o Prefeito Municipal, considerando os resultados de uma comissão parlamentar de inquérito, editou o Decreto nº 29 e anulou o concurso público referenciado, sem ao menos lhes dar oportunidade de defesa, o tornaria inválida a mencionada anulação.

Requerem a imediata reintegração aos cargos e o pagamento dos salários devidos desde o afastamento.

Às fls. 85 os autores JOSÉ NOGUEIRA FÉLIX, JOSÉ FREIRE VIANA, JOSÉ ADAIL FERREIRA NUNES E JOSÉ VILMAR DOS SANTOS desistiram da ação, razão pela qual o processo foi extinto com relação a eles.

Contestando às fls. 87/102 a edilidade, em síntese, argüiu preliminar de incompetência da justiça comum para julgar a ação e, no mérito, sustentou que o concurso público ao qual se submeteram os promoventes estaria eivado de vícios insanáveis, constatados por uma comissão parlamentar de inquérito e pelo Tribunal de Contas dos Municípios.

Assegura o município demandado que a anulação do certame foi precedida de contraditório e observou os princípios norteadores da Administração Pública.

Às fls. 111/116 o magistrado **a quo** concedeu parcialmente a antecipação da tutela e às fls. 158/163 o mesmo juiz julgou procedente o pedido.

Recurso apelatório da edilidade às fls. 165/174, reiterando a preliminar de incompetência e reforçando suas teses com o teor da súmula 473 do STF, que permite a Administração

Pública anular seus próprios atos eivados de vícios que os tornem ilegais ou revogá-los, por motivo de oportunidade e conveniência.

Contra-razões às fls. 176/179.

A Procuradoria Geral de Justiça, na manifestação de fls. 196/212, recusou se pronunciar sobre o mérito do recurso.

É o relatório.

Inicialmente conheço do recurso, uma vez preenchidos os requisitos de admissibilidade.

O Município de São Luis do Curu aduz preliminarmente a incompetência da justiça comum para apreciar a demanda. Segundo o ente federativo os apelados não mantêm com a Administração vínculo estatutário, pois o Estatuto do Servidor Público Municipal, Lei nº 206/92, não teria sido publicado em sua integralidade no Diário Oficial, fato que remeteria a competência questionada para à justiça do trabalho, já que o vínculo com os seus servidores seria celetista.

A preliminar é insubsistente e protelatória, tendo sido afastada corretamente pelo Juiz **a quo**, com lastro em substancioso parecer ministerial.

Com efeito, é de comum sabença dos operadores do direito que as leis municipais para entrarem em vigor somente precisam ser publicadas em Diários Oficiais quando estes existem no município. É de todo admissível, naqueles municípios desprovidos de imprensa oficial, que a lei seja publicada no átrio da Prefeitura ou da Câmara, com o que está assegurada a publicação necessária.

HELY LOPES MEIRELLES, in *Direito Municipal Brasileiro*, 10. ed., Malheiros, 1998, p. 556 pontifica que “a publicação em geral, se faz pela inserção do texto da lei no órgão oficial do município, mas, inexistindo jornal local, far-se-á pela afixação da lei na portaria da Prefeitura, em forma de edital”.

O Superior Tribunal de Justiça também consagra esse entendimento:

“(…) Tratando-se de município que não possui órgão de imprensa oficial, é válida a publicação das leis e dos atos administrativos municipais através da

afixação na sede de prefeitura. Precedentes do STF e do STJ(...)"
(RESP 148315/RS, STJ, T2, Rel. Min. Adhemar Maciel, DJ de 01/02/1999).

Bem se vê, portanto, que a lei municipal instituidora do regime jurídico único do Município de São Luis do Curu não precisa se ver publicada no Diário Oficial para entrar em vigor, haja vista não possuir o referido município imprensa oficial.

Contudo, o Município fez mais, publicou no Diário Oficial um extrato da lei, um resumo que está autorizado pelo art. 73, § 4º da Lei nº 9.457/71, a assegurar a publicidade do ato normativo.

Assim, tendo por certo que existe entre autores e réu uma relação estatutária, uma vez vigente o Regime Jurídico Único do Município, rejeito a preliminar, pois compete à justiça comum a apreciação e o julgamento de demandas estatutárias.

Quanto ao mérito, a matéria não demanda grande esforço de compreensão, até mesmo porque é muito corriqueiro nas salas de julgamento deste Tribunal a apreciação de processos em que servidores públicos concursados, muitas vezes estáveis, são exonerados sumariamente, sem defesa ou contraditório, por um reles ato do alcaide.

O presente caso se molda nesse modelo já conhecido, pois o Prefeito de São Luis do Curu, a pretexto de corrigir vícios insanáveis apontados por uma comissão parlamentar de inquérito, sem proporcionar um processo administrativo correto e regular, com as garantias constitucionais pertinentes, se valeu de um mero decreto para anular todo um certame público e, da noite para o dia, deixar sem emprego dezenas de servidores públicos concursados.

Não se pode negar que a súmula 473 do STF realmente autoriza a Administração a anular seus atos eivados de ilegalidade. Entretanto, tal anulação jamais dispensará a ampla defesa e o contraditório, mormente quando os servidores já estão em pleno desenvolvimento de suas atividades.

São garantias constitucionais:

“Art. 5º.

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pelo teor de duas súmulas antigas, associa-se à orientação do Superior Tribunal de Justiça e alicerçam o posicionamento desta relatoria:

“Súmula 20 – STF:

É NECESSÁRIO PROCESSO ADMINISTRATIVO COM AMPLA DEFESA, PARA DEMISSÃO DE FUNCIONÁRIO ADMITIDO POR CONCURSO”.

“Súmula 21 – STF:

FUNCIONÁRIO EM ESTÁGIO PROBATÓRIO NÃO PODE SER EXONERADO NEM DEMITIDO SEM INQUÉRITO OU SEM AS FORMALIDADES LEGAIS DE APURAÇÃO DE SUA CAPACIDADE”.

“Ementa

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. ANULAÇÃO. EXONERAÇÃO. SERVIDORES NOMEADOS E EMPOSSADOS. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. INOBSERVÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE.

É vedada a exoneração de servidor público em razão

de anulação de concurso público sem que lhe seja oportunizado o contraditório e a ampla defesa. Precedentes.

Agravo regimental desprovido”.

(AgRg no REsp 863333 / SE, STJ, T5, Rel. Min. Félix Fischer, DJ de 19/03/2007).

“(…)Conquanto a Administração Pública, ao rever os seus próprios atos eivados de ilegalidade, possa anulá-los quando viciados, está sujeita às regras constitucionais e à observância dos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório (art. 5.º, incisos LIV e LV, da CF/88).

2. Tendo a invalidação do ato sido efetivada pela Administração, de plano, sem que nenhum procedimento administrativo fosse sequer instaurado, resta configurada a arbitrariedade(…)”.

(RMS 19980/RS, STJ, T5, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ de 07/11/2005).

“Ementa

RECURSO ADMINISTRATIVO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. CONCURSO PÚBLICO. EXONERAÇÃO. INOBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. ILEGALIDADE. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

I - Não é lícito ao ente público desconsiderar o ato de posse e o efetivo exercício das funções por parte dos impetrantes que, mesmo aprovados em concurso público promovido pela própria Administração Municipal, foram sumariamente exonerados sem que fosse a esses garantidos o contraditório e a ampla defesa através de procedimento administrativo válido.

II - A Administração Pública tem o poder de anular seus próprios atos, de ofício, quando eivados de ilegalidade, conforme entendimento consolidado no enunciado sumular nº 473 do Supremo Tribunal Federal. Todavia, a possibilidade de revisão de seus próprios atos quando viciados ou por conveniência e oportunidade não a autoriza a desconsiderar situações constituídas que repercutam no âmbito dos interesses individuais dos administrados sem a observância do devido processo legal.

III - Este Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar casos análogos ao presente, consolidou entendimento no sentido de que a exoneração de servidores concursados e nomeados para cargo efetivo, ainda que em estágio probatório, deve ser efetuada com observância do devido processo legal e do princípio da ampla defesa. Precedentes.

IV - Agravo interno desprovido”.

(AgRg no RMS 21078/AC, STJ, T5, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 28/08/2006).

Face ao exposto, nego provimento à remessa e ao recurso apelatório, para manter a sentença recorrida.

É como voto.

Fortaleza, 23 de abril de 2008.

**ESTADO DO CEARÁ
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

**Nº 2000.0123.0795-6 – APELAÇÃO CÍVEL
COMARCA - FORTALEZA
APELANTE - INSTITUTO DOUTOR JOSÉ FROTA
APELADO - DEUSA MARIA SILVA RODRIGUES**

RELATOR - DES JOSÉ MÁRIO DOS MARTINS COELHO**EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – SERVIDOR PÚBLICO – ISONOMIA**

1. Para o administrador público e para o juiz, a aplicação do princípio da isonomia significa não executar diversamente um ato normativo para situação iguais.

2. A isonomia de vencimentos entre cargos de atribuições iguais, tal como prevista no art. 39, § 1º, da Constituição Federal, na redação anterior à Emenda Constitucional Nº 19/98, decorre igualmente da norma positivada no art. 5º, caput, da Constituição da República.

3. Ressalvadas as vantagens de caráter pessoal, os servidores titulares de cargos idênticos e exercentes das funções equivalentes devem ser remunerados igualmente, pois a isonomia constitucional significa, em última instância, igualdade na aplicação do direito.

4. Apelação improvida.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos os autos da Apelação Cível Nº 2000.0123.0795-6, acordam os Desembargadores da 1ª Câmara Cível, por unanimidade, em negar-lhe provimento, nos termos do voto do eminente Desembargador Relator.

Fortaleza (CE), 17 de dezembro de 2007

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta pelo Instituto Dr José Frota, postulando a reforma da sentença proferida pelo Juiz de Direito da 4ª Vara da Fazenda Pública da

Comarca de Fortaleza que, em sede de Ação Ordinária, julgou procedente o pedido de equiparação vencimental veiculado pela Apelada, agente administrativa do Instituto Dr José Frota, relativamente ao servidor paradigma, sob o fundamento do princípio da isonomia.

Aduz o Apelante, em síntese, que a Constituição vigente veda a adoção do salário mínimo como fator de indexação de vencimentos dos servidores públicos, que a remuneração da Apelada, além do vencimento do cargo, é constituída de diversas parcelas reguladas por leis específicas e que o decreto instituidor do piso remuneratório pleiteado não constitui título jurídico válido para o fim a que se propôs.

Admitido na origem e intimada a apelada para responder ao recurso, foram os autos remetidos a esta superior instância.

É o breve relatório.

V O T O

Trata-se de Apelação Cível interposta pelo Instituto Dr José Frota, em que é apelada Deusa Maria Silva Rodrigues.

Impugna-se sentença que julgou procedente pedido da equiparação vencimental da Apelada a servidor titular de cargo de igual denominação e que exerce idênticas funções, também lotado no Instituto José Frota, que fora beneficiado por decisão judicial que lhe assegurou determinado padrão vencimental, tal como previsto em decreto municipal expedido para aplicação indistintamente a todos os servidores do referido órgão.

Preambularmente, examino a questão da prescrição.

Tem-se, no caso, relação jurídica de trato sucessivo, em que se afirma violação reiterada ao direito pleiteado, por ocasião de cada pagamento mensal dos vencimentos.

Ora, em casos que tais, este Egrégio Tribunal de

Justiça, a exemplo da jurisprudência pátria amplamente preponderante, tem reiteradamente afirmado que a prescrição não atinge o direito em si, mas apenas as prestações vencidas em data anterior ao quinquênio que antecede imediatamente a propositura da ação.

Desse modo, inexistente prescrição do direito vindicado a ser declarada.

DE MERITIS

Vencida a prejudicial, no mais é de adotar-se a premissa de que a compreensão da controvérsia ora posta a exame será tanto mais adequada quanto mais for considerado, em sua inteireza, todo o contexto normativo vigente, em especial aquele instaurado com a promulgação da Constituição Federal de 1988, pois, como leciona Luis Roberto Barroso:

“Em todo ato de concretização do direito infraconstitucional estará envolvida, de forma explícita ou não, uma operação mental de controle de constitucionalidade. A razão é simples de demonstrar. Quando uma pretensão jurídica funda-se em uma norma que não integra a Constituição – uma lei ordinária, por exemplo -, o intérprete, antes de aplicá-la deverá certificar-se de que ela é constitucional. Se não for, não poderá fazê-la incidir, porque **no conflito entre uma norma ordinária e a Constituição é esta que deverá prevalecer.** Aplicar uma norma inconstitucional significa deixar de aplicar a Constituição.” (*in* ‘O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro’, 2ª Ed, 2006, pag 1)

Há de se acentuar que nesse processo de racionalização rebusca-se sobretudo a ideologia conceitual

inspiradora do arresto fundador no caso *Malbury vs. Madison*, a transbarreirar os anais do tempo, quando o Chief justice John Marshall, inspirado nos argumentos Hamilton, e os demais redatores dos *Federalist Papers*, hermeneutas por excelência da Constituição estadunidense, asseguraram, sem sobrossos, de forma premonitória para os nossos dias, litteram:

“(...) afirma-se que se existe uma contradição entre uma Constituição e uma lei, a norma que tem um caráter obrigatório e um valor superior deve ser naturalmente preferida. A Constituição tem preferência sobre a Lei, a intenção do povo e a intenção de seus agentes. Tal entendimento justifica a escolha feita em favor do Poder Judiciário para assegurar este controle, pelo qual os três poderes ficam possíveis de examinar o sistema de harmonia e equilíbrio entre os mesmos.(...) “O poder de interpretar o espírito da Constituição e sua função deve garantir o respeito objetivo ao texto fundamental”(The *Federalist Papers*, apud José Alfredo Oliveira Baracho, - *Direito Processual Constitucional- Aspectos Contemporâneos*, pgs. 282 a 283, Ed. Fórum, 2007).

Portanto, é a Constituição Federal, ato normativo que funda e mantém toda a ordem jurídica, a fonte primeira e o parâmetro último de todas as relações que vinculam os integrantes da comunidade política submetida ao seu império.

É essa a realidade que deu origem, a partir de determinado momento, as diferenças de remuneração entre servidores do Instituto José Frota titulares de cargos iguais, lotados em exercício no mesmo órgão da administração pública municipal. De fato, a reiterada edição de atos normativos que alteraram em passado não tão distante,

quando ainda reinavam a instabilidade econômica e quando era constante a mudança do padrão monetário do país, os critérios de reajuste da remuneração dos trabalhadores em geral, dos servidores públicos em particular e do salário mínimo, como contraprestação pecuniária mínima do trabalhador, que constituía fator de indexação da remuneração de várias categorias de trabalhadores e de servidores públicos, a exemplo dos servidores do Instituto José Frota, deram ensejo ao surgimento de distorções salariais entre servidores titulares de iguais cargos e lotados em um só e mesmo órgão. Dito por outras palavras, a diversidade de interpretação dada a um ato normativo por diferentes órgãos judiciais, qual seja, o Decreto Nº 7.153/85, fez surgir distintos padrões de remuneração para cargos idênticos.

Fato é que muitos servidores do Instituto José Frota, àquela época regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), ingressaram na Justiça Obreira postulando aplicação do Piso Nacional de Salários, sucedâneo do Salário Mínimo, como fator de indexação de seus vencimentos, e obtiveram êxito. Desde então, a realidade dos servidores do Instituto José Frota é constituída por dois padrões remuneratórios distintos e bem identificados. Alguns percebem vencimentos que excedem em muito o valor da remuneração percebida pelos demais, ainda que titulares de iguais cargos, no exercício de idênticas funções, na mesma unidade administrativa.

A causa de pedir a equiparação remuneratória ao servidor paradigma, como resta evidenciado nos autos, consiste tão somente na argüição de que a remuneração do servidor titular de igual cargo e lotado no mesmo órgão, é superior àquela por eles percebida como contraprestação pecuniária devida pelo exercício da mesma função, o que implica violação direta e frontal ao princípio constitucional da isonomia. Portanto, constata-se que a Apelada não aduz, como causa de pedir a isonomia, a ocorrência de violação indireta à Constituição, consistente ela na aplicação de lei em tese editada com infração ao princípio da isonomia.

Postula-se, a rigor, a aplicação direta do preceito constitucional da isonomia como fundamento jurídico único e por si só suficiente para assegurar a exigibilidade em juízo do direito subjetivo postulado na petição inicial.

Tal como posta a questão nos autos, está evidenciado que a causa de pedir formulados pela Apelada consiste apenas na pretensão da aplicação direta do princípio da isonomia ao caso concreto, sem qualquer intermediação legislativa e considerando apenas a remuneração do servidor paradigma como critério de aferição da igualdade afirmada.

É de Hely Lopes Meirelles a lição de que, em última instância e decisivamente, é a igualdade real que deverá prevalecer em casos que tais, *verbis*:

“O que o princípio da isonomia impõe é tratamento igual aos realmente iguais.

(...)

A situação de fato é que dirá da identidade ou não entre cargos e funções nominalmente iguais.”

(Direito Administrativo Brasileiro, 30ª Ed, pag. 467)

Mauro de Azevedo Menezes, em seu apreciado opúsculo **Constituição e Reforma Trabalhista no Brasil- Interpretação na Prospectiva dos Direitos Fundamentais**-traz à tona referências de Robert Alexy, quando o renomado publicista menciona decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, quando ali se admitiu que a promoção social de determinados grupos significa o tratamento *desigualitário* em face de outros grupos, que reforça a noção de que *a igualdade de fato* impõe uma *desigualdade jurídica*. (os itálicos são nossos).

Nada mais oportuno, enfatiza Menezes, “ a essa altura da reflexão, senão lembrar RUI BARBOSA, que num célebre trecho da Oração aos moços, disse que a regra de igualdade consiste em tratar desigualmente aos desiguais na medida em que se desiguam “. (Conf. Mauro de A. Menezes,

op cit., Ed. LTR, são Paulo, 2003 pgs. 180^a 181).

De GERMAN J. BIDART CAMPOS, surge a constatação veraz de que

“Uma sociedade desigualitária não favorece o desenvolvimento nem a eficácia dos direitos, nem tampouco a funcionalidade do sistema jurídico. Sua essência é a negação da liberdade real da pessoa. O antídoto jurídico para essa patologia social consiste na afirmação do valor igualitário, por meio do princípio da igualdade.

Numa lúcida colocação, Bidart Campos, sugere em última análise que a igualdade de oportunidades constitui o equilíbrio da liberdade ou a sua distribuição razoavelmente igualitária “ *para que no haya quienes tienes e desfrután de demasiada libertat en desmero de los menos favorecidos que neasi tiengam liberacion porque su libertad es escasa*” (Campos , GERMAN J. BIDART- Teoria General de los Derechos Humanos Buenos Aires, Astra 1991, p.292, apud MAURO A. MENEZES, op. Cit. Passim)

É ainda útil e pertinente atentar para o magistério doutrinário de Geraldo Ataliba que, acerca do tema, expõe:

“... o fulcro da questão jurídica postulada pela isonomia substancia-se na necessidade de que as leis sejam isônomas e que sua interpretação (pelo Executivo e pelo Judiciário) leve tais postulados até suas últimas conseqüências no plano concreto da aplicação.” (República e Constituição, 2^a Ed, Malheiros Editores, 2004, pags 58/159)

Ora, convém ter presente que a tese que afirma a normatividade dos princípios constitucionais, a menos que não sejam exeqüíveis por si mesmos, inclusive para fundamentação direta de direitos subjetivos vindicados em

juízo, independentemente de qualquer interposição legislativa regulamentadora, é amplamente preponderante no meio jurídico. Confira-se, a propósito da superioridade hierárquica e da normatividade dos preceitos constitucionais, a lição de José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira, *verbis*:

“São três as componentes principais desta preeminência normativa da Constituição: (a) todas as normas infraconstitucionais devem ser interpretadas no sentido mais concordante com a Constituição (princípio da interpretação conforme a Constituição); b) as normas de direito ordinário desconformes à Constituição são inválidas, não podendo ser aplicadas pelos tribunais e devendo ser anuladas pelo Tribunal Constitucional (no Brasil, Supremo Tribunal Federal); c) salvo quando não exequíveis por si mesmas, as normas constitucionais aplicam-se directamente, mesmo sem lei intermediária, ou contra ela e no lugar dela (...)”

(Fundamentos da Constituição, Coimbra, Coimbra Editora, 1991, pags. 45/46)

Para o administrador público e para o juiz, o princípio da isonomia consiste em não executar uma mesma norma de modo diferente para situações iguais ou de modo igual para situações diferentes. Qualquer elemento localizado na própria realidade objetiva, desde que se revele apto a diferenciar duas situações e não se apresente arbitrário, pode ser eleito como critério para a cotejo de suas características materiais.

É exato que a lei, por definição, é ato normativo geral e abstrato, o que permite afirmar que a verdadeira isonomia só se concretiza, rigorosamente, na interpretação e aplicação do direito pelos órgãos jurisdicionais. São eles que têm competência constitucional para decidir se os eventuais destinatários encontram-se na situação igualitária

descrita na norma, pois a igualdade perante a lei, tal como posta na Constituição Federal, significa, não só uma limitação ao legislador, mas, sobretudo uma regra da interpretação.

Não desconheço que o Supremo Tribunal Federal mantém a orientação por ele há muito sintetizada na Súmula 339, onde fez consignar que **“Não cabe do Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento na isonomia”**. Todavia, o direito subjetivo em tese vindicado pela Apelada, consiste exata e precisamente, na adequação de seus vencimentos, de modo a equipará-los àqueles percebidos pelo servidor paradigma, titular de igual cargo, lotado no mesmo órgão e exercendo idênticas funções, por aplicação direta e imediata do princípio constitucional da isonomia, sob o argumento de que ele constitui, por si só, fundamento suficiente para a procedência do pedido inicial, sem qualquer perquirição acerca do modelo de separação de poderes positivado na Constituição Federal, que habitualmente é apresentado como óbice a que o Poder Judiciário dê maior eficácia à garantia fundamental da isonomia.

O princípio da isonomia limita a atuação do legislador, do intérprete e da autoridade pública. Para estes últimos, seu sentido e alcance foi exposto com precisão pelo eminente constitucionalista Gilmar Ferreira Mendes, *verbis*:

“O intérprete/autoridade pública não poderá aplicar as leis e atos normativos aos casos concretos de forma a criar ou aumentar desigualdades arbitrárias. Ressalte-se que, em especial o Poder Judiciário, no exercício de sua função jurisdicional de dizer o direito ao caso concreto, deverá utilizar os mecanismos constitucionais no sentido de dar uma interpretação única e igualitária às normas jurídicas.” (Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade, Editora Saraiva, 3ª Edição, 3ª Tiragem, 2007, p. 87)

Sob a ótica do constitucionalista a quem acabamos de nos socorrer,

“O princípio da isonomia pode ser visto tanto como exigência de tratamento igualitário (**GLICHBEHANDUNGSGEBOT**) tanto como proibição de tratamento discriminatório (**UNGLEICHBEHOND LUGSVERBOT**). (Canotilho, CONSTITUIÇÃO VIGENTE E VINCULAÇÃO DO LEGISLADOR, COIMBRA, Coimbra Editora, 1982, pg. 381 382).

E em remate aduz, como se estivesse deitando suas preleções à temática em querela, verbo ad verbo:

“A lesão ao princípio da isonomia oferece problemas sobretudo quando se tem a *chamada exclusão do benefício incompatível com o princípio da igualdade* – (O itálico é do original) Tem-se a *exclusão de benefício incompatível com a igualdade* se a norma afronta o princípio da isonomia concedendo vantagens ou benefícios a alguns segmentos sem contemplar outros que se encontram em condições idênticas. Essa exclusão pode verificar-se de forma concludente ou explícita . Ela é concludente se a lei concede benefícios apenas a um grupo específico; a exclusão de benefícios é explícita se a lei geral que outorga determinados benefícios a certos grupos exclui sua aplicação a outros seguimentos. (GILMAR MENDES, OB. CIT pg. 10 e segts. Itálicos do original)

O princípio da isonomia pode significar, conforme as circunstâncias do caso concreto, ora exigência de tratamento igualitário, ora proibição de tratamento

discriminatório. No caso *sub examine*, não se trata de ato normativo que tenha excluído pessoas ou grupos de determinado benefício ou vantagem concedida a outros, o que implicaria violação ao princípio da igualdade, posto que a textualidade do Decreto Nº 7.153/85 não dá ensejo a dúvidas sobre os destinatários dos pisos salariais por ele instituídos, de modo a incluir em seu âmbito de incidência o servidor paradigma e a Apelada, de modo a assegurar-lhes igual piso salarial.

Forte em tais supedâneos, nego provimento à apelação, para confirmar a sentença recorrida que julgou procedente o pedido de equiparação, tal como inicialmente formulado pela Apelada, apenas com as ressalvas de que seja fielmente observada a referência, na carreira, da beneficiada por esta decisão, e de que o salário mínimo não mais pode ser adotado como fator de correção dos vencimentos da apelada, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988.

É assim como voto.

Fortaleza (CE), 17 de dezembro de 2007.

**ESTADO DO CEARÁ
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Processo Nº 2004.0010.6240-2/0

Classe: Apelação Cível

Apelante: BV Financeira S/A

Apelada: Silvia Helena de Oliveira Nepomuceno

Relator: Desembargador Francisco Sales Neto

Órgão Julgador: 1ª Câmara Cível

E M E N T A

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REVISIONAL DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. ALIENAÇÃO

FIDUCIÁRIA. JUROS. ABUSIVIDADE. LIMITE. ART. 192, §3º, CF/88. NÃO INCIDÊNCIA. APLICAÇÃO DA TAXA SELIC. POSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

1. É lícita a revisão do Contrato quando se revelar excessiva a onerosidade das taxas de juros nele praticadas, considerando-se como abusiva a taxa cobrada no contrato ora sob análise, fixada em 62,90% ao ano.

2. Merece, então, ser confirmada sentença que fixou percentual de juros em 22% a.a., correspondente à soma da Taxa Selic (16% a.a.), acrescido ao valor percentual de seis por cento ao ano a título de SPREAD bancário, estando referida decisão em absoluto consenso com o princípio constitucional da razoabilidade.

3. Recurso a que se nega provimento. Sentença Confirmada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, sendo Apelante: BV Financeira S/A e Apelada: Silvia Helena de Oliveira Nepomuceno.

Acordam os Desembargadores integrantes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, em CONHECER DO RECURSO E NEGAR-LHE PROVIMENTO, confirmando a sentença monocrática, nos termos do voto do relator.

RELATÓRIO

Cogita-se de recurso de apelação, interposto contra sentença que julgou procedente ação revisional de cláusulas contratuais, declarando nula, com esteio no art. 51 do CDC, a cobrança de juros acima de 22% ao ano.

Na exordial, em f. 02/08, a autora alegou a existência

de cláusulas abusivas, com a incidência de juros acima de 12% ao ano, colocando-a em desvantagem exagerada.

Em sede de contestação, às fls. 24/49, a recorrente aduziu a inaplicabilidade do CDC aos contratos bancários, a livre pactuação do contrato, a inoccorrência de fato superveniente que ensejasse a revisão contratual, a legalidade da cobrança de taxa de juros acima de 12% ao ano.

Empós, ultrapassada a fase conciliatória, por tratar-se de questão unicamente de direito, a lide foi julgada antecipadamente, tendo a MM. Juíza decidido pela procedência da ação.

Irresignada, a recorrente interpôs o presente recurso, alegando preliminarmente, da nulidade da sentença, posto que esta foi “ultra petita”, quando determinou a limitação dos juros no patamar de 22% a.a., e não nos 12% a.a., como pleiteado pela parte autora; que a petição inicial é inepta, vez que a parte autora se refere a espécie contratual diversa da dos autos; no mérito, afirma da impossibilidade da aplicação da taxa Selic como limitador dos juros ou mesmo de sua correção; no mais, repisa na tese já ventilada, como o princípio da autonomia da vontade, e da força obrigatória dos contratos; a inexistência de fatos supervenientes; a legalidade da capitalização de juros (MP 1963/2000); a não limitação dos juros de 12% ao ano.

Contra-razões às fls. 101/110, onde a apelada reitera a tese exposta na exordial e pugna pela confirmação da sentença recorrida.

É o relatório.

V O T O

Conheço do recurso, vez que presentes os requisitos autorizadores de sua admissibilidade.

Convém, de início, apreciar as preliminares suscitadas pela apelante, que por veicularem matéria de ordem pública, podem ser examinadas a qualquer tempo e grau de jurisdição, em consonância com o disposto no art. 267, §3,º do CPC.

1. Da nulidade da sentença

Alega o banco, tratar-se de sentença nula por se encontrar eivada do vício *ultra petita*. Acerca das decisões *ultra petita*, ensina Humberto Theodoro Júnior:

“A função do Juiz é compor a lide, tal qual foi posta em juízo. Deve proclamar a vontade concreta da lei apenas diante dos termos da litis contestatio, isto é, nos limites do pedido do autor e da resposta do réu. São defesos, assim, os julgamentos extra petita (matéria estranha à litis contestatio); ultra petita (mais do que o pedido) e citra petita (julgamento sem apreciar todo o pedido).

(...)

O defeito da sentença ultra petita, por seu turno, não é totalmente igual ao da extra petita. Aqui, o Juiz decide o pedido, mas vai além dele, dando ao autor mais do que fora pleiteado (art.460)”.

(Curso de Direito Processual Civil - Vol. I - Editora Forense - 24ª edição - págs. 508 e 516).

A nulidade, então, é parcial, não indo além do excesso praticado, de sorte que, ao julgar o recurso da parte prejudicada, o tribunal não anulará todo o decisório, mas apenas decotará aquilo que ultrapassou o pedido.

Todavia, no caso dos autos, razão não assiste à apelante, pois compulsando devidamente a inicial da ação de revisão de cláusulas, verifico que a autora requereu a revisão do contrato, com a aplicação dos juros no percentual de 12% ao ano, posto que o mesmo previa juros no percentual de 62,90% ao ano, e assim, havendo a MM. Juíza determinado a não aplicação de juros acima de 22% ao ano, não há que se falar em julgamento “*ultra petita*”.

Repilo, dessa forma, referida preliminar.

2. Da inépcia da inicial

Suscita também a apelante a preliminar de inépcia da inicial, por falta de decorrência lógica entre a narração dos fatos e o pedido, e verificando minuciosamente o teor da inicial acostada aos autos, entendo que a mesma preenche os requisitos do artigo 282 do Código de Processo Civil, não se enquadrando por outro lado, em nenhuma das hipóteses do parágrafo único, do artigo 295, do mesmo Código.

Não comungo, pois com a alegada inépcia, a recomendar a extinção do feito sem julgamento do mérito, uma vez que considero a exordial por compreensível o suficiente para autorizar o seu conhecimento e processamento, havendo a autora apontado as cláusulas que pretendia revisar, oportunizando a defesa, com clareza, conhecer a pretensão, conforme se nota dos termos da resposta apresentada.

Para ilustrar colho da jurisprudência:

“Ainda que não podendo a inicial ser apontada como um primor de forma, nem por isso deve ela ser considerada inepta, desde que contenha pedido, causa de pedir, e estejam os fatos narrados de forma a que disso decorra logicamente um pedido juridicamente possível”. (REsp. 65.296-0-RN, Rel. Min. César Asfor Rocha, DJU de 11-9-95, p. 28.807).

“Não é inepta a petição inicial que preenche os requisitos do art. 282 do Código de Processo Civil, sendo a pretensão deduzida de forma compreensível, contendo, em tese, possibilidade jurídica de obtenção da prestação jurisdicional positiva. Não pode o juiz indeferir a petição inicial, pois o cidadão tem direito a toda prestação jurisdicional de direito que julga seu. O indeferimento da inicial é medida de exceção que só pode ser tomada quando a lei autoriza (art. 295, parágrafo

único, do CPC).”(“Jurisprudência Catarinense, v. 51/148).

Por isso, rejeito esta preliminar.

M É R I T O

No caso em comento, observa-se do contrato de f. 16, estarem sendo cobrados pela instituição financeira juros no percentual de 4,15% ao mês e 62,90% ao ano, o que evidencia potencialização, na taxa anual, superior ao percentual de 4,15 vezes doze meses.

Quanto à limitação de juros, não se trata de adotar o revogado § 3º do art. 192, da Constituição Federal, mas, sim de estabelecer um parâmetro razoável, que garanta o necessário lucro da instituição financeira, mas que não se constitua em forma de enriquecimento ilícito e de cobrança abusiva.

Na espécie, verifica-se que a cobrança de taxa de juros de 62,90% ao ano é excessivamente abusiva, e onera injustamente o consumidor.

Além disso, oportuno salientar que a vulnerabilidade do tomador de crédito também deve ser observada quando tais questões são postas em análise.

O contrato de adesão é negócio jurídico no qual a participação de um dos sujeitos sucede pela aceitação, em bloco, de uma série de cláusulas formuladas antecipadamente, de modo geral e abstrato, pela outra parte, para constituir o conteúdo normativo e obrigacional de futuras relações concretas.

Nesse contexto, torna-se inviável a utilização incondicional do paradigma contratual clássico, que se baseava na aceitação unânime e absoluta dos princípios da autonomia da vontade, do *pacta sunt servanda* e da liberdade contratual, para solucionar os problemas contratuais modernos, pois, sabe-se que, via de regra, a aplicação daquele paradigma implica decisões judiciais injustas para com os consumidores.

Sobre os contratos de adesão, assim tem se posicionado a doutrina:

“A necessidade advém agora do imperativo de defesa de uma das partes da relação, uma vez que, se nas demais formas contratuais, o seu objetivo não tem tal utilidade ou momentaneidade que não seja possível recusá-lo, no contrato de adesão, muito ao contrário, o fato de dirigir-se a oferta a utilidade irrecusável em determinado momento, robustece o poderio da parte ofertante e faz presumir o desequilíbrio de forças no concerto negocial” (J. M. Othon Sidou - Resolução Judicial dos contratos (Cláusula Rebus Sic Stantibus) e Contratos de Adesão, Ed. Forense, 2000, p. 135).

“O princípio da força obrigatória consubstancia-se na regra de que o contrato é lei entre as partes. Celebrado que seja, com observância de todos pressupostos e requisitos necessários à sua validade, deve ser executado pelas partes como se suas cláusulas fossem preceitos legais imperativos” (Orlando Gomes, Contratos, Ed. Forense, 2001, p. 36).

É esta a regra geral que decorre da autonomia da vontade das partes que podem contratar livremente. No entanto, há exceção quanto ao contrato de adesão, haja vista a predeterminação das cláusulas contratuais de forma unilateral.

Ao conceituar a cláusula abusiva, assevera João Bosco Leopoldino:

“Tendendo o contratante economicamente forte a reforçar e garantir a sua posição, acentuando-se a desigualdade das partes, haverá infalivelmente um desequilíbrio nas prestações. Romper-se-á a perfeita reciprocidade, Inexistirá aquele desiderato da justiça comutativa, como assinalado por Aristóteles. Este é o ponto nodal da conceituação de cláusula abusiva,

que o será justamente por propiciar a concretização de prestações não equivalentes.”(LEOPOLDINO, João Bosco. Cláusulas abusivas nos contratos, Ed. Forense, 1998, p.128).

Portanto, viável a revisão dos contratos celebrados entre os litigantes.

Não se cuida, ainda, de o Judiciário substituir o legislador, mas, sim, de aplicar as normas legais existentes tendo em conta princípios constitucionais, dentre eles, o super princípio da proporcionalidade, na forma de vedação de excesso.

E, no tocante à limitação dos juros, este Julgador tem se posicionado pela revisão da taxa de juros contratada quando traduzir abusividade na estipulação, a fim de se compatibilizar com a atual realidade econômica do País, expurgando a pactuação viciada pela onerosidade excessiva, com fundamento no Código de Defesa do Consumidor, a teor do disposto no art. 3º, § 2º, da Lei nº 8.078/90, agora reforçado pela Súmula nº 297 do STJ: *O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras*. Portanto, afastada qualquer discussão a respeito da aplicabilidade do CDC, cujas disposições têm total pertinência aos contratos bancários.

Mas, como se sabe, o CDC apenas traça um princípio legal, porém não limita os juros. Com isto, busca-se a solução no recente posicionamento do Superior Tribunal de Justiça exteriorizado nas Súmulas 296 e 294.

Segundo a Súmula nº 296 do STJ, *Os juros remuneratórios, não cumuláveis com comissão de permanência, são devidos no período de inadimplência à taxa média de mercado estipulada pelo Banco Central do Brasil, limitada ao percentual contratada*.

Já a Súmula nº 294 tem o seguinte teor: *Não é potestativa a cláusula contratual que prevê a comissão de permanência, calculada pela taxa média de mercado, apurada pelo Banco Central do Brasil, limitada à taxa do contrato* (no ponto, de observar que na prática os bancos cobram os juros da inadimplência sob o título comissão de permanência).

Ora, por taxa média de mercado estipulada pelo Banco Central do Brasil se entendeu de aplicar a Taxa SELIC (Sistema Especial de Liquidação e de Custódia), que reflete as condições instantâneas de liquidez no mercado monetário e se compõe em taxa de juros reais e taxa de inflação. Tal índice é utilizado nas operações realizadas com títulos públicos.

A Taxa SELIC é, no Brasil, a taxa de financiamento no mercado interbancário para operações de um dia, ou *overnight*, que possuem lastro em títulos públicos federais, títulos estes que são listados e negociados no Sistema Especial de Liquidação e Custódia, ou SELIC. Também é conhecida como taxa média do over que regula diariamente as operações interbancárias. A Taxa SELIC reflete o custo do dinheiro para empréstimos bancários, com base na remuneração dos títulos públicos.

Partindo deste prisma, examinando o caso concreto, nota-se que a taxa de juros do contrato de financiamento foi fixada em 4,15% ao mês, e 62,90% ao ano (fl.16). Neste diapasão, deve incidir o disposto no art. 51, inc. IV, que comina de nulidade as cláusulas contratuais que *“estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada ou sejam incompatíveis com a boa-fé e a equidade”*.

O § 1º, inc. III, do mesmo art. 51, do CDC, por sua vez, afirma que: *“presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que (III) se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e o conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso”*.

E, com efeito, sem aderir *in totum* ao posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, mas tomando-se como parâmetro o teor de tais enunciados, uma vez reconhecida a abusividade contratual, certa é a revisão contratual, com a fixação dos juros remuneratórios com base no percentual da Taxa SELIC do período.

Dessa forma, tendo em vista a revogação do §3º do art. 192 da Constituição Federal, inexistindo, portanto limite de

juros, acredito ser razoável arbitrar um patamar coerente com a realidade expressa na Taxa SELIC, estabelecida periodicamente pelo Banco Central do Brasil.

Em recentes julgamentos, o eg. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul vem adotando tal taxa, como teto para juros remuneratórios, quando os contratados ou cobrados são abusivos.

Nessa vertente:

“REVISIONAL. CONTRATOS BANCÁRIOS. CONTA-CORRENTE E FINANCIAMENTO. Ausente omissão, obscuridade ou contradição. **Adoção da taxa Selic, por constituir a taxa média do BACEN, em consonância com a Súmula 296 do STJ.** Prequestionamento. Desnecessária a indicação de todos os fundamentos legais eventualmente incidentes no caso. Desacolhimento.” (EMBARGOS DE DECLARAÇÃO Nº 70009921461, DÉCIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: ORLANDO HEEMANN JÚNIOR, JULGADO EM 23/12/2004).

AÇÃO REVISIONAL – CARTÃO DE CRÉDITO - Formulação de pedidos diversos dos submetidos à apreciação do magistrado *a quo*. Inovação. Não conhecimento, sob pena de supressão de instância. Não se conhece de pedido formulado em sede recursal diversos dos pedidos submetidos à apreciação do 1º Grau, sendo vedada tal inovação, sob pena de supressão de instância. Ajuizamento da ação em data posterior à entrada em vigor do novo Código Civil. Cartão de crédito. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Diante do teor no art. 3º, § 2º, do CDC, não há qualquer dúvida de que as administradoras de cartão de crédito estão sujeitas à aplicação de tal Diploma Legal, mormente porque as administradoras de cartão de crédito não

são instituições financeiras. Juros remuneratórios. Período anterior à vigência do novo Código Civil. Os juros remuneratórios são limitados a 12% ao ano, para o período anterior à entrada em vigor do novo Código Civil, com correção pelo IGP-M, para manter o poder aquisitivo da moeda. Aplicação do CDC ao caso concreto. Período posterior à entrada em vigor do novo Código Civil. Juros remuneratórios. Correção monetária. Taxa SELIC. Art. 591 e 406 do novo Código Civil. Tratando-se de relação continuada ao longo do tempo, com a entrada em vigor do novo Código Civil, os juros remuneratórios que se venceram após 11/01/03, data da vigência deste novo Diploma Legal, devem ser reduzidos, não podendo exceder a taxa utilizada para o pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional, nos termos do que dispõe o artigo 591, conjugado com o artigo 406 do atual Código Civil. **Incidência da Taxa SELIC, englobando juros e atualização monetária, que é a taxa média criada para remunerar os títulos públicos e utilizada para pagamento de Imposto de Renda devido à Fazenda Nacional, observado o disposto nos artigos 5º, § 3º e 43, parágrafo único da Lei 9.430/96.** Capitalização. A capitalização mensal é vedada, a não ser nas operações com nota de crédito comercial, industrial ou rural, desde que pactuada. Permitida a capitalização anual. Encargos da mora. A tramitação de ação revisional de contrato desautoriza a fluência dos encargos advindos da mora neste ínterim. Compensação. Operada a redução do débito, correta a compensação dos valores pagos a maior, em liquidação de sentença. Prequestionamento. A apresentação de questões para fins de prequestionamento não induz à resposta de todos os artigos referidos pela parte, mormente porque foram analisadas todas as questões que

entendeu o julgador pertinentes para solucionar a controvérsia posta na apelação. Apelação conhecida em parte e parcialmente provida. (TJRS – APC 70007324759 – 12ª C.Cív. – Rel. Des. Carlos Eduardo Zietlow Duro – J. 06.11.2003)

No mesmo sentido, o aresto a seguir:

(...) “A taxa Selic baliza a remuneração dos títulos públicos federais colocados no sistema financeiro doméstico e serve de parâmetro na formação de juros de todos os demais ativos. Referencia, por consequência, as taxas cobradas no fornecimento de crédito para os agentes financeiros em geral. Não se compreende, pois, porque também não seja a taxa Selic adotada nos financiamentos e mútuos bancários celebrados com particulares”. (TJMG, Número do processo: 2.0000.00.404866-2/000(1), Relator: Des. DÁRCIO LOPARDI MENDES, Data do Acórdão: 16/10/2003, Data da publicação: 26/11/2003).

A propósito, confira-se o artigo: A Fragilidade dos Consumidores Frente às Taxas de Juros, da Advogada Dra. Patrícia Nunes de Almeida que aduz:

“... O ideal é que o legislativo seja chamado a resolver essa situação, realizando seu trabalho, que é regulamentar as taxas de juros de maneira equilibrada, mas isso parece ser uma utopia. Enquanto isso, o Judiciário não pode fechar os olhos para os abusos que os consumidores estão sofrendo, deve ele buscar uma solução justa, com equidade. Deve o Juiz olhar para a realidade social, para as leis protetivas do hipossuficiente, para as violências contra os consumidores para os lucros exagerados e, assim, encontrar uma coerência, um

Índice aceitável de taxas de juros, como, por exemplo, a Selic, mais 12% ao ano. O judiciário não tem a função de legislar, mas tem a função de buscar o equilíbrio nos contratos e nos litígios sociais, e de ser sensível frente às injustiças “cabalmente” verificadas entre os fracos e os fortes”. (Revista Justiça & Cidadania, ed. 57, de Abril/05, pág. 43/45).

No mesmo sentido, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

“DIREITO COMERCIAL - EMPRÉSTIMO BANCÁRIO - JUROS REMUNERATÓRIOS. - Os negócios bancários estão sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor, inclusive quanto aos juros remuneratórios; a abusividade destes, todavia, só pode ser declarada caso a caso, à vista de taxa que comprovadamente discrepe, de modo substancial, da média do mercado na praça do empréstimo, salvo se justificada pelo risco da operação. - Recurso especial conhecido e provido.” (Resp. 407.097, Segunda Seção, Relator Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Rel. para o acórdão, Min. Ari Pargendler, DJ 29.09.03).

Então, tenho por razoável o patamar arbitrado pelo MM. Juiz Sentenciante, na ordem de 6% ao ano acima da Taxa SELIC, considerando, nesse aspecto, que as instituições financeiras também devem obter o seu lucro, estando irretocável, pois, a r. sentença ora combatida.

Por todo o exposto, deve ser conhecido o presente recurso, por tempestivo, mas para negar-lhe provimento, mantendo-se inalterada a sentença prolatada pelo magistrado a quo.

É como voto.

Fortaleza, 11 de fevereiro de 2008.

**ESTADO DO CEARÁ
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

**Nº PROCESSO: 2002.0001.9980-7/0
TIPO DO PROCESSO: APELAÇÃO CIVEL em AÇÃO
ORDINÁRIA DE COBRANÇA
ORIGEM: FORTALEZA
APELANTE/RÉU: ESTADO DO CEARÁ
APELADA/AUTORA: MARIA CÉLIA PINTO DO MONTE
RELATOR: DES. RAUL ARAÚJO FILHO**

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO ORDINÁRIA. REVISÃO DE PENSÃO POR MORTE DE SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO CÍVEL. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. LEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO DO CEARÁ. OCORRÊNCIA. INSTITUIÇÃO DE NOVO SISTEMA DE PREVIDÊNCIA PRÓPRIO DOS SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS, GERIDO PELA ADMINISTRAÇÃO DIRETA. INTELIGÊNCIA DO ART. 40, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, EM SUA REDAÇÃO ORIGINAL. DIREITO ADQUIRIDO. SENTENÇA MANTIDA.

1. Ao instituir o novo e atual Sistema Único de Previdência próprio dos servidores públicos estaduais, regidos por normas de direito administrativo, o Estado do Ceará atribuiu à Administração Direta a competência para gerir o SUPSEC, afastando a autarquia estadual, o IPEC, responsável pelo sistema anterior.

2. A demora estatal na edição de normas de transição entre os sistemas de previdência anterior e atual, ocasionou lacuna legislativa que torna razoável o reconhecimento da legitimidade do Estado para figurar no pólo passivo de lides

propostas nesse período de *vacatio*, máxime quando não definitivamente julgadas até esta parte.

3. Com a evolução ocorrida na legislação de regência do novo sistema, desde a época de propositura da presente ação até hoje, o IPEC foi gradualmente perdendo ou esgotando aquela competência residual para a apreciação de pleitos relativos à óbitos ocorridos anteriormente à instituição do SUPSEC.

4. Presentemente, com a edição da Lei Estadual nº. 13.875, de 7 de fevereiro de 2007, o IPEC perdeu completamente a legitimidade para figurar no pólo passivo da presente demanda, pois, por vontade estatal, passou a ser denominado de ISSEC - Instituto de Saúde dos Servidores do Estado do Ceará, ficando responsável, exclusivamente, pelo atendimento à saúde dos servidores públicos estaduais, cabendo, a partir de então, à administração direta (Coordenadoria Previdenciária da Secretaria de Planejamento e Gestão - SEPLAG) responder pelas prestações previdenciárias de qualquer período, principalmente as reconhecidas em lide onde o próprio Estado figurou, desde o início, no pólo passivo. Legitimidade passiva do Estado reconhecida, afastando-se a preliminar de mérito deduzida na Apelação.

5. Relativamente ao mérito, envolvido na remessa necessária, dispunha a redação originária do art. 40, § 5º, da Constituição da República que “*o benefício da pensão por morte corresponderá à totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido*”, tendo a referida norma eficácia imediata. Precedentes do Eg. Supremo Tribunal Federal.

6. Havendo o cônjuge da pensionista falecido

em 1997, resta caracterizado o seu direito adquirido, na forma do art. 40, § 5º, da CF, sendo inaplicáveis, na espécie, as emendas constitucionais posteriores.

7. Remessa oficial e Apelação Cível conhecidas e improvidas.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº. 2002.0001.9980-7/0, da Comarca de Fortaleza, em que é apelante ESTADO DO CEARÁ e apelada MARIA CÉLIA PINTO DO MONTE,

A C O R D A a Primeira Câmara Cível desta Corte de Justiça do Estado do Ceará, unanimemente, em negar provimento à remessa oficial e à apelação cível interposta.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta pelo **ESTADO DO CEARÁ** em face da r. sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito da 7ª. Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza, nos autos da Ação de Ordinária de Cobrança nº. 2002.0001.9980-7/0, julgada procedente, a fim de conceder à ora apelada, a Sra. **MARIA CÉLIA PINTO DO MONTE**, o direito de perceber a pensão decorrente do falecimento de seu cônjuge, ex-segurado do Instituto de Previdência do Estado do Ceará – IPEC, no valor equivalente aos proventos que seu esposo receberia se vivo fosse, além de condenar o apelante ao pagamento das diferenças entre os valores pagos e os efetivamente devidos.

Compulsando os autos, para efeito de avaliação do recurso apelatório, vê-se que, na petição inicial da aludida ação, aduziu a promovente que faria jus a pensão correspondente ao valor integral dos proventos então percebidos pelo seu cônjuge, antes de seu falecimento, suscitando para tanto as normas do art. 40, § 5º, da Constituição Federal, assim como do art. 168, § 5º, da Constituição do Estado do Ceará.

Com base em tais preceitos, ressaltou a apelada

que nos períodos de agosto de 1997 a junho de 1998 recebeu sua pensão em valor inferior ao devido, sendo que, a partir do mês de julho de 1998, passou a perceber o benefício previdenciário em seu valor devido, ou seja, na integralidade dos proventos de seu falecido esposo. Com isso, pleiteou a recorrida pelo pagamento das diferenças de pagamento atrasadas que julgou devidas no período acima referido.

Devidamente citado, o Estado do Ceará manifestou-se, aduzindo, em síntese, que: a) haveria ilegitimidade passiva *ad causam*, na medida em que o Sistema Único de Previdência Social dos Servidores Públicos do Estado do Ceará – SUPSEC só seria responsável pelas obrigações previdenciárias originadas após a sua instituição, ocorrida em 01.10.1999, ficando a cargo do IPEC a responsabilidade por eventuais obrigações e débitos relativos ao período antecedente àquela data; b) seria firme a jurisprudência do Eg. Supremo Tribunal Federal no sentido de que somente as vantagens gerais seriam estendidas aos servidores inativos e, por via de consequência, às pensionistas (fls. 31/34).

Ao decidir a demanda, reconheceu o d. magistrado *a quo* a legitimidade passiva do Estado do Ceará e, no mérito, julgou procedente a ação, estabelecendo o reajuste da pensão devida à apelada, no valor que o seu cônjuge perceberia se vivo fosse, bem como o pagamento das diferenças entre os valores pagos e os efetivamente devidos computáveis nos últimos cinco anos (fls. 45/50).

Irresignado com o *decisum*, interpôs o Estado do Ceará a presente apelação, pugnando pela sua exclusão da relação processual, a fim de desonerá-lo da obrigação de cumprir a r. sentença prolatada (fls. 51/54).

Intimado a apresentar contra-razões ao presente recurso, pugnou a apelada pelo total improvimento do recurso (fls. 59/60).

Às fls. 67/69, manifestou-se a d. Procuradoria-Geral de Justiça pelo provimento do recurso apelatório, com a reforma da r. sentença recorrida, por entender ser o Estado do Ceará parte ilegítima para figurar no pólo passivo da demanda, opinando

pela inclusão do IPEC.

É o relato. Voto.

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

Tratando-se de remessa oficial, em que se devolve ao Tribunal *ad quem* a apreciação de todas as matérias desfavoráveis ao Estado, faz-se imperioso o exame do mérito do processo em comento, a fim de preservar a validade da r. sentença monocrática.

Analisa-se, inicialmente, a legitimidade do Estado do Ceará para figurar no pólo passivo da presente demanda.

O art. 330 da Constituição do Estado do Ceará de 1989 teve sua redação alterada pela Emenda Constitucional nº. 39, de 5 de maio de 1999, prevendo um novo sistema único de previdência para os servidores públicos estaduais, o qual veio a ser instituído pela Lei Complementar n. 12, de 23 de junho de 1999. Essa Lei Complementar deixou a cargo da Administração Pública Estadual Direta a administração do novo sistema único de previdência social dos servidores públicos estaduais, denominado SUPSEC, abrangendo os agentes públicos e dos membros de Poder, ativos, inativos e pensionistas, dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e do Ministério Público. E as modificações posteriores, incidentes sobre a referida Lei Complementar ou o próprio Sistema Único de Previdência estadual (SUPSEC), apenas consolidaram a nova orientação.

A referida Lei Complementar, com suas alterações, portanto, excluiu da competência do IPEC a gestão da Previdência dos Servidores Públicos Estaduais, embora não tenha extinguido essa autarquia estadual, que permaneceu incumbida dos serviços de saúde dos servidores públicos. Com isso, nos termos dos arts. 1º, 2º e 3º da Lei Complementar n. 24, de 23.11.2000, que dispõe sobre as regras de transição entre o

sistema previdenciário estadual anterior, gerido pelo IPEC, e o atual, SUPSEC, administrado pela Administração Direta, inicialmente, a responsabilidade pelo pagamento das pensões previdenciárias ficou dividida entre o IPEC, quanto a prestações decorrentes de óbito ocorrido até 30 de setembro de 1999, e o Estado do Ceará, que assumia a responsabilidade pelas prestações subseqüentes, isto é, as devidas a partir de 1º de outubro de 1999, relativas a óbitos ocorridos em qualquer período, excluindo-se sempre, em qualquer das duas situações, as parcelas já alcançadas pela prescrição quinquenal.

Daí a inconformação manifestada pelo Estado em sua apelação, suscitando sua ilegitimidade, tendo em vista o período das prestações reclamadas pela Apelada, de agosto de 1997 a junho de 1998.

Sucedee, que a presente ação teve início em setembro de 1999, antes do advento da referida Lei Complementar n. 24/2000, quando ainda havia dúvidas sobre quem iria arcar com as prestações nos diferentes períodos considerados, pois as mencionadas regras de transição entre os sistemas não haviam, ainda, sido editadas pelo Estado. Havia, então, uma lacuna legislativa que só foi suprida pelo Estado posteriormente, quando a presente ação já fluía. E a ação teve curso lento até esta parte, pois quase dez anos já se passaram.

Com o transcurso do tempo, naturalmente, aquelas regras de transição invocadas pelo Estado foram perdendo força, deixando de ter aplicabilidade, pois, naturalmente, se tornavam cada vez mais raros os casos de prestações antigas, anteriores a 1º de outubro de 1999, ainda devidas.

E tanto é assim que, já consolidado o novo sistema único de previdência estadual, o SUPSEC, cuidou o Estado do Ceará, mais recentemente, de mudar a denominação do IPEC que passou a ser denominado de ISSEC - Instituto de Saúde dos Servidores do Estado do Ceará, conforme a Lei nº. 13.875, de 7 de fevereiro de 2007 (DOE, de 7/02/2007). Fez-se isso, certamente, porque já não tinha nenhum sentido manter-se a autarquia estadual ainda com a denominação fazendo referência a atribuição previdenciária que, há muito, deixara de ser sua,

pois assumida pela Administração Direta. O ISSEC então passou a ser responsável, exclusivamente, pelo atendimento à saúde dos servidores estaduais, serviço gratuito, diga-se de passagem, pois a contribuição previdenciária cobrada dos servidores públicos e pensionistas é totalmente destinada, apenas, à manutenção do SUPSEC.

Para melhor entendimento da matéria, faz-se mister a transcrição do art. 78, I, da mencionada lei estadual, *in verbis*:

Lei Estadual nº. 13.875/07

Art. 78. São as seguintes as Autarquias do Estado do Ceará, as quais têm suas estruturas e competências estabelecidas por Lei e Regulamentos próprios, conforme o caso.

I - o Instituto de Previdência do Estado do Ceará - IPEC, passa a denominar-se Instituto de Saúde dos Servidores do Estado do Ceará - ISSEC, que tem por finalidade prestar assistência médica, hospitalar, odontológica e complementar de saúde aos servidores públicos estaduais, através de rede credenciada;

Depreende-se, assim, que o antigo IPEC já não tem qualquer relação com a matéria previdenciária e, certamente, nem dispõe de verba orçamentária para destinar a tais despesas, cabendo hoje ao ISSEC a competência exclusiva relacionada à saúde dos servidores públicos estaduais. Isso significa que as matérias relacionadas à previdência passaram, por completo, a ser encargo do próprio Estado, através da Secretaria de Planejamento e Gestão (SEPLAG).

Dessa maneira, com as mudanças legislativas ocorridas até aqui tem-se como absolutamente legítima a atuação do Estado do Ceará no pólo passivo da presente demanda. Caso fosse dado provimento ao apelo estadual, certamente viria agora o atual ISSEC alegar sua ilegitimidade passiva, para que a ação fosse redirecionada para o Estado do Ceará. E aí se teria uma enorme perda de tempo...

Assim, seja porque à época da propositura da ação o Estado do Ceará, que criara o novo sistema de previdência estadual, não cuidara, ainda, de editar as normas de transição entre os sistemas, seja porque a evolução legislativa tornou atualmente superado o questionamento suscitado nesta Apelação, seja porque nenhum efeito prático relevante teria o Estado com o provimento de sua apelação, pois, em qualquer hipótese, os recursos orçamentários sairão dos cofres do Tesouro, seja porque for, nada mais autoriza que se conceda prestígio à tese de ilegitimidade do Estado.

O entendimento ora adotado atende, portanto, aos princípios da efetividade e da celeridade processuais, na medida em que a inclusão do antigo IPEC na lide, agora ISSEC, só viria a retardar a prestação jurisdicional invocada, sendo que o resultado prático, consistente no pagamento da diferença devida, restaria inalterado. Tal se demonstra pelo fato de que os recursos financeiros devidos à apelada saíam da mesma fonte, o Tesouro Estadual, qualquer que fosse o ocupante do pólo passivo da ação, o IPEC ou o Estado do Ceará.

Em vista do exposto, deve-se reconhecer a legitimidade passiva do Estado do Ceará para figurar na presente lide, negando-se provimento ao apelo.

No que tange ao mérito, examinado por força da remessa oficial, também merece ser confirmada a r. sentença monocrática. Isso porque a redação originária do art. 40, § 5º, da Carta da República, proporcionava à recorrida o direito pleiteado, igualando a pensão por morte ao valor a que o servidor teria direito caso estivesse em atividade. Para melhor compreensão da matéria, faz-se imperiosa a transcrição do referido dispositivo constitucional, *in verbis*:

“Art. 40, § 5º, CF - O benefício da pensão por morte corresponderá à totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido”.

Nos mesmos termos se encontra a Constituição do Estado do Ceará, em seus artigos 168, § 5º, e 335, parágrafo

único, conforme se vê:

“Art. 168...

§ 5º - O benefício da pensão por morte corresponderá à totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido, na forma do disposto no parágrafo anterior”.

“Art. 335...

Parágrafo único – Os pensionistas terão seus benefícios atualizados ao nível do que percebia o funcionário quando de seu falecimento”

Acerca do tema, o C. Supremo Tribunal Federal já pacificou a matéria no sentido de ser de aplicação imediata o transcrito dispositivo constitucional. Assim sendo, por haver o cônjuge da recorrida falecido em 20 de agosto de 1997, deve ser aplicada a norma supramencionada, em seu texto original, a fim de ser preservado o direito adquirido pela parte, independente das mudanças advindas com as emendas constitucionais.

Dessa forma, o d. magistrado *a quo* decidiu de forma irreparável ao conceder a revisão da pensão percebida pela apelada, na medida em que, conforme a expressa autorização constitucional, possui o direito de receber a pensão equivalente à totalidade dos vencimentos que receberia o seu cônjuge se na ativa estivesse. Assim é o entendimento do Pretório Excelso, veja-se:

EMENTA: - CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. ESTADO DO CEARÁ. PENSÃO POR MORTE. VANTAGENS DE NATUREZA GERAL: EXTENSÃO AOS INATIVOS. I.

- O pensionista faz jus à totalidade dos vencimentos que receberia o servidor falecido se na ativa estivesse.

II. - As vantagens de natureza geral, concedidas em razão do cargo, incorporam-se aos proventos dos

inativos.

III. - Agravo não provido.

(STF. RE-AgR 409672. Rel. Min. CARLOS VELLOSO. DJ 25-06-2004 PP-00058).

(...) 2. O aresto atacado reconheceu a pensionistas de servidores inativos da Viação Aérea São Paulo - VASP o direito de receber o benefício em montante igual ao que era pago aos seus instituidores, a título de proventos, por aplicação da norma inserta no § 5o do art. 40 da Lei das Leis (redação originária).(...)

5. Com efeito, o apelo extremo não merece acolhida. Primeiramente, porque é firme no Supremo Tribunal Federal o entendimento de que o § 5o do art. 40 da Lei Maior, cuja redação originária estatuiu que “O benefício da pensão por morte corresponderá à totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido”, é norma auto-aplicável. Consultem-se, a propósito, os seguintes precedentes: MI 211, Relator para o acórdão o Ministro Marco Aurélio, Rcl 2442 MC e AI 422.436, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence; REs 161.224 e 179.646, Relator o Ministro Paulo Brossard; AI 190.673 e RE 210.347, Relator o Ministro Celso de Melo; AI 396.406, Relator o Ministro Carlos Velloso; RE 367.089, Relator o Ministro Moreira Alves; e RE 291.775, Relatora a Ministra Ellen Gracie. (...)

Assim, frente ao art. 557, caput, do CPC, e ao art. 21, § 1º, do RI/STF, nego seguimento ao recurso.

(STF. RE 393470. Rel. Min. CARLOS BRITTO. DJ 10/02/2005 PP-00065).

Nota-se, assim, não merecer alteração a r. sentença que julgou procedente o pleito da recorrida, a fim de determinar ao Estado do Ceará o pagamento das diferenças entre os valores devidos e os efetivamente pagos no período de agosto de 1997 a junho de 1998, quando a apelada recebeu pensão em valor

inferior ao previsto na Carta Magna.

Arrimado em tais assertivas, e em consonância com os entendimentos jurisprudenciais, conheço da presente remessa oficial e do recurso apelatório interposto, negando-lhes provimento, mantendo inalterada a r. sentença monocrática.

É como voto.

Fortaleza, 09 de abril de 2008.

2^a CÂMARA CÍVEL

Componentes:

Des. João de Deus Barros Bringel - Presidente

Dea. Gizela Nunes da Costa

Des. Ademar Mendes Bezerra

Des. Francisco de Assis Filgueira Mendes

AGRAVO DE INSTRUMENTO

**ESTADO DO CEARÁ
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

PROCESSO Nº 2000.0016.1615-4/0

TIPO DE RECURSO: Agravo de Instrumento

COMARCA: Fortaleza

PARTES:

Agravante: Vinicius Barbosa Damasceno

Agravado: Marco Aurélio Aragão Evangelista

Relator: Des. João de Deus Barros Bringel

Órgão Julgador: 2ª Câmara Cível

EMENTA. ACORDO REALIZADO ENTRE AS PARTES APÓS A SENTENÇA. POSSIBILIDADE. VERBA HONORÁRIA. CONDENAÇÃO QUE SÓ PODERIA SER AFASTADA SE TIVESSE HAVIDO A PARTICIPAÇÃO DOS CAUSÍDICOS DE AMBAS AS PARTES, O QUE NÃO SE VERIFICA. PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS QUE SUBSISTE. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos os autos do Agravo de Instrumento nº 2000.0016.1615-4/0, em que são partes as acima indicadas.

ACORDA a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em julgamento de turma, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator.

Relatório

Cuida-se de agravo de instrumento visando à desconstituição da decisão que indeferiu pedido de execução de verba honorária fixada em favor do recorrente Vinicius Barbosa Damasceno, na sentença que declarou a extinção do processo

relativo à ação de busca e apreensão ajuizada por ABN AMRO S.A contra Marco Aurélio Aragão Evangelista (f. 27).

Em suas razões recursais, alega o agravante que fora constituído pelo réu da referida ação, fazendo a sua defesa com o empenho necessário, em razão do que o feito fora declarado extinto, com a condenação do banco agravado nas custas por ele recolhidas e no pagamento de honorários à base de 12% do valor atribuído à causa.

Diz mais o recorrente que, na decorrência da fase recursal, sem seu conhecimento, o agravado fizera acordo com o réu da referida busca e apreensão, oportunidade em que, no pedido de desistência do referido recurso, por parte do banco apelante, o seu constituinte Marco Aurélio Aragão Evangelista desistira de qualquer pedido concernente a ônus sucumbenciais (doc. de f. 42/43), o que ensejou a perda de objeto do aludido apelo.

Esclarece, ainda, que como não desistira dos honorários que lhe foram atribuídos na sentença extintiva anteriormente mencionada, pleiteara sua execução, sendo o seu pleito indeferido, motivo que o levou a pedir a reforma da referida decisão, por entendê-la proferida ao desamparo da lei, dizendo que o seu constituinte não poderia, ao seu alvedrio, negociar os já mencionados honorários, porquanto não pertencentes a ele, mas ao advogado por ele constituído.

O recurso não recebeu qualquer resposta.

Em suas informações de fls. 70/71, o Dr. Juiz do processo ensejador do despacho agravado, esclareceu que “o agravado fez acordo extrajudicial com o autor da ação depois da desistência do recurso, onde resolveu a questão dos honorários fixados na sentença”.

Oficiando às fls. 73/76, a douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo provimento do recurso, com a conseqüente reforma da decisão recorrida.

É o relatório, com a observação de que os presentes autos me foram redistribuídos, após passarem por outras Relatorias.

Voto

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que, transitando em julgado a decisão que deferiu a verba honorária, os patronos não são atingidos pelo acordo celebrado entre as partes, mesmo porque eles não participaram da avença.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. ACORDO ENTRE AS PARTES. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS. TRÂNSITO EM JULGADO. VERBA DEVIDA.

O pagamento da verba honorária, fixada em sentença transitada em julgado, não pode ser afastado em decorrência de acordo firmado entre as partes, sobretudo porque consiste em parcela autônoma pertencente exclusivamente ao advogado e porque o patrono não participou da transação. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ – 6ª T., AgRg no REsp 860606/DF. Rel. Min. Carlos Fernando Mathias - Juiz convocado do TRF 1ª Região - DJ 17.09.07).

“O especial não merece prosperar, porquanto, decidindo como decidiu, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região adotou o entendimento do Superior Tribunal de que **o pagamento da verba honorária não pode ser afastado em decorrência de acordo firmado entre as partes, sobretudo porque consiste em parcela autônoma pertencente exclusivamente ao advogado e porque o patrono não participou da transação.** Nesse sentido, confira-se este julgado: “omissis” Assim, superado encontra-se o alegado dissídio (Súmula 83). Tal o contexto, nego provimento ao agravo. Publique-se. Brasília, 14 de setembro de 2005. Ministro Nilson

Naves Relator” (STJ – 3ª T., Ag 702182, Rel. Min. Nilson Naves, DJ 19.10.2005).

A livre disposição da verba honorária só é possível quando há intervenção dos causídicos, o que ora não se observa.

De fato, conforme afirma e comprova o agravante, o seu cliente, ora agravado, dispôs dos honorários advocatícios sem a sua anuência, revelando que a transação realizada entre as partes não poderia ter alcançado a referida verba, que não pertence ao réu da ação, mas sim ao seu advogado.

Destaque-se, inclusive, que não houve sequer a homologação do referido acordo, uma vez que o mesmo foi celebrado quando os autos já se encontravam nesta Corte de Justiça para apreciação do recurso de apelação interposto pelo banco ABN, que, comunicando a realização de ajuste entre as partes, requereu a **desistência** do seu recurso.

Houve, portanto, a homologação do pedido de desistência, que não se confunde com a homologação de acordo realizado fora do processo.

A ausência de homologação revela que o acordo só produz efeito imediato entre as partes que participaram de sua celebração, dentro, logicamente, dos limites em que poderiam dispor. Logo, sendo o agravante terceiro estranho ao ajuste e não tendo havido a homologação do mesmo, possível se mostra a execução da verba honorária fixada em seu favor.

Do exposto, acolho o parecer ministerial e conheço do recurso para dar-lhe provimento, o que faço com base nas razões aqui constantes.

É como voto.

Fortaleza, 16 de abril de 2008.

**ESTADO DO CEARÁ
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

**AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2002.0002.0627-7/0
AGRAVANTE: J. L. P. H. DE M.**

AGRAVADOS: L. G. P. DE M., REPRESENTADO POR E. C. C. G. P. DE M.

ORIGEM: 18ª VARA DE FAMÍLIA DA COMARCA DE FORTALEZA (Ação Cautelar Incidental de Alimentos - Processo nº 2002.02.12853-9)

RELATOR: DESEMBARGADOR ADEMAR MENDES BEZERRA

EMENTA: CIVIL E PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALIMENTOS. BINÔMIO LEGAL. O valor dos alimentos deve ser fixado na proporção das necessidades do alimentando e dos recursos do alimentante, nos termos do artigo 1.694, § 1º, do Código Civil.

Conjunto probatório que demonstra que o agravante não pode pagar nenhum dos valores discutidos dentro do processo sem prejuízo de seu sustento.

Agravo conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos do Agravo de Instrumento n.º 2002.0002.0627-7/0, em que figuram as partes acima indicadas.

Acorda a Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Ceará, em julgamento unânime, em conhecer e dar provimento ao presente recurso, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 23 de janeiro de 2008.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Agravo de instrumento, com pedido liminar de efeito suspensivo, interposto por J. L. P. H. de M. em face de seu filho L. G. P. de M., representado por sua genitora E. C. C. G. P. de M., contra decisão

proferida pela d. Magistrada da 18ª Vara de Família de Fortaleza (fl. 16) que, nos autos de Ação Cautelar Incidental de Alimentos Provisionais (Processo nº 2002.02.12853-9), arbitrou pensão alimentícia a ser paga pelo agravante ao agravado no montante de 25 % (vinte e cinco por cento) de seu salário e vantagens, excluídos os descontos obrigatórios.

Nas razões de agravo (fls. 02/11), alega o recorrente que merece reforma o *decisum* atacado, primeiramente porque o valor fixado para a pensão alimentícia excede sua capacidade econômica, violando o binômio necessidade/possibilidade. Aduz que a mãe do recorrido, sua representante legal, tem iguais deveres de sustentá-lo, fundamentado tal argumento na igualdade entre mulher e homem, consagrada na Constituição Federal. Defende, ademais, que o d. Juízo *a quo* não considerou o que havia sido acordado no tocante à verba alimentar em apreço no acordo de divórcio entre o agravante e a representante legal do agravado, seu ex-cônjuge, dentro do qual se previa o pagamento de pensão no montante de dois salários mínimos. Ao final, pede que o presente recurso seja recebido no efeito suspensivo e que seja reformada a decisão guerreada, sendo anulados todos os atos praticados a partir do *decisum* atacado.

Juntou os documentos de fls. 12/75.

Preparo (fl. 77).

Nas contra-razões do agravo (fls. 86/93), o recorrido, por meio de sua representante legal, afirma que o recorrente reúne condições de pensioná-lo no patamar estabelecido, visto que vive com a mãe e que goza de um bom padrão de vida. Alega, ainda, que suas necessidades requerem um maior pensionamento por parte do agravante.

Às fls. 95/99, informações da d. Magistrada de 1º Grau, afirmando que o acordo que o recorrente e a representante legal do agravado firmaram dentro de sua ação de divórcio, e que estabelecia um valor para a pensão alimentícia do recorrido, não só não teria sido homologado como também que aquilo que em seus termos foi avençado foi objeto de pedido de desconsideração por parte do ex-cônjuge virago.

Às fls. 113/114, despacho do anterior

Desembargador relator do feito, conferindo efeito suspensivo ao presente recurso, por vislumbrar o risco de lesão grave e de difícil reparação para o agravante.

Às fls. 117/123, o agravado interpôs agravo regimental contra a decisão do anterior Desembargador relator do feito, que deferiu o pedido liminar de efeito suspensivo. O agravo não foi, porém, conhecido, como comprovam a cabível certidão de julgamento (fl. 165) e o voto desta Relatoria, aprovado por unanimidade (fls. 166/169).

Às fls. 174/178, parecer da d. PGJ, opinando pelo provimento do recurso, por entender que o valor de dois salários mínimos que o recorrente se propõe a pagar se encontra dentro de suas possibilidades.

É o relatório. Decido.

VOTO

O deslinde de ações envolvendo a fixação do valor de pensões alimentícias, tanto em sede de apelação como de agravo, sempre gira em torno do chamado “binômio necessidade/possibilidade”, parâmetro estabelecido pelo artigo 1.694, § 1º, do Código Civil, que determina expressamente que “Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada”.

Julgados dos tribunais pátrios refletem a importância do binômio necessidade/possibilidade como medida legal para a definição do montante das obrigações alimentares:

“RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. REVISIONAL DE ALIMENTOS. REDUÇÃO E EXONERAÇÃO DA PRESTAÇÃO ALIMENTÍCIA. EFEITOS DA APELAÇÃO.

- DEVE SER RECEBIDO APENAS NO EFEITO DEVOLUTIVO O RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO CONTRA SENTENÇA QUE DECIDA PEDIDO REVISIONAL DE ALIMENTOS, SEJA PARA MAJORAR, DIMINUIR OU EXONERAR O

ALIMENTANTE DO ENCARGO.

- VALORIZA-SE, DESSA FORMA, A CONVICÇÃO DO JUIZ QUE, MAIS PRÓXIMO DAS PROVAS PRODUZIDAS, PODE AVALIAR COM MAIOR PRECISÃO AS NECESSIDADES DO ALIMENTANDO CONJUGADAS ÀS POSSIBILIDADES DO ALIMENTANTE, PARA UMA ADEQUADA FIXAÇÃO OU ATÉ MESMO EXONERAÇÃO DO ENCARGO.

- COM A ATRIBUIÇÃO DO DUPLO EFEITO, HÁ POTENCIAL PROBABILIDADE DE DUPLO DANO AO ALIMENTANTE QUANDO A SENTENÇA DIMINUIR O ENCARGO ALIMENTAR: (I) DANO PATRIMONIAL, POR CONTINUAR PAGANDO A PENSÃO ALIMENTÍCIA QUE A SENTENÇA RECONHECE INDEVIDA E POR NÃO TER DIREITO À DEVOLUÇÃO DA QUANTIA DESPENDIDA, CASO A SENTENÇA DE REDUÇÃO DO VALOR DO PENSIONAMENTO SEJA MANTIDA, EM RAZÃO DO POSTULADO DA IRREPETIBILIDADE DOS ALIMENTOS; (II) DANO PESSOAL, POIS O PROVÁVEL INADIMPLEMENTO DITADO PELA AUSÊNCIA DE CONDIÇÕES FINANCEIRAS PODERÁ LEVAR O ALIMENTANTE À PRISÃO.

RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA PARTE, IMPROVIDO.

(Superior Tribunal de Justiça. REsp 595209 / MG; RECURSO ESPECIAL 2003/0172044-9; Ministra NANCY ANDRIGHI; T3 - TERCEIRA TURMA DJ 02.04.2007 p. 263).

SEPARAÇÃO JUDICIAL. ALIMENTOS PROVISÓRIOS. EX-ESPOSA E FILHOS. ADEQUAÇÃO DO QUANTUM. 1. **Os alimentos devem ser fixados de forma a atender as necessidades da família, observando-se o binômio possibilidade e necessidade.** 2. É cabível

a majoração dos alimentos provisórios quando, comprovada a capacidade econômica do alimentante, constata-se que o valor fixado é insuficiente para atender as despesas da família, já que a ex-mulher está desempregada e sem condições de exercer atividade laboral remunerada, pois tem a guarda dos dois filhos em tenra idade. 3. Os alimentos provisórios podem ser revistos a qualquer tempo, bastando que venham aos autos os elementos de convicção que justifiquem a revisão. Recurso provido.

(Agravo de Instrumento Nº 70018807040. Sétima Câmara Cível. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Julgado em 25/04/2007). (grifos nossos)

“CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – ALIMENTOS PROVISÓRIOS – GUARDA CONJUNTA – Verba fixada sem atentar para o binômio necessidade-possibilidade - Alimentando que passa três dias da semana na residência do alimentante - Adequação da verba na instância recursal - Provimento parcial do recurso. Ao fixar os alimentos o magistrado deve levar em conta o binômio necessidade/possibilidade, verificando, ainda, o padrão de vida a que está acostumado o alimentando, bem como os demais encargos anteriormente assumidos pelo alimentante com relação a outros filhos e seus genitores, mormente se o beneficiário passa razoável período da semana na residência do genitor, o que faz presumir que a verba fixada, a título de alimentos provisórios, deva ficar em patamar razoável com a situação fática dos autos”.

(Tribunal de Justiça do Distrito Federal – AGI 20030020055705 – DF – 5ª T.Cív. – Rel. Des. Dácio Vieira – DJU 05.02.2004 – p. 49);

Na avaliação das possibilidades de pagamento da pensão a crianças, deve também ser levada em consideração a exigência constitucional de que ambos os pais se dediquem igualmente aos deveres inerentes ao pátrio poder, não mais detido apenas pelo homem, mas também pela mulher. É o que claramente se depreende a partir do artigo 5º, I, e do artigo 226, § 5º, da Constituição Federal.

Entretanto, também aqui devem ser sempre avaliadas as possibilidades dos alimentantes, como se percebe a partir dos seguintes julgados:

EMENTA: AÇÃO DE ALIMENTOS. Alimentos provisórios. Dever alimentar de ambos os pais. Igualdade entre homem e mulher, aliada à possibilidade da alimentante e necessidade do alimentado. DERAM PARCIAL PROVIMENTO.

(Agravo de Instrumento Nº 70005601422, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator: Rui Portanova, Julgado em 13/03/2003)

EMENTA: ALIMENTOS. OBRIGAÇÃO DE AMBOS OS GENITORES NA PROPORÇÃO DE SEUS GANHOS. A OBRIGAÇÃO DE SUSTENTAR O FILHO E DE AMBOS OS GENITORES, EM IGUALDADE DE CONDIÇÕES, MAS NA PROPORÇÃO DE SUAS POSSIBILIDADES. NO CASO, AS POSSIBILIDADES NÃO SÃO IGUAIS. BASTA VER QUE, ENQUANTO O VARÃO RECEBE BRUTO CERCA DE “DOIS MIL DÓLARES”, A GENITORA AUFERE “DOIS MIL REAIS”! ORA, AO CAMBIO DE HOJE, ISSO SIGNIFICA QUE O VARÃO GANHA “DUAS VEZES E MEIA” MAIS QUE A MULHER. LOGO, SUA OBRIGAÇÃO EM RELAÇÃO AO FILHO COMUM É NECESSARIAMENTE PROPORCIONAL (DUAS VEZES E MEIA SUPERIOR). DERAM PARCIAL PROVIMENTO. (6

FLS.)

(Apelação Cível Nº 70004108296, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 05/06/2002)

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. REVISÃO DE ALIMENTOS. PRELIMINAR DE VIOLAÇÃO AO ARTIGO 132 DO CPC: REJEIÇÃO. PENSÃO ALIMENTÍCIA. MODIFICAÇÃO NA SITUAÇÃO FINANCEIRA DAS PARTES. NOVA FIXAÇÃO. VIABILIDADE. BINÔMIO NECESSIDADE-POSSIBILIDADE. OBRIGAÇÃO DE AMBOS OS PAIS. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ARTIGO 226, §5º.

1. A transferência do juiz substituto que concluiu a audiência de instrução, colhendo a prova oral, não impede que seja a sentença proferida por outro magistrado, o qual, se entender necessário, poderá mandar repetir as provas já produzidas. Inteligência do artigo 132 do CPC, em sua nova redação.

2. A decisão judicial de alimentos, quanto ao valor da pensão, não se sujeita ao trânsito em julgado material (REsp 12.047-SP; relator Ministro Athos Carneiro), podendo, a qualquer tempo, ser revista em face da superveniente modificação da situação financeira dos interessados.

3. Quando sobrevier mudança na situação financeira das partes, mostra-se possível a alteração no valor da pensão alimentícia, sendo certo que os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada. (artigo 1.699 do Código Civil).

4. A obrigação de contribuir para a criação e educação dos filhos cabe a ambos os pais, consoante o princípio igualitário dos genitores disposto no artigo 226, §5º da Constituição Federal.

5. Preliminar rejeitada. Recurso parcialmente

provido.

(Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 20040110346669APC, Relator HUMBERTO ADJUTO ULHÔA, 4ª Turma Cível, julgado em 14/06/2006, DJ 18/07/2006 p. 89)

Compulsando atentamente os autos, verifico que a representante legal do agravado trabalha, como ela mesmo admite. Entretanto, não há provas que demonstrem o que ela afeita, pelo que, pelo menos nesta quadra processual, decido simplesmente de acordo com os dados relativos à capacidade econômica do recorrente.

Verifico que um dos documentos mais importantes para o deslinde da causa é o comprovante de pagamentos do agravante (fls. 59 e 108), que registram que este recebia o valor bruto de R\$ 2.450,00 (dois mil, quatrocentos e cinquenta reais) e líquido, no primeiro comprovante (fl. 59), de R\$ 1.024,99 (mil e vinte e quatro reais e noventa e nove centavos) e, no segundo comprovante (fl. 108), de R\$ 1.013,12 (mil e treze reais e doze centavos). Entretanto, cabe ressaltar que parte dos descontos recebidos pelo recorrente refere-se a adiantamentos, que somam o valor de R\$ R\$ 980,00 (novecentos e oitenta reais). Com isso, o valor efetivamente disponível para o agravante variaria entre R\$ 1.993,12 (mil novecentos noventa e três reais e doze centavos) e R\$ 2.004,99 (dois mil e quatro reais e noventa e nove centavos), em números de 2002.

Com as mudanças ocorridas no valor do salário mínimo desde que o agravo foi interposto, entendo que manter o patamar da pensão em dois salários mínimos implicará em encargo demasiado oneroso para o agravante, visto que este teria de pagar o montante de R\$ 760,00 (setecentos e sessenta reais), equivalente a quase 30% (trinta por cento) de seus vencimentos.

Com isso, entendo que o percentual de 20 % (vinte por cento) atende à possibilidade do recorrente e é prudente, diante da falta de informações relativas às possibilidades da representante legal do recorrido.

Por tais razões, conheço o agravo, para dar-lhe provimento, estabelecendo o valor da pensão alimentícia no patamar mencionado no parágrafo anterior, a prevalecer pelo menos até que outros elementos que eventualmente venham a ser apresentados permitam melhor auferir as reais possibilidades do agravante e da representante legal do agravado.

É como voto.

Fortaleza, 23 de janeiro de 2008.

APELAÇÃO CÍVEL

**ESTADO DO CEARÁ
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

PROCESSO Nº 2000.0128.5582-1/1

TIPO DO RECURSO: Apelação Cível

COMARCA: Fortaleza

PARTES:

Apelante: Francisco Souza de Farias

Apelado: Estado do Ceará

Relator: Des. João de Deus Barros Bringel

Órgão Julgador: 2ª Câmara Cível

EMENTA. CONCURSO PÚBLICO. REVISÃO DE NOTA POR AFRONTA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE, SOB O FUNDAMENTO DE NÃO TER A COMISSÃO EXAMINADORA OBSERVADO AS NORMAS DO EDITAL DO CERTAME. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE INCURSÃO NO MÉRITO. ANÁLISE QUE SE LIMITA A VERIFICAR SE A CONDUTA DA BANCA EXAMINADORA ESTÁ PAUTADA NAS REGRAS EDITALÍCIAS. PROVA DE REDAÇÃO. EXCLUSÃO DE PONTOS POR ERROS GRAMATICAIIS QUE SE MOSTRAM EVIDENTES. ADEQUAÇÃO DA CONDUTA DA ADMINISTRAÇÃO. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO, MAS NÃO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos os autos da apelação cível nº. 2000.0128.5582-1/1, em que são partes as acima indicadas.

ACORDA a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em julgamento de turma, por unanimidade, em conhecer do recurso, mas para negar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator.

R e l a t ó r i o

Trazem os autos para apreciação recurso de

apelação interposto contra a sentença da MMA. Juíza de Direito da 5ª Vara da Fazenda Pública da comarca de Fortaleza, que julgou improcedente o pedido feito pelo aqui apelante **Francisco Souza de Farias**, na ação ordinária que ajuizou em desfavor do **Estado do Ceará**, ora apelado.

Narra o recorrente na sua preambular que se submeteu ao Concurso Público para o Cargo de Oficial de Justiça Avaliador de Entrância Especial, realizado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, através da ESAF – Escola de Administração Fazendária.

Segue informando que foi excluído do certame por não ter atingido a pontuação mínima na prova de redação, exclusão esta que defende como ilegal, por ter a Comissão Examinadora da Prova, conforme sustenta, subtraído pontos legítimos de sua avaliação.

Diante de tal situação fática, ajuizou a referida ação ordinária, não tendo a magistrada singular acolhido o seu pleito, sob o fundamento de inexistir afronta aos critérios de correção trazidos no edital do concurso, pela banca examinadora.

Inconformado, interpôs recurso de apelação, sustentando como razões de reforma da sentença apelada, a flagrante violação às normas editálicas, pelo recorrido, quando da correção da sua prova de redação

O apelo foi recebido no seu duplo efeito (f. 106).

Após a ciência do Ministério Público de primeiro grau, os autos foram remetidos a este Colegiado.

Tendo sido constatada a ausência de intimação regular do Estado do Ceará acerca da interposição de recurso pelo autor da demanda, foi o processo devolvido à origem para a adoção das providências cabíveis.

Contra-razões do Poder Público Estadual às fls. 120/125, pugnando pelo não provimento do recurso.

Petição do apelante às fls. 129/130, requerendo a juntada de acórdão em julgamento que defende ser semelhante ao caso em apreço.

A parte contrária não se manifestou sobre o petitório do recorrente, não obstante ter sido devidamente intimada (f. 141).

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça às fls. 143/147, opinando pela manutenção da sentença recorrida. É o relatório.

V o t o

O Ministério Público de primeiro grau (fls. 79/80), a magistrada singular (fls. fls. 94/96), e a douta Procuradoria Geral de Justiça (fls. 143/147), possuem o mesmo entendimento: o de que não é possível ao Judiciário pronunciar-se sobre o mérito do ato administrativo, mas tão somente sobre a sua legalidade, razão pela qual entendem ser o autor, ora recorrente, carente de razão no que toca ao seu pedido de revisão da nota que lhe foi atribuída na prova de redação pela Comissão Examinadora do Concurso Público para Oficial de Justiça Avaliador de Entrância Especial, realizado por esta Corte de Justiça, através da ESAF – Escola de Administração Fazendária, sob a égide do Edital n. 02, de 14 de janeiro de 2002.

Em que pese a relevância das fundamentações ali utilizadas, temos que, no presente caso, não há discussão sobre o mérito administrativo, mas, ao contrário, sobre a legalidade do ato que excluiu o recorrente do certame sem observar, conforme o próprio defende, os critérios de correção trazidos na cláusula 8.3 do Edital do certame.

Cumpra registrar, no que se refere à defendida impossibilidade de controle judicial do mérito administrativo, que a jurisprudência atual do Superior Tribunal de Justiça faz distinção entre *mérito administrativo*, controlável judicialmente em face dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais como a razoabilidade, proporcionalidade, eficiência e moralidade, por exemplo, e o *puro mérito administrativo*, incapaz de sofrer controle judicial, por referir-se a aspectos exclusivamente subjetivos ligados à conveniência e oportunidade da administração Pública. (Nesse sentido, ver o acórdão exarado pelo STJ, no REsp 429570/GO, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 22.03.04, p. 277)

No presente caso, o *puro mérito administrativo* do

ato que excluiu o apelante do concurso público se refere, conforme bem afirmou a juíza sentenciante, aos critérios de correção utilizados pela Administração Pública, não cabendo ao Judiciário apontar quais os pontos mais ou menos relevantes para a atribuição da nota do candidato.

Todavia, conforme anteriormente já se afirmou de maneira sucinta, não há, pelo recorrente, discussão acerca do mérito administrativo, isto é, impugnação aos critérios de correção utilizados pela ESAF, uma vez que o que o candidato busca é justamente a aplicação desses critérios à correção feita em sua prova, sustentando, assim, a ofensa ao princípio da legalidade pela não observância à cláusula 8.3 do Edital, que assim estatui:

8 – DAS PROVAS a.3 e b.3 – REDAÇÃO

(...)

8.3 – A avaliação abrangerá a compreensão do tema, o desenvolvimento e a adequação da argumentação, a conexão e a pertinência do tema, a objetividade e a seqüência lógica do pensamento, a utilização correta do vocabulário e das normas gramaticais, valendo, no máximo, 20 pontos.

Defende o apelante que a comissão examinadora da sua prova de redação subtraiu-lhe pontos indevidamente ao apontar erros gramaticais inexistentes, defesa esta que buscou comprovar com o parecer do Professor da UECE José **Myrson Melo Lima**.

Observando o parecer de fls. 33/34, e a prova de redação de fls. 36 e 36v, temos que o recorrente não concorda com os pontos que lhe foram subtraídos no primeiro e segundo parágrafo, que a seguir transcrevemos:

“A medida em que há o recrudescimento populacional das grandes cidades, surge novas mudanças no seu cenário político-nacional, sobretudo em países emergentes e categorizados

de sub-desenvolvidos.

A sociedade clama por justiça quando se depara com as desigualdades de renda, a falta de saúde pública de qualidade, a violência e o desemprego que são conseqüências diretas da corrupção em nosso país”.

A banca examinadora subtraiu da nota do apelante os seguintes pontos no primeiro parágrafo: erro de morfologia e sintaxe de concordância.

O parecer do Professor Myrson Lima, produzido unilateralmente pelo apelante, concorda com o apontado erro de concordância verbal, sustentando que este existe na parte em que o apelante afirma que “surge novas mudanças”, mas argüi, sem maiores explicações, que inexistente erro de morfologia.

As palavras, como sabemos, são formadas de unidades ou elementos mórficos, que são os seguintes: 1) **raiz, radical, tema**: elementos básicos e significativos; 2) **afixos** (prefixos, sufixos), **desinência, vogal temática**: elementos modificadores da significação do radical; 3) **vogal de ligação, consoante de ligação**: elementos de ligação ou eufônicos.

Quanto à formação, as palavras podem ser **primitivas** (ex.: pedra) ou **derivadas** (ex.: pedreiro).

Com relação ao radical, dividem-se as palavras em **simples** (possuem apenas um só radical) e **compostas** (apresentam mais de um radical).

A língua portuguesa, dessa forma, apresenta dois processos básicos para formação de palavras: a derivação e a composição.

O recorrente sustenta através do parecer de fls. 33/34, que inexistente erro de morfologia no primeiro parágrafo de sua redação, de forma que a subtração de ponto neste sentido afronta a norma do Edital que dispõe que a correção da prova se dará de acordo com as normas gramaticais.

Verifica-se, todavia, que as normas gramaticais foram efetivamente observadas pela comissão examinadora, que indicou devidamente os erros de concordância verbal e de

morfologia cometidos pelo apelante.

O primeiro revela-se na segunda linha de sua redação, na parte onde afirma “surge novas mudanças”, sendo, na verdade, fato incontroverso, uma vez que reconhecido pelo próprio recorrente. Já o segundo, consiste na escrita da palavra subdesenvolvimento com hífen, como se cuidasse de palavra composta (com mais de um radical), quando é simples palavra derivada (modificação da palavra primitiva por meio de acréscimo do prefixo *sub*).

Destaque-se que o erro aqui apontado é feito dentro dos limites de conhecimento da matéria por esta Relatoria, sendo certo que a banca examinadora pode ter, quando da correção da redação do apelante, verificado erros mais profundos, não perceptíveis por olhos leigos.

O que é certo é que, a visível comprovação de que houve erro de morfologia demonstra a adequação da conduta da banca examinadora.

No que toca ao segundo parágrafo, temos que foram retirados do apelante os seguintes pontos: sintaxe de regência e pontuação, nos aspectos gramaticais, e argumentação fraca, no aspecto textual.

O recorrente se insurge contra a apontada falha na sua pontuação, afirmando, com base no parecer do professor de português da UECE, que na passagem “A sociedade clama por justiça **quando** se depara com as desigualdades de renda, a falta de saúde pública de qualidade, a violência e o desemprego **que** são conseqüências diretas da corrupção em nosso país”, o uso de vírgula antes de **quando** e antes do **que** são facultativas e não obrigatórias.

O professor *Domingos Paschoal Cegalla* (Novíssima Gramática da Língua Portuguesa. São Paulo: Companhia Editora Nacional. 2005, p. 428) nos ensina que:

Tríplice é a finalidade dos sinais de pontuação:

- a) Assinalar as pausas e as inflexões da voz (a entoação) na leitura;
- b) Separar palavras, expressões e orações que

devem ser destacadas;

c) Esclarecer o sentido da frase, afastando qualquer ambigüidade.

Não há uniformidade entre os escritores quanto ao emprego dos sinais de pontuação. Não sendo possível traçar normas rigorosas sobre a matéria. (Grifo nosso).

O ensinamento supracitado revela que a afronta ao edital pela comissão examinadora só existiria se a mesma estivesse exigindo o uso da vírgula em casos onde o seu emprego fosse indevido (ex.: para separar sujeito e verbo da oração, quando juntos), e não em hipóteses onde o ilustre professor Myrson Lima entende ser caso de uso facultativo, mas que não afasta a possibilidade de outros afirmarem ser passagem de uso obrigatório, porque serviria para separar orações adjetivas explicativas (“**que** são conseqüências diretas da corrupção em nosso país”), por exemplo.

Não se pode exigir, dessa forma, que a Administração adote este ou aquele entendimento sobre regras de pontuação, mas tão somente um que se mostre coerente com as normas gramaticais pátrias, o que ora se verifica.

É inquestionável que a não obtenção, pelo apelante, da nota necessária à sua aprovação no concurso público é bastante frustrante, porquanto, faltou-lhe apenas 01 (um) ponto para atingir o perfil exigido. Entretanto, o Tribunal, quando controla a legalidade do certame, confrontando o Edital com a atuação da banca examinadora, não pode invadir a seara do mérito do ato administrativo com a substituição dos critérios de correção por outros que sejam mais benéficos ao candidato. Assim, em se cuidando de erro de pontuação que o apelante busca combater sob o fundamento de não ser a vírgula, naquele caso, de uso obrigatório, mas sim facultativo, é de se reconhecer que o entendimento contrário à tese defendida não afronta às normas gramaticais, violação esta que só existiria na hipótese de exigência da colocação da vírgula em passagens onde não há,

obrigatoriamente, o seu emprego, o que não é o caso.

Do exposto, conheço do recurso, mas negar-lhe provimento, o que faço com base nas razões aqui constantes.

É como voto.

Fortaleza, 28 de maio de 2008.

**ESTADO DO CEARÁ
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Apelação Cível n.º 2000.0141.5561-4/1

Apelante/Apelada: COELCE - COMPANHIA ENERGÉTICA DO CEARÁ

Apelado/Apelante: Paulo Roberto da Silva

Relator: Desembargador Ademar Mendes Bezerra

EMENTA: APELAÇÕES CIVEIS. DIREITO CIVIL. INDENIZAÇÃO. CORTE INDEVIDO DE ENERGIA ELÉTRICA. DANO MORAL CONFIGURADO. SENTENÇA REFORMADA.

- A restrição temporária da fruição do bem, sem causa legal para tanto, importa em conduta imprudente a ser reparada.

- Segundo o acervo probatório dos autos, restou caracterizado o constrangimento moral sofrido pelo apelado, especialmente perante sua vizinhança, familiares e amigos.

- Com base nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade se pode afirmar injusta a fixação do *quantum* indenizatório pela instância originária, haja vista que, a prevalecer à sentença monocrática, o valor consistiria em um aumento desproporcional do patrimônio do autor face ao dano vivenciado.

- Precedentes dos Tribunais Superiores e deste

Tribunal de Justiça.

- Recursos conhecidos, para prover a apelação da Coelce e negar a do autor.

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da Apelação Cível n.º 2000.0141.5561-4/1, em que figuram as partes acima indicadas. Acorda a colenda Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, julgar parcialmente provida a apelação da Coelce e negar a do demandante, nos termos do voto de relator.

Fortaleza, 09 de janeiro de 2008.

VOTO

Cuidam os presentes autos de Apelações Cíveis interpostas por COELCE - Companhia Energética do Ceará e Paulo Roberto da Silva em face de sentença que julgou parcialmente procedente o pedido inicial, condenando a concessionária de energia por dano moral ao pagamento de R\$ 10.800,00 (dez mil e oitocentos reais), relativo a quase cinquenta vezes o valor da conta de consumo de energia elétrica, alusiva ao mês de março de 2000, além dos ônus sucumbenciais.

Narra, na vestibular (fls.02/12), o autor/apelante/apelado que no dia 10 de março de 2000 foi surpreendido pelo corte no fornecimento de energia elétrica do seu terreno, no qual se realizaria um churrasco em comemoração ao aniversário de seu filho, apesar de paga a fatura do mês citado. Afirma, ainda, que tal fato causou-lhe aborrecimento e constrangimento perante parentes e amigos.

Devido à conduta arbitrária e ilegal da COELCE, requereu o Sr. Paulo Roberto da Silva, agora em juízo, indenização pelos danos morais sofridos, fixados em 3.600 salários mínimos, respectivamente, acrescido das custas e honorários advocatícios.

Em contestação (fls. 48/61), a Coelce diz que na data do fato suspendeu a energia em decorrências de problemas causados pela adaptação a um novo sistema informatizado, imposto pela ANEEL, órgão regulador do setor, e que inexistiria motivo para se alegar qualquer dano moral uma vez que a falha no fornecimento assemelhou-se a uma falta de energia.

Apontou ausência de ilícito e de dano a reparar, pleiteando pela improcedência do pedido, com a condenação do autor nos ônus da sucumbência.

Audiência de conciliação inexistosa (fl.69), seguida da colheita de provas testemunhais (fls. 76/84) e da entrega dos memoriais (fls.88/94 e 95/101).

Sentença de fls. 103/108 julgando parcialmente procedente o pedido, condenando a COELCE a indenizar o autor pelos danos morais causados, no valor de R\$ 10.800,00 (dez mil e oitocentos reais), além das custas e honorários advocatícios.

Apelação da concessionária de energia elétrica às fls. 111/125 requerendo a reforma do julgado, por não ter praticado qualquer ato ilegal, apto a gerar a obrigação de indenizar, rechaçando o valor arbitrado, valendo-se dos depoimentos testemunhais quanto dos termos da contestação.

Apelação às fls. 126/133 da parte autora, também irresignada com o destreame da lide, pugnando pelo aumento da condenação, da forma pleiteada na inaugural.

Contra-razões de ambos às fls.139/152 e 153/156, repisando-se a argumentação inicial.

É o relatório. Decido.

Tratam os autos de apelação interposta pela Coelce, em face da condenação por danos morais causados ao autor, em virtude do corte indevido no fornecimento de energia elétrica na residência do apelado/apelante.

Ao contrário das razões apresentadas pela empresa recorrente, constato, em consonância com o entendimento do julgador do primeiro grau, verificar-se a existência de dano moral diante do constrangimento e incômodo causado ao recorrido,

em ver alterada sua rotina pela falta de cuidado necessário por parte da Coelce, durante o desempenho da prestação do seu serviço.

Apesar de muito argumentar que não foi a responsável pela suspensão do fornecimento da energia elétrica do Sr. Paulo Roberto da Silva, não logrou êxito a concessionária Coelce em alojar provas em seu favor, o que lhe competia (art.333, II, CPC).

A prova robusta e contundente do ato ilícito da concessionária insurgente está flagrantemente constatada nos documentos de fls. 17 e 30, os quais comprovam o pagamento da fatura relativa ao consumo do mês de março de 2000.

Assim, a restrição temporária da fruição do bem móvel (art.83, CC) sem causa legal para tanto, importa em conduta imprudente a ser reparada, restando afastada a frágil tese argüida de “recompensa” do apelado pela simples religação da energia.

Data vênia, tal atitude não passa de mera obrigação de corrigir um erro por ela mesma praticado, não se confundindo com o dever de indenizar eventual ofensa material ou moral provocada (arts.5º, X e 35, § 6ºda CF, e art.186, CC).

Também restou identificado no acervo probatório dos autos, o constrangimento moral sofrido pelo autor, especialmente perante sua vizinhança, conforme declarações testemunhais, cujos trechos adiante seguem:

“... disse que o acionante se encontrava bastante chateado com as brincadeiras em decorrência do corte de energia, dado o argumento de que o fato se deu por falta de pagamento...” (José Façanha da Silva, fl. 77).

“...ficou sabendo que se tratava de um corte de energia e sentiu o constrangimento do autor e de seus familiares...” (Augusto Cezar Fonseca Rodrigues, fl. 79).

Desta feita, o ato danoso e arbitrário de suspensão do fornecimento de energia do sítio do apelado/apelante, retirou-lhe o sossego, circunstância que serve também para ressaltar, quando menos, a falta de cuidado da concessionária ao ensejo da prestação dos seus serviços aos clientes.

Nesse contexto, não há como afastar a culpa da empresa apelante - pessoa jurídica de direito privado, prestadora de serviço público - na ofensa à esfera íntima do recorrido, respondendo pelo dano objetivamente, porquanto a lesão foi causada pelo Poder Público por meio de ação de seus agentes (art.37, § 6º, CF).

Passo agora a analisar o valor atribuído a título de dano moral, também matéria que deve ser reexaminada por esta Corte.

O Órgão julgador de primeira instância condenou a Coelce a pagar ao promovente/recorrido/recorrente, a título de dano moral, no valor de R\$ 10.800,00 (dez mil e oitocentos reais), relativo a quase cinqüenta vezes o valor da conta de consumo de energia elétrica.

O autor irresignou-se, bem como a COELCE, como já relatado.

Já é remansoso o entendimento no sentido de não ser justo nem jurídico fixar em montantes exagerados a reparação de danos morais. Como não há critérios objetivos para guiar o magistrado na determinação de um *quantum* que sirva de compensação, deve este se guiar pela razoabilidade, pelo bom senso e pela equidade.

Ressalte-se que o dano moral é compensável e não ressarcível, porque o prejuízo ao patrimônio moral de um sujeito jamais poderá ser proficuamente reparado por dinheiro. É neste sentido que YUSSEF SAID CAHALI (Dano Moral, 2ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 42) afirma que “a sanção do dano moral não se resolve numa indenização propriamente, já que indenização significa eliminação do prejuízo e das suas conseqüências, o que não é possível quando se trata

de dano extrapatrimonial; a sua reparação se faz através de uma compensação, e não de um ressarcimento; impondo ao ofensor a obrigação de pagamento de uma certa quantia de dinheiro em favor do ofendido, ao mesmo tempo que agrava o patrimônio daquele, proporciona a este uma reparação satisfativa”.

Nessa linha de pensamento, mediante o uso da razoabilidade, deve o magistrado chegar a um valor que a um só passo sirva como lenitivo à vítima, em função do vexame sofrido, e sanção para o agente do dano.

O entendimento aqui esposado vai ao encontro dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça, consoante se infere do seguinte julgado:

(...)

III - O valor da indenização por dano moral sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça, recomendando-se que, na fixação da indenização a esse título, o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível sócio-econômico da parte autora e, ainda, ao porte econômico da ré, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso.

(...) (RESP 259816 / RJ DJ DATA:27/11/2000 PG:00171 Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA)

Do voto do Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira nesse julgado, extrai-se a seguinte passagem:

“Certo é que a indenização, como se tem assinalado em diversas oportunidades, deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento indevido, com abusos e exageros, devendo o

arbitramento operar com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa e ao porte econômico das partes, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, devendo, de outro lado, desestimular o ofensor a repetir o ato.”

Desta feita, por considerar que o dano moral envolve sensação dolorosa à vítima, ressalto que longe de cobrir realmente o prejuízo moral sofrido, porquanto imensurável, e em contrapartida, evitando enriquecimento sem causa, entendo, pelas circunstâncias apresentadas, e com base nos princípios de moderação e proporcionalidade, cabível a condenação no importe de R\$ 10.800 (dez mil e oitocentos reais) na data da presente decisão colegiada, haja vista que, a prevalecer a sentença monocrática, o valor consistiria em um aumento desproporcional do patrimônio do autor face ao dano vivenciado.

Ressalto, que a condenação observou a repercussão do fato, a condição modesta do apelado, a situação financeira da recorrente - empresa sólida que exerce o monopólio de distribuição de energia elétrica em todo o Estado do Ceará -, bem como a natureza essencial e exclusiva do serviço prestado.

Forte em tais razões, voto pelo conhecimento dos recursos, para negar provimento à apelação do demandante e dar parcial provimento à da empresa demandada, no sentido de fixar o *quantum* da indenização em R\$ 10.800 (dez mil e oitocentos reais) na data de hoje, restando a sentença *a quo* inalterada nos demais termos em que foi proferida.

Fortaleza, 09 de janeiro de 2008.

MANDADO DE SEGURANÇA

**ESTADO DO CEARÁ
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Nº DO PROCESSO: 2008.0005.8408-4/0

TIPO DO PROCESSO: Mandado de Segurança

COMARCA: Fortaleza

PARTES:

Impetrante – J. G. P.

Impetrado – Juíza de Direito da 16ª Vara de Família de Fortaleza

RELATORA: Desa. Gizela Nunes da Costa

**DECISÃO DENEGATÓRIA DE SEGUIMENTO
A MANDADO DE SEGURANÇA**

Tem-se mandado de segurança assestado contra ato reputado à Excelentíssima Senhora Juíza de Direito da 16ª Vara de Família de Fortaleza, que indeferiu pedido da impetrante no sentido de permanecer com a guarda de seu filho E. P. B. N., durante o período de férias escolares.

Aduz a impetrante, em síntese, cuidar-se de ato judicial malferidor de direito líquido e certo, ferindo a isonomia, o contraditório e o devido processo legal.

Asseverou, outrossim, estarem deflagrados os requisitos concernentes à concessão da liminar mandamental.

À exordial acorreu cópia integral dos autos do processo em que proferido o ato judicial avergado.

É o relatório em apertada síntese. Fundamento e decido.

Cuida-se, como relatado, de mandado de segurança assestado contra ato judicial passível de recurso. Interessante constatar, entremontes, que somente em face de ato administrativo é que a LMS (art. 5º, I), exige, como condição negativa, a inexistência de recurso dotado de efeito suspensivo, quando, para o *writ* instado contra ato ou despacho judicial, entendeu suficiente que houvesse recurso disponível à luz do

princípio da taxatividade recursal.

No caso *sub oculis*, contudo, não só dispõe (ou dispôs) a impetrante de recurso próprio, previsto na lei processual, como este é dotado de efeito suspensivo a exame do Relator.

De fato, para a hipótese versada – decisão interlocutória – havia à disposição da parte impetrante, “recurso previsto nas leis processuais” (LMS, art. 5º, II), qual seja, o agravo de instrumento.

Intuitivo, entretanto, reconhecer que essa objeção processual poderá ser mitigada sempre que trouxer prejuízo à efetividade da tutela jurisdicional, como já vêm reconhecendo os Tribunais (*verbi gratia*: RT 653/109, RTFR-3ª Região, 5/212), dada a necessidade premente de se propiciar um pronto e eficaz reparo, devendo o magistrado ponderar, diante do caso concreto, se o trâmite do recurso disponível poderia ou não importar prejuízo à efetividade da tutela jurisdicional em jogo no *mandamus*.

Na espécie, porém, essa análise é desfavorável à impetrante, haja vista que o agravo de instrumento, segundo o rito que o rege atualmente, é tão ou mais profícuo que o próprio remédio heróico em tela.

Destarte, forçoso inferir que a impetrante não possui interesse de agir, na vertente da adequação da via processual eleita – mandado de segurança – do qual se vale, em verdade, como sucedâneo de recurso, sendo este (o recurso), inclusive, dotado de efeito suspensivo a exame do Relator, tal ocorre no *writ*. A propósito, vaticina a seguinte ementa, *in verbis*:

“AGRAVO – RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – DECISÃO PROFERIDA EM SEDE DE EXECUÇÃO – RECURSO PRÓPRIO: AGRAVO DE PETIÇÃO – Não merece reparos o despacho-agravado, tendo em vista o entendimento pacífico desta Corte (Orientação Jurisprudencial nº 92 da SBDI-2) e sumulado do STF (Súmula nº 267).”

no sentido de que descabe mandado de segurança quando a hipótese comportar impugnação por instrumento processual específico previsto em Lei, a teor do art. 5º, II, da Lei nº 1533/51. Ora, contra a decisão judicial que rejeitou o pedido de extinção da execução por ilegitimidade do Sindicato-Exequente, sob o argumento de preclusão da matéria, superada pela coisa julgada, há previsão de instrumento processual específico para a sua impugnação, qual seja, o agravo de petição, previsto no art. 897, “a”, da CLT. Agravo a que se nega provimento, com aplicação de multa” (TST – AROMS 180 – SBDI 2 – Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho – DJU 04.04.2003 – grifo nosso).

Por outro lado, não há teratologia no despacho, estando a dissensão da impetrante situada no plano meramente fático, isto é, não é da essência do ato a sua eventual incorreção (*error in procedendo*).

O equívoco que possa ter havido, *v.g.*, aferido ainda em tese, isto é, *in status assertionis*, diria respeito, quando muito, a um *error in iudicando*, insujeito, pois, à reprimenda mandamental, dado que não há direito líquido e certo a se obter do órgão judicial o acolhimento da tese que se apresenta em juízo, ainda que, a rigor, pudesse ser a mais justa na dissolução do caso concreto.

Por conseguinte, inviável a propositura de *writ* mandamental para a impugnação da decisão *a quo*, não discrepando desse entendimento o perfilhado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, o qual já tem negado acolhimento a Mandados de Segurança contra atos judiciais que não se mostrem teratológicos, *expressis verbis*:

“MANDADO DE SEGURANÇA. MEDIDA EXTREMA, DE ORDEM CONSTITUCIONAL, PORÉM, INCABÍVEL CONTRA ATO

JURISDICIONAL DE RELATOR.

1. O mandado de segurança só tem possibilidade jurídica de prosperar quando impetrado contra ato administrativo.
2. Só em casos excepcionais, tratando-se de medidas teratológicas, é que se admite mandado de segurança contra ato jurisdicional.
3. Tema sumulado.
4. Processo extinto". (STJ, MS 851/DF, Rel. Min. Ari Pargendler, Corte Especial, DJ de 15.09.2003, pg 226)

“ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. AUSÊNCIA DE DECISÃO TERATOLÓGICA QUE JUSTIFIQUE A IMPETRAÇÃO. DESCABIMENTO.

1. Não cabe Mandado de Segurança para o Superior Tribunal de Justiça contra ato do Presidente do Tribunal Local que não suspende a execução da decisão liminar em Ação Civil Pública, na forma do § 1º do art. 12 da Lei 7.347/85, porquanto, por força da aplicação da Lei 8.437/92 genericamente dirigida a todas as liminares contra o Poder Público, é admissível o agravo interno. Deveras, reforça a tese o entendimento sumulado do verbete 41/STJ em congruência com a competência constitucional e absoluta da Corte, à luz do art. 105, I, b, da Constituição Federal.
2. O cabimento do agravo interno afasta o mandado de segurança substitutivo, na forma da jurisprudência reiterada desta Corte.
3. O Mandado de Segurança contra ato judicial, após as inovações na legislação processual que permitem a concessão de efeito suspensivo ativo pelo próprio relator do agravo de instrumento, somente mostra-se cabível contra decisão que possa ser considerada teratológica. Hipótese inócurrenente, *in casu*, em que

o *decisum a quo* consignou expressamente a continuidade da prestação de serviços do impetrante em caráter precário até a conclusão do procedimento licitatório.

4. Agravo regimental desprovido”. (STJ, AGRMS 9233/MG, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Seção, DJ de 22.03.2004, pg. 187)

Nessa mesma esteira, é o escólio autorizado da lavra de Hely Lopes Meirelles, *expressis verbis*:

“A jurisprudência tem admitido a impetração do mandado de segurança contra atos judiciais independentemente da interposição de recurso sem efeito suspensivo quando ocorre violação frontal de norma jurídica, por decisão teratológica (...)”¹

Demais disso, há que se destacar que o Mandado de Segurança não pode ser utilizado como sucedâneo recursal, sob pena inversão de toda a sistemática utilizada pelo Código de Processo Civil e pelas legislações correlatas, tal como o Regimento Interno desta Corte.

Destarte, em existindo modalidade recursal específica à impugnação de uma decisão judicial, não se mostra cabível a utilização do remédio heróico. Foi exatamente o que ocorreu na espécie, dada a existência de modalidade recursal própria, que foi utilizada pelo impetrante.

Segue o pacífico entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto, *in litteris*:

“AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA. SUCEDÂNEO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO JUDICIAL DE QUE CAIBA RECURSO PREVISTO NA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL. DECISÃO AGRAVADA. AUSÊNCIA DE COMBATE AOS FUNDAMENTOS. SÚMULA 182/STJ. INCIDÊNCIA.

- O mandado de segurança não pode ser utilizado como sucedâneo recursal.

- A ação de mandado de segurança visa a proteção de direito líquido e certo contra ato abusivo ou ilegal de autoridade pública, incluída a judicial. Não se presta, contudo, para agredir decisão judicial de que caiba recurso próprio, fazendo *tabula rasa* da preclusão e da coisa julgada.

- Não merece conhecimento recurso que não apresentou, no regimental, argumentos capazes de deconstituir a decisão agravada.” (AgRg no RMS 15.304/SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, julgado em 12.04.2005, DJ 09.05.2005 p. 387) (grifos nossos)

Em resumo, resta clarividente, tanto na doutrina como na jurisprudência, que o Mandado de Segurança somente pode ser ajuizado contra decisão judicial em casos excepcionalíssimos, a saber, quando a decisão jurisdicional atacada estiver revestida de caráter teratológico, o que definitivamente não restou demonstrado na hipótese dos autos.

Considerando, portanto, que a decisão da lavra da autoridade impetrada não se reveste de teratologia, única hipótese de cabimento de Mandado de Segurança contra ato judicial, e que este remédio heróico não pode ser acionado como sucedâneo recursal, entendo pelo não cabimento do presente *writ of mandamus*.

Ressalte-se, por oportuno, que a impetrante não se pode valer, no caso, da exceção prevista na Súmula nº 202 do STJ, de acordo com a qual “a impetração de segurança por terceiro, contra ato judicial, não se condiciona à interposição de recurso”.

Isto porque, *in casu*, a impetrante não se trata de terceiro prejudicado com a decisão ora atacada, visto que é parte integrante daquele processo.

DIANTE DO EXPOSTO, tendo em vista que o mandado de segurança não é o meio adequado para impugnação

de decisões de primeira instância não revestidas de teratologia e passíveis de recurso que comportem efeito suspensivo, **indefiro a inicial**, nos termos do art. 8º da LMS, extinguindo o processo sem resolução de mérito.

Deixo de condenar em honorários sucumbenciais a parte vencida em função da Súmula nº 512 do Colendo STF.

Publique-se. Oficie-se.

Certificado o trânsito em julgado desta decisão, arquivem-se os autos, independente de nova conclusão ou despacho.

Expedientes necessários.

Fortaleza, 02 de julho de 2008.

3^a CÂMARA CÍVEL

Componentes:

Des. José Arísio Lopes da Costa - Presidente

Desa. Edite Bringel Olinda Alencar

Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes

Des. Celso Albuquerque Macêdo

AGRAVO DE INSTRUMENTO

**ESTADO DO CEARÁ
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

**AGRAVO DE INSTRUMENTO COM PEDIDO DE EFEITO
SUSPENSIVO Nº 2000.0016.0777-5/0**

COMARCA: ACOPIARA

AGRAVANTE: PREFEITURA MUNICIPAL DE ACOPIARA

**AGRAVADA: MARIA ERONILDE MENDE DE ANDRADE
COLETA**

ÓRGÃO JULGADOR: 3ª CÂMARA CÍVEL

RELATOR: DES. CELSO ALBUQUERQUE MACÊDO

**EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO.
ADMINISTRATIVO. REMOÇÃO DE
PROFESSORA MUNICIPAL DE UMA ESCOLA
PARA OUTRA. ATO ADMINISTRATIVO SEM
MOTIVAÇÃO. NULIDADE. DECISÃO
MONOCRÁTICA MANTIDA. RECURSO
CONHECIDO E IMPROVIDO.**

1 – Não tem direito a inamovibilidade a integrante do magistério público municipal, podendo a Administração removê-la por critérios de oportunidade e conveniência. No entanto, atento a Teoria dos Motivos Determinantes, imperioso que o ato de remoção seja fundamentado, sob pena de nulidade.

2 – O Ato Administrativo deve estar revestido dos requisitos legais e o controle judicial exercido de acordo com princípios administrativos e constitucionais.

3 – Sendo assim, diante da inexistência de motivação para remoção da agravada, tenho que a confirmação da decisão se impõe, pois a nulidade foi bem aplicada no juízo monocrático.

4 – Agravo de Instrumento CONHECIDO e IMPROVIDO, para manter inalterada a decisão de 1º grau em todos os seus termos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a TURMA JULGADORA DA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, por unanimidade de votos, para conhecer do Agravo de Instrumento e negar-lhe provimento, mantendo inalterada a decisão de 1º grau, nos termos do voto do Relator, que faz parte desta decisão.

RELATÓRIO

A PREFEITURA MUNICIPAL DE ACOPIARA, representada por SHEILA REGINA ALBUQUERQUE DINIZ, Prefeita Municipal, ingressou com Agravo de Instrumento, c/c pedido de efeito suspensivo, contra decisão da Juíza da 1ª Vara daquela comarca, que deferiu medida liminar em prol de MARIA ERONILDE MENDE DE ANDRADE COLETA, professora, determinando a imediata suspensão de transferência da Escola de Ensino Fundamental José Adonias Gurgel de Albuquerque, na sede urbana para a congênera “Escola de Ensino Fundamental Sólón Guedes Cavalcante”, na Vila de Trussú.

As razões do agravo indicam que a agravada faz parte Grupo Operacional do Magistério, aprovada em concurso público realizado pelo município em parceria com a Secretaria de Educação Básica do Estado do Ceará, homologado pelo edital nº 10/97, D.O.E. de 21.01.1998, com Portaria de nomeação 61/98, de 02.02.1998, com Ato de Nomeação publicado no D.O.E. em 04.05.1998. Aduz que a aprovação do candidato em concurso público apenas garante a efetivação na função, como princípio básico de admissibilidade no cargo público, amparado pela CF/88, o que não deve confundir com inamovibilidade, constituindo-se o ato de relotação prioritariamente nas necessidades do ensino básico, correspondente aos anseios da coletividade, sem influência do interesse individual. A agravante requer seja dado provimento ao Agravo, caçando a liminar concedida, com a imposição do efeito suspensivo.

Às fls. 81/83, a Desembargadora Maria Celeste Thomaz de Aragão, entendendo que a concessão da liminar traduziria a inversão de um dos requisitos autorizadores da medida provisória, qual seja, o *periculum in mora*, o qual passaria a ser suportado pela parte hipossuficiente da demanda, indeferiu o pleito, mantendo o *statu quo ante*.

Transcorreu *in albis* o prazo para a agravada contrarrazoar, nada sendo apresentado ou requerido, certidão de fl. 88. Como também não oportunizou informações o juízo monocrático, fl. 88.

A Procuradoria Geral de Justiça, fls. 89/91, exarou parecer no sentido de que a Câmara conheça da matéria *sub judice*, porém, seja negado provimento, com a confirmação da decisão agravada.

É o breve relatório.

Incluídos em pauta de julgamento.

VOTO

A remoção (ou relotação) pode ser realizada a pedido do servidor ou de ofício pela Administração. O Ato é discricionário e garante a avaliação de conveniência e oportunidade para relotar a servidora, observando o interesse do serviço, sendo imprescindível a fundamentação. A providência está jungida ao poder da Administração Pública de organizar e reorganizar os serviços inerentes, sem garantia de inamovibilidade à vista do interesse público.

O art. 42, da Lei Municipal 1.101, de 20 de dezembro de 1999, que instituiu o Plano de Carreira do Magistério Público do Município de Acopiara, estabelece que “**A lotação processa-se mediante Decreto do Chefe do Executivo.**”.

Para **HELLY LOPES MEIRELES** – A função do ato administrativo requer os seguintes elementos: competência, finalidade, forma, motivo, objeto. Vê-se, *in specie*, que falece competência à subscritora do ato, nos termos do art. 42, da Lei Municipal já referida. Segundo o doutrinador já citado – A **competência** resulta da lei e por ela é determinada. Todo ato

emanado de agente incompetente ou realizado além do limite de que dispõe a autoridade incumbida de sua prática, é inválido por lhe faltar um elemento básico de sua perfeição, qual seja, o poder jurídico para manifestar a vontade da Administração (*In* Direito Administrativo Brasileiro, 23ª edição, Malheiros, SP, 1990).

Trago à colação, mais uma vez, a lição de **HELLY LOPES MEIRELES**: “Ato discricionário não se confunde com ato arbitrário. Discrção e Arbítrio são conceitos inteiramente diversos. Discrção é liberdade de ação dentro dos limites legais – Arbítrio é a ação contrária ou excedente da lei. Ato discricionário, portanto, quando permitido pelo direito é legal e válido; ato arbitrário é sempre e sempre, ilegítimo e inválido.” (obra citada).

Não há fundamentação do ato administrativo de reloação. A ausência de motivação justifica a invalidade da conduta da Administração, por evidente que a redesignação da agravada para localidade diferente da que estava lotada, desprovida de qualquer motivação a agasalhar o interesse público, justifica a suspensão do ato.

No ato administrativo, existem motivo e motivação. O primeiro é a situação de fato (alguns denominam de “circunstâncias de fato”), por meio da qual é deflagrada a manifestação de vontade da Administração. Já a **motivação** “É a justificativa do pronunciamento tomado.” (**CRETELA JR.**). A motivação exprime de modo expreso e textual todas as situações de fato que levaram o agente à manifestação da vontade. (*In* Direito Administrativo, José dos Santos Carvalho Filho, 16ª edição, LUMEN JURIS, 2006, p. 99/100).

Motivação – É a exposição dos motivos, ou seja, é a demonstração, por escrito, de que os pressupostos de fato realmente existiram. (*In* Direito Administrativo, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Atlas, 19ª edição, p. 220). A relação de fl. 41, relotando a autora na Vila de Trussú, não se vincula a qualquer fundamentação, implicando, pois, em nulidade, vez que indemonstrada a finalidade pública do ato de transferência.

Sobre essa temática, o Superior Tribunal de Justiça consagra alguns entendimentos. Vejamos.

“ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL. REMOÇÃO EX OFFICIO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO. NULIDADE DO ATO. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

1. “O princípio da motivação possui natureza garantidora quando os atos levados a efeito pela Administração Pública atingem a seara individual dos servidores. Assim, a remoção só pode ser efetuada se motivada em razão de interesse do serviço.” (Gilson Dipp, 5.^a Turma, relator do RMS 12.856/PB, DJ de 01/07/2004.)

2. Na hipótese em apreço, o ato atacado, o qual ordenou a remoção da servidora, encontra-se desacompanhado do seu motivo justificador. Não há qualquer menção, nem mesmo sucinta, referente à causa que deu ensejo ao deslocamento. **Por conseguinte, trata-se de ato eivado de nulidade por ausência de motivação.**

3. Inexistindo qualquer fundamento apto a afastar as razões consideradas no julgado ora agravado, deve ser a decisão mantida por seus próprios fundamentos.

4. Agravo regimental desprovido.”

(AgRg no RMS 18.388/PB, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 12.12.2006, DJ 12.02.2007, p. 273).

“ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. REMOÇÃO EX OFFICIO. MOTIVAÇÃO. AUSÊNCIA. NULIDADE DO ATO. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO.

1. É nulo o ato que determina a remoção ex officio de servidor público sem a devida motivação. Precedentes.

2. Recurso ordinário provido.”
(RMS 19.439/MA, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 14.11.2006, DJ 04.12.2006, p. 338).

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ART. 535 DO CPC - AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS - SERVIDOR PÚBLICO - REMOÇÃO - ATO NÃO MOTIVADO - NULIDADE - ART. 8º, INCISO I DA LEI ESTADUAL Nº 5.360/91 - PRERROGATIVA DE INAMOVIBILIDADE - INEXISTÊNCIA - PRECEDENTES - EMBARGOS DECLARATÓRIOS REJEITADOS.

I - Os embargos de declaração devem atender aos seus requisitos, quais sejam, suprir omissão, contradição ou obscuridade, não havendo qualquer um desses pressupostos, rejeitam-se os mesmos, mormente quando o ponto fulcral da controvérsia reside na insatisfação do ora embargante com o deslinde da controvérsia.

II - O princípio da motivação possui natureza garantidora quando os atos levados a efeito pela Administração Pública atingem a seara individual dos servidores. Assim, a remoção só pode ser efetuada se motivada em razão de interesse do serviço. Precedentes.

III - O art. 8º, inciso I da Lei Estadual nº 5.360/91 não impede que o servidor por ela regido seja removido. Não se cogita de inconstitucionalidade da expressão “fundamentada em razão do interesse do serviço” nele contida.

IV - No caso dos autos, o ato que ordenou as remoções encontra-se desacompanhado do seu motivo justificador. **Conseqüentemente, trata-se de ato eivado de nulidade por ausência de motivação**, que desatende àquela regra específica que rege os Agentes Fiscais da Fazenda Estadual.

V - O julgador não está obrigado a responder a todos os questionamentos formulados pelas partes, competindo-lhe, apenas, indicar a fundamentação adequada ao deslinde da controvérsia, observadas as peculiaridades do caso concreto, como ocorreu *in casu*.

VI - Inviável a utilização dos embargos de declaração, sob a alegação de pretensa omissão, contradição ou obscuridade, quando a pretensão almeja – em verdade – reapreciar o julgado, objetivando a alteração do conteúdo meritório da decisão embargada.

VII - Embargos de declaração rejeitados.”

(EDcl no RMS 12.856/PB, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 24.08.2004, DJ 27.09.2004, p. 371).

Nestas condições, tomo conhecimento do Agravo de Instrumento, mas para NEGAR-LHE PROVIMENTO, mantendo, *in casu*, a liminar do juízo de 1º grau, em todos os seus termos. É como voto.

Fortaleza, 02 de junho de 2008.

APELAÇÃO CÍVEL

**PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DO CEARÁ – TJCE**

APELAÇÃO CÍVEL n.º 2000.0128.2409-8/1

APELANTE: BANCO ABN AMRO REAL S/A.

APELADO: MARIA DE LOURDES SANTOS RUFINO.

RELATOR: Des. José Arísio Lopes da Costa.

EMENTA: CIVIL. PROCESSO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. APONTAMENTO NO SPC. AÇÃO INDENIZATÓRIA AJUIZADA CONTRA BANCO. TERMO DE ACORDO EXTRAJUDICIAL SOBRE A DÍVIDA. PERMANÊNCIA DA NEGATIVAÇÃO. ABALO DE CRÉDITO. REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. DESCARACTERIZAÇÃO.

1. Constitui ilícito civil manter negativação cadastral de consumidor, quando já quitada a dívida que a justificava.

2. O dano moral se prova à luz do simples fato da manutenção da anotação por mais tempo que o devido.

3. Os danos materiais somente podem ser apreciados se o autor aponta as lesões que supostamente suportou em razão do ilícito. Não caracteriza sucumbência recíproca o acolhimento a menor do pedido a título de danos morais.

4. Sentença mantida. Apelo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível n.º **2000.0128.2409-8**, de Fortaleza, envolvendo as partes acima aludidas.

ACORDA a Turma Julgadora da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Ceará, por votação unânime, em conhecer do recurso, mas para negar-lhe provimento, e, assim, manter na íntegra a sentença monocrática, nos termos do voto do Relator, parte integrante deste Acórdão.

RELATÓRIO

(Ap. Cív. 2000.0128.2409-8)

Cuida-se de recurso de apelação interposto pelo **BANCO ABN AMRO REAL S/A**, da sentença de fls. 125/126, da MM. Juíza de Direito da 9.ª Vara Cível de Fortaleza, que julgou procedente ação de reparação de danos morais e materiais movida por **MARIA DE LOURDES SANTOS RUFINO**, para condenar o apelante ao pagamento da quantia de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a título de reparação por danos morais, em favor da apelada, decorrente da manutenção indevida da inscrição do nome da recorrida no sistema de restrição ao crédito - SPC -, nada obstante acordo extrajudicial firmado entre as partes sobre a dívida que havia gerado a aludida inscrição no órgão restritivo de crédito.

Argumentando o recorrente, em síntese, com que a sentença olvidou reconhecer a sucumbência recíproca, e de conseguinte, a compensação entre os honorários advocatícios. De outra parte, o *decisum* monocrático estaria destituído de fundamentação, mesmo porque não estabelece os critérios para a mensuração dos danos morais. Para requerer, ao final, a redução do *quantum* condenatório e distribuição equitativa dos honorários advocatícios (fls. 128/136).

Contra-razões, às fls. 141/143, a defender o acerto da sentença.

É o relatório.

VOTO

Conheço do recurso, posto presentes os pressupostos de admissibilidade.

Consoante se depreende dos autos, o SPC operou a negativação da demandante em razão de atraso no cumprimento de suas obrigações contratuais com o banco demandado (fls. 12).

Em tese, nenhuma ilegalidade defluiria do lançamento do nome de devedor em cadastro de inadimplentes. Trata-se de exercício regular de direito que exige a prévia comunicação ao consumidor, como também a imediata exclusão do cadastro, tão-logo se tenha notícia do pagamento da dívida.

Nesse contexto, julgou bem a magistrada singular, ao reputar como fato gerador do dano a ser reparado, a manutenção do cadastro negativo, a despeito de acordo firmado entre as partes, o que em última análise, significa dizer que a dívida já estava quitada (v. fls. 10).

Ora, nesta linha de raciocínio, competia ao banco verificar se as condições que ensejaram a anotação ainda permaneciam, pois acaso houvessem desaparecido, seria necessária a pronta eliminação do nome da recorrida do malsinado assentamento.

Comungando desse pensamento, decidiu o colendo STJ, senão vejamos:

EMENTA: CIVIL. PROCESSUAL. ACÓRDÃO. NULIDADE NÃO ONFIGURADA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. INSCRIÇÃO NO SPC. MANUTENÇÃO DO NOME DA DEVEDORA POR LONGO PERÍODO APÓS A QUITAÇÃO DA DÍVIDA. DANO MORAL CARACTERIZADO. PARÂMETRO. CDC, ART. 73.

I. Não se configura nulidade no acórdão estadual se o mesmo enfrentou suficientemente as questões essenciais ao julgamento da causa, apenas que com conclusões desfavoráveis à parte ré.

II. Cabe às entidades credoras que fazem uso dos serviços de cadastro de proteção ao crédito mantê-los atualizados, de sorte que uma vez recebido o pagamento da dívida, devem

providenciar, em breve espaço de tempo, o cancelamento do registro negativo do devedor, sob pena de gerarem, por omissão, lesão moral passível de indenização.

III. Ressarcimento, contudo, reduzido em valor proporcional ao dano, evitando enriquecimento sem causa.

IV. Recurso especial conhecido em parte e parcialmente provido.

(STJ, 4.^a Turma, RESP 511921 / MT; DJ DATA:12/04/2004; Min. ALDIR PASSARINHO)

O Tribunal de Justiça do Ceará por diversas vezes já se debruçou sobre o tema enfocado, valendo a pena destacar o precedente abaixo colacionado, de minha relatoria, *in verbis*:

EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO INENIZATÓRIA TERMO DE TRANSAÇÃO JUDICIAL SOBRE A DÍVIDA. QUITAÇÃO. PERMANÊNCIA DA NEGATIVAÇÃO EM BANCO DE DADOS DO SPC. ABALO DE CRÉDITO. REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS.

1. Constitui ilícito civil manter negativação cadastral de devedor, quando já existente acordo homologado pelo juiz, extinguindo o processo que cuida sobre a dívida, já quitada.

2. O dano moral, no caso, se prova à luz do simples fato da manutenção da anotação por mais tempo que o devido.

3. Sentença mantida.

4. Apelo improvido.

(TJCE, 2003.0002.0283-0/0 - APELAÇÃO CÍVEL, Relator: Des. JOSÉ ARÍSIO LOPES DA COSTA, Órgão Julgador: 1^a CÂMARA CÍVEL, APELANTE: BANCO VOLKSWAGEN S/A, APELADO: WALDERY BATISTA PIMENTA, Fortaleza, 07 de agosto de 2006).

De outro vértice, não quadra a alegação de sentença desfundamentada com relação aos critérios utilizados na mensuração dos danos morais.

Se bem que demasiado concisa a sentença no específico tópico dos danos morais, por certo não se furtou ao exame da matéria, ao veicular que **“a orientação tribunalícia vem se manifestando no sentido de que a sua estipulação deve ser feita com parcimônia, eis que a indenização aludida objetiva mais um caráter didático do que reparatório”** (sic).

A base fixada pela julgadora singular, em R\$ 10.000,00, espelha com razoabilidade o valor hodiernamente aceito para o típico caso de inscrição ilegal nos órgãos restritivos de crédito.

Relevante destacar que o lapso de mais de quatro (4) anos do cadastro em nome da apelada bem poderia ter sido mencionado no decisório invectivado, por constituir manifesto desleixo do banco acionado no tocante ao seu dever de informar sem demora ao sistema de negativação sobre a insubsistência do fato gerador do apontamento, embora em nada isso contribua para fins de configuração do vício da desfundamentação constante do art. 93, IX, da CF/88.

Por fim, não merece melhor sorte a pugnada sucumbência recíproca que engendraria a compensação de honorários advocatícios.

É que a despeito de a narrativa da petição inicial haver acenado levemente com a hipótese de repercussão patrimonial do fato ilícito, o que certamente conduziria à ilação acerca de danos materiais, a autora na verdade não envereda na senda das lesões patrimoniais, requisito inarredável para o reconhecimento judicial deste tipo de dano.

Na lição de Didier Jr., em “Curso de Direito Processual Civil I”, Ed. Jus Podivm, 6.^a ed., p. 387 - **“Muito embora não precise quantificá-lo, o autor deverá especificar o prejuízo sofrido. Afirma HUMBERTO THEODOORO JR.: “Expressões vagas como ‘perdas e danos’ e ‘lucros cessantes’ não servem para a necessária individualização do objeto da causa. Necessariamente deverá ser descrita a lesão suportada pela**

vítima do ilícito, v.g.: prejuízos (danos emergentes) correspondentes à perda da colheita de certa lavoura, ou, ainda, os lucros cessantes representados pela perda do rendimento líquido do veículo durante sua inatividade ...^{1 32}”

Destarte, como não se desincumbiu a demandante no concernente ao seu ônus de descrever as lesões suportadas em decorrência do fato ilícito, que poderiam justificar o recebimento de indenização por danos materiais, somente se poderá considerar como pedido efetivo o formulado com vistas aos danos morais.

Estes, aliás, não impõem ao autor, a sua comprovação, pois a teor de julgado do STJ, - **“A jurisprudência desta Corte está consolidada no sentido de que, na concepção moderna do ressarcimento por dano moral, prevalece a responsabilização do agente por força do simples fato da violação, de modo a tornar-se desnecessária a prova do prejuízo em concreto, ao contrário do que se dá quanto ao dano material.** O valor arbitrado a título de danos morais não se revela exagerado ou desproporcional, mas encontra amparo na jurisprudência desta Corte. Recurso não conhecido (STJ, 4.^a Turma, RESP 556200/RS; DJ: 19/12/2003; Relator Min. CESAR ASFOR ROCHA).

O simples fato de ter sido requestada a cifra de R\$ 100.000,00 e de haver sido condenado o banco promovido em R\$ 10.000,00, também não caracteriza sucumbência recíproca, dado que os danos morais possuem índole estimativa, consoante entendimento do STJ, *verbatim*:

Ementa

AGRAVO INTERNO. INDENIZAÇÃO. HONORÁRIOS. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. NÃO OCORRÊNCIA. DANOS MORAIS. DISSÍDIO NÃO COMPROVADO.

I - Não ocorre sucumbência parcial se a condenação em danos morais foi fixada em valor menor que o pedido na exordial, pois este tem caráter meramente estimativo.

II - O dissídio jurisprudencial não restou comprovado nos termos exigidos pelos artigos 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil e 255, parágrafo 2º, do Regimento Interno desta Corte.

Agravo a que se nega provimento.

(STJ, AgRg no REsp 582581/PR, T3 - TERCEIRA TURMA, Ministro CASTRO FILHO, DJ 19.03.2007 p. 317)

Ex positis, tomo conhecimento da apelação, mas para negar-lhe provimento e, assim, manter na íntegra a sentença monocrática, seja quanto ao valor da condenação imposta ao recorrente, seja, também, no referente à fixação da sucumbência. É como voto.

Fortaleza, 05 de maio de 2008.

**ESTADO DO CEARÁ
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Apelação Cível nº 2000.0124.2207-0/1.

Apelante: Editora Globo S/A.

Apelado: Coriolando de Oliveira.

Relatora: Des. Edite Bringel Olinda Alencar

EMENTA:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DO CONSUMIDOR. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. PROMOÇÃO “ASSINOU, VIAJOU”. PUBLICIDADE. PARCERIA ENTRE EDITORA GLOBO E A TRANSBRASIL S/A EM PROMOÇÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ENTRE OS FORNECEDORES CONVENIADOS FRENTE AO CONSUMIDOR PELOS DANOS CAUSADOS. CONFORME PREVÊ O ART. 30 DO CDC,

**RESPONDE O FORNECEDOR POR TUDO
AQUILO QUE FOI OFERTADO AOS
CONSUMIDORES.
RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.
SENTENÇA MANTIDA.**

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os desembargadores integrantes da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso para negar-lhe provimento, nos termos do relatório e do voto da relatora, que passam a fazer parte integrante do presente acórdão.

Cuida-se de apelação cível interposta pela **EDITORA GLOBO S/A**, figurando como apelado **CORIOLANDO DE OLIVEIRA**, em face de decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da 3ª Vara Cível desta Comarca de Fortaleza.

Conforme se verifica nos presentes autos, propôs o autor a “ação declaratória de rescisão contratual c/c indenização por danos materiais morais” contra a apelante, aduzindo que teria efetuado três assinaturas da Revista Época com o escopo de aderir a uma promoção veiculada pela Editora ré. Segundo os documentos juntados aos autos, o assinante que efetuasse o pagamento integral faria jus a uma viagem para qualquer parte do Brasil, pela empresa TRANSBRASIL.

Ainda de acordo com o demandante, este, ao chegar no Estado do Rio de Janeiro (destino escolhido), tomou conhecimento que a empresa aérea TRANSBRASIL tivera sua falência decretada, ficando o seu retorno para esta Capital, dessa forma, prejudicado. Aduziu que, em conseqüência do mencionado fato, teve que efetuar gastos extras com transporte, estada e com aquisição de passagens de outra operadora. Por esses motivos, requereu a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais e materiais.

O douto Magistrado, em sua sentença de fls. 92/99,

julgou parcialmente procedente o pedido do autor e determinou o pagamento do valor total de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a título de indenização por danos morais e materiais, ao apelado, corrigido monetariamente desde o evento danoso, e declarou a rescisão do contrato celebrado entre as partes.

Não conformada, interpôs a Editora Globo S/A o presente recurso (fl. 102/121), argüindo, preliminarmente, sua ilegitimidade passiva, e, no mérito, a culpa exclusiva de terceiro (Transbrasil). Ao final, requereu a reforma da decisão de primeiro grau ou, alternativamente, a redução do **quantum** indenizatório.

Contra-razões apresentadas tempestivamente, fls. 126/154, pleiteando o não provimento do recurso e, conseqüentemente, a manutenção da sentença investivada.

Esse, o relatório, no essencial.

VOTO:

Como matéria preliminar, argüiu a apelante a sua ilegitimidade passiva **ad causam**, sob o argumento de teria adimplido sua obrigação contratual referente às assinaturas das Revistas Época e que não teria dado causa à paralisação dos vãos operados pela TRANSBRASIL.

Não há dúvida de que possui a Editora Globo S/A legitimidade para figurar no pólo passivo da ação, pois a promessa de premiação (passagens aéreas para qualquer lugar do País) foi por esta realizada (fls. 17 e 21/22).

Desta forma, rejeito a preliminar.

Atraído pela promoção “ASSINOU, VIAJOU”, efetuou o autor três assinaturas das Revistas Época e Quem, como objetivo de receber três passagens aéreas (ida e volta) para viajar, com sua esposa e filho, para o Estado do Rio de Janeiro.

“No dia 05/12/2001, já no Rio de Janeiro, na cidade de Parati, distante cerca de 300 quilômetros da capital do Estado, tomou o Requerente conhecimento do anúncio de falência da Transbrasil por meio de telejornais. (...) Entretanto, ao chegar ao aeroporto, no dia 6 de dezembro de 2001, juntamente com sua família e sua bagagem, deparou-se com uma grande quantidade

de pessoas tentando, também, resolver o mesmo problema" (fl. 04). Ainda segundo o autor, após horas de espera, esse recebeu a informação de que não poderia viajar e que teria que aguardar.

Evidente que o acontecimento que gerou a impossibilidade de retorno do autor e de sua família para esta Capital, foi a falência da Transbrasil, empresa aérea responsável pelo transporte dos assinantes da recorrente.

Não obstante, não pode a Editora Globo S/A eximir-se de sua responsabilidade perante seus consumidores, sob o argumento de que teria cumprido sua parte (entrega das revistas ao assinante) e que a viagem seria de responsabilidade exclusiva de terceiro (Transbrasil).

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), em seu art. 30, dispõe expressamente que *"toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado"*.

Responde a apelante, dessa forma, por tudo aquilo que foi ofertado aos consumidores. No presente caso, uma viagem de ida e volta para qualquer lugar do Brasil. Como o serviço foi prestado de forma deficiente, acertada a decisão do douto Magistrado de atribuir responsabilidade à re de, solidariamente, indenizar os danos materiais e compensar os danos morais sofridos pelo apelado e sua família.

Sobre o tema os nossos Tribunais têm decidido no mesmo sentido, senão vejamos:

"RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. EDITORA GLOBO. ASSINATURA PROMOCIONAL DE REVISTAS. PROMOÇÃO ASSINOU/ VIAJOU. RELAÇÃO DE CONSUMO. DEVER DE INDENIZAR RECONHECIDO NA DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU. DANO IN RE IPSA. QUANTUM. MANUTENÇÃO. 1. A Editora, por meio de celebração de contrato de assinatura de revistas e

após o pagamento de todas as parcelas referentes a essa assinatura por parte do autor, oferecia gratuitamente vale para retirada de passagens aéreas pela empresa Transbrasil. Entretanto, não cumpriu a ré tal contrato, ou seja, embora tenha o autor efetuado o pagamento integral da dívida, não usufruiu a viagem programada; isso em face da invocada falência ou liquidação da companhia aérea conveniada, Transbrasil. 2. Existência de relação de consumo entre as partes, que se regula pelo Código de Defesa do Consumidor, e, que, em decorrência, mostra a hipossuficiência do autor frente à ré. 3. Reconhecimento dos danos morais, que surgiram com a frustração da expectativa, com o não cumprimento de uma oferta, sim, um descumprimento contratual (do que não há dúvida, pois a parte autora aderiu à proposta, à medida que influenciada pela divulgação do produto), mas que além e superiormente aos danos meramente materiais, trouxe consigo danos de ordem moral, pois fizeram emergir sentimentos de impotência, de ter sido enganado em suas expectativas, como bem salientado na sentença. 4. Dano moral in re ipsa. Desnecessária se faz, ou mesmo porque impossível é, a sua comprovação, com o que provado o fato, provado estará o dano. Sentença mantida. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO, POR MAIORIA”.

(TJ-RS. 6ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 70014554547. Relator Desembargador Artur Arnildo Ludwig. **DJ de 21/05/2007**).

“AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - ASSINATURA DE REVISTA - PROMOÇÃO DE VIAGEM - ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM - INOCORRÊNCIA - ENTREGA DO PRÊMIO - OBRIGAÇÃO DA EMPRESA QUE PROMOVEU A

PROMOÇÃO - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - PROPAGANDA.

1- *Não há que se falar em ilegitimidade passiva ad causam se a ré assumiu, contratualmente, o compromisso com o autor de premiá-lo com uma viagem aérea e se esta não se realizou em decorrência da falência da companhia aérea que faria o transporte.*

2- *O Código de Defesa do Consumidor deu à propaganda a natureza jurídica de um contrato. Se, antes, havia apenas uma oferta via propaganda, no momento em que o consumidor dela toma conhecimento, dá-se o efeito vinculativo, e, a partir do instante em que este consumidor manifesta sua aceitação pelo produto, a oferta torna-se parte integrante do contrato, assumindo o fornecedor, por óbvio, a obrigação de cumpri-lo integralmente”.*

(TJ-MG. 11ª Câmara Cível. AP nº 2.0000.00.487579-0/000(1). Relator Desembargador Maurício Barros. **DJ de 10/09/2005).**

“RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CONTRATO ENTRE A EDITORA GLOBO E A TRANSBRAZIL. PROMOÇÃO ‘ASSINOU, VIAJOU’. VINCULAÇÃO DE ASSINATURA DE REVISTAS COM A DISTRIBUIÇÃO DE PASSAGENS AÉREAS. VENDA CASADA. PUBLICIDADE ENGANOSA. INTELIGÊNCIA DO ART. 30 DO CDC. FRUSTRAÇÃO COM A SUSPENSÃO DA VIAGEM. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO. DANO IN RE IPSA. QUANTUM. MANUTENÇÃO. O Código de Defesa do Consumidor obriga o fornecedor a cumprir integralmente a oferta anunciada, o que incoorreu no caso concreto. Diante dos fatos apresentados e considerada a frustração dos demandantes com a

viagem desmarcada apenas três dias antes do embarque, são evidentes os danos e abalos por eles sofridos. Presentes os elementos ensejadores do dano moral, merece prosperar a pretensão à indenização. Manutenção do valor fixado na sentença, por se mostrar adequado à situação. Apelação desprovida”.

(TJ-RS. 6ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 70010033876. Relator Desembargador Antônio Corrêa Palmeiro da Fontoura. **DJ de 05/12/2005**).

Por todo o exposto, nego provimento ao presente recurso de apelação cível e mantenho integralmente a sentença recorrida.

É como voto.

Fortaleza, 05 de maio de 2008.

**ESTADO DO CEARÁ
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

**PROCESSO Nº 2000.0095.9627-6/1
APELAÇÃO CÍVEL DA COMARCA DE FORTALEZA
RECORRENTE: JUIZ DE DIREITO DA 6ª VARA DA FAZENDA
PÚBLICA DA COMARCA DE FORTALEZA
APELANTE: INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DO ESTADO DO
CEARÁ - IPEC
APELADAS: VITÓRIA LEONTINA FARIAS NASCIMENTO,
TEREZINHA DE JESUS DE LIZIEUX MACEDO SOBREIRA,
MARIA ZÉLIA DE CASTRO FERREIRA GOMES, MARIA
AUXILIADORA MESQUITA DA SILVA, MARIA ONYRA
CARNEIRO DE ARRUDA e MARIA IOLANDA DE MENEZES
GOMES
ÓRGÃO JULGADOR: 3ª CÂMARA CÍVEL
RELATOR: DES. CELSO ALBUQUERQUE MACÊDO**

EMENTA: RECURSO OFICIAL E VOLUNTÁRIO. CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA. PENSÃO POR MORTE DE SERVIDORES PÚBLICOS. COBRANÇA DE DIFERENÇAS DO VALOR DO BENEFÍCIO. INTEGRALIDADE. ART. 40, § 7º, DA CF/88. AUTO-APLICABILIDADE. INCLUSÃO DAS PARCELAS CONHECIDAS COMO PRO-LABORE FACIENDO. SÚMULA Nº 23 DO TJ/CE. . ILEGITIMIDADE DO ESTADO DO CEARÁ PARA FIGURAR NA DEMANDA. PRECEDENTES. REDUÇÃO DOS HONORÁRIOS. RECURSOS CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS.

1 – Tendo ocorrido o falecimento dos ex-maridos das autoras, conforme a Lei Complementar nº 24/2000, cabe ao IPEC pagar pensões anteriores a 1º de outubro de 1999. Após essa data, as prestações passaram a ser pagas pelo SUPSEC.

2 – O benefício da pensão por morte deve abranger a totalidade dos vencimentos ou proventos do ex-servidor falecido, como se em atividade estivesse, com base no art. 40, § 7º, da Carta Magna, sendo esta norma auto-aplicável.

3 – A pensão deve ser integral, abrangendo o reajuste da pensão desde o falecimento, agregando as parcelas conhecidas como “PRO-LABORE FACIENDO”.

4 – Súmula nº 23 do TJ/CE: “Os proventos dos inativos e as pensões por morte devem corresponder à totalidade do que perceberia o militar, se estivesse em atividade ou se vivo fosse, estendendo-se aos inativos e aos pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos militares ativos, ainda que não sejam de caráter geral.”.

5 – De acordo com o art. 3º, da LC nº 24/2000, o

Estado do Ceará é ilegítimo para figurar na demanda.

6 – Condizente com o trabalho realizado pelo causídico, justa é a redução dos honorários advocatícios de 20% (vinte por cento) para 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

7 – Recurso Oficial e Apelação CONHECIDOS e PROVIDOS EM PARTE, somente para minorar o percentual arbitrado a título de honorários advocatícios de 20% (vinte por cento) para 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, confirmando a sentença monocrática nos demais termos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a TURMA JULGADORA DA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, por unanimidade de votos, para CONHECER do Recurso Oficial e Apelação para DAR PARCIAL PROVIMENTO, somente para minorar o percentual arbitrado a título de honorários advocatícios de 20% (vinte por cento) para 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, confirmando a sentença monocrática, nos termos do voto do relator, que faz parte desta decisão.

RELATÓRIO

Cuidam-se de Recurso Oficial e de Apelação da lavra do INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DO ESTADO DO CEARÁ (IPEC), contra sentença proferida pelo juízo da 6ª Vara da Fazenda Pública, fls. 189/194, na Ação Declaratória intentada por VITÓRIALEONTINA FARIAS NASCIMENTO, TEREZINHA DE JESUS DE LIZIEUX MACEDO SOBREIRA, MARIA ZÉLIA DE CASTRO FERREIRA GOMES, MARIA AUXILIADORA MESQUITA DA SILVA, MARIA ONYRA CARNEIRO DE ARRUDA e MARIA IOLANDA DE MENEZES GOMES, que condenou ao pagamento

das diferenças devidas às apeladas, a partir do falecimento de cada instituidor das pensões até a data em que os benefícios passaram a ser pagos em sua totalidade, corrigidos pelo IGP-M, com juros de 6% (seis por cento) ao ano até a vigência do atual Código Civil, quando o valor corresponderá a 12% (doze por cento), nos termos do art. 406, CC/2002, a partir da citação, ressaltando as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação.

O IPEC, de início, fez o apontamento de que com a criação do Sistema Único de Previdência Social dos Servidores Públicos Civis e Militares, dos Agentes Públicos e de Membros de Poder do Estado (SUSPSEC), administrado pela Secretaria da Fazenda do Estado – SEFAZ, Emenda Constitucional nº 39, de 05.05.1999 e Lei Complementar nº 12, de 23.06.1999, não tem legitimidade para responder sobre os pagamentos das postulantes a partir de 01 de outubro de 1999, recaindo esta sobre o Estado, art. 47, do CPC, na qualidade de litisconsorte necessário.

Quanto aos honorários advocatícios, entende que na hipótese de condenação, devem ser arbitrados com observância as letras a, b e c do § 3º do art. 20 do CPC, noticiando entendimento pretoriano no sentido de que não deve a entidade estatal, na hipótese de sucumbir, suportar honorários de advogado acima do percentual de 10% (dez por cento).

O Estado do Ceará, por sua vez, noticiou às fls. 134/142, em sede de preliminar, ausência de documentos indispensáveis à propositura da ação e prescrição das parcelas anteriores ao quinquênio legal. No mérito, aduz que para fins de pensão, existem gratificações que não são incorporadas, percebendo somente os servidores em atividade, requerendo, ao final, a improcedência integral do pedido em face das preliminares argüidas e, caso contrário, sejam excluídas da condenação as parcelas “pro-labore faciendo”.

Por termo, as apeladas aduzem que o IPEC repete as mesmas alegações de sua peça contestatória, insistindo na limitação de 70% (setenta por cento) da pensão fixada em lei estadual do valor que percebia o servidor falecido. O Estado do

Ceará não poderia ser admitido como litisconsorte passivo necessário, porém como simples assistente, uma vez que as pensões questionadas se reportam às regras vigentes ao tempo de suas concessões, conforme LC nº 24/2000.

No mérito, é pacífico o entendimento jurisprudencial que a pensão por morte de servidor confere plena correspondência de valores à totalidade dos vencimentos ou proventos do instituidor falecido. Rogam, na oportunidade, a confirmação da sentença de 1º grau.

A Procuradoria Geral de Justiça, em parecer de fls. 216/ss, assinalando que os dispositivos constitucionais (art. 40 e § 7º, CF/88), conferem às pensionistas perceberem os proventos em pleno compasso com os vencimentos que os servidores públicos faziam *jus se* em atividade estivessem, opinou no sentido da manutenção da sentença proferida.

É o relatório.

Incluídos em pauta de julgamento.

VOTO

Noticiou o Estado do Ceará que o ex-marido de TEREZINHA DE JESUS DE LIZIEUX MACEDO SOBREIRA (Gutemberg Sobreira de Menezes) faleceu em 18 de maio de 1989, inexistindo, pois, direito a qualquer reajuste, por força da incidência do instituto da prescrição. Na oportunidade da contestação, procurou afastar discussão quanto à percepção da totalidade da remuneração, inclusive as diferenças atrasadas, mas tão somente quanto às parcelas integrantes da mencionada remuneração, vez algumas parcelas vencimentais somente são auferíveis por servidores em efetivo exercício. É o caso, por exemplo, das **gratificações “PRO-LABORE FACIENDO”**, devidos quando o servidor se encontra exercendo função.

Na hipótese da requerente VITÓRIA LEONTINA FARIAS NASCIMENTO, viúva do ex-servidor Raimundo Ferreira do Nascimento Neto, não deverá incidir a gratificação de risco de vida e saúde, enquanto no tocante à Senhora MARIA ONYRA CARNEIRO DE ARRUDA, viúva do ex-servidor Antônio de Melo

Arruda, não será aplicável a gratificação de cargo comissionado. O Instituto de Previdência do Estado do Ceará (IPEC), em sede de contestação, ratificou os termos da insurgência do Estado do Ceará, inclusive para fins de pré-questionamento, não só pelo seu conteúdo, mas também por se tratar de FAZENDA PÚBLICA.

Segundo o magistério de **JOSÉ AFONSO DA SILVA** – o § 5º do art. 40, da CF (atual § 7º, EC nº 20) é norma de eficácia contida, auto-aplicável. Assim, indubitavelmente, a pensão por morte do instituidor corresponderá à totalidade dos vencimentos se vivo estivesse, refletindo, pois, o que percebia em atividade.

O § 7º do art. 40, da Carta Magna, adicionado pela Emenda Constitucional nº 20/98, da CF, expressa o respeito à obrigatoriedade do benefício na totalidade dos valores percebidos pelo servidor, se vivo fosse, sem propósito, pois, a recusa do IPEC relativamente ao cumprimento dos preceitos constitucionais.

Devo destacar a jurisprudência reproduzida em notas relacionadas ao art. 40 da CF, na obra **CONSTITUIÇÃO FEDERAL INTERPRETADA PELO STF**, de autoria de Antônio Joaquim Ferreira Custódio, *verbis*:

“Na vigência da redação primitiva do parágrafo 4º, do art. 40, cujo teor era similar, entendeu-se que a norma era auto-aplicável, independentemente da legislação infra-constitucional, pelo que “a revisão dos proventos de aposentadoria será efetuada sempre que houver modificação da remuneração dos servidores em atividade, estendendo-se aos inativos quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos àqueles.” (*In RE 219-500-2-RS, STF/2ª Turma, RT 752/129*).

Com a Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.1998, o dispositivo constitucional aludido resulta renumerado e passa a ter seguinte redação:

§ 7º. Lei disporá sobre a concessão do benefício da

pensão por morte, que será igual ao valor dos proventos do servidor falecido ou ao valor dos proventos a que teria direito o servidor em atividade na data do seu falecimento, observado o disposto no §3º.

Vale frisar que a nossa Constituição Estadual, em seu art. 168, § 5º, dispõe que:

Art. 168. (...)

§ 5º. O benefício da pensão por morte corresponderá à totalidade de vencimentos ou proventos do servidor falecido, na forma do disposto no parágrafo anterior.

Dessa forma, vendo os fatos de qualquer ângulo, já possuía o servidor público, o direito a integralidade dos seus vencimentos e, aos dependentes e pensionistas, valor de igual monta, como se vivo estivesse. Reforçando, ainda, a Súmula nº 23 do TJ/CE que assim transcrevo:

“Os proventos dos inativos e as pensões por morte devem corresponder à totalidade do que perceberia o militar, se estivesse em atividade ou se vivo fosse, estendendo-se aos inativos e aos pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos militares ativos, ainda que não sejam de caráter geral.”

A partir da CF/88, os direitos dos pensionistas observaram resguardo à percepção de seus benefícios, na integralidade dos proventos do servidor falecido. Com a supressão da expressão: “**ATÉ O LIMITE ESTABELECIDO EM LEI**”, pelo legislador, contida no § 5º, do art. 40, entendeu o STF, no Mandado de Injunção nº 211-8, que era uma garantia auto-aplicável, independentemente de Lei regulamentadora para ser viabilizada (Relator Ministro ILMAR GALVÃO).

Quanto à impossibilidade de inclusão das

gratificações de risco de vida e saúde, conhecidas como “PRO-LABORE FACIENDO”, o STF já fincou posição no sentido. Vejamos.

“Pensão por morte de servidor público (CF, art. 40, § 5º): plena correspondência de valores à totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido, conforme entendimento do STF firmado a partir do julgamento do MI 211 (Marco Aurélio, RTJ 157/411): inclusão, com fundamento no artigo 40, §§ 7º e 8º (redação da EC 20/98), de vantagens remuneratórias de caráter geral e extensivas a todos os servidores em atividade: precedentes.”

(RE-AgR 434901 / CE, Relator Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, julgado em 29/03/2005, Primeira Turma do STF).

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. ESTADO DO CEARÁ. PENSÃO POR MORTE. VANTAGENS DE NATUREZA GERAL: EXTENSÃO AOS INATIVOS.

I. - O pensionista faz jus à totalidade dos vencimentos que receberia o servidor falecido se na ativa estivesse.

II. - As vantagens de natureza geral, concedidas em razão do cargo, incorporam-se aos proventos dos inativos.

III. - Agravo não provido.”

(RE-AgR 409672 / CE, Relator Min. CARLOS VELLOSO, julgado em 08/06/2004, Segunda Turma do STF).

“PENSÃO - VALOR. A pensão devida aos dependentes do servidor falecido há de refletir o que este perceba em atividade. Defeso é excluir, ao argumento de que se trata de vantagem própria à atividade, esta ou aquela parcela, como é o caso

das diárias operacionais, da gratificação de risco de vida e da indenização pela função policial militar a que o Estado do Ceará obrigou-se a satisfazer.” (AI-AgR 265373 / CE, Relator Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 10/10/2000, Segunda Turma do STF).

Outrossim, como o reexame obrigatório devolve toda a matéria, destaco que a Lei Complementar nº 24/2000, esclareceu a legitimidade do Estado do Ceará e do IPEC, nas causas que versem sobre o reajuste de pensões e pagamentos das diferenças atrasadas, em cujo art. 3º explicitou a competência da Procuradoria da Autarquia para atuar nos processos judiciais relativos à discussão de pensão decorrente de fato gerador antecedente a 1º de outubro de 1999, exclusivamente com relação às prestações compreendidas até 30 de setembro de 1999.

Com isso, desde já o reconhecimento da ilegitimidade do Estado do Ceará para figurar na presente demanda. O posicionamento desta Corte é o seguinte:

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO ORDINÁRIA. REMESSA OFICIAL. REVISÃO DE PENSÃO POR MORTE DE SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DA REDAÇÃO ORIGINAL DO ART. 40, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DIREITO ADQUIRIDO. COMPETÊNCIA DO IPEC E DO SUPSEC PARA ATUAR NA LIDE. ARTS. 2º E 3º DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL Nº. 24/00. SENTENÇA MANTIDA.

1. Dispõe a redação originária do art. 40, § 5º, da Constituição da República que “o benefício da pensão por morte corresponderá à totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido”, tendo a referida norma eficácia imediata. Precedentes do Eg. Supremo Tribunal Federal.

2. Havendo o cônjuge da pensionista falecido em 1969, resta caracterizado o seu direito adquirido, na forma do art. 40, § 5º, da CF, sendo inaplicáveis, na espécie, as emendas constitucionais posteriores.

3. De acordo com o que dispõem os arts. 2º e 3º da Lei Complementar Estadual nº. 24/00, são de responsabilidade do IPEC os processos previdenciários anteriores a 1º de outubro de 1999, sendo que as pensões por morte posteriores à referida data são automaticamente transferidas para a competência do SUPSEC.

4. Remessa oficial e Apelação Cível conhecidas e improvidas.”

(Apelação Cível nº 2003.0009.4977-4/0, Rel. Des. Raul Araújo Filho, 1ª Câmara Cível do TJ/CE, julgado em 10.12.2007).

“APELAÇÃO CÍVEL - EMBARGOS À EXECUÇÃO.

1. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DO IPEC E EXCLUSÃO DO ESTADO DO CEARÁ DO PÓLO PASSIVO. **Compete ao IPEC figurar no pólo passivo dos processos judiciais relativos à discussão de pensão decorrente de fato gerador antecedente a 01/10/1999, inteligência dos arts.**

1.º e 3.º da Lei Complementar Estadual n.º 24.

2. OFENSA A COISA JULGADA - MATERIA JA DISCUTIDA NO PROCESSO DE COGNICÃO. A

faculdade de embargos não é absoluta. Não se pode neles discutir matéria decidida no processo de conhecimento, sob pena de se malferir a coisa julgada material. 3. GRATIFICAÇÕES PROPRIAS DA ATIVIDADE - EXTENSÃO AOS PENSIONISTAS - POSSIBILIDADE. Defeso é excluir do cálculo do benefício do pensionista, ao argumento de que se trata de vantagem própria à atividade, esta ou aquela parcela, visto que a Carta Magna em seu art. 40, § 5.º, na redação à época vigente, equiparou a pensão

aos vencimentos do instituidor, como se vivo fosse.

4. SENTENÇA MANTIDA. 5. RECURSO IMPROVIDO.”

(Apelação Cível nº 2002.0000.6554-1/0, Rel. Desa. Edite Bringel Olinda Alencar, 3ª Câmara Cível do TJ/CE, julgado em 01.08.2005).

No tocante ao percentual da condenação em honorários advocatícios, fixado pelo Juiz ao patamar de 20% (vinte por cento), tendo em vista os parâmetros legais do artigo 20, §4º, do Código de Processo Civil, reduzo os honorários advocatícios para a base de 10% sobre o valor da condenação.

Nestas condições, conheço da remessa necessária e do recurso voluntário, para dar parcial provimento, somente para minorar o percentual arbitrado a título de honorários advocatícios de 20% (vinte por cento) para 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, confirmando a sentença monocrática nos demais termos.

Reconhecida a ilegitimidade do Estado do Ceará para figurar na presente demanda, conforme art. 3º, da Lei Complementar nº 24/00.

É como voto.

Fortaleza, 16 de junho de 2008.

4^a CÂMARA CÍVEL

Componentes:

Desa. Maria Celeste Thomaz de Aragão - Presidente

Desa. Maria Iracema do Vale Holanda

Des. Lincoln Tavares Dantas

Des. Francisco Lincoln Araújo e Silva

APELAÇÃO CÍVEL

**ESTADO DO CEARÁ
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Apelação Cível n.º 2006.0018.0877-0/1, da 10ª Vara Cível de Fortaleza.

Apelante: Antônia Alves da Silva.

Apelada: Telemar Norte Leste S/A.

Relatora: Desa. Maria Iracema do Vale Holanda.

EMENTA: APELAÇÃO. AÇÃO DE NULIDADE DE COBRANÇA DE ASSINATURA BÁSICA DE TELEFONE COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TELEFONIA FIXA. SUSPENSÃO DA COBRANÇA ATINENTE À TARIFA DE ASSINATURA BÁSICA. LICITUDE DA COBRANÇA. ENTENDIMENTO PACIFICADO PELO STJ.

1. Consoante precedentes reiterados do STJ, é da Justiça Estadual a competência para julgar as ações individuais aforadas contra a concessionária de telefonia fixa, concernentes à cobrança da tarifa de assinatura básica.

2. É lícita e válida a cobrança da tarifa de assinatura mensal, encontrando-se devidamente regulada pela Lei das Concessões e pelas Resoluções editadas pela ANATEL, além de encontrar previsão no contrato de prestação de serviços firmado entre as partes.

3. O STJ pacificou o entendimento pela legalidade das cláusulas contratuais que prevejam a cobrança de assinatura básica de telefonia. Tal exação é lícita, uma vez possuir a ANATEL autonomia de regulamentação sobre a matéria, vindo a autorizar por meio de resolução a assinatura do serviço de telefone fixo.

4. Precedentes das demais Câmaras Cíveis deste

egrégio Tribunal de Justiça: APC 2007.0017.3723-4/1, 1ª Câmara Cível, Rel. DES. RAUL ARAÚJO FILHO, julgamento em 28.01.2008; AI 2007.0021.6491-2/0, 2ª CÂMARA CÍVEL, Des. ADEMAR MENDES BEZERRA, julgado em 27.02.2008; APC n. 2006.0004.9047-4/1 - 3ª CÂMARA CÍVEL - Relator: Des. JOSÉ ARÍSIO LOPES DA COSTA; julgado em 25.02.2008).

- **Apelação improvida.**
- **Sentença confirmada.**
- **Unânime**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível n.º 2006.0018.0877-0/1, em que figuram as partes acima indicadas. Acorda a 4ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer do recurso, mas para negar-lhe provimento, nos termos do voto da Relatora.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta por Antônia Alves da Silva com o objetivo de reformar sentença proferida pelo MM. Juízo da 10ª Vara Cível de Fortaleza que julgou improcedente a demanda.

O caso/a ação originária: Antônia Alves da Silva ajuizou Ação Ordinária Declaratória de Inexigibilidade de cobrança cumulada com pedido de repetição de indébito em face da Empresa Telemar Norte Leste S/A. Argumentou que seriam ilegais as cláusulas contratuais concernentes à cobrança da tarifa de assinatura básica de telefone.

A Sentença: o douto Juízo da 10ª. Vara Cível de Fortaleza decidiu pela improcedência dos pedidos da parte autora (fls. 442/447). Transcrevo a parte final dos fundamentos da sentença, no que interessa:

(...) legítima é a cobrança da tarifa de assinatura mensal, por estar devidamente regulada por Lei e pelas Resoluções editadas pela ANATEL e por encontrar previsão no contrato de prestação de serviços firmado entre as partes.

Vale ainda mencionar que não se visualiza violação ao art. 6º, IV, art. 39 e art. 51, VI, todos do Código de Defesa do Consumidor. Ademais, se o contrato de concessão de serviço público e a legislação que trata da matéria, permitem que a demandada tarife os serviços por ela prestados, não há falar em violação às normas do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que ausente qualquer ilegalidade ou abusividade na cobrança feita pela empresa de telefonia como contraprestação por um serviço que disponibiliza ao usuário de telefonia fixa” (fl. 447).

A Apelação: inconformada, interpôs a Autora recurso de apelação (fls. 449/460), pugnando-se pela reforma da sentença.

Contra-razões de apelação às fls. 515/536, em que foi requerida a manutenção da sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

É o relatório.

VOTO

Não assiste razão à apelante. Não há quaisquer irregularidades, nulidades ou cláusulas ilícitas nos contratos de telefonia que prevejam a tarifa de assinatura básica, não se constituindo em prática abusiva contra o consumidor. Deve a sentença ser confirmada em todos os seus termos.

O STJ, analisando questão absolutamente idêntica ao do presente caso, já pacificou seu entendimento. Transcrevo, por todos, extensa ementa que realizou uma verdadeira compilação do entendimento do STJ sobre o assunto, e que

pacificou tal diretiva jurisprudencial:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. SERVIÇO DE TELEFONIA. COBRANÇA DE “ASSINATURA BÁSICA RESIDENCIAL”. NATUREZA JURÍDICA: TARIFA. PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. EXIGÊNCIA DE LICITAÇÃO. EDITAL DE DESESTATIZAÇÃO DAS EMPRESAS FEDERAIS DE TELECOMUNICAÇÕES MC/BNDES N. 01/98 CONTEMPLANDO A PERMISSÃO DA COBRANÇA DA TARIFA DE ASSINATURA BÁSICA. CONTRATO DE CONCESSÃO QUE AUTORIZA A MESMA EXIGÊNCIA. RESOLUÇÕES N. 42/04 E 85/98, DA ANATEL, ADMITINDO A COBRANÇA. DISPOSIÇÃO NA LEI N. 8.987/95. POLÍTICA TARIFÁRIA. LEI 9.472/97. AUSÊNCIA DE OFENSA A NORMAS E PRINCÍPIOS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRECEDENTES DA CORTE ADMITINDO O PAGAMENTO DE TARIFA MÍNIMA EM CASOS DE FORNECIMENTO DE ÁGUA. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO ARESTO A QUO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC REPELIDA. DESNECESSIDADE DA PRESENÇA DA ANATEL NA LIDE. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ AFASTADA. LEGALIDADE DA COBRANÇA DA ASSINATURA BÁSICA DE TELEFONIA. DISCRIMINAÇÃO DE PULSOS EXCEDENTES. NÃO-OBRIGATORIEDADE. RELAÇÃO DE CONSUMO. LESÃO AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NÃO-RECONHECIDA. PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL.

01. Matéria jurídica abordada no acórdão, cobrança de “assinatura mensal básica” para prestação de serviços telefônicos, amplamente debatida.

02. O Julgador não tem o dever de discorrer exaustivamente sobre os regramentos legais

existentes e nem está obrigado a responder a todos os questionamentos apontados pelas partes se já encontrou motivo suficiente para fundamentar a sua decisão. Verifica-se que a matéria atinente à assinatura mensal foi amplamente e explicitamente enfrentada na Corte de origem, porém, com conclusão em sentido oposto ao almejado pela recorrente, o que não conduz à hipótese de omissão. Violação do art. 535 do CPC que se afasta.

03. Tratando-se de relação jurídica instaurada entre empresa concessionária de serviço público federal e usuário, não há interesse na lide do poder concedente, no caso, a União, falecendo, a fortiori, competência à Justiça Federal. Precedentes: REsp n. 947.191/PB, Rel. Min. Denise Arruda, DJ de 21.08.2007; REsp n. 900.478/RS, Rel. Min. Francisco Facão, DJ de 16.02.2007; REsp n. 904530/RS, Rel. Min. Humberto Martins, DJ de 16.02.2007.

04. Merece prosperar o apelo em relação ao afastamento da multa por litigância de má-fé imposta pelo Tribunal a quo em sede de embargos de declaração. Inteligência da Súmula 98/STJ.

05. A Primeira Turma, apreciando a matéria “discriminação de pulsos excedentes e ligações de telefone fixo para celular” no REsp 925.523/MG, em sessão realizada em data de 07/08/2007, à unanimidade, exarou o entendimento de que “as empresas que exploram os serviços concedidos de telecomunicações não estavam obrigadas a discriminar todos os pulsos nas contas telefônicas, especialmente os além da franquia, bem como as ligações de telefone fixo para celular, até o dia 01 de janeiro de 2006, quando entrou em vigor o Decreto n. 4.733/2003, art. 7º. A partir dessa data, o detalhamento só se tornou obrigatório quando houvesse pedido do consumidor com custo sob sua responsabilidade”.

06. A tarifa, valor pago pelo consumidor por serviço público voluntário que lhe é prestado, deve ser fixada por autorização legal.

07. A remuneração tarifária tem seu fundamento jurídico no art. 175, parágrafo único, inciso III, da Constituição Federal, pelo que a política adotada para a sua cobrança depende de lei.

08. O art. 2º, II, da Lei n. 8.987/95, que regulamenta o art. 175 da CF, ao disciplinar o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, exige que o negócio jurídico bilateral (contrato) a ser firmado entre o poder concedente e a pessoa jurídica concessionária seja, obrigatoriamente, precedido de licitação, na modalidade de concorrência.

09. Os participantes de procedimento licitatório, por ocasião da apresentação de suas propostas, devem indicar o valor e os tipos das tarifas que irão cobrar dos usuários pelos serviços prestados.

10. As tarifas fixadas pelos proponentes servem como um dos critérios para a escolha da empresa vencedora do certame, sendo elemento contributivo para se determinar a viabilidade da concessão e estabelecer o que é necessário ao equilíbrio econômico-financeiro do empreendimento.

11. O artigo 9º da Lei n. 8.987, de 1995, determina que “a tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação ...”.

12. No contrato de concessão firmado entre a recorrente e o poder concedente, há cláusula expressa refletindo o constante no Edital de Licitação, contemplando o direito de a concessionária exigir do usuário o pagamento mensal da tarifa de assinatura básica.

13. A permissão da cobrança da tarifa mencionada constou nas condições expressas no Edital de Desestatização das Empresas Federais de

Telecomunicações (Edital MC/BNDES n. 01/98) para que as empresas interessadas, com base nessa autorização, efetuassem as suas propostas.

14. As disposições do Edital de Licitação foram, portanto, necessariamente consideradas pelas empresas licitantes na elaboração de suas propostas.

15. No contrato de concessão firmado entre a recorrente e o poder concedente, há cláusula expressa afirmando que, “para manutenção do direito de uso, as prestadoras estão autorizadas a cobrar tarifa de assinatura”, segundo tabela fixada pelo órgão competente. Estabelece, ainda, que a tarifa de assinatura inclui uma franquia de 90 pulsos.

16. Em face do panorama supradescrito, a cobrança da tarifa de assinatura mensal é legal e contratualmente prevista.

17 A tarifa mensal de assinatura básica, incluindo o direito do consumidor a uma franquia de 90 pulsos, além de ser legal e contratual, justifica-se pela necessidade da concessionária manter disponibilizado o serviço de telefonia ao assinante, de modo contínuo e ininterrupto, o que lhe exige dispêndios financeiros para garantir a sua eficiência.

18. Não há ilegalidade na Resolução n. 85, de 30.12.1998, da Anatel, ao definir: “XXI – Tarifa ou Preço de Assinatura – valor de trato sucessivo pago pelo assinante à prestadora, durante toda a prestação do serviço, nos termos do contrato de prestação de serviço, dando-lhe direito à fruição contínua do serviço”.

19. A Resolução n. 42/05 da Anatel estabelece, ainda, que “para manutenção do direito de uso, caso aplicável, as Concessionárias estão autorizadas a cobrar tarifa de assinatura mensal”, segundo tabela fixada.

20. A cobrança mensal de assinatura básica está

amparada pelo art. 93, VII, da Lei n. 9.472, de 16.07.1997, que a autoriza, desde que prevista no Edital e no contrato de concessão, como é o caso dos autos.

21. A obrigação do usuário pagar tarifa mensal pela assinatura do serviço decorre da política tarifária instituída por lei, sendo que a Anatel pode fixá-la, por ser a reguladora do setor, tudo amparado no que consta expressamente no contrato de concessão, com respaldo no art. 103, §§ 3º e 4º, da Lei n. 9.472, de 16.07.1997.

22. O fato de existir cobrança mensal de assinatura, no serviço de telefonia, sem que chamadas sejam feitas, não constitui abuso proibido pelo Código de Defesa do Consumidor, por, primeiramente, haver amparo legal e, em segundo lugar, tratar-se de serviço que, necessariamente, é disponibilizado, de modo contínuo e ininterrupto, aos usuários.

23. O conceito de abusividade no Código de Defesa do Consumidor envolve cobrança ilícita, excessiva, possibilitadora de vantagem desproporcional e incompatível com os princípios da boa-fé e da equidade, valores negativos não presentes na situação em exame.

24. O STJ tem permitido, com relação ao serviço de consumo de água, a cobrança mensal de tarifa mínima, cuja natureza jurídica é a mesma da ora discutida, a qual garante ao assinante o uso de, no máximo, 90 pulsos, sem nenhum acréscimo ao valor mensal. O consumidor só pagará pelos serviços utilizados que ultrapassarem essa quantificação.

25. Precedentes do STJ garantindo o pagamento de tarifa mínima: REsp 759.362/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 29/06/2006; REsp 416.383/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 23/09/2002; REsp 209.067/RJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 08/05/2000; REsp 214.758/RJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros,

DJ 02/05/2000; REsp 150.137/MG, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ 27/04/1998, entre outros. Idem do STF: RE 207.609/DF, decisão da relatoria do Ministro Néri da Silveira, DJ 19/05/1999.

26. Precedentes do STJ sobre tarifa de assinatura básica em serviço de telefonia: MC 10235/PR, Rel. Min. Teori Zavascki, Primeira Turma, DJ 01.08.2005; REsp 911.802/PR, Rel. Min. José Delgado, Primeira Seção.

27. Recurso especial conhecido e parcialmente provido para permitir a cobrança mensal da tarifa acima identificada, reconhecer a inexigibilidade da discriminação mensal e de forma detalhada das ligações efetuadas e repelir a imposição de multa por litigância de má-fé.

(REsp 1031987/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06.03.2008, DJ 02.04.2008 p. 1)

E este Tribunal de Justiça também já firmou tal entendimento, como se pode conferir das ementas das demais Câmaras Cíveis:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO DO CONSUMIDOR. APELAÇÃO EM AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE COBRANÇA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO DE TELECOMUNICAÇÃO. POLÍTICA TARIFÁRIA. ASSINATURA BÁSICA MENSAL. INTERESSE JURÍDICO DA ANATEL. INEXISTÊNCIA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. LEGALIDADE DA COBRANÇA. EXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL E CONTRATUAL. DISPONIBILIZAÇÃO CONTÍNUA E ININTERRUPTA DO SERVIÇO. OCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO AO CDC. NÃO CARACTERIZAÇÃO. PRECEDENTES

DO STJ. 1. Tratando-se de ação visando à declaração da ilegalidade da cobrança da taxa de assinatura básica mensal referente a contrato de prestação de serviço de telefonia firmado entre usuário e concessionária de serviço público, não há que se falar na existência de interesse jurídico que justifique a integração, no pólo passivo da demanda, do ente concedente ou da ANATEL. Precedentes do C. STJ. 2. Os serviços públicos são de titularidade exclusiva do Estado e somente podem ser prestados pelo Poder Público, seja diretamente, seja por delegação - concessão, permissão e autorização (CF, art. 175, caput) -, mediante celebração de contrato administrativo. Nesses contratos, a política tarifária deve estar prevista em lei (CF, art. 175, parágrafo único, inc. III). 3. A fim de regular e fiscalizar o serviço de telecomunicação (CF, art. 21, inc. XI), foi criada a ANATEL, através da Lei n. 9.472/97, prevendo esta também outorga de concessão com a possibilidade da cobrança de tarifas pela concessionária desde que prevista no edital e no contrato respectivo (Lei n. 9.472/97, art. 93, inc. VII c/c art. 103, § 3º). 4. No caso dos autos, o contrato de concessão de serviço de telefonia, estabeleceu, dentre as tarifas passíveis de cobrança pela TELEMAR, o preço de assinatura básica mensal, destinado à remuneração pela “manutenção do direito de uso” (Res. n. 426/03, art. 3º, inc. XIV), já que conferido ao consumidor “o direito à fruição contínua do serviço (Res. n. 85/98, art. 3º, inc. XXI).” 5. A contraprestação da concessionária caracteriza-se pela constante disponibilidade do serviço ao usuário, não sendo necessário, para que reste configurada a prestação efetiva do serviço, que o consumidor efetue ligações. É que os valores percebidos a tal título destinam-se à manutenção da linha telefônica contratada, sendo imprescindível para o equilíbrio

econômico-financeiro do contrato de concessão. Precedentes do Eg. STJ. 6. Não havendo qualquer ilegalidade na cobrança da tarifa de assinatura básica mensal, já que plenamente respaldada na legislação e nos contratos pertinentes e cobrada em contrapartida à prestação de serviço público, não resta caracterizada ofensa ao Código de Defesa do Consumidor. Inexistência de cláusula abusiva (CDC, art. 51). 7. Apelação conhecida e improvida. (TJCE; APC 2007.0017.3723-4/1; 1ª Câmara Cível; Rel. DES. RAUL ARAÚJO FILHO; julgamento em 28.01.2008).

* * *

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DO CONSUMIDOR, CIVIL, E ADMINISTRATIVO. - AÇÃO ANULATÓRIA / C REPETIÇÃO DE INDÉBITO - SERVIÇO DE TELEFONIA FIXA - COBRANÇA DE "ASSINATURA BÁSICA RESIDENCIAL" - NATUREZA JURÍDICA: TARIFA - MODELO REGULATÓRIO BRASILEIRO - LEGALIDADE DA COBRANÇA - CONTINUIDADE DOS SERVIÇOS PÚBLICOS - PRECEDENTE DA PRIMEIRA SEÇÃO DO STJ. - A habilitação do Serviço de Telefonia Fixa Comutada - conhecida como assinatura básica -, atenderia a uma contraprestação pela comodidade advinda do serviço fruído no domicílio do usuário. - De outra banda, a feitura da equação tarifária é atribuição administrativa da Agência. Só poderia o Poder Judiciário interferir em casos excepcionais, de gritante abuso ou desrespeito aos procedimentos formais de criação dessas figuras. Carece o dito Poder de mecanismos suficientemente apurados de confronto paritário às soluções identificadas pelos expertos da Agência reguladora. - O Direito do Consumidor qualifica as relações jurídicas entre usuários e operadoras naquilo que não for objeto de regulação ou quando a

regulação extrapolar os limites científicos do Direito das Telecomunicações e passar a invadir a órbita daquela província. A cobrança indevida de ligações não efetuadas é questão nitidamente consumerista. A exigência da assinatura básica, por seu turno, é tema específico da regulação dos serviços de telecomunicações. - A Primeira Seção do eg. STJ, na assentada de 24.10.2007, por maioria, deu provimento ao Resp 911.802/RS, que teve como relator o Min. José Delgado, que se constituiu em verdadeiro caso-líder desse tema e estabeleceu a necessária pacificação na Corte quanto ao antigo dissídio, firmando posicionamento no sentido da legalidade da cobrança da “assinatura básica mensal.” - Apelação Conhecida e Provida e Agravo Prejudicado. (TJCE; AI 2007.0021.6491-2/0; 2ª CÂMARA CÍVEL; Des. ADEMAR MENDES BEZERRA; julgado em 27.02.2008)

* * *

APELAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TELEFONIA FIXA. SUSPENSÃO DA COBRANÇA ATINENTE À TARIFA DE ASSINATURA BÁSICA. LEGALIDADE. PRECEDENTES DO STJ. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. 1. Consoante precedentes reiterados do STJ, é da Justiça Estadual a competência para conhecer e processar as ações individuais aforadas contra a concessionária de telefonia fixa, concernentes à cobrança da tarifa de assinatura básica. 2. Na esteira de entendimento já consolidado do mesmo Tribunal, referida cobrança é legal, tendo em vista que a ANATEL possui, em face da LEI DE CONCESSÕES, total liberdade de regulamentação sobre a matéria, vindo a autorizar por meio de resolução a assinatura

básica do serviço de telefone fixo comutado. 3. Recurso provido. (TJCE; APC n. 2006.0004.9047-4/1 - 3ª CÂMARA CÍVEL - Relator: Des. JOSÉ ARÍSIO LOPES DA COSTA; julgado em 25.02.2008)

Sendo assim, é de se declarar válidas as cláusulas que prevejam, em contrato de telefonia, a chamada assinatura básica, restando descabida a declaração de sua ilegalidade ou mesmo da pretensão de repetição de indébito. Por tais razões, a manutenção da sentença é medida que se impõe.

DISPOSITIVO

Diante do exposto, conheço da presente apelação, mas para **NEGAR-LHE PROVIMENTO, confirmando-se** a sentença vergastada em todos os seus termos, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

É como voto.

Fortaleza, 28 de maio de 2008.

**ESTADO DO CEARÁ
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

**Apelação Cível nº 2004.0016.2740-0/0
Apelante: ELOISA NAIL PONTES LOBO
Apelado: FRANCISCO ALVES GALVAO JUNIOR
Apelado: ROBERTO AUGUSTO FREITAS ALENCAR
Apelado: SÃO LUCAS – SERVIÇOS MÉDICOS E HOSPITALARES S/C
Relator: Des. Lincoln Tavares Dantas**

EMENTA: CIVIL. DANO ESTÉTICO E MORAL. CIRURGIA. OBRIGAÇÃO DE MEIO. RESPONSABILIDADE DE MÉDICO E DE

ESTABELECIMENTO HOSPITALAR. PROCEDIMENTO MÉDICO ADEQUADO AO QUADRO CLÍNICO DO PACIENTE. NÃO CARACTERIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL.

1. A responsabilidade do profissional da Medicina por eventual erro médico deve ser apurada mediante a verificação da culpa, consoante o artigo 14, parágrafo 4º da Lei 8.078/90 (CDC).

2. Apesar de o estabelecimento hospitalar responder segundo os ditames da responsabilidade objetiva, são necessários o defeito na prestação do serviço, o evento danoso e a relação de causalidade para o pagamento de indenização por dano estético e moral.

3. Apelação improvida.

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível nº: 2004.0016.2740-0/0, em que figuram as partes acima indicadas, **ACORDA** a 4ª Câmara Civil do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer e: **NEGAR PROVIMENTO À APELAÇÃO**, de acordo com a ata do julgamento.

RELATÓRIO:

Trata-se de apelação interpostas por ELOISA NAIL PONTES LOBO, pretendendo a reforma da sentença que julgou improcedente pedido de indenização formulado em face dos médicos FRANCISCO ALVES GALVAO JUNIOR e ROBERTO AUGUSTO FREITAS ALENCAR, e do estabelecimento hospitalar SÃO LUCAS – SERVIÇOS MÉDICOS E HOSPITALARES S/C.

FATO E CAUSA DE PEDIR

Os médicos acima indicados, em 09/07/1999, no Hospital São Lucas, realizaram procedimento cirúrgico denominado *sinusectomia maxilar bilateral*, destinado ao tratamento de sinusite crônica que acometia a Apelante, ELOISA NAIL PONTES LOBO.

Após a cirurgia, porém, a paciente teria apresentado complicações: (i) hematoma pré-septal e (ii) prejuízo nas funções do músculo reto medial.

Para corrigir o problema, a Apelante viajou a outros centros de tratamento, despendendo recursos com viagens, tratamentos médicos e medicamentos.

AÇÃO E PEDIDO

Em decorrência dos fatos alegados, a ora Apelante ajuizou ação de indenização por danos patrimoniais e morais.

DA DECISÃO DA SENTENÇA

O Magistrado *a quo* prolatou sentença (fls.321/328) entendendo pela improcedência dos pedidos formulados na exordial, ante a ausência dos elementos indispensáveis para a responsabilização civil dos médicos FRANCISCO ALVES GALVAO JUNIOR e ROBERTO AUGUSTO FREITAS ALENCAR.

Quanto à responsabilização do estabelecimento hospitalar SÃO LUCAS – SERVIÇOS MÉDICOS E HOSPITALARES S/C, a decisão recorrida entendeu que seria parte ilegítima, porquanto não haveria vínculo funcional entre o estabelecimento e os profissionais que realizaram a cirurgia.

DA APELAÇÃO INTERPOSTA PELA AUTORA - ELOISA NAIL PONTES LOBO

Irresignada com a improcedência do pedido inicial, a Autora interpôs apelação alegando que: (1) o Hospital Anchieta

Ltda deve ser responsabilizado, conforme os ditames da responsabilidade objetiva, em decorrência da caracterização da relação de consumo estabelecida; e (2) quanto aos médicos, a decisão recorrida não apreciou corretamente o acervo probatório, já que o caso seria “...**de culpa indiscutível**...” (fl.340).

Oferecidas as respectivas contra-razões, o feito subiu a esta Corte e foi re-distribuído a esta relatoria, em razão da criação desta 4ª Câmara Cível.

É o relatório, no que tem de essencial. À douta revisão.

Fortaleza, 26 de dezembro de 2006.

VOTO:

Eminentes Colegas:

Presentes os pressupostos, conheço do recurso.

I – Exame da legitimidade e responsabilidade do estabelecimento hospitalar.

Em primeiro lugar, a Apelante se insurge contra o reconhecimento da ilegitimidade passiva do estabelecimento hospitalar feita pela sentença atacada, sustentando que a responsabilidade da Clínica, por restar caracterizada a relação de consumo, seguiria os ditames da responsabilidade objetiva.

Realmente, *in casu*, verifica-se hipótese a legitimidade passiva do estabelecimento, independente da vinculação funcional entre estes e os médicos.

A eventual responsabilidade civil da Clínica deve ser verificada objetivamente. Tal incidência decorre da chamada teoria do risco, que, em apertada síntese, indica que todo aquele que exercer alguma atividade e criar um risco de dano para terceiros, deve ser obrigado, caso o mesmo se concretize, a repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de culpa.

Prescinde-se, assim, da comprovação da culpa para a responsabilização do estabelecimento hospitalar, bastando

apenas a caracterização do dano e do nexo de causalidade.

Nesse sentido, a lição de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, *in verbis*:

Se o médico integra o quadro pessoal permanente do hospital ou da clínica, a responsabilidade desta última deflui manifesta [...].

Entretanto, dúvida pode haver quanto àqueles profissionais que apenas eventualmente utilizam a estrutura física e logística do hospital para realizar uma cirurgia, por exemplo.

Ainda assim, entendemos existir um liame jurídico entre o médico e a entidade hospitalar, de modo a autorizar a responsabilização objetiva desta última, sem prejuízo de um eventual direito de regresso contra o médico. (*in Novo Curso de Direito Civil, Responsabilidade Civil, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004, v. III, p. 247.*)

É indispensável para a configuração da responsabilidade civil do estabelecimento hospitalar, a prova do nexo de causalidade entre o procedimento adotado pelos médicos que integrem, ou não, o seu quadro de funcionários e o dano sofrido pela Apelante.

Não restou configurada, porém, qualquer ação ilícita ou inadequada em todo o procedimento médico ao qual se submeteu a Apelante, conforme conclusão do laudo pericial.

Com efeito, considerando que a atividade médica, via de regra, caracteriza-se como obrigação de meio, não havendo possibilidades do médico afirmar peremptoriamente que irá promover a cura do indivíduo, não se configura o nexo de causalidade entre o dano sofrido pela Autora/Apelante (**limitação à abdução do olho direito**) e qualquer conduta praticada no procedimento médico a que foi submetida.

O Magistrado sentenciante bem definiu a questão quanto à ausência dos elementos necessários para a responsabilização do estabelecimento hospitalar, *in verbis*:

Incontroverso o fato de que, após a realização da cirurgia, a paciente não mais esteve com os promovidos, impedindo-os de dar continuidade ao tratamento iniciado, tendo, inclusive, sido submetida a intervenção cirúrgica realizada por profissional diverso, inclusive contrariando orientação dos promovidos, sendo absolutamente desarrazoado atribuir-se aos suplicados a culpa pelos danos verificados.

[...]

A lesão não era definitiva, tendo ocorrido uma paralisia leve, sendo impossível precisar a origem da seqüela, segundo informou o perito.

[...]

Não se tendo verificado a ocorrência da culpa dos promovidos, nem do nexos de causalidade.
(fls. 325 e 326)

Portanto, embora reconhecida a legitimidade passiva da Clínica São Lucas, estando ausentes os pressupostos da responsabilidade civil, não se pode condenar o referido estabelecimento hospitalar a reparar os danos sofridos pela Apelante.

Desse modo, afastada a responsabilização do estabelecimento hospitalar, em virtude, da ausência do nexos de causalidade, não prospera o recurso de apelação.

II – Exame da responsabilidade dos médicos:

A responsabilidade dos profissionais liberais é apurada mediante a verificação da culpa, consoante disposto no artigo 14, parágrafo 4º da Lei 8.078/90 (CDC). Os serviços médicos, via de regra, caracterizam-se como sendo obrigações de meio, isto é, o devedor apenas se obriga a empreender a sua atividade, porém sem garantir o resultado esperado.

Não consistem os serviços médicos em atividades

com precisão matemática, de tal modo que o profissional da Medicina não pode afirmar, de maneira peremptória, que irá promover a cura do paciente.

Assim sendo, para a responsabilização civil do profissional por eventual erro médico, necessário se faz a prova da conduta humana, dolosa ou culposa, como também do nexo de causalidade e do dano ou prejuízo. Nesse sentido, observa-se a lição de **Maria Helena Diniz**:

Assim sendo, se o paciente vier a falecer, sem que tenha havido negligência, imperícia ou imprudência na atividade profissional da saúde, não haverá inadimplemento contratual, pois o médico não assumiu o dever de curá-lo, mas de tratá-lo adequadamente. [...]. Portanto, a responsabilidade civil dos médicos somente decorre de culpa provada, constituindo uma espécie particular de culpa. Não resultando provadas a imprudência ou imperícia ou negligência, nem o erro grosseiro, fica afastada a responsabilidade dos doutores em medicina [...]. (*in* Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil, 16. ed., São Paulo: Saraiva, 2002, v. 7, p. 257)

No mesmo diapasão, colhe-se **Sergio Cavalieri**

Filho:

A ciência médica, apesar de todo o seu desenvolvimento, tem inúmeras limitações, que só os poderes divinos poderão suprir. A obrigação que o médico assume, a toda evidência, é a de proporcionar ao paciente todos os cuidados conscienciosos e atentos, de acordo com as aquisições da ciência, para usar-se a fórmula consagrada na escola francesa. Não se compromete a curar, mas a prestar os seus serviços de acordo com as regras e os métodos da profissão, incluindo aí cuidados e conselhos.

Logo, a obrigação assumida pelo médico é de meio, e não de resultado, de sorte que, se o tratamento

realizado não produziu o efeito esperado não se pode falar, só por isso, em inadimplemento contratual. Esta conclusão, além de lógica, tem apoio de todos os autores, nacionais e estrangeiros (Aguiar Dias, Caio Mário, Sílvio Rodrigues, Antônio Montenegro).

Disso resulta que a responsabilidade médica, embora contratual, é subjetiva e com culpa comprovada. Não decorrer do mero insucesso no diagnóstico ou no tratamento, seja clínico ou cirúrgico. (*in* Programa de Responsabilidade Civil. 5ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 371/372).

Nestes autos, a Autora/Apelante não logrou comprovar que o dano sofrido tenha sido causado pela atuação inadequada dos profissionais ou pela inobservância de procedimentos médicos pertinentes, consoante dispõe o laudo da perícia médica realizada, *in verbis*:

23. Fundamentado no exame da paciente atual, caso a mesma apresente algum tipo de lesão, estas podem ser originárias de condutas prescritas pelos réus?

[23. Talvez, porque sofrem outras intervenções posteriores.]

24. Caso a paciente apresente algum tipo de lesão, há como precisar se a mesma teve origem intrinsecamente relacionada em um ato cirúrgico, e se este ato cirúrgico é algum dos constantes dos laudos?

[24. Na data atual é impossível responder esta pergunta.]

25. Na paciente, existe alguma seqüela pós-operatória imediata ou tardia ocasionada por falha que caracterize imprudência, imperícia ou negligência da instituição em que a mesma foi reoperada de patologia nasal?

[25. Encontrado no exame pericial uma limitação

à abdução do olho direito, sendo impossível, no momento, dizer a origem da seqüela.

(Quesitos: fl.296. Respostas: fl.313)

Ademais, o laudo pericial consignou que, nas operações de sinusectomia maxilar bilateral realizada por via endoscópica, a fratura da parede interna da órbita “**...faz parte do risco cirúrgico...**” (fl.315), o que afasta ainda mais a alegação de culpa dos médicos Apelados.

É certo que o procedimento realizado na autora não teve o sucesso esperado. No entanto, só por esse fato, não há como responsabilizar os Apelados, porque não restou comprovada a culpa nem antes, durante ou após o procedimento cirúrgico ao qual a autora foi submetida.

Na hipótese vertente, a própria narrativa da autora contida na petição inicial evidencia que os médicos procederam com a diligência devida, atendendo-a sempre que necessário, partindo da cliente a decisão de abandonar o tratamento, de sorte a procurar outros profissionais.

Ademais, a prova produzida não endossa a narrativa constante da petição inicial, sem embargo de as intervenções cirúrgicas não terem alcançado o resultado esperado pela paciente e também pelos próprios médicos.

Realizada tal abordagem, chega-se à conclusão de que os médicos não podem ser responsabilizados pelo resultado da cirurgia e demais transtornos emocionais que, inexoravelmente, abalaram a esfera íntima e moral da jurisdicionada e de sua família.

Conclusões. Dispositivo.

Feitas tais considerações, **NEGO PROVIMENTO** ao apelo da Autora, mantendo incólume a sentença.

É o voto.

Fortaleza, 26 de dezembro de 2006.

**ESTADO DO CEARÁ
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Processo nº 2000.0107.2189-5/1

Apelação Cível de Fortaleza

Recorrente: Juiz de Direito da 7ª vara da Fazenda Pública

Apelante: O Estado do Ceará

Apelada: Maria Pinto de Andrade Machado

Relator: Des. Francisco Lincoln Araújo e Silva

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR ESTÁVEL, NÃO EFETIVO. GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO. INCORPORAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REMESSA OFICIAL E RECURSO CONHECIDOS, MAS IMPROVIDOS.

1. Não faz jus à incorporação da gratificação de função o servidor que permaneceu por cinco anos contínuos ou dez anos intercalados no exercício de cargo comissionado, se, gozando da estabilidade excepcional, não é efetivo no cargo; 2. A estabilidade no serviço público não se confunde com a efetividade no cargo; 3. A incorporação da gratificação por exercício de função só alcança os servidores que ingressaram no serviço público mediante concurso; 4. Sentença monocrática reformada; 5. Recursos conhecidos, mas improvidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível nº 2000.0107.2189-5/1, em que são partes as que estão acima indicadas, acorda a Quarta Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, conhecer da remessa oficial e do recurso voluntário, mas para se lhes negar provimento, consoante a ata de julgamento.

Fortaleza, 05 de setembro de 2007.

VOTO

Maria Pinto de Andrade Machado é servidora pública estadual desde 1976 e exerceu por 13 anos, sendo ininterruptos os últimos sete anos, o cargo comissionado de Diretor de Estabelecimento de Ensino, afastando-se, em 23 de novembro de 1993, para a aposentadoria, por haver completado mais de 25 anos de tempo de serviço.

Segundo suas alegações, de acordo com a Lei Estadual nº 9.826/74, através dos §§ 1º e 2º, do art. 155, vigente à época da aposentadoria da apelada, o servidor estadual tinha direito a incorporar aos seus proventos a vantagem correspondente ao cargo comissionado em cujo exercício se encontrasse, desde que houvesse permanecido por cinco anos contínuos ou dez anos intercalados.

Aliás, quando da promulgação da CF/88, Maria Pinto de Andrade Machado já contava mais de dez anos de serviço público, adquirindo, assim, a estabilidade, em face do art. 19, do ADCT.

Entretanto, a apelada não se inclui entre os servidores com direito a perceber a gratificação do cargo comissionado, mediante incorporação aos seus proventos ou seus vencimentos, tendo em vista que o benefício só alcança aqueles que são efetivos, isto é, ingressaram no serviço público mediante concurso. Assim tem decidido reiteradamente esta Corte, filiada ao entendimento definitivo do STF, interpretando os limites da norma legal em referência.

Com efeito, Maria Pinto de Andrade Machado foi agraciada com a estabilidade funcional excepcional, nos termos do art. 19, da ADCT, que considerou como estáveis todos os servidores que estivessem em exercício há pelo menos cinco anos ainda que não tivessem sido admitidos na forma do art. 37, da CF. Esta garantia da estabilidade lhe confere o direito de só

perder o cargo em função do cometimento de infração grave, apurado em processo administrativo ou judicial em que se observem os postulados da ampla defesa e do contraditório.

O pronunciamento da doutrina é esse:

“Essa forma de garantia, que melhor se denomina estabilização, teve incidência de grande amplitude, abrangendo os servidores públicos estatutários e trabalhistas, somente sendo dela excluídos os servidores que desempenhassem cargo, emprego ou função de confiança ou outras funções e cargos que a lei considerasse de livre exoneração” (José dos Santos Carvalho Filho, Manual de Direito Administrativo, Lúmen Júris, 12ª edição, p. 594).

Se bem que a apelada tenha completado tempo de serviço em função gratificada, suficiente para auferir a vantagem sob a forma de incorporação, se admitida por contrato, o direito não lhe socorre por não ser efetiva, isto é, não ingressou no serviço público mediante concurso. Aliás, esta matéria já foi fixada pelo Supremo Tribunal Federal, no seguinte aresto:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. ESTABILIDADE EXCEPCIONAL: ART. 19, DO ADCT-CF/88. EFETIVIDADE. NECESSIDADE DE CONCURSO PÚBLICO.

1. O preceito do art. 19, do ADCT-CF/88 deferiu a estabilidade aos servidores que não foram admitidos no serviço público na forma do art. 37, II, da Carta Federal, mas a efetividade somente se adquire mediante aprovação em concurso público.

2. A Lei Estadual 11.171, de 10 de abril de 1986, que conferiu estabilidade provisória a agentes públicos, tinha como destinatários os servidores efetivos, em exercício de cargo em comissão por oito anos completos, consecutivos ou não.

3. Promulgada a Constituição Federal de 1988, aos servidores a quem a lei local conferiu o direito excepcional, aplica-se o preceito do art. 19, do ADCT, sendo estáveis no cargo em que se encontravam se preenchidos os seus requisitos, mas tornar-se-ão efetivos somente após aprovação em concurso público.

4. Recurso Extraordinário conhecido e provido” RE nº 181.883, rel. Min. Maurício Correia);

Nem se poderá argüir com o princípio da isonomia, tendo em vista que não se pode confundir estabilidade com efetividade, se aquela se refere ao serviço público enquanto esta é própria do cargo.

Então, como é necessário ao servidor o atributo da efetividade para gozar o benefício de incorporar a representação pelo exercício de cargo comissionado, qualificação que a apelada não ostenta, se não foi admitida por concurso, há-de se constatar a ausência de direito a amparar a pretensão da servidora.

Também é sólida a tônica desta Corte ao apreciar esta situação:

“EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL ADMITIDO PELO REGIME CELETISTA - ESTABILIDADE CONCEDIDA PELO ART. 19, DO ADCT DA CF/1988 – AUSÊNCIA DE EFETIVIDADE NO SERVIÇO PÚBLICO. INAPLICABILIDADE DA LEI 11.171/86” (Relator: Des. ERNANI BARREIRA PORTO. Órgão Julgador: 3ª CÂMARA CÍVEL. APELANTE: RICARDO SÁ BENEVIDES MAGALHÃES APELADO: INSTITUTO DE DESENVOLVIMENTO AGRÁRIO DO CEARÁ – IDACE).

Diante destas circunstâncias, voto pelo

conhecimento da remessa oficial e do recurso voluntário interposto, dando-lhes provimento para considerar improcedente a ação ordinária intentada. Honorários, pelo mínimo legal. Custas, as de lei.

Fortaleza, 05 de setembro de 2007.

Jurisprudência
Jurisprudência

Criminal



CÂMARAS CRIMINAIS REUNIDAS

Componentes:

Des. Francisco Haroldo Rodrigues de Albuquerque - Presidente

Desa. Huguette Braqueais

Des. Luiz Gerardo de Pontes Brígido

Des. João Byron de Figueiredo Frota

Desa. Mariza Magalhães Pinheiro

Desa. Maria Sirene de Souza Sobreira

Des. Raimundo Eymard Ribeiro de Amoreira

Desa. Lúcia Maria do Nascimento Fiúza Bitu

REVISÃO CRIMINAL

ESTADO DO CEARÁ
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nº 2007.0019.5470-7/0

REVISÃO CRIMINAL (de Fortaleza)

REQUERENTE: FRANCISCO JOSÉ DE SOUSA

REQUERIDA: JUSTIÇA PÚBLICA

RELATOR: DES. LUIZ GERARDO DE PONTES BRÍGIDO

-Revisão criminal.

-Remanescendo dúvida, e segura, acerca da culpabilidade carregada ao acusado da prática de atentado violento ao pudor, a sua condenação, impregnada de presunções e fincada, só e só, em depoimento parental inconfiável, afronta à evidência dos autos; farpeia o *in dubio pro reo* e fomenta o risco do erro judiciário.

-*ludicium rescissorium* impositivo para absolver-se o requerente.

-Unanimidade.

Vistos, relatados e discutidos os autos acima identificados.

1 – Francisco José de Sousa maneja ação revisional objetivando a rescisão da sentença prolatada pela dra. juíza da 12ª Vara de Criminal de Fortaleza, que o condenou a seis anos de reclusão, regime fechado, pela suposta prática, em novembro de 1992, de atentado violento ao pudor na pessoa de Francisca Derian Apolinário da Silva, menor de treze anos à época do ilícito.

O pedido vem lastreado em uma declaração da vítima, com firma reconhecida em cartório, suficiente, diz o requerente, como “nova prova”, para inocentá-lo, justificando-se, daí, a decretação da ineficácia do decisório singular passado em julgado, e, de consecutório, sua absolvição pelo órgão revisor.

Liminar libertária indeferida.

A PGJ é pela improcedência do pedido.

2 – De saída, noção corriqueira em tema de revisão criminal, mas que a defesa parece ignorar: **“Pretendendo o réu produzir alguma prova para demonstrar sua inocência, deverá postulá-la no juízo de origem, em sede de justificação criminal”** (RT vol. 786/p. 649). A declaração extrajudicial feita pela vítima, inferência óbvia, carece de valor probatório, pois não foi, como deveria, acrisolada pelo contraditório, inservível, portanto, ao fim colimado pelo requerente. Entrementes, **“nada impede que o Tribunal defira o pedido revisional por outro fundamento, não invocado pelo requerente, desde que resulte dos elementos constantes do processo”** (MIRABETE, Júlio Fabbrini. Código de processo penal interpretado, São Paulo : Atlas, 2003, p. 1621).

Apesar da vistosa atecnia do advogado, verifica-se, a curto e logo, que a sentença condenatória é inteiramente contrária à evidência dos autos.

De fato, condenação calçada, só e só, nas declarações de um irmão da suposta vítima. Nada, absolutamente nada além das suas increpações, por “ouvir dizer”, ao recorrente. Ninguém mais foi ouvido, nem mesmo a suposta ofendida. A dessintonia detectada enfraquece sobremaneira a convicção quanto ao delito sexual carregado ao acusado, porque, dá-se por certo, a isolada voz parental, sem a mínima ressonância no contexto probatório, não possui pujança para evidenciar o juízo de culpa, sobremaneira quando o pretense ofensor nega, do começo ao fim, o ato punível soprado à sua pessoa.

De ver-se, outrossim, que a suposta prática delitiva não deixou vestígios, debilitada mais ainda, e à falta de laudo médico, a acusação, assim obscura pela ausência de prova idônea a demonstrá-la e a própria materialidade do crime.

Em termos de provas estes autos são um “buraco negro”. Neles, nada de peremptório a favor da ofendida ou da versão do ofensor. Daí que permitem conjecturas, suposições, mas não abrem espaço para a definição da culpa alheia, não se devendo cogitar para esse fim o depoimento do irmão da vítima,

que, diga-se *en passant*, nunca concordou com o breve romance que a irmã manteve com o acusado.

Para a condenação não basta um pode ter sido. É preciso que fique provado que foi. E se, no caso, não existem evidências judicializadas da imputação penal, a solução, na dúvida, é a exculpação do requerente por insuficiência de provas para a sua estigmatização penal. Esqueceu a juíza, e não devia ter esquecido, que não se constrói valor de culpa “**sem prova segura, convincente, clara como a luz, certa como a evidência, positiva como qualquer expressão algébrica**” (RT vol. 714 / p. 357).

Manter-se condenação assim, edificada em cima de presunções e incertezas, seria vocacionar-se ao risco do erro judiciário, chutando para córner o decantado *in dubio pro reo*.

Destarte, diante da indicação nítida e eficaz da alegada afronta à evidência dos autos, implodidos os fundamentos da decisão alvejada, justificável o *judicium rescissorium* por amoldar-se, e perfeitamente, ao permissivo legal pertinente (art. 621, inc. I, do CPP), abrindo ensanchas a absolvição do réu na precisa dicção do art. 626, *caput*, do CPP.

3 – À vista do exposto, ACORDAM as CÂMARAS CRIMINAIS REUNIDAS do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ, à unanimidade e nos termos do voto do relator, em deferir o pedido revisional e, por conseqüência, absolver o réu Francisco José de Sousa, com lastro no art. 626 do CPP, condicionada a expedição do alvará de soltura à comprovação documental de que o requerente encontra-se recolhido.

Fortaleza, CE, 30 de janeiro de 2008.

**ESTADO DO CEARÁ
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

**REVISÃO CRIMINAL Nº. 2004.0005.8739-0/0 - Fortaleza/CE
REQUERENTE: José Maria do Nascimento**

REQUERIDA: A Justiça Pública**RELATOR: DES. JOÃO BYRON DE FIGUEIRÊDO FROTA**

EMENTA: PROCESSO PENAL. REVISÃO CRIMINAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. CITAÇÃO PESSOAL NÃO REALIZADA. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO POR EDITAL. ADVOGADO SEM PROCURAÇÃO. EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE. PRESCRIÇÃO. RECONHECIMENTO *EX OFFICIO*.

1. Condenado pelo crime de furto qualificado à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime semi-aberto, juntamente com outros acusados.

2. Revisão com tese única de nulidade do processo condenatório por ausência de citação por edital, vez que o requerente se encontrava em lugar incerto e não sabido.

3. Cerceamento de defesa caracterizado, por violação ao princípio do contraditório e, conseqüentemente, da ampla defesa.

“No processo penal, a citação do réu e ato processual de alta relevância, indispensável ao pleno exercício do direito de defesa. É pressuposto essencial da observância do contraditório e do devido processo legal.” (STJ, *Lex* 99/347)

4. Reconhecimento *ex officio* da extinção da punibilidade.

5. Revisão improcedente.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal Nº **2004.0005.8739-0/0** da Comarca de **Fortaleza**, em que é requerente **José Maria do Nascimento** e requerida a **Justiça Pública**.

ACORDAM as Câmaras Criminais Reunidas do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, unanimemente, em votar

pela improcedência da presente revisão, anulando *ex officio* a ação penal condenatória deste a citação, inclusive, e decretando *ex officio* a extinção da punibilidade, nos termos do voto do Eminentíssimo Desembargador Relator.

José Maria do Nascimento, vulgo “Faceta”, já devidamente qualificado nos autos em epígrafe, foi denunciado, processado e condenado, juntamente com outros seis acusados, pela prática do crime de furto qualificado (art. 155, § 4º, IV, CP). No mesmo processo, em razão de conexão material, houve também um condenado pelo crime de receptação (art. 180, *caput*, CP) - (sentença de fls.154/157).

A denúncia foi recebida em 30 de agosto de 1995, mas nela não consta, com exatidão, a data da ocorrência do fato, mas, certamente, em razão dos depoimentos dos acusados e das testemunhas, tudo se deu no ano de 1993.

Os acusados foram condenados à pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime semi-aberto, com exceção de Luiz Rebouças, único condenado pelo crime de receptação, à pena de 2 (dois) anos, com aplicação do *sursis* (fls. 111/113).

Entretanto, José Maria do Nascimento, ora Requerente, não foi regularmente citado, nem pessoalmente nem por edital, como faz atestar a presente certidão de fls. 12, muito embora tenham ocorrido à sua defesa dois valorosos defensores, um apresentando defesa prévia, outro, extenso pedido de substituição de pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos. Contudo, nenhum deles foi nomeado defensor dativo do Requerente, vez que ausente a citação editalícia.

Em 17.09.2000, o ora revisando, deste feito através de procurador legalmente habilitado, em longo arrazoado, pleiteou a substituição da pena prisional pela prestação de serviço a comunidade, entretanto, pronunciando-se sobre este pleito, o ilustre representante do ministério público local entendeu-se anulável a sentença condenatória e requerer a suspensão da execução dela, alvitando, que, em prazo razoável o defensor do réu comprovasse o ingresso da revisional perante esta corte

(folhas 232/233).

Ajuizou-se, então, ação de revisão criminal em favor de José Maria do Nascimento, tendo como alegativa única a ausência de citação como conseqüência do princípio do contraditório, caríssimo à observância do devido processo legal (fls. 02/10). Ao final, pede o causídico a procedência da revisão, para o fim de absolvê-lo da imputação que lhe foi irrogada.

A Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se no sentido da declaração de nulidade absoluta do processo, *ab initio*, a partir da citação, inclusive, e, no mérito, pela impossibilidade jurídica do conhecimento do pleito revisional (fls. 260/264).

É o relatório.

Compulsando os autos, não se tem como acolher a pretensão exposta na presente Revisão Criminal com relação ao pleito de absolvição, visto que o processo encontra-se eivado de *nulidade absoluta*, por falta da citação adequada do Requerente.

O princípio do contraditório, que envolve o binômio ciência e participação, impõe a comunicação ao acusado de que contra ele há uma imputação deduzida em juízo, a fim de que ele possa vir se defender. Somente assim o devido processo legal será cumprido em sua plenitude, visto que acusação formulada sem que seja dada oportunidade ao acusado sobre ela se manifestar é a mais rematada forma de realização de um processo de caráter inquisitorial, banido de nosso ordenamento jurídico com o advento da Constituição Federal de 1988.

Como bem lembra Antônio Scarance Fernandes:

“o contraditório põe uma parte em confronto com a outra, exigindo que tenha ela ciência dos atos da parte contrária, com possibilidade de contrariá-los. Através da citação fica o réu ciente da acusação contra ele formulada, podendo preparar a sua defesa. Com o conhecimento dos nomes das testemunhas arroladas pelo Ministério Público, pode o advogado do imputado avaliar como desenvolverá a sua linha defensiva.

Em outras palavras, o contraditório pressupõe partes em situações opostas, se não substancialmente, pelo menos formalmente, no plano processual. Com a garantia do contraditório, as duas partes têm assegurada a ciência dos atos e termos da parte contrária, com possibilidade de refutá-los.” (Processo penal constitucional. 2. ed. São Paulo: RT, 2000, p. 57-58).

Portanto, vez não realizada a citação pessoal, por se encontrar em local incerto e não sabido (fls. 12) – embora particularmente entenda que não foram envidados todos os esforços para realizá-la -, deveria ter sido providenciada a citação ficta, por edital, nos termos do art. 361 do Código de Processo Penal.

Outro não é o entendimento doutrinário sobre o tema:

“A citação ficta ou presumida é exceção e somente pode se dar quando o réu encontrar-se em lugar incerto e não sabido ou se ocultar para não ser citado. É a citação por edital.

É cediço que, para que haja citação ficta, ou seja, por edital, imprescindível que todos os esforços necessários para se localizar o réu tenham sido feitos, ou, na hipótese de o réu se ocultar, que efetivamente constate-se que ele assim agiu. *Não é suficiente apenas a certidão do oficial de justiça, dizendo que o réu encontra-se em lugar incerto e não sabido ou que se oculta. Necessário se faz que haja nos autos do processo diligências visando à localização do réu em determinados lugares, oficiando-se determinados órgãos públicos para que se forneçam (sic) possível endereço do acusado. Somente após estas diligências é que, pensamos, deve o juiz determinar a publicação do edital de citação com os requisitos do art. 365 do CPP.*” (RANGEL, Paulo. Direito processual penal. 11. ed.

Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 652. Grifos acrescidos.)

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

“*HABEAS CORPUS*. APROPRIAÇÃO INDÉBITA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. CITAÇÃO POR EDITAL. REVELIA. NULIDADE. NÃO ESGOTAMENTO DOS MEIOS PARA A LOCALIZAÇÃO DO ACUSADO. ORDEM CONCEDIDA.

1 - Pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça de que devem ser esgotadas as diligências possíveis para a localização do réu antes de se determinar a citação por edital.

2 - *Habeas corpus* concedido para declarar a nulidade do processo a partir da citação por edital, inclusive.” (HC n. 49348/MG. 6ª. Turma. Rel. Min. Paulo Galotti. Julg. em 21.11.2006. DJU I, 20.08.2007, p. 307.)

E uma vez presente a causa de nulidade absoluta, que impõe a anulação do processo em relação ao Requerente a partir do recebimento da denúncia, tem-se inegável a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado sob a modalidade abstrata.

Por mais que hoje em dia se levantem vozes, abalizadas ou não, contra o instituto da prescrição, certo é que o cidadão não se pode ver eternamente acuado pela ameaça de pena, pois esta é uma das formas mais violentas do atuar estatal. Ademais, o princípio da demora razoável do processo (art. 5º. LXXVIII, CF), erigido à categoria de direito fundamental a partir da redação da Emenda Constitucional n. 45/2004, impõe que o jurisdicionado tenha direito a uma pronta resposta sobre a demanda posta em contraditório – pouco importando se ela for favorável ou não a ele.

Ora, o recebimento da denúncia é causa interruptiva

da contagem do prazo prescricional (art. 117, I, CP), e foi recebida em 30 de agosto de 1995. Por sua vez, o crime imputado ao Requerente tem pena máxima cominada em 8 (oito) anos de reclusão, e, de acordo com o art. 109, III, CP, a prescrição dar-se-á em 12 anos. Assim, passados mais de 12 anos do recebimento da petição inicial acusatória, e levando-se em consideração que a sentença proferida na ação penal não tem efeito nenhum no que tange à interrupção do prazo prescricional, vez que nula com relação ao Requerente, é de se decretar, *ex officio*, a prescrição.

Veja-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

“Reconhecida a vicissitude do ato de recebimento da peça acusatória e declarado a sua nulidade, faz-se imperioso, *in casu*, na proclamação da extinção da punibilidade do agente, pois, afastada a causa interruptiva consistente no recebimento da denúncia (art. 117, inc. I, do Código Penal), encontra-se transcorrido o prazo prescricional, a teor do inserto no art. 109, inc. VI, do Código Penal.” (HC 32493/MG. 5ª Turma. Rel. Min. Laurita Vaz. Julg. 13.abr.2004. DJU I, 17.mai.2004, p. 258).

E, ainda que não se reconhecesse de plano a prescrição da pretensão punitiva sob a modalidade abstrata, certa seria a prescrição com base na condenação, o que tornaria inútil qualquer tentativa de se retomar a ação penal condenatória contra o Requerente.

Diante de todo o exposto, voto pela improcedência da ação de revisão criminal, anulando *ex officio* a ação penal condenatória desde a citação, inclusive em relação ao autor, tendo por consequência o reconhecimento *ex officio* da prescrição da pretensão punitiva, nos termos do art. 61, CPP.

Fortaleza, 28 de novembro de 2007.

**ESTADO DO CEARÁ
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

**REVISÃO CRIMINAL Nº. 2005.0004.9212-6/0
ORIGEM: VARA ÚNICA DA COMARCA DE LAVRAS DA
MANGABEIRA
REQUERENTE(S): FRANCISCO FILGUEIRAS DO CARMO
RECORRIDO: A JUSTIÇA PÚBLICA
RELATOR: DES. JOSÉ MÁRIO DOS MARTINS COELHO**

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. REVISÃO CRIMINAL. CRIME DE ESTUPRO. REEXAME DE PROVA. INADMISSIBILIDADE.

I – Para vingar, a via eleita revisional era mister estivesse ela jungida à demonstração nítida e bem exposta de prova idônea a acarretar um juízo de certeza a guarnecer a evidência dos autos de que nos fala Giuseppe Bettol, “mesmo que o iter crítico para se chegar a tal conclusão não se apresente nem fácil nem expedito”.

II - A revisão criminal não se presta para uma nova valoração de provas, visando absolvição por insuficiência probatória. Não revestindo em seu aspecto finalístico a natureza de uma segunda apelação, uma vez que se apresenta como verdadeira ação rescisória do julgado, deve o tribunal limitar-se a verificar se a condenação tem base em algum dos elementos probatórios ou se é divorciada de todos eles. (RT 624/348-9).

III – A revisão portanto, necessita apoiar-se em um antagonismo entre a fundamentação e ou a parte dispositiva da sentença que mostre à nitidez solar que o conjunto probatório não é

suficiente para a condenação, tratando-se portanto como acentua Sérgio Oliveira Médici, em suas preleções já aqui colacionadas, da inobservância ou desprezo da prova, que ensejou, portanto uma condenação equivocada, que tanto pode referir-se à autoria como ao fato criminoso ou ainda a circunstância que determine a exclusão do crime, isenção ou redução da pena. (v. ob. cit, p. 163).

IV – Revisão criminal improvida no tocante ao mérito, porém a que se dá provimento apenas para reduzir a pena imposta, por exarcebada na sua dosimetria. Na fixação da pena, como muito bem evoca um precedente jurisprudencial, “o juiz deve pautar-se pelos critérios legais recomendados pela doutrina, para ajustá-la ao seu fim social e adequá-la ao seu destinatário e ao caso em concreto”. (RT 612/353).

Vistos, relatados e discutidos os autos acima epigrafados.

Acordam os Desembargadores integrantes das Câmaras Criminais Reunidas do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade de votos, em conhecer do presente recurso por sua tempestividade, mas para negar-lhe provimento a revisão interposta, relativamente ao crime previsto no art. 213 c/c 71, ambos do Código Penal Brasileiro, mas para reduzir a pena aplicada, nos termos do voto do relator.

Fortaleza, 28 de março de 2007.

RELATÓRIO

Tratam os presentes autos de Revisão Criminal interposta por FRANCISCO FILGUEIRAS DO CARMO, em face do v. acórdão que manteve a sentença exarada pela Excelentíssima Juíza da Vara Única da Comarca de Lavras da

Mangabeira que condenou o requerente à pena de 10 (dez) anos e 08 (oito) meses de reclusão por infração ao artigo 213 c/c o art. 71, do Código Penal Pátrio.

Pretende, com isso o réu em referência abroquelado nas preceituações sonantes do art. 621, I, II e art. 626, todos do Estatuto Adjetivo Penal Unitário a Revisão Criminal.

Alega em síntese, a convergência de gritantes eivas na instrução do processo criminal, a encontrar-se quais defeituações processuais, tais como a ilegitimidade do *parquet*, por ausência de representação e de comprovação de pobreza por parte da vítima. Aduz, outrossim, nulidade condizente ao ato de recebimento da denúncia, contaminada a peça dilucular pela atipicidade da conduta e ao demais disso sobressaindo-se a de sintonia ocorrente na dosimetria da reprimenda, haja vista sua concretização em cominação exarcebada, porquanto fixada bem acima do mínimo legal.

Ao demais disso, suscita a anulação do processo, o que se deve segundo acentua à imprestabilidade da prova da materialidade do fato, no caso o exame de corpo de delito, o qual a despeito de não configurar elemento apto a conduzir a conclusão atingida pelo prosecutório, porquanto além de juridicamente inexistente, a peça inquinada se despe do elemento essencial para ser albergada nos autos com tal envergadura, por não constar nos seus fomentos a data verdadeira do cometimento delituoso, e além do mais, inexistir coerência com o persecutório narrado na exordial, o que forçosamente há de acarretar a absolvição do rescidente.

Por fim, arrimando-se na discussão da prova já examinada no Juízo *a quo*, postula que seja o expostulante exculpado, oportunidade em que execra a aceitação da palavra da ofendida, que se diz vítima de estupro, pelo órgão judicante de primeiro grau.

Remetidos os autos à douta Procuradoria de Justiça, esta pugnou pela improcedência do recurso, conforme parecer de fls. 191 usque 197.

É o relatório.

VOTO

Cuidam os presentes autos de Revisão Criminal interposta por Francisco Filgueiras do Carmo.

Ressalta do tomo processual ora compulsado que o revisionante foi denunciado pelo membro do Ministério Público oficiante na Vara Única da Comarca de Lavras da Mangabeira pelo conduta punível decalcada no art. 213 c/c o art. 71 do Código Penal.

Segundo a peça delatória, em meados do mês de agosto de 1999, por volta das 09:00 horas, em uma habitação com fundos correspondentes para um estabelecimento comercial, como seja uma padaria, no distrito de Quitaiús, o acusado, ora expostulante da presente ação revisional manteve conjunção carnal, mediante violência e grave ameaça, com a vítima Cícera Simone Tavares de Souza, que à época do fato contava com 15 anos de idade, tendo do ato resultado a gravidez da mesma.

A instrução criminal correu de forma regular sendo o requerente afinal condenado por sentença lavrada aos 30 de novembro de 2000, a cumprir 10 (dez) anos e 08 (oito) meses de reclusão pelo cometimento delituoso à epígrafe.

Com o advento do trânsito em julgado da decisão colegiada (fls. 175), o apenado ingressa, agora, com a presente Revisão Criminal, com fulcro no art. 621, I e II, sob o argumento de que não existem provas suficientes que justifiquem a condenação.

Profliga no ensejo total inverossimilhança da versão apresentada pela vítima.

É o breve relato.

Impõe-se, todavia a rejeição das preliminares suscitadas, visto que o estado de pobreza da vítima restou comprovado, admitida tal circunstância pela il. Juíza *a quo*, respaldada na constatação da visível e notória impossibilidade da parte representante em pagar as custas processuais, sem prejuízo de atendimento as suas necessidades primárias, preenchendo a exigência legal para o Ministério Público conferir

ao órgão da prossecução pública a condição de procedibilidade para promover a ação penal.

1ª PRELIMILIAR:

Ressalte-se que a alegativa de nulidade do feito, sob o argumento de que, não há sequer declaração de pobreza firmada pelos responsáveis pela menor quando ali poderiam comprovar sua miserabilidade e demonstrar o seu interesse de produzir a representação, não granjeia, na contingência destes autos, o menor prestígio.

Isso porque, não há de se obliviar o detalhe consistente na hipótese em apreço de se tratar de ação penal pública condicionada à representação, conforme dispõe o art. 225, § 1º, I e § 2º, do CP, sendo entendimento assente na doutrina e na jurisprudência que *“a representação, nos crimes contra a liberdade sexual, não depende de requisitos formais específicos, tendo em vista que sua finalidade restringe-se à proteção da vítima em seu pudor, não podendo ser usada como instrumento que leve à impunidade do agressor”* (STJ – HC n. 35994/MS – Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima – J. Em 03/02/2005).

Desta feita, *ad argumentandum tantum* se admitisse a ausência de declaração de pobreza da ofendida, tal fato não poderia acarretar qualquer nulidade ao processo, tampouco possuirá o condão de depauperar a legitimidade do *parquet* para oferecer a *persecutio criminis in judicio* porquanto o interesse da vítima em apurar a responsabilidade criminal do apenado restou cristalino e inequívoco diante do Inquérito Policial registrado sob o nº. 006/2000 (fls. 43), bem como das suas declarações precisas e harmônicas, travadas no disquisitório preambular bem como ao decorrer da instrução do processo.

A propósito, Fernando Capez traz à colação o entendimento adotado em torno do tema pelo Supremo Tribunal Federal, a saber:

Recentemente, o pretório Excelso voltou a se manifestar, por unanimidade, no sentido de que a

representação prescinde de rigor formal, bastando a demonstração inequívoca do interesse do ofendido ou de seu representante legal (HC 73.226-7, Rel. Min. Francisco Rezek, DJU 03 de maio de 1996).

“Dessa forma, não se exige a existência de uma peça formal, denominada ‘representação’, bastando que dos autos se possa inferir, com clareza, aquele desígnio do ofendido. Assim, servem como representação as declarações prestadas à polícia pelo ofendido, identificando o autor da ação penal (RT – 436/348), o boletim de ocorrência (RT – 643/393) etc” (in Curso de Processo Penal, 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 113/114).

Na visão dos mais respeitados Areópagos da República, a controvérsia se existisse, pacificada já se encontraria, qual se pode cotejar pelo aresto abaixo transliterado promanado do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, *verbatim*:

“A representação da vítima não exige documento formal. Basta que exsurja a vontade inequívoca de punir o defensor” (Ap. Crim. n. 2004.026879-0 – Rel. Des. Amaral e Silva – TJSC).

Há precedentes notórios do Colendo Superior Tribunal de Justiça, ao derredor da espécie, onde se assegura:

“Não há forma rígida para a representação, bastando a manifestação de vontade da ofendida para que fosse apurada a responsabilidade do autor, em delito de estupro. Precedente.

Hipótese em que a ofendida dirigiu-se à delegacia, de forma livre e espontânea, prestando depoimento à autoridade policial tendo sido inclusive submetida à exame pericial, demonstrando o seu interesse na apuração da responsabilidade criminal pela prática

de estupro”(RESP n. 700516/BA – Rel. Min. Gilson Dipp – STJ – 15/03/2005).

2ª PRELIMINAR:

Não há vingar, por outro lado a arguição de nulidade do atestado de hipossuficiência da ofendida, uma vez que estabelece o art. 32, § 1º e 2º, do Código de Ritos Penal, que *“será prova suficiente de pobreza o atestado da autoridade policial em cuja circunscrição residir o ofendido”*, ou seja, exatamente o que apresenta o documento hostilizado, de modo a concluir-se que se presta perfeitamente ao fim que se destina.

No caso posto a tablado, verifica-se que a ofendida foi abandonada e permaneceu em poder dos avós, sendo estes, agricultor e prendas do lar, respectivamente, os autores da representação.

Nesse sentido, os assentos pretorianos vêm decidindo de modo sistemático que o estado de pobreza não implica a miserabilidade da parte, para suportar recursos financeiros que enseja uma ação penal. Ao demais disso, assomam situações aptas a autorizar a presunção de pobreza, tais como a condição de abandonada da ofendida, tema objeto de célebre “case study” destramado no Pretório Excelso, qual se constata, da ementa ora transcrita, a espelhar vigoroso precedente.

Confira-se:

EMENTA - PENAL. PROCESSUAL PENAL. CRIMES CONTRA OS COSTUMES. ESTUPRO. MENOR ABANDONADA. REPRESENTAÇÃO. COD. PENAL, ART. 225, PAR. 1., I, PAR. 2. I. - A FINALIDADE DA REPRESENTAÇÃO, NOS CRIMES CONTRA OS COSTUMES, NÃO E ACAUTELAR OS INTERESSES DO RÉU, MAS OS DA OFENDIDA E DE SUA FAMILIA, QUE PODEM PREFERIR O SILENCIO AO “ESTREPITUS JUDICII.”. II. - PARA QUE O MINISTÉRIO PÚBLICO

SE TORNE PARTE LEGÍTIMA PARA INTENTAR A AÇÃO PENAL, É SUFICIENTE QUE SE MANIFESTE PESSOA DE QUALQUER FORMA RESPONSÁVEL PELO MENOR, AINDA QUE O MENOR NÃO RESIDA EM SUA COMPANHIA. III. - NO CASO, A MENOR, MENOR ABANDONADA, MANTIDA EM CARCERE PRIVADO, CONSEGUIU SE COMUNICAR COM UMA SENHORA VIZINHA, EM CUJA RESIDÊNCIA PEDIU SOCORRO E QUE FEZ A REPRESENTAÇÃO. REGULAR A REPRESENTAÇÃO, QUE NÃO EXIGE FORMALIDADES MAIORES. NA HIPÓTESE, ADEMAIS, POR SE TRATAR DE MENOR ABANDONADA, A MISERABILIDADE É PRESUMIDA. IV, - H.C. INDEFERIDO. HC 71378/MG – Rel. Min. MARCO AURÉLIO - STF -Jul. 02/08/1994.

Na mesma trilha, despontam julgados dos mais respeitadas pretórios da Federação, a palmilhar às inteiras, a posição assumida pela Suprema Corte, como se pode constatar pelas ementas abaixo transcritas:

EMENTA: REVISÃO CRIMINAL - **ESTUPRO**. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE REPRESENTAÇÃO E COMPROVAÇÃO DE **MISERABILIDADE** DA OFENDIDA - **DESCABIMENTO**. FATO COMETIDO NA QUALIDADE DE PADRASTO - RELAÇÃO DE PARENTESCO ADMITIDA NO INTERROGATÓRIO. AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA. PRETENSÃO DE REVALORAÇÃO DA PROVA - CONDENAÇÃO AMPARADA NA PROVA PRODUZIDA. PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE. (05 FLS). (Revisão Criminal Nº 70002384105, Quarto Grupo de Câmaras Criminais, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, Julgado

EMENTA: ESTUPRO. ILEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. INOCORRÊNCIA. A MISERABILIDADE DA VÍTIMA OU DE SEUS PAIS NÃO NECESSITA OBEDECER A UMA FÓRMULA SACRAMENTADA PARA SER PROVADA. PARA TANTO, O ATESTADO DE POBREZA PODE SER SUBSTITUÍDO POR QUALQUER MEIO DE PROVA, QUALQUER ELEMENTO QUE INDIQUE SER DIFÍCIL AQUELA FAMÍLIA PROVER AS DESPESAS DO PROCESSO, COMO, NO CASO, A REPRESENTAÇÃO FEITA PERANTE A AUTORIDADE POLICIAL. AUDIÊNCIA REALIZADA ATRAVÉS DE PRECATÓRIA. INTIMAÇÃO DO DEFENSOR DO RÉU. COMO DEVE SER FEITA. QUANDO REALIZADA A INTIMAÇÃO DO DEFENSOR DA EXPEDIÇÃO DE PRECATORIA, DESNECESSÁRIO NOVA INTIMAÇÃO DA DATA DE REALIZAÇÃO DESTA AUDIÊNCIA NO JUÍZO DEPRECADO. LEI DOS CRIMES HEDIONDOS. REGIME FECHADO DE CUMPRIMENTO DA PENA. PROVA SUFICIENTE. CONDENAÇÃO MANTIDA. (Apelação Crime Nº 696110394, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Egon Wilde, Julgado em 25/09/1996).

EMENTA: ESTUPRO. PRESUNÇÃO DA VIOLÊNCIA: DEBILIDADE MENTAL CONHECIDA PELO RÉU. 1. ILEGITIMIDADE DO MP PARA INTENTAR A AÇÃO PENAL, A FALTA DE ATESTADO DE POBREZA PRODUZIDO A TEMPO, VEZ QUE PRESSUPOSTO A PROPOSITURA DE AÇÃO PÚBLICA CONDICIONADA. NULIDADE DO PROCESSO 'AB INITIO' E DECRETAÇÃO DA EXTINÇÃO DA

PUNIBILIDADE PELA DECADÊNCIA. - PRELIMINAR REJEITADA. O ATESTADO DE POBREZA NÃO TEM O CONDAO DE GERAR A SITUAÇÃO DE MISERABILIDADE JURÍDICA, E SIM DE DECLARÁ-LA PREEXISTENTE. ADEMAIS, A PROVA DA POBREZA VEM SENDO INTERPRETADA LIBERALMENTE EM FAVOR DA OFENDIDA, ADMITINDO-SE A PROVA ATÉ MESMO PELA NOTORIEDADE DO FATO. OUTROSSIM, O TEMA MISERABILIDADE JURÍDICA COMPREENDE NÃO SÓ O MISERÁVEL PROPRIAMENTE DITO, MAS ATE PESSOAS DA CLASSE MÉDIA OU DE SITUAÇÃO MODESTA, DESDE QUE, PARA AS DESPESAS DO PROCESSO, TENHAM DE SE PRIVAR DE RECURSOS INDISPENSÁVEIS A MANUTENÇÃO PRÓPRIA E DA FAMÍLIA. 2. A OFENDIDA, SEGUNDO O EXAME PERICIAL, 'APRESENTA LEVE FRAUDE DE DEBILIDADE MENTAL', RAZÃO PORQUE NÃO PODIA TER PASSADO PROCURAÇÃO POR SI, E NEM SUA MÃE PODIA TER LEGITIMADO PODERES PARA REPRESENTÁ-LA, DAÍ QUE A NULIDADE DO PROCESSO E IRRECUSÁVEL. - PRELIMINAR REJEITADA. SE CONSIDERADO QUE A OFENDIDA, EM RAZÃO DE PROBLEMAS MENTAIS, NÃO PODIA OFERTAR REPRESENTAÇÃO POR MEIO DE ADVOGADOS CONSTITUIDOS, HÁ QUE CONSIDERAR QUE RESTOU A REPRESENTAÇÃO APRESENTADA POR SUA MÃE, QUANDO OUVIDA NA FASE POLICIAL, SEM FORMALIDADES, E CERTO, PORÉM, MEDIANTE ATO JURISPRUDENCIALMENTE VÁLIDO. DE RESTO, A CIRCUNTANCIA DE TER SIDO CONSTITUÍDO ADVOGADO COMO REPRESENTANTE DA ASSISTENTE DO MP NÃO ARREDA A

MISERABILIDADE, CONFORME CONSAGRADO EM MUITOS ACORDÃOS DE TRIBUNAIS PÁTRIOS. 3. CERCEAMENTO DE DEFESA PORQUE O ADVOGADO DATIVO NÃO ARGUIU AS NULIDADES APONTADAS NO APELO. - TAMBÉM NÃO MERECE ACOLHIDA A PREFACIAL. A DEFESA DO RÉU, EM SUAS LINHAS ESTRUTURAIS, FOI LEVADA A EFEITO NORMALMENTE PELA ADVOGADA DATIVA. ALÉM DE AS INVOCAÇÕES DE NULIDADES CONSTITUIREM DEFESA INDIRETA, APENAS, NÃO FORAM ARGUIDAS A TEMPO, COMO CUMPRIA, SE EFETIVAMENTE EXISTISSEM. CERCEAMENTO DE DEFESA SIGNIFICA IMPOSSIBILIDADE DE EXERCÍCIO DE AMPLA DEFESA, NORMALMENTE FATO DEBITÁVEL AO JUÍZO, E NÃO A POSICIONAMENTO DEFENSIVO COM O QUAL NAO CONCORDA O NOVO DEFENSOR. 4. INSTAURAÇÃO DA AÇÃO PENAL QUANDO FLUIDO O PRAZO DECADENCIAL. - TEMA DESACOLHIDO. A MATÉRIA RESTOU SUBSUMIDA EM RAZAO DO TRATAMENTO DISPENSADO ÀS DEMAIS QUESTÕES RELACIONADAS NO APELO COMO PREFACIAIS. 5. SENTENÇA CONFIRMADA, POIS QUE O MAGISTRADO BEM APRECIOU A PROVA E ADEQUADAMENTE FEZ APLICAÇÃO DA LEI PENAL PERTINENTE. PENA DOSIMETRADA CORRETAMENTE, COM VISTAS AS ORDENADORAS REFERIDAS NA LEI SUBSTANTIVA PENAL. (Apelação Crime Nº 693005944, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nelson Luiz Puperi, Julgado em 01/07/1993).

3ª PRELIMINAR:

No respeitante ao despacho de recebimento da

denúncia (fls. 41), há de se admitir à luz da interpretação hodierna dos preceituários insertos na Constituição Federal de 1988, quando ordena sejam fundamentadas todas as decisões do Poder Judiciário (CF art. 93, IX) tal circunstância traria o corolário de obrigar o juiz ao receber a peça deambular, emitir um juízo de admissibilidade a acomodar-se aos princípios recepcionados pelo Estatuto maior, estando a autoridade judicante, conforme discerniu o inolvidável processualista FABBRINI MIRABETE, adstrita ao “*o irrecusável dever do juiz a fundamentar o despacho de recebimento da denúncia, já contém ele irrecusável carga decisória por aceitar o pedido de processo e julgamento da pretensão punitiva dando causa pois, à instauração da relação processual*”. Entretanto, conforme também anota o processualista ora mencionado, a despeito do entendimento perfilhado por alguns tribunais do país. O Supremo Tribunal Federal, tem tomado posição no sentido de que “*a determinação pelo juiz de citação do réu e seu comparecimento em juízo, sanam a ausência no despacho de expressa declaração de recebimento da denúncia*”. (Neste sentido, consulte-se Júlio Fabbrini Mirabete, *in* Processo Penal, 18ª. edição, revista e atualizada por Renato N. Fabbrini, 2006, pgs. 126 e seguinte).

Por essa razão, aponta o STF para o aludido direcionamento, ao enunciar *expressis verbis*:

“O ato judicial que formaliza o recebimento da denúncia oferecida pelo Ministério Público não se qualifica e nem se equipara, para os fins a que se refere o art. 93, IX, da Constituição de 1988, a ato de caráter decisório. O juízo positivo de admissibilidade da acusação penal não reclama, em conseqüência, qualquer fundamentação” (HC n. 70763-DF – Rel. Min. Celso de Mello – STF – DJU 23/09/94).

4ª PRELIMINAR:

Constata-se, ademais carecer de fundamento

razoável para sua acolhida a arguição de nulidade do auto de exame de corpo de delito, porquanto observa-se que os laudos estão subscritos por dois peritos nomeados pela autoridade policial (fls. 57), preenchendo, *quantum satis*, os requisitos legais exigidos pelo art. 159, § 1º, do Código de Processo Penal.

DO MÉRITO:

No que diz respeito ao depoimento da vítima como prova, convém lembrar que, em crimes da natureza deste de que tratam os autos, a palavra da vítima merece sempre especial relevo, desde que coerente com as circunstâncias que envolveram o fato e não afrontosa ao restante da prova. No caso em análise, a vítima narrou com segurança e de forma convincente todos os detalhes relacionados com a prática do ato delituoso, apontando como seu autor, exatamente, o acusado. (cf. termo de fls. 58). Saliente-se que, após encerrada a ouvida da vítima pela impossibilidade psíquica de a mesma enfrentar o drama que sofreu em agosto de 1999 e, como a mesma fala em seu depoimento em Juízo às fls. 82, de onde destacamos o seguinte trecho:

“ Que não tem mais nada a dizer pois não gosta de tocar nesse assunto, pois “fica doidinha da cabeça” e tudo já foi declarado (...)”.

Ora, não há que negar para uma jovem, deficiente física, após ser arrastada para dentro da casa e derrubada ao chão, ver-se obrigada à conjunção carnal com um homem, impossibilitada de oferecer resistência, era mais uma violência na mente da jovem e indefesa vítima. Tanto que, após todos estes fatos, traumatizada, a vítima teve de ser internada no Hospital Santa Tereza, especializado em doenças mentais.

O fundamento da presente Revisão Criminal repousa na proposição segundo a qual as provas colhidas durante a instrução criminal não autorizam a condenação do revisionante.

Entretanto, importa destacar que nos termos do artigo

621 da Lei Adjetiva Penal, o pedido de revisão criminal, somente é admitido nas hipóteses ali expressamente elencadas, tratando-se de um rol exaustivo, dada a excepcionalidade da medida, posto atacar a coisa julgada em sede criminal.

Compulsando cuidadosamente os autos verificamos que, no caso em tela, pretende o requerente um novo exame da prova coligida nos autos, alegando, em síntese que: a) apresenta-se a mesma insuficiente para sustentar um decreto condenatório; b) no processo penal, havendo dúvidas, deve o julgador absolver o acusado; c) Ausência de recebimento da denúncia.

Ora, é sabido que teses como estas levantadas pelo requerente exigem demorada análise do material cognitivo que se adensa no bojo da coletânea processual constatando-se ao depois de meticulosa análise, já haver siso a matéria notadamente no que tange ao seu mérito, amplamente apreciada em primeiro grau de jurisdição, pela zelosa magistrada titular da Vara Única da Comarca de Lavras da Mangabeira, conclusões estas, lançadas em tempo hábil, no momento de proferir sua decisão, permanecendo o acusado, ora postulante da revisional, em silêncio durante toda a instrução do processo, sem oferecer alegação revestida de ponderabilidade suficiente para reverter o contingente probatório até então consolidado.

Imperioso concluir, por conseguinte, que o requerente pretende, neste âmbito, traduzir novos elementos de prova à guisa de ter ocorrido em julgamento contra a evidência dos autos

E o que constitui evidência dos autos?

Tourinho Filho já lançou essa indagação, segundo anota Nilo Batista, e ao respondê-la faz menção ao julgamento da Revisão Criminal n. 197 das Câmaras Criminais Reunidas do Col. Tribunal de Alçada do Antigo Estado da Guanabara e, após o debate surgido entre os integrantes daquele colegiado cameral, restou assente que “a evidência dos autos” representa a “prova em seu conjunto”, o que faz a decisão ser ou não contrária à prova dos autos, e reportando-se ao magistério de Inocência Borges da Rosa, dele recolhe esta lição:

“A evidência dos autos de que fala o artigo 621, I, do

Código de Processo Penal, é a clareza que se manifesta no conjunto dos autos, resultando do exame da apreciação de suas diversas peças” (V. Borges da Rosa, Processo Penal Brasileiro, Porto Alegre, 1941, apud. Nilo Batista, Decisões Criminais Comentadas, Liber Júris, 1976, Rio de Janeiro).

A evidência dos autos não há de confundir-se, com certeza ou com verdade, consoante distingue em reputada monografia sobre o tema, o ilustre jurista Sérgio de Oliveira Medici. Segundo ele, “pode-se estar certo de uma proposição falsa, porém a verdade não é evidente senão quando se manifesta e se impõe ao espírito. A jurisprudência já afirmou que evidência não é sinônimo de prova, ao revelar que “aquela significa visibilidade, clareza e transparência”. Por isso, prossegue o exegeta transcrevendo aresto do extinto Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo “a decisão definitiva condenatória surge contrária à evidência dos autos, quando se vê, a toda luz, com os olhos de enxergar e entender que se distanciou por inteiro da questão penal solucionada. A derrelição precisa mostrar-se grande e invencível, portanto bem visível. Nenhuma lei do processo permite rejulgar o caso julgado, espiolhando os meios de prova para procurar só lhes dar nova valoração” (V. Sérgio de Oliveira Medici, Revisão Criminal, 2ª Ed. Revista dos Tribunais, 2000, 2ª, ed. Revista e ampliada, p. 163, Cf, Tacrim – SP, acórdão de 10 de abril de 1991, *in* Rev. de Jur. do Trib. de Alçada Criminal de São Paulo, Relator Sérgio Pitombo).

O ilustre autor, em seu festejado escólio, citando aresto do Supremo Tribunal Federal, da lavra do Min. Moreira Alves, arremata:

“Para o Supremo Tribunal Federal só há decisão contrária à evidência dos autos, quando não se apóia em nenhuma prova existente no processo, não bastando pois para o deferimento da revisão criminal, que os julgadores desta considerem que o conjunto probatório não é convincente para a condenação”. (RTJ 123/325, *in* Resp. 113 268-8).

Atentando-se para a conspeção do arcabouço probatório constante nos autos, constata-se que nele não há divisar-se julgamento contrário à evidência dos autos, nem se apresenta a decisão opugnada contrária a texto expresso da lei penal.

Há de se acrescentar, à título de adinículo na matéria trazida à balha, que para vingar, a via eleita revisional era mister estivesse ela jungida à demonstração nítida e bem exposta de prova idônea a acarretar um juízo de certeza a guarnecer a evidência dos autos de que nos fala Giuseppe Bettiol, “*mesmo que o iter crítico para se chegar a tal conclusão não se apresente nem fácil nem expedito*”.

Finalmente, partindo-se da proposição de que a evidência e verdade manifestam a decisão contrária à evidência dos autos, necessita apoiar-se em um antagonismo entre a fundamentação e ou a parte dispositiva da sentença que mostre à nitidez solar que o conjunto probatório não é suficiente para a condenação, tratando-se portanto como acentua Sérgio Oliveira Médici, em suas preleções já aqui colacionadas, da inobservância ou desprezo da prova, que ensejou, portanto uma condenação equivocada, que tanto pode referir-se à autoria como ao fato criminoso ou ainda a circunstância que determine, a exclusão do crime, isenção ou redução da pena. (v. ob. cit, p.163).

Entendo assim, que não há como afastar a condenação do apelante, uma vez que consta no auto de exame de corpo de delito (fls. 57), ruptura himenal recente, concluindo-se que os sinais encontrados são caracterizadores da prática de ato libidinoso e, inquestionavelmente, da materialidade delitiva.

Ressalte-se que o requerente não inovou em nada o elenco probatório constante dos autos, não havendo, portanto comprovação de falsidade dos elementos sobre os quais baseou-se a condenação e, ainda, elemento novo que aponte para a sua inocência ou que demonstre circunstância determinante ou autorizadora de diminuição especial da pena, pelo que é incabível a revisão criminal.

Revisão criminal, todavia, não é uma segunda apelação, não se prestando à mera reapreciação da prova examinada pelo Juízo de primeiro grau e, eventualmente, de segundo, exigindo que o requerente apresente com os pedidos elementos probatórios que desfaçam o fundamento da condenação, como, por exemplo, a retratação da vítima. Devem elas ser positivas e aptas a demonstrar, à evidência, tudo quanto se pretende provar. Há na revisão, em verdade, uma inversão do ônus da prova, e os elementos probatórios devem apresentar-se conclusivos para demonstrar cabalmente a inocência do condenado ou a circunstância que o favoreça, não bastando aquelas que apenas debilitam a provas dos autos ou causam dúvidas no espírito dos julgadores.

Para a revisão, quando se trata de apresentação de “provas novas”, é necessário que seja ela produzida judicialmente, no Juízo de 1º grau, obedecendo-se ao princípio do contraditório, com a exigência, portanto, da participação do *parquet*. **Julio Fabbrini Mirabete in, Processo Penal, 12ª.ed, São Paulo: Atlas, 2001.**

Portanto, só caberia em matéria de revisão criminal, se a sentença fosse contrária à evidência dos autos ou quando a sentença condenatória se fundasse em depoimentos, exames e documentos falsos e, ainda, se surgissem novas provas de inocência do acusado, o que não houve na hipótese em riste.

Nesse sentido, a grande maioria dos cenáculos tribunálícios nos brindam com preciosos excertos a se coadunar, a talho de fouce, com o tema abordado, *verbatim*:

“Revisão Criminal. Rediscussão da prova. A revisão não se presta à rediscussão da prova, devendo ser fundada em uma das hipóteses contempladas no art. 621 do CPP, sob pena de não-conhecimento. Revisão não conhecida” (RJTJERGS 203/65-6).

“Revisão – Reexame de prova que serviu de apóio à decisão condenatória confirmada em sede de apelação – Inadmissibilidade, mormente quando não

são se restringe às hipóteses elencadas no art. 621 do CPP e evidencia tão somente reavaliação das provas produzidas. (...) O simples reexame de prova que serviu de apoio à decisão condenatória confirmada em sede de apelação é inadmissível em revisão criminal, mormente quando não se restringe às hipóteses elencadas no art. 621 do CPP e evidencia tão-somente a reavaliação das provas produzidas” (RT 769/644).

“A revisão criminal não se presta para uma nova valoração de provas, visando absolvição por insuficiência probatória, e muito menos para redução das penas, dosadas pelos critérios normais, segundo a discricionariedade do Juiz, sem erro técnico, pois nos termos do art. 621 do CPP seus objetivos são bem delimitados, não proporcionando aos julgadores a amplitude do recurso de apelação” (RT 764/542).

“Revisão. Reexame de provas. Inadmissibilidade. Recurso que se apresenta como verdadeira ação rescisória do julgado. (...) A revisão criminal não tem natureza de uma segunda apelação, já que se apresenta como verdadeira ação rescisória do julgado, não se prestando, assim, ao mero reexame de provas, já analisadas no juízo de conhecimento, e, eventualmente, em segundo grau” (RT 747/649).

“O juízo revisional não comporta nova avaliação da prova, devendo o tribunal limitar-se a verificar se a condenação tem base em algum dos elementos probatórios ou se é divorciada de todos eles” (RT 624/348-9).

DA EXARCEBAÇÃO DA PENA NA SANÇÃO CONDENATÓRIA:

No que concerne à aplicação de pena, afigura-se

perfeitamente possível acolher-se a ação sob o prisma da fixação exagerada do sancionamento penal, *ad instar* do preconício vigorante no artigo 621, do CPP, porquanto, conforme já decidiu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, “*se ao fixar a pena base, o magistrado considera as circunstâncias do artigo 59, do CP, não em relação ao criminoso, mas em razão do crime praticado, a decisão incorre não apenas em injustiça, mas em erro técnico, cabendo a correção da pena imerecida, o que constitui entre outros, o instituto da revisão criminal*”. (TJMG, RT 729/566, v. ob. cit, pg. 333).

No caso *sub ocelli*, a nosso vislumbre não houve no momento em que veio a lume a condenação a fundamentação que se requesta no mencionado dispositivo da lei penal, exarcebando a douta Juíza a aplicação da reprimenda, à míngua de motivação convincente para autorizar a sanção em debate.

É que, “Na fixação da pena”, invoca um precedente jurisprudencial, “*o juiz deve pautar-se pelos critérios legais recomendados pela doutrina, para ajustá-la ao seu fim social e adequá-la ao seu destinatário e ao caso em concreto*”. (RT 612/353).

Por tal razão se o réu não possui antecedentes criminais, a pena-base deve aproximar-se tanto quanto possível, do mínimo legal, e para que prevaleça uma pena acima dese mínimo, tornava-se necessário e imperioso que o magistrado procedesse ao exame do comportamento social do condenado, a saber “*enfim, impõe-se que o juiz analise criteriosamente a conduta do apenado à luz das circunstâncias judiciais explicitadas no art. 59 do Código Penal, porque somente assim se terá um quadro referencial abrangente e idôneo revelador do conteúdo inserto no conceito de antecedentes, que alicerce ou não a exacerbação da dosimetria da pena*”. (JCAT 61/277).

Saliente-se que a il. magistrada sentenciante não explicitou, de modo criterioso e convincente, as razões pelas quais resolveu aplicar a pena-base que estabelecera de modo que não poderia também, atingir o absurdo de fixá-la definitivamente em **10 (dez) anos e 08 (oito) meses de reclusão**. Deslembrou-se a intérrita judicante das preleções

consubstanciadas na ênfase do valor e desvalor da conduta a enfeixar o juízo da culpabilidade, porquanto a individualização da pena, como destaca o ilustre penalista Francisco Galvão, em seu opúsculo “Da aplicação da pena”, configura um direito constitucionalmente reconhecido (art. 5º, XLVI, CF/88) e por tal razão “deve encontrar no exame da culpabilidade do agente os elementos necessários à justificação da sanção que concretamente lhe é aplicada. “A medida da pena, se gradua, conforme preleciona Welzel *“fundamentalmente de acuerdo a la gravedad de la culpabilidad”*. No seu labor sentenciante, a esforçada julgadora deixa a desejar na fundamentação das motivações, das consequências e circunstâncias do delito, e assinale-se: na operação da aplicação da pena parte ela de logo da premissa da ausência de antecedentes do condenado. Ainda tomado de empréstimo as fartas e judiciosas lucubrações de sua bem elaborada monografia, o percuciente revela, quando soube perslustrar as ensinanças dos mestres tedescos, à frente Welzel, Klaus Roxin, sem olvidar Jeschek e também dando lugar ao penalista lusitano Jorge de Figueiredo Dias, ao transpor para esta clareira doutrinária aquilo que ele intuiu como a verdadeira essência do juízo de reprovação pessoal no crucial momento da aplicação da pena. Assegura-nos o autor que a sentença deve se ater à espécie não como elemento do crime, porém *“como caráter essencialmente ligado aos componentes de reprovação social interligados aos princípios da dignidade humana, da informação e dos direitos de qualquer pessoa, acusada ou condenada de um delito, de saber e conhecer além do conteúdo da acusação, os componentes do entendimento do julgador a respeito dos preceitos da aplicação da pena, entre nós incluídos no pressuposto constitucional da individualização da pena e complementado na consubstanciação do artigo 59 do Estatuto Repressivo Pátrio, a PG 1984, do CPB.”*

E não seria, de modo algum despidendo, enfeixar-se o seu conteúdo, no mesmo pé de igualdade dos princípios epistemológicos vigentes e atuantes na esfera do direito à informação, os quais se acomodam dentre as disposições inseridas na Convenção Inter Americana de Direitos Humanos,

o Pacto de San José da Costa Rica, em seu artigo 8, n. 2, bem como no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos aprovado pela Assembléia Geral da ONU (Pacto de Montevideu), artigo 143, hoje integrando as normas cogentes de nossa Carta Maior, por força do artigo 5º, parágrafo 2º, integrante do *due process of law* e revigorado pelas disposições de direito supra nacional agasalhados pela Emenda Constitucional 45, de 31 de dezembro de 2004. (passim, aut. cit. da Aplicação da Pena, livraria Del Rei, Belo Horizonte, 1995, pg. 106 e seg.)

Da exegese desses pressupostos, alcança-se a ilação de que ao julgador é defeso omitir-se em analisar com a devida precisão os elementos que influíram no juízo de reprovação que ele produziu, porquanto, como bem se integra na imagem do doutrinador a quem nos socorreremos, *verbis*:

“Afinal não basta afirmar que a culpabilidade do acusado é exasperada. Deve o julgador dar e conhecer o seu raciocínio, de forma que o condenado saiba exatamente porque o juízo de censura é no caso concreto, maior ou menor. Por outro lado, continua o exegeta, cabe perceber que a fundamentação exposta na sentença constituiu a face externa da atividade valorativa do juiz e, por isso mesmo, não poderá restringir-se ele ao exame objetivo dos fatos praticados pelo agente, devendo explicar com clareza os posicionamentos do julgador sobre a norma a ser aplicada, a postura individual do réu diante dessa norma, e ainda os valores sociais envolvidos.” (op, cit.)

Não é de se admitir, por conseguinte seja a pena base fixada, de forma exasperante e sem a fundamentação consentânea existente, como condição imperativa, pela lei penal, dentre os temperamentos ensartados em seu artigo 59, incisos I a III.

Acomodando-se a hipótese ao aspecto contido no pressuposto de novas provas, vale afirmar com Tourinho Filho

que conquanto a lei se refira ao descobrimento de novas provas, a interpretação extensiva deve ser aplicada também aos casos já descobertos, mas não produzidos nos autos. Há ainda de ressaltar que embora a prova ou a circunstância elementar já existisse nos autos, se o juiz não a descobrisse ou considerasse, é como não as notasse. (Tourinho Filho, op. Cit., v. 2, pg. 362). A tal respeito, confira-se, por igual, o magistério de Ada Pelegrine Grinover, et alli, quando assevera a possibilidade do acolhimento da revisão se este aspecto da fixação da pena não foi devidamente examinado pelo julgador (Recursos no Processo Penal, ed. RT, 2003).

Nestas condições, não se vislumbra, analisando-se o processo como todo, motivos razoáveis para exautorar a sentença apelada no tocante ao mérito no fundamento da condenação, importando, entretanto reconhecer a excessiva dosimetria, pelo que admito a expostulação revisional para dosar a fixação da reprimenda subsumindo-a aos critérios do artigo 59, II do Código Penal Brasileiro, causa de aumento consentânea a nosso uso com reprimenda a ser exarada, fixando a pena-base em 06 (seis) anos de reclusão, acrescida de 1/3 (um) terço, restando assim, a sanção definitiva em 08 (oito) anos de reclusão em virtude da inexistência de agravantes e atenuantes, julgado suficiente a causa de aumento da pena prevista no art. 71 do Código Penal Brasileiro, restando a pena definitiva, a ser cumprida em regime inicialmente fechado em 08 (oito) anos de reclusão.

Deverão, portanto, permanecer sem alteração as demais sancionamentos impostos e reconhecidas na sentença apelada.

É como voto.

Fortaleza, 28 de março de 2007.

1ª CÂMARA CRIMINAL

Componentes:

Des. Francisco Haroldo Rodrigues de Albuquerque - Presidente

Des. Luiz Gerardo de Pontes Brígido

Desa. Mariza Magalhães Pinheiro

Des. Raimundo Eymard Ribeiro de Amoreira

APELAÇÃO CRIMINAL

**ESTADO DO CEARÁ
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

**APELAÇÃO CRIME Nº: 2004.0016.0870-7/0, DE FORTALEZA
APELANTE: FABIANO DA SILVA FERREIRA
APELADA: A JUSTIÇA PÚBLICA
RELATOR: DES. FRANCISCO HAROLDO RODRIGUES DE
ALBUQUERQUE**

EMENTA: APELAÇÃO-CRIME. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. DEPOIMENTO DA VÍTIMA EM CONSONÂNCIA COM AS DEMAIS PROVAS. ABSOLVIÇÃO INVIÁVEL. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. INAPLICABILIDADE. OCORRÊNCIA DE ATOS LIBIDINOSOS QUE NÃO CONSTITUEM PRAELUDIA COITUS. DIREITO À PROGRESSÃO DE REGIME. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO. APELO IMPROVIDO. I - Não há que se falar em absolvição do réu, quando restaram satisfatoriamente comprovadas a autoria e a materialidade dos crimes. II - Não se aplica o princípio da consunção ou absorção, quando os atos libidinosos diversos da conjunção carnal não constituem praeludia coitus, ou seja, atos preparatórios do delito de estupro, pelo que deve ser mantido o concurso material entre os crimes em questão. III - O art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 foi alterado pela Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007, passando a estabelecer o regime inicialmente fechado para o cumprimento das penas dos crimes hediondos ou a eles equiparados, razão pela qual deve ser reconhecido, de ofício, o direito do apelante à progressão de regime. IV- Sentença parcialmente reformada.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelação-crime, acorda a Turma Julgadora da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, sem divergência de votos, conhecer do recurso, por ser próprio e tempestivo, para negar-lhe provimento, reconhecendo-se, entretanto, *ex officio*, o direito do réu à progressão de regime, tudo nos termos do voto condutor.

Fabiano da Silva Ferreira, qualificado nos autos, foi denunciado pelo representante do Ministério Público com atuação na 12ª Vara Criminal da comarca de Fortaleza, como incurso nos arts. 213 e 214, c/c o art. 69, todos do Código Penal Brasileiro, sob o argumento de ter o mesmo, na madrugada do dia 04 de outubro de 2003, nesta cidade, mediante violência e grave ameaça, estuprado e praticado sexo oral e anal com a vítima - Caroline Nogueira da Silva, com 14 anos de idade, à época dos fatos, caracterizando, portanto, os delitos de estupro e atentado violento ao pudor, em concurso material.

O acusado, depois de citado, compareceu em juízo e foi interrogado, oportunidade em que assumiu, em parte, a autoria delitiva, afirmando que manteve relações sexuais com a vítima, mas com o seu consentimento, tendo apresentado, no prazo legal, defesa prévia.

Ultimada a instrução criminal e apresentadas as alegações finais, sobreveio a sentença de fls. 85/91, na qual a juíza do feito, julgando procedente a denúncia, condenou o acusado à pena de 12 anos de reclusão, a ser cumprida em regime integralmente fechado.

Irresignado com a sentença, o acusado interpôs o presente recurso de apelação (fls. 96/104), no qual postulou, em síntese, pela absolvição, tanto em relação ao delito de estupro quanto pelo de atentado violento ao pudor, tendo requerido, também, aplicação do princípio da consunção ou absorção

A Promotoria Pública, ao apresentar as contra-razões (fls. 110/112), posicionou-se pela manutenção da sentença recorrida.

Remetidos os autos a este Tribunal, foram com vista à douta Procuradoria Geral de Justiça, que, manifestando-se (fls. 118/122), opinou pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

O recorrente, nas razões de apelação, alegou, inicialmente, que a sentença atacada não pode ser mantida, sob o argumento de que as provas carreadas aos autos são insuficientes para embasar o decreto condenatório, vez que não restou provado o crime de estupro a ele imputado.

Requeru, também, a sua absolvição pelo crime de atentado violento ao pudor, haja vista as relevantes dúvidas acerca da ocorrência de atos libidinosos diversos da conjunção carnal, dizendo, ainda, que este delito deve ser absorvido pelo de estupro, ante o princípio da consunção.

Todavia, não há como ser provido o presente apelo, haja vista que a sentença questionada foi proferida em harmonia com os elementos de convicção insertos nos fólios, que se mostram suficientes para embasar o decreto condenatório.

Quanto à materialidade do delito de estupro, vê-se que esta encontra-se incontroversa, tal como se verifica do auto de exame de corpo de delito de fls. 67, no qual se constatou ofensa à integridade física da vítima, por meio de instrumento contundente, além da ocorrência de escoriação no ante-braço esquerdo e ruptura himenal recente.

No tocante à autoria do referido crime, veja-se que a vítima, em que pese ter sido levada a extremo constrangimento físico e moral, foi veemente em afirmar e reconhecer aquele que a violentou, relatando, inclusive, de forma minuciosa, como se deu a prática criminosa.

Ao contrário do que alegou o recorrente, o depoimento judicial da vítima, que durante o decorrer do processo sempre se manteve segura e incisiva, guarda inteira coerência com sua narrativa em sede de inquérito policial, apresentando uma riqueza de detalhes capaz de, por si só, embasar a condenação do apelante. Senão, vejam-se importantes trechos de suas declarações:

(...) Que, estava na pracinhada Igreja Nossa Senhora Aparecida com seu primo JEFFERSON e 02 (duas) amigas: Francilene e Kely Roberta; Que, quando FABIANO chegou em bicicleta informando que sua mãe estava embriagada e lhe chamando; Que, FABIANO, levou-a para casa em que sua mãe residia com o mesmo; Que, FABIANO, ficou chamando "CILDA"; Que, FABIANO obrigou que a depoente entrasse a força e trancou a porta; Que, tentou pedir Socorro, sendo que neste momento FABIANO, tampou a boca da depoente; Que conseguiu tirar a mão de FABIANO de sua boca; Que, FABIANO tentou lhe enforcar; Que, como viu que não tinha com reagir fingiu que concordava com que FABIANO queria; (...) Que FABIANO levou para a cozinha levantou sua saia, tirou seu short e sua calcinha e o restante de sua roupa; Que, FABIANO levou para o quarto; Que pediu para ir embora, FABIANO, respondeu que só iria deixá-la ir embora quando gozasse; Que, FABIANO, praticou sexo de varias formas (Anal, Oral, etc..); Que, como FABIANO terminou exigiu que não contasse nada para sua Mãe e nem chamasse a Polícia; Que concordou pois estava com medo que Fabiano lhe matasse; (...) Que, quando estava saindo e percebeu que FABIANO se descuidou, fugiu; (...) - fl. 09.

(...); que a declarante se encontrava em uma festa na companhia de seu primo Jefferson e outros amigos, quando o acusado chegou e disse que a mãe da declarante estava chamando a declarante na casa do mesmo; que a declarante achou que era verdade pois estavam brigados; que chegando lá o acusado chamando pela mãe da declarante e a declarante ouviu uma voz dizendo "Hum!"; que quando a declarante entrou o acusado puxou a declarante, encostou a porta; (...); e levou a

declarante para a cozinha; que o acusado pegou a declarante pelo pescoço, impedindo de a declarante gritar; que o acusado, no início, colocou a mão dele na boca da declarante mas depois a declarante conseguiu tirar; que depois o acusado levou a declarante para o quarto; que o acusado fez relação sexual com a declarante colocando o pênis na vagina da declarante, colocou também o pênis dele na boca da declarante, fazendo assim sexo oral com a declarante; que o acusado ainda quis fazer sexo anal com a declarante, mas a declarante virou e não deixou; que o acusado pegou nos seios da declarante, apalpando seu corpo todo; que a declarante chorava alto e o acusado mandava a declarante calar a boca; que o acusado tirou a saia da declarante e a calça da declarante e a blusa da declarante o acusado desceu; (...). - fls. 59/60.

Especialmente nos crimes sexuais, que, via de regra, são praticados sem a presença de testemunhas, a palavra da vítima assume relevante importância, como prova inconteste da autoria e da materialidade delitivas.

Acerca do assunto, Fernando da Costa Tourinho Filho, leciona:

A vítima do crime, em geral, é quem pode esclarecer, suficientemente, como e de que maneira teria ele ocorrido. Foi ela quem sofreu a ação delituosa e, por isso mesmo, estará apta a prestar os necessários esclarecimentos à Justiça. Sendo assim, qual seria o valor probatório de suas palavras? Prima facie, parecerá que suas declarações devem ser aceitas sem reservas, pois ninguém melhor que a vítima para esclarecer o ocorrido. É de se ponderar, entretanto, que aquele que foi objeto material do crime, levado pela paixão, pelo ódio, pelo ressentimento e, até mesmo, pela emoção, procura narrar os fatos como

lhe pareçam convenientes; (...) Desse modo, sua palavra deve ser aceita com reservas, devendo o Juiz confrontá-la com os demais elementos de convicção, por se tratar de parte interessada no desfecho do processo. Em certos casos, porém, é relevantíssima a palavra da vítima do crime. Assim, naqueles delitos clandestinos qui clam comittit solent, que se cometem longe dos olhares de testemunhas, a palavra da vítima é de valor extraordinário. (Fernando da Costa Tourinho Filho, Processo Penal, volume III, Editora Saraiva, São Paulo, 1997, 19ª edição, p. 296).

Nesse sentido, destaquem-se as ementas de acórdãos que se seguem:

*PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 214 C/C ARTS. 29 E 226, I, TODOS DO CP. ALEGAÇÃO DE QUE NÃO HAVERIAM PROVAS SUFICIENTES PARA A CONDENAÇÃO. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VERSÃO DA VÍTIMA. I - A palavra da vítima, em sede de crime de estupro, ou atentado violento ao pudor, em regra, é elemento de convicção de alta importância, levando-se em conta que estes crimes, geralmente, não tem testemunhas, ou deixam vestígios. II - (...) *Writ denegado.* (Superior Tribunal de Justiça, Habeas Corpus nº 46597/MG; Proc. nº 2005/0128838-0, Relator: Ministro FELIX FISCHER, 5ª Turma, DJ de 13.02.2006, p. 838).*

ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR - PROVA - PALAVRA DA VÍTIMA - VALIDADE - INOCORRÊNCIA DE CONTRADIÇÃO NOS DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS - DESNECESSIDADE DE LAUDO PERICIAL ATESTANDO A OCORRÊNCIA DE ATO LIBIDINOSO. Assente

na jurisprudência que nos delitos contra os costumes, pela sua própria natureza, a palavra da vítima assume excepcional relevância, particularmente quando coerente e harmoniosa com os demais elementos dos autos. A versão da vítima para os fatos deve prevalecer sobre as negativas do acusado, salvo se provado de modo cabal e incontroverso que se equivocou ou mentiu. Sabe-se que, em delitos de natureza sexual, especialmente o ato libidinoso diverso da conjunção carnal, nem sempre deixa-se vestígios, o que torna desnecessária a realização de laudo pericial. (Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Proc. nº 1.0194.02.018243-3/001(1), Relator: Sérgio Braga, julgado em 15/02/2005, publicado em 23/02/2005).

Diga-se, ainda, que as declarações da vítima foram ratificadas pelos depoimentos da sua genitora, bem como pelas testemunhas arroladas pela acusação, durante a fase instrutória. Senão, veja-se:

(...); que a vítima chegou para a depoente dizendo que a depoente estava chamando a mesma e levou a vítima para a casa dele; que chegando lá o acusado usou o nome da depoente simulando que a depoente estava lá dentro; que a vítima disse para a depoente que notou que a depoente não estava lá dentro; que o acusado levou a vítima para a cozinha e abusou sexualmente da mesma; que a vítima disse para a depoente que o acusado tinha feito tudo com a mesma, ou seja, relação sexual, oral e anal. (...); que a depoente nunca tomou conhecimento de que o acusado tivesse alguma coisa com sua filha e nunca desconfiou; (...). - Carmecilda Nogueira da Silva, fls. 61/62.

(...); que as informações que o depoente soube no

local do fato foi que o acusado ludibriou a vítima para levar até sua casa e manteve relação sexual com a mesma; (...); que o acusado saltou um muro, mas logo foi preso; que a mãe da vítima disse que o acusado tinha violentado a filha dela; que na hora em que a vítima foi à delegacia estava nervosa, mas depois se acalmou mais; (...). - José Osires Araújo de Oliveira, fls. 43/44.

(...); que se dirigiram ao local indicado e souberam que a vítima tinha sido estuprada pelo companheiro da mãe da mesma; (...).- Cleybe Rodrigues da Silva, fl. 45.

Afora isso, o próprio acusado, quando inquirido pela autoridade judicial, às fls. 31/32, contrariando o que havia declarado na delegacia de polícia, confessou ter mantido relações sexuais com a vítima. Senão, observe-se:

(...); que é verdadeira em parte a imputação que lhe é feita; que o interrogando manteve relação sexual com a vítima, mas foi de livre e espontânea vontade; que manteve relação sexual normal com a vítima; (...).

Vale ressaltar, ainda, que, embora o recorrente tenha sustentado que a ofendida agiu por livre e espontânea vontade, tal argumento não merece crédito, vez que não condiz com a verdade apurada pelos outros meios de prova, os quais se apresentam de molde a comprovar a violência real sofrida pela ofendida, que foi obrigada a manter conjunção carnal com o réu.

Dessa forma, não há como ser deferido o pleito de absolvição do réu pelo crime de estupro, haja vista ter sido satisfatoriamente provada a autoria e a materialidade do referido ilícito penal.

Também não assiste razão ao recorrente quando pugna pela absolvição em relação ao delito de atentado violento

ao pudor, tendo em vista que, assim como no de estupro, restou plenamente configurado nos autos, conforme se infere dos depoimentos anteriormente transcritos.

Com efeito, o conjunto probatório apresentado indica, sem sombra de dúvidas, que além da relação sexual, a vítima também foi submetida à prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal.

Embora a ofendida tenha entrado em contradição quanto à efetiva ocorrência de sexo anal, devido ao estado emocional em que se encontrava na época dos fatos, a mesma foi bastante segura ao afirmar que foi obrigada a praticar tais atos com o acusado, o que caracteriza o atentado violento ao pudor, inviabilizando a absolvição perseguida.

Como se vê, o delito em questão não se constituiu em *praeludia coitus*, ou seja, em atos preparatórios para o crime de estupro, não havendo, portanto, que se falar em incidência do princípio da consunção, aplicado nos casos de absorção de um crime pelo outro.

Há que se dizer que a existência de concurso material, em tais casos, é pacífica no âmbito doutrinário e jurisprudencial.

De fato, praticada, mediante violência ou grave ameaça, a conjunção carnal e, na mesma oportunidade, prosseguindo o agente com o sexo anal ou oral, os quais são atos libidinosos diversos da conjunção carnal, ocorre a prática de dois crimes autônomos, com diversidade de ações, devendo-se aplicar a regra do art. 69 do CP.

Sobre a matéria, faz-se oportuna a transcrição dos ensinamentos de Rogério Greco, *in* Curso de Direito Penal, Parte Especial, volume III, Editora Impetus, Niterói - RJ, 2006, p. 536:

Para que o estupro absorva os atos libidinosos anteriores à conjunção carnal, será preciso observar se esses atos, efetivamente, aconteceriam a fim de que o agente pudesse ter sucesso em sua empresa criminosa, sendo, portanto, de ocorrência necessária, ou, ainda, se correspondiam àqueles

considerados de pequena monta, entendidos como preparatórios, ou se foram praticados com finalidade autônoma, independente. Assim, por exemplo, quando o agente, para levar a efeito a penetração relativa à conjunção carnal, passa as mãos ou o pênis na coxa da vítima, ou, ainda, quando lhe acaricia os seios, tais atos não podem ser considerados suficientes para se reconhecer a figura autônoma do atentado violento ao pudor. No entanto, se o agente, por exemplo, obriga a vítima a com ele praticar atos de feleção ou mesmo coito anal antes da conjunção carnal, deverá responder também pelo atentado violento ao pudor, em concurso de crimes.

Nesse exato sentido, convém trazer à colação os julgados que se seguem:

Roubo, estupro e atentado violento ao pudor. Concurso material. Preliminar de cerceamento de defesa rejeitada. Prova da autoria e da materialidade. Coito anal. Praeludia coitus. Continuidade delitiva incabível. (...). 3. Afirmado pela vítima que foi submetida a coito anal, seguido de cópula vagínica e fellatio in ore, improcedente a tese de que os atos libidinosos diversos da conjunção carnal constituíram mera praeludia coitus. 4. Como os crimes de estupro e atentado violento ao pudor pertencem ao mesmo gênero, porém a espécies diversas, afastada está a possibilidade da continuidade delitiva entre ambos. (Tribunal de Justiça do Distrito Federal, Apelação Crime Nº 20040110616325, Relator: Getulio Pinheiro, 2ª Turma Criminal, julgado em 19/05/2006, DJ 05/07/2006 p. 154).

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO, ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR E ROUBO TENTADO. PLEITO ABSOLUTÓRIO. INVIABILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS.

DEPOIMENTO DA VÍTIMA EM CONSONÂNCIA COM AS DEMAIS PROVAS. LAUDOS QUE ATESTAM AS LESÕES CORPORAIS RESULTANTES DE EMPREGO DE VIOLÊNCIA EFETIVA. IMPOSSÍVEL A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO ENTRE O CRIME DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR E O DE ESTUPRO. MANUTENÇÃO DO CONCURSO MATERIAL PARA APLICAÇÃO DA PENA. (...) A libidinagem diversa da conjunção carnal sofrida pela vítima não é absorvida pelo delito de estupro quando as ações físicas não podem ser abrangidas no conceito geral de proeludia coiti, devendo ser aplicado o concurso material entre os crimes. “Pratica o delito de estupro, em concurso material com o de roubo, o assaltante que força a vítima, mediante grave ameaça, ao ato sexual, subtraindo-lhe, a seguir, seus pertences”. (TACRIM - SP - AC - Rel. Denser de Sá - RT 528/385). (TJPR - 3ª C.Criminal - AC 0361099-5 - Maringá - Rel.: Des. Marques Cury - Unânime - J. 19.04.2007).

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO. ESTUPRO. ATOS DISTINTOS DE PRAELUDIA COITI. IMPOSSIBILIDADE DE CONTINUIDADE DELITIVA. CRIMES DE ESPÉCIES DISTINTAS. (...) 2. Na hipótese de existirem os atos libidinosos que não foram preparatórios para o estupro, denominados praeludia coiti, impõe-se a caracterização de crime de atentado violento ao pudor. (...) 4. Embargos rejeitados. (Superior Tribunal de Justiça, EDcl no REsp 659.591/SP, Relatora: Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 11.04.2006, DJ 08.05.2006 p. 271).

Assim, outra não pode ser a conclusão, senão a configuração do crime de estupro, em concurso material com o

crime de atentado violento ao pudor.

Entretanto, apesar de o apelante não ter se insurgido quanto ao regime de cumprimento de pena, deve ser reconhecido, de ofício, o direito do mesmo à progressão de regime, visto que o art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 foi alterado pela Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007, passando a ter a seguinte redação, *in verbis*:

Art. 2º (...);

§ 1º. A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado.

§ 2º A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente.

(...).

Desse modo, a partir de 29/03/2007, data da vigência da Lei nº 11.464/2007, imperioso se faz o reconhecimento do direito do recorrente à progressão do regime de cumprimento de pena.

Embora o crime de que tratam os autos tenha ocorrido antes da vigência da mencionada lei, tem-se que, conforme art. 5º, inciso XL, da nossa Carta Magna e art. 2º, parágrafo único, do Código Penal pátrio, a lei penal mais benéfica deve retroagir para alcançar fatos anteriores.

À vista do exposto, conhece-se do apelo, por estarem presentes os pressupostos de sua admissibilidade, para negar-lhe provimento, modificando-se, entretanto, de ofício, o regime de cumprimento de pena para o inicialmente fechado, mantendo-se os demais termos da sentença.

É como voto.

Fortaleza, 14 de janeiro de 2008.

**ESTADO DO CEARÁ
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Nº 2006.0000.1001-4/0

APELAÇÃO CRIME (de Fortaleza)

APELANTE: HÉLDER NOGUEIRA SILVA

APELADA: A JUSTIÇA PÚBLICA

RELATOR: DES. LUIZ GERARDO DE PONTES BRÍGIDO

-Apelação crime.

-Mantido o juízo de reprovação ao foco de prova de veras convincente da autoria delitiva, a começar pela confissão do réu, na polícia, corroborada, de envolta, pelo reconhecimento dele, acusado, em Juízo, efetuado com segurança pela vítima, descartável, na hipótese, o surrado expediente da retratação judicial, ilhada de todo o acervo probatório.

-Édito condenatório bem avisado, sobretudo, por considerar a maculada *vita anteaecta* do réu que carrega, de enfiada, nos costados, inúmeros processos por delitos em série contra o patrimônio, a revelar, óbvia inferência, sua aguçada predileção em tomar, pela força, o que é do alheio.

-Conhecida, todavia improvida à unanimidade.

Vistos, relatados e discutidos os autos acima identificados.

1 – Denunciado por tentativa de roubo majorado, o recorrente foi, ao final, condenado a quatro anos, oito meses e vinte e seis dias de reclusão, mais multa, regime semi-aberto. Daí o apelo em que nega a autoria delitiva e pede a absolvição pelo órgão revisor.

Recurso contra-arrazoado pela Promotoria, para

quem o reclamo “*se constitui em verdadeira embromação*” (fl. s. 63).

Parecer da PGJ pelo desprovimento da irresignação.
É o relatório.

2 – Final da tarde de 30 de maio de 2004, o apelante, embarcado no “Grande Circular I”, sacou um punhal, ameaçou Francisco Ricardo dos Santos, cobrador, e subtraiu R\$22,00 do caixa. Para a sorte da sociedade e azar do assaltante, o policial militar Carlos Alberto Souza Salustiano, que também viajava no coletivo, percebeu a ação do rapinante e o rendeu, conduzindo-o até a delegacia, restituída a quantia surrupiada.

Para o delegado, o acusado confessou pormenorizadamente o crime. Em Juízo, como soe acontecer, o ladrão, com cinismo e desfaçatez, disse não ter sequer subido no ônibus, detido, injustamente, quando fazia uma caminhada.

A cômica evasiva, ao foco do probatório, não passa de lero-lero, traduzindo afronta, e manifesta, à inteligência do órgão revisor.

O apelante foi reconhecido, sem hesitação, pelo cobrador assaltado, *verbis*: “...*que já conhecia o acusado, pois na quarta-feira anterior a este fato, foi alvo de uma ação delituosa pelo referido, o qual ao apanhar o ônibus, já se dirigiu diretamente para o caixa onde o depoente exerce sua atividade como trocador junto a empresa de ônibus ‘Ágil Transportes S/A’, e usando o mesmo modus operandi praticou o assalto, sendo que neste processo ele agiu no caixa por duas vezes, primeiramente, o que conseguiu pegar em dinheiro colocou no bolso, e quando da segunda vez que ele tentou fazer o mesmo foi controlado por um policial militar que se encontrava na traseira do ônibus na condição de passageiro, que o dominou, tomando a arma que o acusado usava naquele momento...*”(fl. s. 38).

A confissão extrajudicial, embora utilizado o surrado expediente da retratação, isolado, viu-se, do acervo probatório, “**basta à condenação, quando prestigiada pela apreensão da res em poder do confitente e pelo seu reconhecimento pessoal efetivado pela vítima**” (JUTACRIM vol. 100/ p. 246).

Assaltante contumaz, ponha-se em relevo, o apelante carrega, de enfiada, nos costados, outros seis procedimentos criminais por delitos seriados contra o patrimônio, a revelar, indubitavelmente, sua aguçada predileção em tomar, pela força, o que é do alheio. É preciso conter-lhe os impulsos criminosos; frenar sua inclinação ao delito.

No processo penal brasileiro, prevalece o princípio do livre convencimento do Magistrado, devendo-se por esta razão, prestigiar-se o decreto condenatório, justo e bem quantificado, já que inspirado por prova concreta e objetiva. E, assim, basta ao juízo de reprovação.

3 – Nessas condições, **ACORDA** a **1ª CÂMARA CRIMINAL** do **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ**, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso, mas para lhe negar provimento, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, CE, 25 de junho de 2007.

**ESTADO DO CEARÁ
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Nº 2006.0000.1010-3/0

APELAÇÃO CRIME (de Fortaleza)

APELANTE: CLÉBER SANTIAGO BARBOSA

APELADA: JUSTIÇA PÚBLICA

RELATOR: DES. LUIZ GERARDO DE PONTES BRÍGIDO

-Apelação crime.

-A pujança da prova coligida no sumário afasta, a curto e logo, a raquítica diretiva defensiva do homicídio privilegiado e indica, com segurança, que a vítima foi executada, por motivo à-toa e privada de reação defensiva, sem dirigir qualquer provocação ao réu, condição sine qua

non, saber rasteiro, à perfectibilização da inculcada figura penal.

-Veredictum em sintonia com a realidade estampada nos autos a ensejar sua manutenção, catada curial reverência à soberania do Júri.

-Conhecida, porém desprovida.

-Nemine dissentiant.

Vistos, relatados e discutidos os autos acima identificados.

1 – Cléber Santiago Barbosa, “Batata” por apelido, foi condenado pelo 1º Tribunal do Júri de Fortaleza por homicídio duplamente qualificado na pessoa de José Paulino Martins, aplicada ao inculcado, pelo juiz presidente, doze anos de reclusão, regime inicialmente fechado.

Irresignado, vem com apelo.

Alega que foi julgado contra à prova dos autos, ao argumento de que agiu sob domínio da “violenta emoção”, configurado o homicídio privilegiado, circunstância ignorada pelos jurados, a bastar, em si, para que seja levado a novo julgamento.

Contra-arrazoado pela Promotoria, autos no Tribunal, manifestou-se a PGJ pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

2 – “Batata”, Francisco Tibúrcio Lacerda de Sousa, co-réu, e José Paulino Martins, vítima, eram vistos, com amiudada freqüência, bebericando pelos botecos do Bairro Vila União. Na noite de 26 de agosto de 2002, cercanias da Rua Lauro Vieira, o trio, como de costume, iniciou mais uma jornada etílica. Após umas e outras, “Batata” agastou-se com a vítima pela mera desconfiança de que ela teria, certa feita, desrespeitado a mulher dele, réu, ao espiá-la durante o banho. A vítima, de pronto, desmentiu, e peremptoriamente, a suposta brechada. De nada adiantou. “Batata”, na empolgadura da cólera, ânimo acirrado pelo álcool, entregou-se ao desvario e descarregou, de súbito, a reação criminoso. Brandiu uma peixeira, desferindo uma profunda facada no tórax do embriagado José Paulino, que, bambeando nas próprias pernas, tentou fugir, mas, imobilizado

pelo outro acusado, acabou perecendo à conta do violento pontaco, após suportar, estertorante, golpes no braço, mão e costas.

Malpropício, a curto se vê, o recurso e a pretensão nele vertida.

A emoção-choque que autoriza o reconhecimento do privilegium no homicídio é, unicamente, aquela derivada da injusta provocação da vítima. Raciocinar de modo diverso, seria expedir um salvo-conduto aos irascíveis, aos que facilmente deixam-se dominar pela ira infundada, que matam, na maioria das vezes, quando à vítima encontra-se à sua mercê ou incapaz de reação defensiva.

Revistas as provas agregadas ao sumário, fácil inferir que o ato criminoso, requintado de impiedade, não registrou, antes da sua consumação, comportamento do obituado capaz de provocar no apelante um raptus emocional que o levasse à estupidez do gesto homicida, desfigurado, daí, pela ausência de requisito fundamental (injusta provocação da vítima), o inculcado assassínio emocional.

Acode, no particular, decisão do TJMT, verbis:

“A comprovação nos autos de que a vítima não exerceu qualquer provocação contra o réu anula a possibilidade de reconhecimento do homicídio privilegiado, por faltar um dos elementos configuradores dessa figura penal” (RT 439/367).

Na verdade, como bem pronunciaram os jurados, ressuma incontestável, do probatório, a ocorrência de homicídio duplamente qualificado. A uma, porque a **“simples troca de palavras entre o réu e a vítima, antes do evento, vale, por si só, para caracterizar a agravante do motivo fútil”**, revelador da insensibilidade moral do acusado; e, a duas, pela agressão repentina a quem sobre embriagado estava desarmado, portanto, sem qualquer possibilidade de defesa, exatificada, daí, a qualificadora da surpresa (RT 431/377).

Nesse passo, tendo em vista que **“as decisões dos**

jurados, em face do princípio constitucional de sua soberania, somente serão anuladas quando inteiramente contrárias à prova dos autos”, hipótese, como visto, alheia ao caso sub examine, não merece acolhida o despropositado apelo (Súmula nº 6 desta Corte).

3 – Pelo exposto, **ACORDA a 1ª CÂMARA CRIMINAL do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ**, em conhecer do recurso, mas para confirmar a sentença recorrida, nos termos do voto do Relator e do parecer da PGJ.

Fortaleza, CE, 25 de junho de 2007.

HABEAS CORPUS

**ESTADO DO CEARÁ
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

**Nº2007.0029.0544-0/0 PETIÇÃO DE HABEAS CORPUS
COMARCA FORTALEZA
IMPETRANTES: FRANCISCO MARCELO BRANDÃO E
OUTRO
PACIENTE: DYEGO PARENTE DUARTE
IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA 9ª VARA CRIMINAL.
RELATOR: DES. EYMARD DE AMOREIRA**

**EMENTA: CONSTITUCIONAL – HABEAS
CORPUS – PENAL – PROCESSUAL –
ESTELIONATO CONSUMADO - SOBRES-
TAMENTO DEFINITIVO DA AÇÃO PENAL –
CRIME EM TESE – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA
Nº 7/TJ-CE.**

1. A proposta acusatória materializada na denúncia há de ser considerada adequada, porquanto a mesma contém exposição clara e objetiva dos fatos apontados como delituosos, com exposição de todos os princípios indispensáveis ao seu sucesso, além das circunstâncias que lhe são inerentes, permitindo, desse modo, que o denunciado exerça com plenitude o direito de defesa assegurado pelo ordenamento constitucional, de modo que a mesma observa a rigorosidade descrita no artigo 41 do Código de Processo Penal.

2. De outra parte, este egrégio Tribunal de Justiça, frente aos diversos precedentes, fez editar a Súmula nº 7, segundo a qual “não cabe habeas corpus para trancamento de ação penal, sob alegação de falta de justa causa, se a delatória atendeu aos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, imputando ao agente

fato que, em tese, constitui crime”.

3. Ordem denegada. Decisão unânime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de petição de habeas corpus, nº 2007.0029.0544-0/0, de Fortaleza, em que são impetrantes os advogados Francisco Marcelo Brandão e outro, paciente Dyego Parente Duarte, sendo autoridade impetrada o Juiz de Direito da 9ª Vara Criminal.

Acorda a Turma, por unanimidade de votos, em conhecer da ação, mas para lhe denegar a ordem, nos termos em que opinou a douta Procuradoria Geral de Justiça.

Dyego Parente Duarte, qualificado nos autos, foi denunciado pelo representante do Ministério Público nas sanções do *caput* do art. 171, do Código Penal Nacional, em face de haver adquirido junto a empresa Idalgo Acessórios, equipamentos para seu carro, os quais foram pagos com um cartão de crédito do Engenheiro Florestal Volmir Costenaro que, dias antes, havia efetuado compras no Supermercado Center Box, e lá, por esquecimento, deixou seu cartão de crédito, tendo a pessoa de Marcus Bruno Moraes Rocha, empregado daquele mercantil, se apoderado do cartão e repassado ao paciente para a prática de estelionato.

Os advogados subscritores desta ação constitucional, vêm propor a esta 1º Câmara Criminal o sobrestamento definitivo da ação penal movida em desfavor do paciente, à conta da ausência de justa causa.

Informações da autoridade apontada coatora, dando conta da situação e marcha do processo (fs.53)

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça às fs.58/60, opinando pela denegação da ordem.

É o relatório.

A inquietação dos impetrantes, ao ensejo de seu arrazoado, tem por fonte a ausência de justa causa para o prosseguimento da ação penal promovida em face do paciente Dyego Parente Duarte se achar incursionado nas sanções do *caput* do art. 171, do Código Penal Nacional.

Ora, na ação penal vige o princípio básico da indisponibilidade da ação penal. Uma vez proposta a denúncia quando há existência de crime em tese, a mesma deverá seguir o seu curso e, através do devido processo legal, onde é exercitado a ampla defesa e o contraditório, sede na qual o agente denunciado provará ou não a sua inocência. Também, não pode o Ministério Público desincumbir-se da acusação dela proposta após tê-la oferecido, tampouco a ação constitucional escolhida pelo seu rito sumaríssimo, inocentar o paciente a ponto de sobrestar definitivamente o processado.

Ademais, a denúncia foi fundamentada com supedâneo na prisão em flagrante do paciente e sua confissão perante a autoridade policial (fs.35/36).

Com efeito, os fatos periféricos da denúncia não ensejam a sua inidoneidade, mormente quando a mesma contém a exposição do fato criminoso e as suas circunstâncias, não sendo outra a orientação pretoriana, **verbis**:

TACRSP “A falta de precisão na denúncia quanto à data da ocorrência do fato criminoso não a torna inepta, máxime quando a vestibular preenche os requisitos exigidos pelo art. 41, do CPP, contendo a peça a exposição do fato criminoso, suas circunstâncias, qualificação do acusado, classificação do crime e rol de testemunhas” (RJDTACRIM 11/73).

De tal sorte que a proposta acusatória materializada na denúncia há de ser considerada adequada, porquanto a mesma contém exposição clara e objetiva dos fatos apontados como delituosos, com exposição de todos os princípios indispensáveis ao seu sucesso, além das circunstâncias que lhe são inerentes, permitindo, desse modo, que o denunciado exerça com plenitude o direito de defesa assegurado pelo ordenamento constitucional, de modo que a mesma observa a rigorosidade descrita no artigo 41 do Código de Processo Penal.

Sobre o tema, formalidades essenciais da peça denunciatória, tal qual a hipótese dos autos, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu, **verbis**:

STJ: “A denúncia deve apresentar-se formal e materialmente correta. Identificar, ademais, o fato como crime. Satisfazer a legitimidade ativa e passiva. Remanesce o interesse de agir, ausente causa de extinção da punibilidade. Evidenciar, além disso, o mínimo fático para arrimar a pretensão do Ministério Público. Tais requisitos não se confundem com o *meritum causae*, isto é, se a imputação corresponde à verdade real. Justifica-se o processo, evidenciada a necessidade de instrução criminal” (RSTJ 74/128).
No mesmo sentido, STJ:HC 5.053-RJ-DJU de 7-4-97, pg. 11.162.

Dessa forma, tenho a presente denúncia como idônea, visto que atende com perfeição aos preceitos do artigo 41 do Código de Processo Penal.

De outra parte, este egrégio Tribunal de Justiça, frente aos diversos precedentes, fez editar a **Súmula nº 7**, segundo a qual **“não cabe habeas corpus para trancamento de ação penal, sob alegação de falta de justa causa, se a delatória atendeu aos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, imputando ao agente fato que, em tese, constitui crime”**.

Diante do exposto, hei por bem denegar a ordem impetrada, nos termos em que opinou a douta Procuradoria Geral de Justiça.

É como voto.

Fortaleza, 22 de janeiro de 2008.

2^a CÂMARA CRIMINAL

Componentes:

Desa. Huguette Braquehais - Presidente

Des. João Byron de Figueirêdo Frota

Desa. Maria Sirene de Souza Sobreira

Desa. Lúcia Maria do Nascimento Fiúza Bitu

APELAÇÃO CRIME

**PODER JUDICIÁRIO
DO ESTADO DO CEARÁ
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

**Nº 2000.0015.2075-0: APELAÇÃO CRIME DE FORTALEZA.
APELANTE: RAIMUNDO ALVES DE BRITO.
APELADA: A JUSTIÇA PÚBLICA
RELATORA: DES^a. HUGUETTE BRAQUEHAIS**

**EMENTA: APELAÇÃO – CRIME DE ESTUPRO –
PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA POR SER A VÍTIMA
MENOR DE QUATORZE ANOS**

- 1) DEFENSORIA PÚBLICA QUE NÃO ARROLA
TESTEMUNHAS POR OCASIÃO DAS
ALEGAÇÕES PRELIMINARES – FATO QUE POR
SI SÓ NÃO CONFIGURA AUSÊNCIA DE DEFESA**
- 2) ACUSADO QUE NEGA A AUTORIA DO CRIME,
MAS ASSEVERA QUE NADA TEM A ALEGAR
CONTRA A VÍTIMA E AS TESTEMUNHAS**
- 3) PALAVRA DA VÍTIMA - COERÊNCIA COM AS
DEMAIS PROVAS DOS AUTOS - PRETENSÃO
ABSOLUTÓRIA QUE NÃO TEM COMO SER
ATENDIDA – RECURSO DESPROVIDO**
- 4) REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO -
INTEGRALMENTE FECHADO – INCORREÇÃO
– NECESSIDADE DE ALTERAÇÃO PARA O SEMI-
ABERTO – APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO ART.
33, §2º, ALÍNEA “B” DO CÓDIGO PENAL
BRASILEIRO**
- 5) HABEAS CORPUS QUE SE CONCEDE DE
OFÍCIO.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de ação penal, em que se interpõe apelação criminal, acordam os Desembargadores da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de

Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, em conhecer do recurso, para negar-lhe provimento, porém, resolvem conceder *habeas corpus* de ofício para, via de consequência, fixar o regime semi-aberto para cumprimento inicial da pena, nos termos do voto da Relatora.

-RELATÓRIO-

Trata-se de recurso apelatório interposto pela defesa do réu **RAIMUNDO ALVES DE BRITO**, com fulcro nas disposições do Código de Processo Penal vigente, artigo 593, I, por não se conformar com a decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da 12ª Vara Criminal da Comarca de **FORTALEZA**, que o condenou pela prática do delito previsto no art. 213, c/c art. 224 “a” e art. 71, todos do CPB, a uma pena de 07 (sete) anos de reclusão.

Consta na inicial delatória, segundo se pode observar, que, no ano de 1994, a menor M.K.M.S, nascida em 10 de junho de 1984, passou a ser abusada sexualmente por seu padrasto Raimundo Alves de Brito e quando contava treze anos de idade, para não mais sofrer o criminoso assédio, a pobre infante procurou o SOS Criança e lá passou uma temporada, oportunidade em que houve comunicação dos fatos à diligente Delegada de Combate a Exploração da Criança e do Adolescente, que adotou as providências cabíveis.

Efetuada então as diligências policiais em torno do aludido fato, foram os autos do inquérito remetidos ao Judiciário, nele se fundamentando o Ministério Público para formular sua peça de acusação.

O acusado, ao que se percebe, foi devidamente citado e interrogado na forma da lei (fl. 53/54), após o que foi apresentada a sua defesa prévia (fl. 54), sem rol de testemunhas.

Realizada a instrução processual, foram apresentadas as alegações finais de acusação (fls. 84/86) e as de defesa (fls. 89/86 e 95/96) e, por fim, proferida a sentença (cf. peça de fls. 98/104), que condenou o sobredito réu, como já referido, a uma pena de 07 (sete) anos de reclusão.

Inconformado com essa decisão, todavia, interpôs esse mesmo réu, por intermédio da Dra. Reijane Maria Coelho Lima, o presente recurso de apelação (fl. 107), apresentando suas razões às fls. 108/113, no contexto das quais, em resumo, alega defeito na defesa técnica apresentada pela Defensoria Pública, e requer a sua absolvição, ao argumento de que a prova coligida ao bojo processual não é suficiente a embasar uma condenação.

O Dr. Promotor de Justiça oficiante no Juízo processante, ao contra-arrazoar o apelo (fls. 116/118), opinou pela confirmação da sentença atacada, por ser a forma mais salutar de justiça.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, seguindo a mesma trilha, ofertou seu parecer às fls. 126/128, opinando pelo desprovimento do recurso.

Era o que tínhamos a relatar. À douta revisão.

- V O T O -

Feito o devido exame dos autos, há de se dizer, para começar, que o recurso foi interposto tempestivamente e é cabível na espécie, motivos pelos quais deve ser conhecido.

Houve, como se viu, inconformismo do réu com a decisão condenatória, esboçado através de um recurso apelatório, do qual, exatamente, ora cuidamos e em que se alega deficiência de defesa, por não ter a Defensoria Pública arrolado testemunhas, quando da apresentação de suas alegações preliminares, bem como pela fragilidade da prova produzida ao longo da jornada processual.

Embora o recorrente não tenha requerido declaração de nulidade por ausência de defesa, alegou que a mesma foi deficiente. A sua fundamentação, contudo – ausência de rol de testemunhas, é bom que fique registrado, não seria suficiente, por si só, para provocar uma nulidade processual.

É que o simples relato da ocorrência de um suposto cerceamento de defesa, sem a demonstração de suas reais conseqüências, como sói acontecer nos casos em que o

defensor público não apresenta rol de testemunhas, nunca tem sido caso de declaração de nulidade.

À guisa de exemplificação, confirmamos alguns precedentes do colendo Superior Tribunal de Justiça.

*“PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM **HABEAS CORPUS** . ARTIGOS 304, **CAPUT** E 311, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. NULIDADE POR AUSÊNCIA E/OU DEFICIÊNCIA DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. PRISÃO CAUTELAR. REVOGAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.*

I - Não há que se falar em ausência, ou mesmo deficiência de defesa, se o causídico constituído acompanha efetivamente o processo desde o início, comparece aos interrogatórios, à audiência de produção de prova testemunhal, fazendo, inclusive, reperguntas, apresenta arrazoado de 12 laudas, com argüição preliminar de nulidade processual, sustentando a fragilidade e a irregularidade da prova, pugnano, ao final, pela absolvição do réu e, proferida sentença condenatória, opõe embargos de declaração e interpõe apelação, arrazoando-a em 15 laudas.

*II - Inexistindo prejuízo, em termos de relação causal com a condenação, não se reconhece nulidade por suposta defesa deficiente (**Súmula nº 523-STF**) .*

III - A ausência do rol de testemunhas na defesa prévia não constitui constrangimento ilegal, ainda mais quando não se demonstra o efetivo prejuízo daí decorrente (Precedentes).

*IV - Uma vez prolatada a sentença penal condenatória, fica sem objeto o recurso ordinário em **habeas corpus** que visa a revogação de prisão provisória em virtude da inexistência dos motivos ensejadores da segregação cautelar (**Precedentes**) . Recurso desprovido.” (RHC nº 14.309/PR, Relator*

Ministro Felix Fischer, *in* DJ 10/5/2004).

“CRIMINAL. RHC. ESTUPRO. NULIDADES. AUSÊNCIA DO DEFENSOR NO INTERROGATÓRIO. IRRELEVÂNCIA. ATO PRIVATIVO DO JUÍZO. AUSÊNCIA DE ROL DE TESTEMUNHAS NA DEFESA PRÉVIA. FALTA DE ARGÜIÇÃO NO MOMENTO OPORTUNO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. DEFENSOR PÚBLICO QUE NÃO INTERPÔS RECURSO DE APELAÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO. VOLUNTARIEDADE NA INTERPOSIÇÃO DE RECURSO. RHC DESPROVIDO

*Não se reconhece nulidade na realização do interrogatório do réu sem a presença de advogado, pois, tratando-se de ato privativo do juízo, não é admitida a intervenção do defensor. Precedentes. **Se evidenciado que o i. defensor público apresentou defesa prévia em favor do paciente, não há que se falar em constrangimento ilegal por ausência do rol de testemunhas, ainda mais se não demonstrado o efetivo prejuízo daí decorrente.** A nulidade relativa, no processo penal, deve ser argüida no momento oportuno, sob pena de restar convalidada. A falta de interposição de recurso contra sentença desfavorável ao réu não afronta ao princípio da ampla defesa, pois, mesmo por parte do defensor dativo, não há obrigatoriedade, mas, sim, voluntariedade em recorrer. Precedentes do STJ e do STF. Recurso desprovido.” (RHC nº 11.538/SP, Relator Ministro Gilson Dipp, *in* DJ 3/6/2002 - nossos os grifos).*

Em verdade, mesmo que o réu tivesse indicado rol de testemunhas, pela natureza do crime de que aqui tratamos, quase sempre cometido às escondidas, tais testemunhos não

teriam o condão de afastar as coerentes afirmações da vítima.

Aliás, é sempre bom lembrar, que a palavra da vítima, em se tratando de crime contra os costumes, como já muito se decidiu, é de curial relevância.

No caso em comento, ao que se constata às fls. 68/69, o que a vítima relatou foi, exatamente, o seguinte:

“(...) que quando a declarante tinha aproximadamente dez anos de idade Raimundo Alves de Brito estuprou a declarante por mais de três meses; que foi estuprada várias vezes, sem à força ele tirava a sua roupa e a dele, além de tapar a boca da declarante com a mão para a declarante não gritar; que Raimundo Alves de Brito quando estuprava a declarante dizia que ela não era para dizer nada para sua mãe, pois se a declarante dissesse algo sobre o estupro matava sua mãe;

que a declarante, com medo, deixava; que a primeira e a segunda vez que foi estuprada sangrou bastante e lhe pediu para que a declarante lavasse os panos; que toda vez que era estuprada Raimundo Alves Brito ejaculava esperma em sua vagina; que na época a declarante ainda não tinha menstruação; que os estupros sempre aconteciam quando não havia ninguém por perto, mas uma vez seu irmão mais novo viu (...).”

Tem-se aí, portanto, uma narrativa do fato delituoso bastante clara, onde com detalhes e sem nenhuma reserva, a vítima afirmou que o acusado manteve por muitas vezes relações sexuais com ela, sendo irrelevante se houve ou não consentimento, em face da sua tenra idade.

Para mostrar o valor probante das palavras da ofendida num caso assim, destacamos, a título de ilustração, alguns julgados pretorianos que se referem ao assunto e que restaram assim resumidos:

EMENTA: “ESTUPRO - RECURSO IMPROVIDO - A jurisprudência é mansa e pacífica no sentido de que nos crimes de natureza sexual, quase sempre cometidos à sorrelfa, pela própria natureza do ato pretendido, a palavra da vítima há de ser acreditada, desde de que coerente com os demais elementos probatórios coligidos aos autos - Recurso improvido - acórdão unânime”. (97.01178-9 - Fortaleza- 2ª C. Criminal - Rel. Des. Hugo Pereira - D.J.E. 126, de 21/07/98).

EMENTA: “Em crimes praticados na clandestinidade, presentes apenas os agentes ativo e passivo da infração, a palavra da vítima é de fundamental importância na elucidação da autoria. Se não desmentida, se não se revela ostensivamente mentirosa ou contrariada, o que cumpre é aceitá-la, sem dúvida, pois, na verdade, não se compreende proponha-se a vítima, ainda que de pouca idade, a inescrupulosamente, incriminar alguém, atribuindo-lhe falsa autoria, sem que razões se vislumbrem para tanto. Especialmente, se essa incriminação gera para o incriminador a constrangedora obrigação de vir relatar, para terceiros estranhos, toda a humilhação, toda a vergonha, toda a desdita por que passou”. (TJSP – AC – Rel. Canguçu de Almeida – RT 733/545).

Por outro lado, a prova testemunhal coligida ao caderno processual não levanta dúvidas sobre a autoria delitiva, conforme observamos dos depoimentos que adormecem às fls. 70/71, 72/73, 74/75 e 76/77.

Em resumo, não pairam quaisquer resquícios de incerteza sobre a materialidade e autoria delitivas e, muito menos, acerca da violência presumida, já que ao tempo do delito a vítima

não era maior de 14 anos, devendo, pois, a sentença, nestes termos, ser mantida incólume.

O mesmo não podemos dizer, todavia, em relação ao regime de cumprimento da pena, haja vista que, como todos sabem, foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade do parágrafo 1º, do artigo 2º, da Lei n.º 8.072/90. Assim, a fixação do regime inicial da pena, em crime da natureza deste de que se cuida, forçosamente volta a ser pautada pelo art. 33 da Lei Repressiva Pátria, considerando tratar-se de fato acontecido entre os anos de 1994 e 1997.

Se o apelante, portanto, preenche os requisitos do art. 33, §2º, alínea “b” do Código Penal Brasileiro, já que não é reincidente, entendemos que se deve modificar o regime inicial de sua reprimenda para o semi-aberto, eis que a gravidade genérica do delito, por si só, não é suficiente para justificar a imposição de um regime inicial fechado.

Vejam-se, oportunamente, alguns julgados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.

EMENTA - PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 12 C/C O ART. 18, IV, DA LEI 6.368/76. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS TOTALMENTE FAVORÁVEIS. REGIME PRISIONAL.

I - Uma vez atendidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, “c”, e § 3º, c/c o art. 59 do CP, quais sejam, a ausência de reincidência, a condenação por um período igual ou inferior a 4 (quatro) anos e a existência de circunstâncias judiciais totalmente favoráveis, deve o réu cumprir a pena privativa de liberdade no regime prisional aberto.

II - A gravidade genérica do delito, por si só, é insuficiente para justificar a imposição do regime inicial fechado para o cumprimento de pena. Faz-

se indispensável a criteriosa observação dos preceitos inscritos nos arts. 33, § 2º, “c”, e § 3º, do CP.

III - “A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.” (Enunciado nº 718 da Súmula do Pretório Excelso, DJU de 09/10/2003).

IV - Não mais subsiste razão para que não se aplique aos condenados por crimes hediondos ou a ele equiparados, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, desde que preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal. Writ concedido. (HC 67.481/DF, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 06.02.2007, DJ 26.03.2007)

EMENTA “Individualização da pena. Regime de cumprimento da pena: critério legal. A gravidade do crime, para todos os efeitos legais, se traduz na escala penal cominada ao tipo. Se, nos limites dela, a pena imposta comporta determinado “regime de execução”, não cabe, para impor outro mais severo, considerar novamente, e como única razão determinante, a gravidade em abstrato da infração cometida: “o regime de estrita legalidade que rege o Direito Penal não admite que, à categoria legal dos crimes hediondos, o juiz acrescente outros, segundo a sua validação subjetiva de modo a negar ao condenado o que lhe assegura a lei. Precedentes do Tribunal, de ambas as Turmas, e agora do Plenário (HC 77.682, 22.10.98)” (RHC 80970/SP, 1ª Turma, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence. DJU de 10/08/2001).

EMENTA - PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 213 C/C ART. 224, ALÍNEA A, AMBOS DO CP. EXECUÇÃO DA PENA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO. EFEITO DEVOLUTIVO. CRIME HEDIONDO. REGIME PRISIONAL. SEMI-ABERTO. POSSIBILIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ART. 2º DA LEI Nº 8.072/90 DECLARADA PELO STF.

I - Contra a decisão condenatória prolatada, à unanimidade, em segundo grau de jurisdição, cabem, tão-somente, em princípio, recursos de natureza extraordinária – apelos especial e extraordinário – sem efeito suspensivo (art. 27, § 2º da Lei nº 8.038/90), razão pela qual se afigura legítima a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da respectiva condenação (Precedentes).

II - “A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão.” (Súmula nº 267/STJ).

III - A eventual limitação, fixada em primeiro grau, quanto à expedição do mandado de prisão, não vincula o tribunal de segundo grau (Precedentes).

IV - O Pretório Excelso, nos termos da decisão Plenária proferida por ocasião do julgamento do HC 82.959/SP, concluiu que o § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, é inconstitucional.

V - Assim, uma vez atendidos os requisitos constantes do art. 33, § 2º, “b”, e § 3º, c/c o art. 59 do CP, quais sejam, a ausência de reincidência, a condenação por um período superior a 4 (quatro) anos e não excedente a 8

(oito) e a existência de circunstâncias judiciais totalmente favoráveis, deve o paciente cumprir a pena privativa de liberdade no regime inicial semi-aberto. (Precedentes). Writ parcialmente concedido. (HC 65.185/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 14.11.2006, DJ 12.02.2007 p. 289)

Diante do exposto, em consonância com o parecer da douta Procuradoria de Justiça, emitimos o nosso voto no sentido de seja conhecido o apelo, negando-se-lhe provimento, mas concedendo-se *habeas corpus* de ofício para, via de consequência, fixar-se o regime semi-aberto para cumprimento inicial da pena.

É como votamos.

Fortaleza, 25 de fevereiro de 2008.

HABEAS CORPUS

**ESTADO DO CEARÁ
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

HABEAS CORPUS Nº. 2007.0030.3640-3/0 – Fortaleza/CE

IMPETRANTE: André Felipe Cordeiro Braga

IMPETRANTE: Thiago Lucas David de Carvalho Soares Pereira

PACIENTE: Francisco Mário de Freitas Souza

IMPETRADO: Juiz de Direito da 6ª Vara do Júri da Comarca de Fortaleza/CE

RELATOR: DES. JOÃO BYRON DE FIGUEIRÊDO FROTA

EMENTA: PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE HOMICÍDIO. RÉU SOLTO. PRISÃO PREVENTIVA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

I – Réu em processo criminal (crime de homicídio) alega constrangimento ilegal na custódia cautelar sem fundamentação.

II – Decreto prisional bastante fundamentado, considerando a materialidade e autoria do delito, bem como a gravidade e a arquitetura (“*modus operandi*”) do crime, a motivação e a periculosidade do Paciente, razões pelas quais se faz necessária a manutenção da prisão do acusado para a garantia da ordem pública. (STJ: “*Resta devidamente fundamentado o r. decisum por meio do qual foi decretada a prisão preventiva, com o reconhecimento da materialidade do delito e de indícios de autoria, e expressa menção à situação concreta que se caracteriza pela garantia da ordem pública, tendo em vista a existência de indícios concretos de periculosidade do paciente, em razão do modus operandi com que o delito foi, em tese, praticado*”)

(Precedentes). Ordem denegada.” (HC 86.557/PR, Rel. Min. Félix Fischer, 5ª Turma, julg. em 08.11.2007, DJ de 10.12.2007, p.413).
III – Denegação da ordem.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Crime Nº. **2007.0030.3640-3/0** da Comarca de Fortaleza/CE, em que são impetrantes **André Felipe Cordeiro Braga e Thiago Lucas David de Carvalho Soares Pereira**, paciente **Francisco Mário de Freitas Souza** e impetrado o **Juiz de Direito da 6ª Vara do Júri da Comarca de Fortaleza/CE**.

ACORDA a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por julgamento de Turma, por unanimidade, denegar a ordem impetrada, em consonância com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça.

Trata a presente ação de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado por **André Felipe Cordeiro Braga e Thiago Lucas David de Carvalho Soares Pereira**, advogados já qualificados nos presentes autos, em favor do paciente **Francisco Mário de Freitas Souza**, contra ato tido como coator do MM. Juiz de Direito da 6ª Vara do Júri da Comarca de Fortaleza.

O Paciente está sendo investigado, juntamente com Lúcio Wlader Silva Saraiva, pela prática do crime de **homicídio**, sendo vítima Gleilson de Matos Barbosa. Consta dos autos que, no dia 26.01.07, por volta das 20:00h, na rua Barão do Rio Branco, no centro desta capital, a vítima foi assassinada. Pelas investigações policiais, chegou-se ao nome do paciente que teve representada em seu desfavor um pedido de prisão preventiva (fl. 32).

Com base no parecer do *Parquet* estadual (fls. 51/54), a autoridade impetrada decretou a custódia cautelar do paciente e do outro acusado mencionado, com fundamento na garantia da ordem pública (fls. 55/56). Insatisfeito, postulou-se a liberdade provisória do paciente (fls. 64/70), sendo o mesmo denegado (fls. 86/87).

Inconformados com tal situação, os Impetrantes ingressaram com o presente *writ* em favor do paciente, alegando

constrangimento ilegal na custódia preventiva por inexistir qualquer fundamento ou pressuposto legal para sua subsistência. Aduzem estar sofrendo o paciente coação ilegal desde a decretação de sua prisão cautelar, razão pela qual pleiteiam, liminarmente, a concessão de salvo conduto em prol do acusado.

Distribuídos os autos a esta Relatoria, restou denegada a liminar postulada ante a ausência dos requisitos autorizadores da medida (fl. 99).

Notificada a autoridade apontada como coatora, seguiu-se à prestação das informações (fls. 101/103).

De posse dos informes, abriu-se vista a Procuradoria Geral de Justiça, que ofereceu parecer desfavorável ao provimento do *writ* (fls. 105/109), diante da presença dos fundamentos do art. 312 do Código de Processo Penal, notadamente da garantia da ordem pública.

É o relatório.

O presente caso *sub judice* cinge-se ao exame dos pressupostos e fundamentos da prisão preventiva, esculpidos no artigo 312 do *Codex* Processual, em cotejo com o decreto cautelar da autoridade impetrada.

Inicialmente, quanto aos pressupostos da prisão preventiva, o dispositivo legal supra citado elenca como tais: a **prova da existência do crime** e os **indícios suficientes de autoria**.

A primeira exigência refere-se à materialidade, ou seja, a existência do corpo de delito que prova a ocorrência do fato criminoso. São exigidos também indícios suficientes de autoria, contentando-se a lei com elementos probatórios ainda que não concludentes e unívocos, não sendo necessário, portanto, a certeza da autoria.

No caso em apreço, percebe-se que a autoridade impetrada teve tal preocupação ao fundamentar o édito cautelar do Paciente neste sentido, pois a **materialidade** do crime restou comprovada, de forma indiciária, pelo laudo cadavérico anexado aos fólios (fls. 40/41) que atesta a morte da citada vítima por vários ferimentos pérfuro-contundentes (à bala); enquanto que os **indícios suficientes de autoria** encontram-se narrados no

inquérito policial, notadamente nos próprios interrogatórios do acusado Lúcio Wlader (fls. 34/35), nos depoimentos das testemunhas (fls. 36/37 e 38/39), tudo de conformidade com o *decisum* cautelar.

Pela prova coligida no caderno processual, dentro de um juízo indiciário, percebe-se que o paciente, querendo matar a vítima em razão de rixa antiga, pediu ao acusado Lúcio Wlader, que se dizia amigo da vítima, para telefonar para esta e marcar um encontro. Conseguindo o intento, restou tão-somente executar o plano bem arquitetado.

No que tange aos fundamentos da custódia cautelar, é sabido que o decreto de prisão preventiva deve estar devidamente embasado no art. 312 do Código de Processo Penal, em um de seus fundamentos.

Infere-se dos autos em tela que o decreto de prisão preventiva restou bem fundamentado na garantia da ordem pública, não merecendo qualquer censura. A periculosidade do agente é mais que evidente, pois se trata de pessoa com folha criminal (certidão de fls. 27/28), tecnicamente primário, mas respondendo a vários processos criminais (homicídio e roubo), no mínimo dois de cada espécie.

No decreto da prisão preventiva vergastada, o magistrado impetrado assevera a periculosidade do paciente, portador de conduta que gera perigo à ordem pública, além de poder prejudicar a instrução criminal. Para bem ilustrar os fundamentos elencados, transcrevemos trecho mais relevante da citada decisão:

“Pela análise das certidões de antecedentes criminais dos indiciados é fácil observar que a conduta dos mesmos traduz perigo a ordem pública além de poder prejudicar a instrução criminal.

Constata-se uma provável reiteração delituosa por parte dos mesmos, sendo recomendado os seus cárceres como uma forma de impedir que os mesmos voltem a delinquir, lesionando outros

bens jurídicos indispensáveis ao bom convívio social.

Ademais, agindo assim dessa forma, os acusados poderão frustrar a instrução criminal e busca da verdade real, fim precípuo do processo penal. Logo, a prisão preventiva dos agentes é por demais necessária como garantia da ordem pública.

Face ao exposto, decreto a prisão preventiva de Francisco Mário Freitas de Souza e Lúcio Wlader Silva Saraiva como garantia da ordem pública.”
(trecho do *decisum* às fls. 55/56)

No caso vertente, pelos documentos e informações constantes dos autos, é imprescindível a manutenção do acusado na prisão, por inexistir qualquer constrangimento ilegal no cerceamento de sua liberdade.

Como forma de assegurar a ordem pública, os Tribunais pátrios vêm decidindo pela ausência de constrangimento ilegal quando presente tal requisito ensejador da medida cautelar, *verbis*:

STF: “EMENTA: *HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE ESTUPRO E HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. DECRETO PRISIONAL DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. 1. A prisão preventiva decretada pelo Tribunal de Justiça de Pernambuco encontra-se devidamente fundamentada. Inexistência de ilegalidade, ou de abuso de poder, nos termos do inciso LXVIII do art. 5º da Constituição Federal de 1988. Decreto prisional cuja sólida fundamentação não sofreu abalo pelas razões lançadas pelos impetrantes. Referências robustas de que a decisão

constritiva não se louvou tão-somente em meras suposições de risco à garantia da ordem pública ou na gravidade em abstrato dos delitos. 2. Instrução criminal a ser preservada, dado que o rito dos feitos submetidos ao Tribunal do Júri prevê atos instrutórios também na fase do *judicium causae* (arts. 467 a 471 do CPP). Idoneidade do decreto de prisão cautelar, também com relação à conveniência da instrução cautelar. *Habeas corpus* indeferido.” (HC 88971/PE, Rel. Min. Carlos Britto, 1ª Turma, julg. em 25.09.2007, DJ de 14.12.2007, p.75)

STF: “EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PRISÃO PREVENTIVA FUNDADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E NA CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. DEMONSTRAÇÃO DE ELEMENTOS CONCRETOS E OBJETIVOS: CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO DE PLANO. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* DENEGADA. 1. A custódia preventiva foi decretada de maneira suficientemente fundamentada para a garantia da ordem pública e a conveniência da instrução criminal, pois faz referência expressa às ameaças à vítima e a seus familiares, “em especial seus filhos menores”, conforme os requisitos legais do art. 312 do Código de Processo Penal. 2. Sobre a fundamentação da prisão preventiva, este Supremo Tribunal tem decidido que ela não precisa ser exaustiva, bastando que a decisão analise, ainda que de forma sucinta, os requisitos ensejadores da custódia preventiva (Nesse sentido: HC 86.605, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ

14.2.2006; HC 79.237, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ 12.4.2002; e HC 62.671, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 15.2.1985). 3. Ordem de *habeas corpus* denegada..” (RHC 89.972/GO, Rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, julg. em 22.05.2007, DJ de 29.06.2007, p.59)

STJ: “PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ART. 288, PARÁGRAFO ÚNICO, ART. 157, § 2º, I, II, IV E VI, (POR SEIS VEZES), E ART. 155, § 4º, IV, TODOS DO CÓDIGO PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA.

Resta devidamente fundamentado o r. *decisum* por meio do qual foi decretada a prisão preventiva, com o reconhecimento da materialidade do delito e de indícios de autoria, e expressa menção à situação concreta que se caracteriza pela garantia da ordem pública, tendo em vista a existência de indícios concretos de periculosidade do paciente, em razão do *modus operandi* com que o delito foi, em tese, praticado (Precedentes). Ordem denegada.”(HC 86.557/PR, Rel. Min. Félix Fischer, 5ª Turma, julg. em 08.11.2007, DJ de 10.12.2007, p.413)

STJ: “PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO. *MODUS OPERANDI* QUE DEMONSTRA A PERICULOSIDADE DO RÉU. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA, POR CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL E DA EVENTUAL APLICAÇÃO DA LEI PENAL. DECRETO CONSTITIVO E MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA DEVIDAMENTE JUSTIFICADOS. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS.

IRRELEVÂNCIA. EXCESSO DE PRAZO (10 MESES). JUSTIFICADO. PLURALIDADE DE RÉUS (5 PESSOAS). EXPEDIÇÃO DE CARTA PRECATÓRIA. HABEAS CORPUS DENEGADO.

1. A real periculosidade do réu, evidenciada no *modus operandi*, além de sua tentativa de deturpar as investigações iniciais, atribuindo a autoria do crime a outras pessoas, é motivação idônea capaz de justificar a manutenção da constrição cautelar, por demonstrar a necessidade de se resguardar a ordem pública e a regularidade da instrução criminal e garantir a aplicação da lei penal. Precedentes do STJ.

2. A prisão cautelar justificada no resguardo da ordem pública visa prevenir a reprodução de fatos criminosos e acautelar a segurança social, retirando do convívio da comunidade aquele que, diante do *modus operandi* ou da habitualidade de sua conduta, demonstra ser dotado de periculosidade.

3. As condições subjetivas favoráveis do paciente, tais como primariedade, bons antecedentes, residência fixa e trabalho lícito, por si sós, não obstam a segregação cautelar, quando preenchidos seus pressupostos legais. (...)

7. O MPF manifesta-se pela denegação da ordem.

8. Habeas Corpus denegado. (HC 85.747/BA, Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª Turma, julg. em 25.10.2007, DJ de 19.11.2007, p.260)

Pela leitura das ementas transcritas e do que dos autos consta, percebe-se a solidez do fundamento da r. decisão *a quo* que decretou a prisão preventiva do Paciente, sendo sua manutenção necessária para a garantia da ordem pública, dada as circunstâncias e gravidade do crime, a periculosidade e atuação do paciente no citado delito. Portanto, insustentáveis os

argumentos levantados pelos Impetrantes para a concessão do presente *writ* liberatório.

Por todo o exposto, emitimos nosso voto pela denegação do *habeas corpus*, em consonância com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça.

Fortaleza, 21 de janeiro de 2008.

**ESTADO DO CEARÁ
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

PROCESSO N°: 2008.0010.6093-3/0.

TIPO DE PROCESSO: HABEAS CORPUS.

IMPETRANTE: LUIS CARLOS FERREIRA E SILVA.

PACIENTE: CLODOALDO DE CASTRO DA SILVA.

IMPETRADO: JUÍZO DA 1ª VARA DA COMARCA DE

QUIXERAMOBIM/CE.

RELATORA: DESA. LÚCIA MARIA DO NASCIMENTO FIUZA BITU.

EMENTA: PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DENUNCIADO PRIMÁRIO, RESIDENTE NO DISTRITO DA CULPA E POSSUIDOR DE OCUPAÇÃO LÍCITA. AUSÊNCIA DE PERICULOSIDADE. LIBERDADE PROVISÓRIA INDEFERIDA PELO JUÍZO A QUO. DECISÃO DEFUNDAMENTADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONHECIDA E CONCEDIDA.

1. Muito embora se tratar de crime de homicídio qualificado, a manutenção da prisão cautelar exige justificativa baseada em dados concretos e individualizados, em atenção aos requisitos exigidos para a prisão preventiva (CPP, 312), o

que não ocorre na espécie.

2. No caso concreto, corroborado com outras circunstâncias favoráveis, o réu é primário, ostenta boas condições pessoais, tem residência fixa no distrito da culpa e exerce profissão definida, não se enxergando, portanto, razão explícita que gere o convencimento de que a sua liberdade possa comprometer a ordem pública, a aplicação da lei penal, ou acarretar prejuízo à instrução criminal.

3. Daí concluir-se que a manutenção da constrição do paciente constitui constrangimento ilegal, passivo de reparação pela via do *writ* sob enfoque. Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de petição de hábeas corpus nº. 2008.0010.6093-3/0, impetrado pelo advogado Luis Carlos Ferreira e Silva em favor do paciente Clodoaldo de Castro da Silva, contra ato do Juízo da 1ª vara da Comarca de Quixeramobim-Ce.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, em conhecer e conceder a ordem, nos termos do voto da eminente Relatora.

RELATÓRIO

Trata-se de pedido de Hábeas Corpus, impetrado pelo advogado Luis Carlos Ferreira e Silva, em benefício do paciente Clodoaldo de Castro da Silva, por meio do qual se requer o restabelecimento da liberdade deste.

Alega o impetrante que o paciente foi preso em flagrante em 08 de março do corrente ano e denunciado como incurso nas sanções do artigo 121, § 2º I e IV do CPB, que é

primário, possuidor de bons antecedentes, de residência fixa no distrito da culpa e de ocupação lícita (Frentista em Posto de Combustíveis), e mesmo ostentando tais requisitos, o Juízo impetrado indeferiu o seu pedido de liberdade provisória sem, contudo haver fundamentado a sua decisão.

Assevera que o paciente reiterou o seu pedido de liberdade provisória e que o juízo impetrado mais uma vez desconsiderou os seus requisitos pessoais e indeferiu o pleito sob o argumento de ser necessária a segregação do réu como garantia da ordem pública.

Ressalta a decisão que indeferiu o seu pedido de liberdade não preencheu requisito obrigatório das decisões judiciais, pois lhe faltam os fundamentos legais.

Como fundamento de suas razões, colacionou ao pedido, amplo posicionamento doutrinário e jurisprudencial.

Por tais razões, requereu o provimento do presente remédio heróico para que seja restabelecida a liberdade do paciente, com a expedição a seu favor do competente alvará de soltura.

Com a inicial vieram os documentos de fls. 14/71.

Pleito recebido à fl. 75, ocasião em que foram solicitadas as informações a autoridade impetrada, as quais foram prestadas às fls. 79/80, acompanhada dos documentos de fls. 87/175. Na oportunidade, o julgador monocrático descreveu a trilha processual seguida pela ação originária, afirmando, ao final, que, indeferiu os pedidos de liberdade do paciente em consonância com o parecer do douto representante do Ministério Público.

Com vista, a douta Procuradoria Geral de Justiça, através do parecer de fls. 82/84, opinou pela concessão da ordem postulada, destacando que *“é forçoso concluir que a decisão ora vergastada padece de nulidade, em face, sobretudo, de afronta ao princípio constitucional que impõe fundamentação às decisões judiciais.”*

É o relatório.

VOTO

Em juízo de admissibilidade, o presente mandamus deve ser conhecido posto que, se encontra suficientemente instruído e preenche as exigências legais.

Compulsando os autos, verifica-se que o *mandamus* em análise merece deferimento, uma vez que a prisão do paciente se mostra ilegal, VEJAMOS:

A presente ordem de hábeas corpus, conforme ressaltado no relatório, tem por objetivo restabelecer a liberdade do paciente, tendo como argumentação a ocorrência de constrangimento ilegal em razão da ausência de fundamentação da decisão que indeferiu o seu pedido de liberdade provisória.

Pelo que consta nos autos, vislumbro que assiste razão ao impetrante, posto que, a decisão que indeferiu o pedido de liberdade provisória do paciente realmente padece de nulidade, posto que não preenche a norma obrigatória contida no inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal¹.

Observe-se que na decisão vergastada, fora o relatório e duas citações jurisprudenciais, o único parágrafo que relata a motivação e fundamentação de seu convencimento é o seguinte:

“Decido.

No vertente caso se encontram em choque dois direitos fundamentais, o direito a liberdade, e o direito fundamental a segurança, de caráter difuso, não sendo razoável a preponderância do direito individual sobre o difuso, haja vista que este estaria em profundo risco caso fôsse o requerido posto em liberdade.”

A decisão do juízo impetrado não avaliou se quer as condições subjetivas do paciente, não demonstrou a presunção de que o mesmo oferece risco concreto a ordem pública a instrução processual ou a aplicação da lei penal.

Por outro lado, o impetrante esclareceu através de

documentos apresentados, os quais também foram oferecidos pelo juízo impetrado por ocasião de suas informações, que o paciente é primário (certidão fl. 35), que possui residência no distrito da culpa (documento fl. 28), que trabalha como frentista em posto de combustíveis (carteira profissional assinada, doc. fl. 27), que é bem quisto na sua comunidade (declarações de idoneidade moral fls. 29/32), e que é casado e pai de dois filhos (certidões fls. 33/34).

No ordenamento jurídico brasileiro, a prisão cautelar somente se legitima se o magistrado comprovar, com apoio em base empírica idônea, a real necessidade de sua adoção pelo Estado dessa extraordinária medida de constrição do status libertatis do indiciado ou do réu, no caso dos autos, não se vislumbra na decisão que indeferiu a liberdade do paciente, mesmo que de forma deficiente ou equivocada, qualquer fundamentação no tocante a manutenção da prisão processual imposta ao paciente.

No caso concreto, corroborado com outras circunstâncias favoráveis, o réu é primário, ostenta boas condições pessoais, tem residência fixa no distrito da culpa e exerce profissão definida, não se enxergando, portanto, razão explícita que gere o convencimento de que a sua liberdade possa comprometer a ordem pública, a aplicação da lei penal, ou acarretar prejuízo à instrução criminal.

Ademais, observe-se o importante questionamento indagado pela douta Procuradoria Geral de Justiça: “O questionamento que ora se faz é muito singelo, Qual o risco que o paciente pode causar ao que o julgador denominou de direito difuso?” Essa indagação a meu ver, não se mostra esclarecida na decisão vergastada.

Ressalte-se ainda o entendimento unanime deste colegiado, vejamos:

“HC Nº 2008.0002.8239-8/0; IMPETRANTE: Jerffeson Pereira da Silva; PACIENTE: Francisco Fabiano da Silva Vieira IMPETRADO: Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Cascavel/CE;

RELATOR: DES. JOÃO BYRON DE F. FROTA.
EMENTA: PROCESSO PENAL. HABEAS
CORPUS. ROUBO QUALIFICADO. DENE-
GAÇÃO DE PLEITO DE LIBERDADE
PROVISÓRIA. AUSÊNCIA DE FUNDA-
MENTAÇÃO LEGAL. CONSTRANGIMENTO
ILEGAL CARACTERIZADO. CONCESSÃO DO
WRIT.

I - Paciente preso em flagrante pelo cometimento do crime de roubo qualificado. Denegação do pedido de liberdade provisória.

II - Impetração do writ, sob a alegação de ausência de fundamentação da decisão que decretou a prisão preventiva do Paciente. Ocasiona o constrangimento ilegal autorizador da liberdade se não há fundamentação suficiente para tal medida. (STF: “Prisão preventiva. Fundamentação deficiente. Despacho de prisão preventiva que se ressentir dos mínimos requisitos legais que o justifiquem, sendo de exigir que, ainda sucinto, há que demonstrar silogismo do julgador, pondo a premissa da lei diante dos fatos. Recurso de habeas corpus provido.”-RT573/489).

III - Concessão da ordem.”

Pelos fatos e fundamentos acima expostos, considerando que a decisão do Juízo impetrado padece de nulidade por falta de fundamentação, ante a ausência de pressuposto contido no artigo 93, inciso IX da Constituição Federal, considerando ainda as condições pessoais do paciente, entendo que restou evidenciado o constrangimento ilegal do paciente, assim, **conheço** a presente ordem, para **concedê-la** em consonância com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça.

Expeça-se alvará de soltura, em favor do paciente

devendo o mesmo ser posto em liberdade provisória vinculada, se por outro motivo não tiver que permanecer preso.

É como voto.

Fortaleza, 09 de junho de 2008.

ÍNDICE ALFABÉTICO REMISSIVO**MATÉRIA CÍVEL****APELAÇÃO CÍVEL**

Ato normativo municipal – estatuto do servidor público – publicação no diário oficial – servidor público efetivo – caracterização – exoneração sumária – impossibilidade.....144/145.

Concessionária de energia – corte indevido – dano moral – configuração.....214/215.

Concurso público – revisão de nota – afronta ao princípio da legalidade – inobservância das normas do edital do certame – ausência de incursão no mérito do ato administrativo - possibilidade de exame pelo judiciário.....207.

Contrato – ação revisional de cláusulas – juros – abusividade – limite – Art. 192, § 3º, da CF/88 – não incidência – aplicação da taxa Selic – possibilidade.....162/163.

Dano estético e moral – cirurgia – obrigação de meio – responsabilidade do médico e do hospital – procedimento médico adequado ao quadro clínico – não caracterização da responsabilidade civil.....285/286.

Direito do consumidor – indenização por danos morais – ocorrência – parceria entre pessoas jurídicas – responsabilidade solidária entre os fornecedores conveniados.....251/252.

Honorários advocatícios – embargos à execução – condenação apenas em relação à reconvenção – ausência de impugnação – coisa julgada – impossibilidade de interpretação extensiva.....139.

Responsabilidade civil – registro no SPC – ação indenizatória - termo de acordo extrajudicial sobre a dívida – permanência da negativação – abalo de crédito – reparação de danos morais – procedência.....245.

Servidor estável – não efetivo – gratificação de função – incorporação – impossibilidade.....294.

Servidor público – cargos idênticos – funções equivalentes – isonomia vencimental – procedência.....152.

Servidor público – pensão por morte – cobrança de diferenças do valor do benefício – integralidade – Art. 40, § 7º, da CF/88 – auto-aplicabilidade – inclusão das parcelas conhecidas como *pró-labore faciendo*.....258/259.

Servidor público estadual – revisão de pensão – instituição de novo sistema de previdência – gestão da administração direta – legitimidade passiva do Estado do Ceará.....175/176.

Telefonia fixa – tarifa de assinatura básica – licitude da cobrança.....273/274.

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Alimentos – binômio legal – proporção das necessidades do alimentando e dos recursos do alimentante.....195.

Honorários advocatícios – acordo realizado entre as partes após a sentença – possibilidade – não participação dos causídicos de ambas as partes – verba honorária - impossibilidade do afastamento da condenação.....191.

Servidor público – professora municipal – remoção de uma escola para outra – ato administrativo sem motivação – nulidade.....235.

AÇÃO RESCISÓRIA

Servidor público – alteração de regime celetista para estatutário – ação cautelar – análise do mérito – coisa julgada material inexistente – preclusão quanto aos fatos – sentença na ação principal que despreza matéria preclusa – incidência dos Incisos V e IX, do Art. 485 do CPC – direito adquirido de não decesso vencimental..... 119/121.

AGRAVO REGIMENTAL

Concurso público – norma editalícia – desconsideração – violação ao princípio da isonomia – lesão à ordem administrativa e jurídico-constitucional.....40/41.

Secretário municipal – nomeação – prerrogativa do prefeito – nepotismo – interferência do Judiciário.....29.

Suspensão de liminar em mandado de segurança – proposta inexecutável – lesão à ordem pública – agravo interno – insubsistência da impugnação.....35/36.

MANDADO DE SEGURANÇA

Antecipação de tutela jurissatisfativa – autorização de levantamento de valores pecuniários sob constrição judicial – agravo de instrumento – efeito reverso – existência de sentença – coisa julgada – incidente processual em fase apuratória do *quantum debentur* – increpação de teratologia judicial.....63/64.

Concurso público – agente penitenciário – elaboração de regras e critérios de seleção de seus servidores – discricionariedade da administração – legalidade do dispositivo – criação legal de novas vagas – inexistência de direito líquido e certo à convocação.....49.

Guarda de menor – mandado de segurança – sucedâneo recursal – ausência de decisão teratológica – impossibilidade – decisão judicial atacável por recurso próprio previsto na legislação processual.....223/229.

ICMS – carência de ação por impossibilidade jurídica do pedido – discussão de lei em tese – vedação de apreciação na via mandamental.....104/105.

ICMS sobre veículos importados – autoridade coatora – teoria da encampação.....47.

MATÉRIA CRIMINAL

APELAÇÃO CRIME

Estupro – presunção de violência – vítima menor de quatorze anos – palavra da vítima – coerência com as demais provas dos autos – pretensão absolutória – indeferimento.....369.

Estupro e atentado violento ao pudor – autoria e materialidade comprovadas – depoimento da vítima – consonância com demais provas – princípio da consunção – inaplicabilidade.....341.

Homicídio duplamente qualificado – ausência de provocação da vítima ao réu – homicídio privilegiado – inocorrência – veredicto em sintonia com as provas dos autos – novo julgamento – impossibilidade.....355.

Tentativa de roubo majorado – confissão do réu – reconhecimento pela vítima, em juízo – retratação judicial do réu – dissonância com o acervo probatório.....353.

HABEAS CORPUS

Estelionato consumado – sobrestamento definitivo da ação penal – crime em tese – impossibilidade – súmula nº 7/TJCe.....361.

Homicídio – réu solto – prisão preventiva – constrangimento ilegal – não configuração – garantia da ordem pública.....383/384.

Homicídio qualificado – denunciado primário, residente no distrito da culpa e possuidor de ocupação lícita – ausência de periculosidade – liberdade provisória negada – decisão desfundamentada – constrangimento ilegal evidenciado.....391/392.

REVISÃO CRIMINAL

Atentado violento ao pudor – culpabilidade – dúvida – condenação impregnada de presunções e baseada em depoimento parental inconfiável – *in dubio pro reo* – absolvição concedida.....305.

Estupro – reexame de prova – nova valoração visando absolvição por insuficiência probatória – inadmissibilidade.....314/315.

Furto qualificado – sentença condenatória – citação pessoal não realizada – ausência de citação por edital – advogado sem procuração – extinção de punibilidade – prescrição – reconhecimento *ex officio*308.