



Tribunal de Justiça do Estado do Ceará

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

**Volume 32 - 2009
Outubro / Dezembro**

ISSN 2175-0874

R. Jurisp. Trib. Justiça Est. Ceará, Fortaleza, v.32, p. 1 - 335, 2009

Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará
Volume 32.2009
Publicação Oficial do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, a cargo da Comissão de Jurisprudência e Biblioteca.
Os acórdãos selecionados para publicação correspondem, na íntegra, às cópias obtidas nos Gabinetes dos Desembargadores deste Egrégio Tribunal.

Comissão de Jurisprudência e Biblioteca

Desa. Edite Bringel Olinda Alencar - Presidente
Des. José Mário Dos Martins Coelho
Des. Francisco de Assis Filgueira Mendes
Secretário. Francisco Hudson Pereira Rodrigues
Disponível também em CD-ROM e no site
<http://www4.tjce.jus.br/sproc2/paginas/Revista.htm>

Suplentes

Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha
Desa. Maria Iracema do Vale Holanda
Desa. Maria Sirene de Souza Sobreira

Tiragem da Edição: 500 exemplares

Expediente

Coordenação:

Desa. Edite Bringel Olinda Alencar

Normalização

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

Revisão

Comissão de Jurisprudência e Biblioteca

Diagramação , Impressão e Arte Gráfica

Parque Gráfico do Departamento de Gestão de Documentos do TJCE

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

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

CDU 340.342 (05)

Tribunal de Justiça do Estado do Ceará
Centro Administrativo Gov. Virgílio Távora
Av. Gal. Afonso Albuquerque de Lima S/N - Cambéba - Fortaleza - CE
CEP: 60.830-120 Fone: (85) 3216.2850
www.tjce.jus.br
e-mail: biblioteca@tjce.jus.br

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ

Presidente

Desembargador Ernani Barreira Porto

Vice-Presidente

Desembargador José Arísio Lopes da Costa

Corregedor Geral da Justiça

Desembargador João Byron de Figueirêdo Frota

TRIBUNAL PLENO

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

Desembargador Ernani Barreira Porto
Desembargador Francisco Haroldo Rodrigues de Albuquerque
Desembargador Fernando Luiz Ximenes Rocha
Desembargador Rômulo Moreira de Deus
Desembargador José Arísio Lopes da Costa
Desembargador Luiz Gerardo de Pontes Brígido
Desembargador João Byron de Figueirêdo Frota
Desembargador Ademar Mendes Bezerra
Desembargadora Edite Bringel Olinda Alencar
Desembargadora Maria Iracema do Vale Holanda
Desembargador José Mário Dos Martins Coelho
Desembargadora Maria Sirene de Souza Sobreira
Desembargador Raimundo Eymard Ribeiro de Amoreira
Desembargador Antônio Abelardo Benevides Moraes
Desembargador Francisco de Assis Filgueira Mendes
Desembargador Lincoln Tavares Dantas
Desembargador Celso Albuquerque Macêdo
Desembargador Francisco Lincoln Araújo e Silva
Desembargador Francisco Sales Neto
Desembargador Raul Araújo Filho
Desembargadora Maria Estela Aragão Brilhante
Desembargador Francisco Gurgel Holanda
Desembargadora Maria Náilde Pinheiro Nogueira
Desembargador Haroldo Correia de Oliveira Máximo
Desembargador Francisco Pedrosa Teixeira
Desembargadora Vera Lúcia Correia Lima
Desembargador Francisco Barbosa Filho
Desembargador Francisco Suenon Bastos Mota
Desembargador Clécio Aguiar de Magalhães
Desembargador Francisco Auricélio Pontes
Desembargador Paulo Camelo Timbó
Desembargador Emanuel Leite Albuquerque
Desembargadora Sérgia Maria Mendonça Miranda

**COMPOSIÇÃO DAS CÂMARAS
CÂMARAS CÍVEIS REUNIDAS**

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

Desembargador Fernando Luiz Ximenes Rocha - Presidente
Desembargador Rômulo Moreira de Deus
Desembargador Ademar Mendes Bezerra
Desembargadora Edite Bringel Olinda Alencar
Desembargadora Maria Iracema do Vale Holanda
Desembargador José Mário Dos Martins Coelho
Desembargador Antônio Abelardo Benevides Moraes
Desembargador Francisco de Assis Filgueira Mendes
Desembargador Lincoln Tavares Dantas
Desembargador Celso Albuquerque Macêdo
Desembargador Francisco Lincoln Araújo e Silva
Desembargador Francisco Sales Neto
Desembargador Raul Araújo Filho
Desembargadora Maria Nailde Pinheiro Nogueira
Desembargadora Vera Lúcia Correia Lima
Desembargador Francisco Barbosa Filho
Desembargador Francisco Suenon Bastos Mota
Desembargador Clécio Aguiar de Magalhães
Desembargador Francisco Auricélio Pontes
Desembargador Paulo Camelo Timbó
Desembargador Emanuel Leite Albuquerque
Desembargadora Sérgia Maria Mendonça Miranda

1ª CÂMARA CÍVEL

(Reuniões às segundas-feiras, com início às 13:30 horas)

Desembargador Fernando Luiz Ximenes Rocha - Presidente
Desembargador Francisco Sales Neto
Desembargador Raul Araújo Filho
Desembargador Emanuel Leite Albuquerque

2ª CÂMARA CÍVEL

(Reuniões às quartas-feiras, com início às 13:30 horas)

Desembargador Ademar Mendes Bezerra - Presidente
Desembargador Francisco de Assis Filgueira Mendes
Desembargadora Maria Nailde Pinheiro Nogueira
Desembargador Francisco Auricélio Pontes

3ª CÂMARA CÍVEL

(Reuniões às segundas-feiras, com início às 13:30 horas)

Desembargador Rômulo Moreira de Deus - Presidente
Desembargadora Edite Bringel Olinda Alencar
Desembargador Antônio Abelardo Benevides Moraes
Desembargador Celso Albuquerque Macêdo

4ª CÂMARA CÍVEL

(Reuniões às quartas-feiras, com início às 13:30 horas)

Desembargadora Maria Iracema do Vale Holanda - Presidente
Desembargador Lincoln Tavares Dantas
Desembargador Francisco Lincoln Araújo e Silva
Desembargadora Vera Lúcia Correia Lima

5ª CÂMARA CÍVEL

(Reuniões às quartas-feiras, com início às 08:30 horas)

Desembargador Francisco Barbosa Filho - Presidente
Desembargador Francisco Suenon Bastos Mota
Desembargador Clécio Aguiar de Magalhães

6ª CÂMARA CÍVEL

(Reuniões às quartas-feiras, com início às 08:30 horas)

Desembargador José Mário Dos Martins Coelho - Presidente
Desembargador Paulo Camelo Timbó
Desembargadora Sérgia Maria Mendonça Miranda

CÂMARAS CRIMINAIS REUNIDAS

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

Desembargador Francisco Haroldo R. Albuquerque-Presidente
Desembargador Luiz Gerardo de Pontes Brígido
Desembargadora Maria Sirene de Souza Sobreira
Desembargador Raimundo Eymard Ribeiro de Amoreira
Desembargadora Maria Estela Aragão Brilhante
Desembargador Francisco Gurgel Holanda
Desembargador Haroldo Correia de Oliveira Máximo
Desembargador Francisco Pedrosa Teixeira

1ª CÂMARA CRIMINAL

(Reuniões às terças-feiras, com início às 13:30 horas)

Desembargador Francisco Haroldo R. Albuquerque-Presidente
Desembargador Luiz Gerardo de Pontes Brígido
Desembargador Haroldo Correia de Oliveira Máximo
Desembargador Francisco Pedrosa Teixeira

2ª CÂMARA CRIMINAL

(Reuniões às segundas-feiras, com início às 13:30 horas)

Desembargadora Maria Sirene de Souza Sobreira- Presidente
Desembargador Raimundo Eymard Ribeiro de Amoreira
Desembargadora Maria Estela Aragão Brilhante
Desembargador Francisco Gurgel Holanda

Sumário

Doutrina

COOPERAÇÃO INTERSUBJETIVA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO – NOVO PARADIGMA (UMA ABORDAGEM DE COMUNICAÇÃO).....	11/25
---	-------

Jurisprudência Cível

Apelação Cível.....	31/155
Agravo de Instrumento.....	159/183
Ação Rescisória.....	187/193
Mandado de Segurança.....	197/233

Jurisprudência Criminal

Apelação Crime.....	239/285
Habeas Corpus.....	289/305
Recurso Crime em Sentido Estrito.....	309/321

Discurso

Envocação de Uma Saudade.....	325/329
Índice Alfabético.....	331/335

Doutrina

COOPERAÇÃO INTERSUBJETIVA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO – NOVO PARADIGMA (UMA ABORDAGEM DE COMUNICAÇÃO)¹

Francisco de Assis Filgueira Mendes

Prof. da Faculdade de Direito da UFC

Desembargador do TJ-CE

“O Direito é uma ética especial.” (Alceu de Amoroso Lima)
“O Processo Civil já conta com material técnico suficiente para dar início à sua construção ética.” (Eliezer Rosa)

BREVÍSSIMA CRÔNICA EM TORNO DO SABER, DA SIMPLICIDADE E DA AMIZADE

Relembremos o dia 20 de outubro de 1988, data inaugural da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará. Em destaque o primeiro curso de aperfeiçoamento em Direito Processual Civil, sob auspício da ESMEC, em colaboração executiva com o IBAEJ – Instituto Brasileiro de Aperfeiçoamento de Estudos Jurídicos de São Paulo, ministrado por uma equipe de docentes da Pontifícia Universidade Católica Paulista, chefiada pelo Prof. José Manoel Arruda Alvim Neto.

Ao lado do grande mestre, sua mulher Thereza, e sua filha Teresa, ambas ostentando o mesmo patronímico com mínima variação na grafia, igualmente processualistas e professoras, todos na companhia de estudiosos e peregrinos na longa jornada do saber jurídico e que, em pouco tempo, consagraram-se como expressões vivas do processualismo civil brasileiro: Nelson Nery Junior, Nelson Luiz Pinto, Sérgio Shimura, Donaldo Armelino, João Batista Lopes, dentre outros.

A metodologia do evento consistia em uma explanação doutrinária sobre um tema previamente escolhido, seguido da distribuição de casos práticos distintos a serem deslindados pelos participantes, divididos em equipes. Obtida uma conclusão objetiva da questão proposta, a sua exposição por um relator eleito era submetida a um grande Conselho, composto pelos professores orientadores, e, ao final, a palavra elucidativa do Prof. Arruda Alvim.

Sua presença amigável e paternal não correspondia de imediato com a solenidade irradiante em seus gestos comedidos, passos lentos e falar pausado, com inflexões, sem preocupar-se, entretanto, em professar *ex-cathedra*, e tão-somente, deixando fluir o espírito de apóstolo do conhecimento, no compartilhar do pão da sabedoria.

A capacidade de solucionar as questões de fato e de direito apresentadas para debate, de forma simples e direta, desenvolvendo um raciocínio lógico e razoável com recheio do mais puro e moderno entendimento da ciência processual, encantava a todos os presentes.

Assim, desta forma e maneira, passou a ser comum nas conversas e discussões sobre temas jurídicos referencialidades como essas: “O Prof. Alvim não entende dessa maneira”; “O Prof. Alvim admite esta tese”; “A solução emprestada pelo Prof. Alvim diverge da sua”.

A influência alviniana passou, então, a se fazer presente no cotidiano da inteligência jurídica cearense.

DE COMO UM FACTO SIMPLES, ACONTECIDO EM TERRAS LUSITANAS, DEU INSPIRAÇÃO AO TEMA

Tarde fria e chuvosa de um certo dia do mês de janeiro de 1998. Cidade do Porto. Na calçada da Livraria do Porto, o entusiasmo de um colega brasileiro, que exibia orgulhoso um exemplar do Código de Processo Civil português, atualizado pela grande reforma do Decreto Lei nº 329-A/95, recém-adquirido. A euforia do patricio era motivada pelo que denominava de grande avanço da ciência processual portuguesa, em detrimento da brasileira, ao fazer inserir, em sua lei civil do processo, um capítulo destinado à cooperação intersubjetiva (artigos 266, 266-A, 266-B e 519).

Sem intenção de arrefecer a manifestação de admiração que se estampava no louvor da engenharia jurídica-legislativa do além-mar, ponderei, de logo, que a nossa legislação já consagrava tal princípio cooperativo desde 1973, data da edição do Código de Processo Civil, sob rubrica *Dos Deveres das Partes e de seus Procuradores*, sediada nos artigos 14, 339 e 340, da codificação moderna do Processo Civil, nascida por inspiração de grandes cultores da ciência processual, sob comando e regência de Alfredo Buzaid, refletindo uma forte presença do conhecimento e sabedoria do professor Enrico Tullio Liebman, quando habitou nossas plagas, por volta dos anos 40, formando o que se denominou Escola Processual de São Paulo.

PROCESSO, PARA QUÊ?

Na elaboração de um trabalho científico, seja qual for a natureza, faz-se necessário o delineamento de um ponto inicial (premissa), que fundamentará o desenvolvimento da temática, até alcançar as conclusões finais.

Cogitando-se de dissertação versante sobre cooperação

intersubjetiva no sistema processual civil, a fixação do mencionado ponto contributivo na iniciação elaborativa de um raciocínio sedia-se na indagação empírica – PROCESSO, PARA QUÊ? – consequenciando em seu evoluir questionamentos científicos afirmadores da existência e plena aplicabilidade deste princípio no contexto do processo civil brasileiro.

Existe um consenso entre os dicionaristas na elucidação verbetizada da palavra “processo”, a significar: seguimento, marcha, decurso, sucessão, método, meio, maneira, modo e sistema (v. Francisco Fernandes, Dicionário de Sinônimos e Antônimos da Língua Portuguesa, 2ª edição, Editora Globo, Aurélio Buarque de Holanda, Novo Dicionário Aurélio, 3ª edição, Editora Nova Fronteira, Cândido de Figueiredo, Novo Dicionário da Língua Portuguesa, 9ª edição, 2º vol., sem editora; Antônio Geraldo da Cunha, Dicionário Etimológico da Língua Portuguesa, Editora Nova Fronteira).

Diante dos enunciados léxicos, fácil a conclusão de que todos os fenômenos naturais (atos e fatos) obedecem, em suas produções, a um método, maneira e processo responsável pelo resultado final, quer seja material ou incorpóreo.

Assim, falamos em processo de produção de bens econômicos, processo natural ou artificial de reprodução humana, processo químico, físico, de criação intelectual etc.

Nesta ordem fenomenológica incluiremos o processo judicial como meio legalmente autorizado e regulamentado pelo Estado para obtenção do bem da vida, negado pela resistência obstrutiva de fruição dos direitos outorgados pelo sistema normativo primário.

Vedada a autotutela e autodefesa pelo avanço civilizador e estruturador do Estado Moderno (divisão de poderes), criou-se o processo judicial como instrumento (meio) de obtenção da eficácia do direito negado ou resistido por ato comissivo ou omissivo, que em seu núcleo original teve feição de conflito (social), transmutando-se em litígio judicial após a provocação do Estado-Juiz, cabendo a este terceiro institucionalizado a justa composição entre o querer e o resistir.

Ora, para que o Estado intervenha no conflito, necessário, às primeiras, a concreta solicitação da *persona*, configurando-se, a partir de tal ato formal, o litígio, e iniciada a formação da relação processual a aperfeiçoar-se com a citação válida do réu (opositor), no integral atender dos princípios da demanda e do devido processo legal.

Ao consumir-se a violação ou perpetrar-se a ameaça a um direito previamente outorgado pela ordem jurídica, surge a primeira reflexão. Seria a da expectativa violadora a verdadeira vocação da norma jurídica diante do atributo

autorizador do prejudicado impor coativamente o seu direito ao transgressor, como sanção a ser aplicada pelas vias judiciais? Ou seria a norma jurídica mera repositária do preceito valorativo de conduta do direito material, embora dotada da previsibilidade coercitiva?

A evolução antropológica e sociológica da espécie humana descortinou uma lenta e gradual substituição das reações instintivas por atitudes sociabilizantes, condutas nem sempre preconizantes de formação relacional obrigacional (direitos), mas regradoras de comportamentos sociais necessários, como a bom exemplo as normas éticas, sociais e religiosas, cumpridas (aceitas), muito embora desvestidas de sancionabilidade organizada (prevista).

Como as normas não-jurídicas prescrevem condutas cuja desobediência nem sempre implicará quebra a um preceito valorativo de comportamento disciplinado pela ordem jurídica, existe o anteparo da prescrição estatuída em processo legislativo, autorizadora, na hipótese de violação, de integral reparação, pois toda valoração de conduta legislada tem correspondência a um mandamento – um fazer ou não fazer – em apelo à consciência dos cidadãos.

A norma jurídica, antes da potencialidade (força) coercitiva, marcaria a sua finalidade pelo caráter orientador, pedagógico, idealizador de uma conduta social desejada e preservadora dos valores sociais, na categorização dos direitos e imposição de obrigações.

O estado normal de sociedade é o cumprimento natural e espontâneo dos direitos (normas), e patológico o descumprimento dos preceitos. No resgate da enfermidade violadora, em busca da saudabilidade pretendida e desejada (obediência da norma), prescreve-se o facultativo exercitamento do direito subjetivo, ou seja, o de exigir-se, pelo constitucional direito de ação, a inibição da ameaça ou reparação da lesão consumada ao bem juridicamente protegido.

Neste raciocínio, a vigorosa ressonância nos ensinamentos de Eduardo Juan Couture, jurista uruguaio a quem se reconhece o galardão de maior processualista da América Latina no Século XX, pela cultura humanista, conjunto de obras, pensamento inovador e sensível estilo de escrever:

“Imponer el derecho, hacerlo efectivo por la fuerza, es solo un suceso del orden jurídico.

El derecho nace, em realidade, no ya para ser impuesto sino para ser cumplido espontaneamente. Este es su destino. Sin la realización espontánea del derecho, la maquinaria estatal estallaria. Si todos los contribuyentes hubieran de ser requeridos judicialmente para el pago del impuesto; si todos los conductores hubieran de ser sometidos a prisión por no como lo dispone la ordenanza; si todos

los padres debieran ser demandados para dispensar alimentos a sus hijos; si todos los propietarios fueran constreñidos a reivindicar en juicio su propiedad; si todo eso, que es solo una ínfima partícula del derecho, hubiera de producirse simultaneamente, la estructura de Estado saltaria a pedazos.

En cambio, la obediencia espontánea, previsiona natural del orden jurídico, hace posible que todo sea satisfecho al mismo tiempo.

El derecho vale porque se cumple; la coacción es um 'ersatz'.

La realización espontánea del derecho será siempre uma de sus notas más commovedoras.”²

Não dissente do magistério do inolvidável Couture, o ensinamento do mestre Enrique Vescovi, idealizador da monumental obra “Código Processual Civil para a Ibero-américa”:

“El proceso, pues, es el conjunto de actos dirigidos a um fin (como sucede em todos los demás: proceso químico, fisiológico): la solución del conflicto (o la satisfacción de la pretensión) mediante la imposición de la regla jurídica, el Derecho (o más mediatamente, la implantación de la Paz y la Justicia em el medio social. (p. 14).

.....
Como dijimos, el Derecho (sustancial) es cumplido habitualmente; cuando es violado y se reclama la tutela jurisdiccional, recién aparece el Derecho procesal, que es el instrumento para hacer valer aquellas reglas que establecieron los deberes y derechos (o situaciones jurídicas) que constituyen el Derecho material.

El Derecho procesal aparece entonces como um medio, como um Derecho secundário, que supone la existencia de normas jurídicas preexistentes que regulan la conducta humana y que habrían sido violadas. Es también de carácter instrumental, por servir de medios a los otros derechos. (pp. 15/16).”³

O grande mestre das arcadas, Goffredo Telles Junior, em luminoso pensamento professa seu credo:

“Logo entendi que o que caracteriza o Direito, antes de mais nada, é sua natureza informativa, instrutiva, conselheira e pedagógica.

Tenho horror à opressão. Tenho horror à coação. Eu teria abandonado o estudo do Direito se o Direito fosse coativo. A vida

não valeria a pena, se viver conforme o Direito fosse viver coagido. Desde cedo percebi que a coação, na área do Direito, não é exercida pelas próprias normas jurídicas, mas por quem é lesado, quando as normas jurídicas são violadas. O lesado é que exerce a coação, não a norma jurídica.

Esta tese, eu a sustentei a vida inteira. Quando me tornei professor, expliquei-a inúmeras vezes em minhas aulas de Introdução à Ciência do Direito. Ela se acha exposta em meu livro *A Criação do Direito*. Depois, aperfeiçoei-a e tornei a expô-la no livro *O Direito Quântico*.⁴

A cultura paranaense de Egas Dirceu Moniz de Aragão, em memorável palestra sobre o Processo Civil no limiar de um novo século, advertiu:

“Penso que o desafio do novo século é a profilaxia: evitar litígios a resolver em juízo. De fato, é mais importante garantir a efetividade do direito sem processo do que procurar soluções judiciais para litígios. Entre nós, ao contrário, o que se vê é a apologia do litígio. De um lado, governantes que não se preocupam em respeitar a lei, certos de a demora da máquina judiciária transferir para seus sucessores a solução dos problemas (pense-se nos ‘precatórios’). De outro, ao invés de ser a população educada para respeitar a lei, para compor voluntária e amigavelmente eventuais conflitos, prepondera a inclinação oposta, que leva a estimular a eclosão de demandas.”⁵

Impende se dizer que, ao reverso do direito material, este aplicável a toda a gama dos atos e fatos (naturais) da vida, o direito processual civil é reservado exclusivamente aos fatos e atos defluentes da atividade processual, ou seja, restritamente ao microorganismo de um litígio, em que se busca um provimento capaz de equacioná-lo, emprestando uma desejada justa composição da lide.

Desta sorte, o Direito Processual Civil, por essência estático, assesta sua grande mirada no instrumental que lhe faz dinâmico, quais sejam, o processo e seus agentes participativos.

De boa relembração a conceitualidade de Direito Processual Civil criada pela esteta pena de Eliezer Rosa, sensível processualista fluminense:

“O Direito Processual Civil é o complexo das normas que regulam a realização da tutela jurisdicional.

É direito porque a realização da tutela jurisdicional ocorre mediante a atividade de alguns sujeitos – partes e juiz – disciplinada nos seus pressupostos, nas suas condições, nos seus limites e nas suas conseqüências pela lei.

É processual porque esta atividade se concretiza em uma série ou sucessão de atos coordenados um ao outro, numa relação de meio para fim, donde lhe advém a característica de processo. E finalmente civil porque a tutela tida em vista realizar mediante o processo refere-se a relações reguladas pela lei civil.”⁶

No que alude à essencialidade do processo, o lúcido pensamento de Adolfo Alvarado Velloso:

“La razón de ser del proceso

Si la Idea de proceso se vincula histórica y lógicamente com la necesidad de organizar um método de debate dialéctico y se recuerda por qué fue menester ello, surge claro que la razón de ser del proceso no puede ser outra que la erradicación de la fuerza em el grupo social, para asegurar el mantenimiento de la paz y de normas adecuadas de convivencia.”⁷

A visão qualificada do momento processual ressaí da lição de Adolfo Gelsi Bidart:

“Un proceso concentrado, conforme a su própria consistencia y, por ende, más humano.

Si el proceso (contencioso) desde la época romana se considera como un ‘acto de tres personas’, la razón indica que corresponde ‘reunir’ y no separar a tales sujetos, para que elaboren o desarrollen juntos, el proceso.

De ahí que una vez planteadas las cuestiones que separan las partes y que cada una expone al Juez y se comunica a la otra para que los tres sujetos queden ilustrados sobre el problema, se unen en presencia directa y para un diálogo directo, a los tres integrantes principales, sin intermediários.

Presencia (co-presencia y diálogo directo sobre cada uno de los problemas, sustantivos y procesales, principales o accesorios-son dos ideas claves para explicar la efectiva unidad del proceso realizada- el proceso ‘es’ sus integrantes reunidos para uma tarea común.

Un instrumento que importa socialmente y, por ende, requiere la efectiva participación de los tres sujetos principales.

Aqui hai un cambio sustancial, uma opção básica, completamente diversa de la corriente, que aún reitera el antiguo esquema, inspeirado en el duelo de dos contricantes, en términos civilizados que vigila el Juez, para señalar el resultado favorable a uno o otro de los litigantes. Duelo, justa desportiva, no són metáforas que ayuden a comprender este tipo de proceso, que procura acentuar su caracter social y, por ende, no entregarlo al solo azar de las habilidades de uno o otro o de ambos contricantes. Y tampoco a la actuación solitaria del Juez. Se trata de un proceso com tres protagonistas a quienes, empenados em obtener la justicia em caso concreto, se encomienda que, conjuntamente, aporten los elementos necesarios para reconstruir lo ocurrido em el pasado y los que permitan establecer el Derecho aplicable. El principio de igualdad rige para los tres sujetos también em cuanto a la prueba, antes casi siempre reservada a las partes litigantes.”⁸

COOPERAÇÃO E INTERAÇÃO – RIMA E SOLUÇÃO

Impossível em qualquer sistema processual não dispor de regulação ao momento aplicatório de suas normas, endereçadas a todos os partícipes da atividade processual.

É o relicário moral-comportamental exigido para o desempenho da atividade processual, dispondo de regras éticas capazes de frenar a deslealdade chicaneira e os comportamentos atentatórios ao verdadeiro objetivo do fazer processual.

Em tal contexto, insere-se a imposição do dever cooperativo, da interação de todos aqueles que participam do acontecimento jurídico instrumentalizado pelo processo, associados a um ânimo único e exclusivo da realização do valor do justo, pelo destreame do litígio.

O nosso artigo 14 do CPC veio a sofrer alteração redacional, pois remanescia ainda sua redação primitiva, ao instante da sanção da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, por não mais atender as exigências da sociedade e da preservação eficaz da jurisdição, rendendo azo à comissão reformista do sistema processual preconizar importante elastério ao ofertar o esboço projetista consubstanciado no anteprojeto de lei nº 14, que foi desaguante na Lei nº 10.358, de 27 de dezembro de 2001:

“O projeto busca reforçar a ética no processo, os deveres de lealdade e de probidade que devem presidir ao desenvolvimento do

contraditório e isso não apenas em relação às partes e seus procuradores, mas também a quaisquer outros participantes do processo, tais como a autoridade apontada coatora nos mandados de segurança, ou as pessoas em geral que devam fazer cumprir os mandamentos judiciais e abster-se de colocar empecilhos à sua efetivação. É que o processo, como observou Agrícola Barbi, com remissão a José Olympio de Castro Filho, 'é campo muito vasto para o mau uso dos poderes concedidos para a defesa dos direitos' (Comentários ao CPC, Ed. Forense, 5ª ed., nº 154).

O inciso V, que o projeto acrescenta, bem como o parágrafo único, visam estabelecer explicitamente o dever de cumprimento dos provimentos mandamentais, e o dever de tolerar a efetivação de quaisquer provimentos judiciais, antecipatório ou finais, com instituição de sanção pecuniária a ser imposta ao responsável pelo ato atentatório ao exercício da jurisdição, como atividade estatal inerente ao Estado de Direito. Em suma: repressão ao *contempt of court*, na linguagem do direito anglo-americano.”⁹

Timbra-se, desta forma, uma acentuada preocupação com a plena efetividade dos atos jurisdicionais, máxime os decisórios, impondo aos seus destinatários condutas éticas, respeito e responsabilidade ao acato executório dos respectivos comandos tutelares, à imagem e semelhança do que fez o legislador português ao reformar a sistemática lusitana, o que é bem exemplificado pelo art. 266-A (Dever de boa fé processual) e no preâmbulo do art. 519 (Dever de cooperação para a descoberta da verdade):

“Art. 266-A. As partes devem agir de boa fé e observar os deveres de cooperação resultantes do preceituado no artigo anterior.

Art. 519. *Omissis*

I – Todas as pessoas, sejam ou não partes na causa, têm o dever de prestar sua colaboração para a descoberta da verdade, respondendo ao que lhe for perguntado, submetendo-se às inspeções necessárias, facultando o que for requisitado e praticando os atos que lhe forem determinados.”

Indiscutível que os legisladores da terra de Camões foram bem mais precisos na caracterização do que é o dever de cooperação, enquanto o nosso movimento reformista optou por uma técnica mais concisa e de caráter programático.

A advertência da necessidade da efetividade jurisdicional ecoa nas palavras de Humberto Theodoro Júnior:

“Ao contrário do que a etimologia da palavra *jurisdictio* indica, a função jurisdicional não se esgota com o simples ato de declarar o direito, diante do comportamento de quem o rejeita. O *jus* não seria *jus* se não reagisse à injúria. Direito impotente não é direito.

A função jurisdicional, por isso, não se completa enquanto não faz com que o *jus dictum* se torne realidade, por medidas concretas ou materiais. Ainda essa tarefa, de submeter à parte devedora o cumprimento da prestação a que a parte credora tem direito, integra a *jurisdictio*: ‘la *dictio* non è compiuta se tende solo a prescrivere cio che deve essere senza cercar di convertire il dover essere in esistenza quando il precetto non è sufficiente a tal fine. Insomma, stabilire l’ordine que non si può senza ristabilirlo quando l’ordine è stato violato’.”¹⁰

De logo, o batismo das novas disposições, com a nomeação de *nosso contempt of court*, que, ao lembrar dos moldes do instituto anglo-saxônico, impunha, por invocação, respeito e penalização aos atos atentatórios da dignidade da justiça, exorcizando os nefandos comportamentos obstrutores da ação judicial.

A imposição, mais que aconselhável, da participação integrativa e cooperacional de todos os participantes do espetáculo processual (partes, juiz, advogados, testemunhas, peritos, servidores e auxiliares judiciais) ressumbra, vívida e harmoniosamente, o ressaibo publicista da atividade processual, que se teve iniciante com a dotação de poderes instrutórios ao juiz, liberando-o do casulo imobilista, caracterizador do momento privatista (dispositividade das provas), deixando-o livre em seu convencimento, formador de um juízo (valor do justo) para cada pretensão que lhe for cometida.

A ensinança maior do Prof. José Manoel de Arruda Alvim Neto faz-se resplandecente:

“A alta finalidade pública do processo civil, que consiste na verificação de fatos ocorridos, como pressupostos da aplicação adequada da lei ao caso concreto (‘justa composição da lide’, no dizer expressivo, mas menos preciso, de Carnelutti), não pode, é óbvio, prescindir da colaboração ética das partes. Caso contrário, o juiz teria de ‘lutar’, em realidade, ‘contra’ os próprios litigantes que, por sua vez, lutariam violentamente, entre si, ao arrepio da mais elementar ética. Ou, então, como no processo contemporâneo ao liberalismo, o juiz sem maiores poderes, apenas julgava em função do que lhe houvessem aportado os litigantes.

Para se conseguir, pois, numa medida satisfatória, no campo do processo, um comportamento compatível com as finalidades de justiça e do Direito, inerentes à atividade jurisdicional, mas que depende da conduta dos litigantes, necessário é o estabelecimento

de uma série de regras entrosadas, mediante as quais se traça o comportamento que as partes devem observar. Tais regras, em última análise, sintetizam-se no chamado *princípio da lealdade processual*.¹¹

Em visão de síntese, o dizer de Enrique E. Tarigo:

“Y se traduce en la indispensable colaboración de las personas interesadas con una o más personas desinteresadas.”¹²

O iter de cada um dos procedimentos estatuídos (comum, ordinário ou sumário e o especial), bem como o rito das tutelas diferenciadas, é timbrado pela participação integrativa de todo o *elenco* do espetáculo processual.

O dilatatório emprestado ao art. 14 do CPC, em seu *caput*, é bem expressivo, pois não era admissível, como de antanho previsto, se jungir em deveres exclusivamente partes e procuradores, abstraindo-se a presença do juiz, testemunhas, serventuários e outros participantes deste momento solene e de indiscutível relevância que é o processo, responsável pela produção final da atividade jurisdicional.

Em notação de índole comparativa, registramos como uma das idéias fundamentais do Código Modelo para a Ibero América, recepcionada pelo sistema pátrio, a outorga de maior carga de poderes ao juiz, e a cooperação intersubjetiva na atividade processual:

“A concessão de maior carga de poderes instrutórios ao juiz, liberando-o dos anteparos inibidores da dispositividade, dotando-o de possibilidades de livre investigação da verdade, em busca do valor supremo da Justiça, em sintonia perfeita com os anseios superiores da comunidade.

A unção de tais poderes atribui ao judicante mais amplas faculdades na determinação probatória da procura da verdade real, na positiva vigilância no cumprimento dos princípios da boa fé e lealdade processual, no impulso dos atos do processo, na realização principiológica da imediação, publicidade e concentração, tendo como sustentáculo o consagrado princípio da oralidade concentrada, de criação chiovendiana, com os temperamentos necessários a uma adequação à realidade latino-americana.

(...)

Verificou-se a auto-regulação do processo, através de normas de cooperação intersubjetiva, objetivando a necessária preservação dos princípios da boa-fé, lealdade e probidade processual, dotando a atividade desenvolvida no processo de um sistema ético protetivo de sua verdadeira finalidade, escoimando-o de manobras

fraudulentas, desleais, vulneradoras da desejada verdade real, tônica de avanço e progresso científico.

“Posto que o processo civil seja, de sua índole, eminentemente dialético, é reprovável que as partes se sirvam dele, faltando ao dever, da verdade, agindo com deslealdade e empregando artifícios fraudulentos; porque tal conduta não se compadece com a dignidade de um instrumento que o Estado põe à disposição dos contendores para atuação do Direito e realização da Justiça. Tendo em conta estas razões ético-jurídicas, definiu o projeto como dever das partes: a) expor os fatos em juízo, conforme a verdade; b) proceder com lealdade e boa-fé; c) não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento; d) não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do Direito (art. 17). E, em seguida, dispôs que ‘responde por perdas e danos todo aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente’ (art. 19). No art. 20, prescreveu: ‘Reputar-se-á litigante de má-fé aquele que: a) deduzir pretensão ou defesa, cuja falta de fundamento não possa razoavelmente desconhecer; h) alterar intencionalmente a verdade dos fatos; c) omitir intencionalmente fatos essenciais ao julgamento da causa; d) usar do processo com o intuito de conseguir objetivo ilegal; e) opor resistência injustificada ao andamento do processo; f) proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; g) provocar incidentes manifestamente infundados.’”¹³

A nota de grande monta dos momentos reformistas da Codificação Processual Civil, esta sob advento da Escola Nacional da Magistratura e do Instituto Brasileiro de Direito Processual, foi o da ruptura do isolacionismo do juiz, pois antes confinado aos lindes restritos dos fólios processuais, e somente falando (deliberando) nos autos, eis que surge o grande momento do saneador em audiência (art. 331, CPC – Da audiência preliminar), possibilitando, em nome da imediatidade (do contato direto com as partes), conhecer e resolver as questões processuais pendentes, fixando os pontos controvertidos da lide e determinando as provas que reputar necessárias ao deslinde da demanda, tudo precedendo a tentativa de composição do litígio pela conciliação (direitos disponíveis) ou pela transação (direitos indisponíveis e transacionáveis).

Reconheceu-se, desta sorte, a necessidade de o juiz (operador central) interagir com os demais participantes da atividade processual (operadores colaboradores e/ou adjuntos).

A postura então de mero espectador, contemplativo da luta judicial dos litigantes, as escaramuças de seus procuradores e a eficiência ou ineficiência dos auxiliares judiciários, transmudou-se em participação ativa (embora imparcial),

não pelo distanciamento no desenrolar do processo, ao revés, por sua vigilância diuturna, sobrepassando o desinteresse objetivo no afortunamento indicativo do vitorioso na liça.

O que se denomina ativismo judicial diagnostica apenas a plenitude do juiz na busca formativa de seu convencimento (poderes instrutórios), o relevo de sua função reitoral do processo, bem como a festejada democrática aproximação da autoridade judiciária com as partes, seus procuradores, serventuários e agentes colaboradores com a função jurisdicional.

Preservado por uma conduta ética e técnica, sem temor de contaminação pelos interesses em luta, o magistrado pode e deve, auscultando as características de cada pretensão posta em juízo, cogitar, além do refúgio natural de sua consciência, uma possível e razoável aproximação de todos os envolvidos no drama judiciário, em busca de um epílogo justo e socialmente aceitável.

Segundo tal linha de pensamento e ideologia, os significativos anseios de participação e integração de toda a sociedade no esclarecimento e revelação da fotografia jurídica, cada vez mais reclamante de cores reais, sociais e harmonizantes, fazendo-se presente na figura do *amicus curiae*, considerado um terceiro enigmático, no dizer magisterial de Cássio Scarpinella Bueno.

Na visão de Cândido Rangel Dinamarco, um exemplo de participação judiciária em cooperação:

“É no processo, portanto, e mediante o exercício e cumprimento das situações jurídicas ativas e passivas integrantes da relação jurídica processual, que se dá a cooperação entre o agente do Estado (o juiz, sujeito impessoal e imparcial) e os sujeitos interessados no provimento favorável. A experiência mostra que, embora o juiz deva reconhecer o direito (*jura novit curia*) e crescentes os seus poderes quanto à investigação da verdade dos fatos, essa cooperação dos interessados (participação, cooperação comprometida com o interesse de cada um) é fator relevantíssimo para o aprimoramento da própria jurisdição com função pública e, conseqüentemente, para obtenção do acesso à ordem jurídica justa. (p. 110)

.....
O processo é o instrumento da cooperação entre o agente do poder e as pessoas interessadas. Ele é o palco em que atuam os protagonistas do drama litigioso, ou o roteiro a que deve adaptar-se o papel que cada um deles vem desempenhar com a crescente participação do diretor. (p. 122)

.....
A utilidade prática que se deseja do processo é a efetiva satisfação de pretensões apoiadas pelo direito. ‘Só tem direito a tutela jurisdicional aquele que tem razão, não quem ostenta um direito

inexistente' (Liebman) – eis a chave para a distinção entre ação e direito à tutela jurisdicional, no quadro das tendências do processo civil contemporâneo. (T. II, p. 798)

.....

Em sua feição moderna, a garantia constitucional do contraditório não se resume na franquia de canais de participação aos litigantes. Inclui também o dever de participação do juiz, numa postura, que a doutrina vai denominando ativismo judicial e que se revela em condutas de vivência do litígio, seja para comandar efetivamente o processo em sua regularidade formal, seja tomando iniciativas instrutórias pertinentes, seja dialogando com as partes. O diálogo é hoje apontado como elemento integrante do princípio do contraditório e a doutrina foi buscá-lo no art. 16 do *nouveau code de procédure civile*, onde está dito que antes de tomar de ofício alguma providência sobre a qual as partes não debateram o juiz deve provocar sua manifestação.

(...)

Foi o que fez o juiz. Sem decidir desde logo sobre aquele ponto que lhe ocorreu e não tendo a ré argüido essa suposta incompatibilidade de pedidos, fez Sua Excelência sentir às partes aquela sua impressão e com isso permitiu que dissessem a respeito. Essa é uma providência que, longe de favorecer ou prejudicar qualquer uma delas, abre horizontes para discussão de um ponto que pode ser vital e enriquece a instrução da causa, no mais legítimo exercício do contraditório processual. Tal é diálogo a que a garantia constitucional do contraditório obriga o juiz e do qual venho falando em diversos estudos.”¹⁴

A espiritualização do Processo Civil, animando a frieza e a impessoalidade da norma, rompendo com a solidão do julgador, passa e repassa por uma nova cultura de sensibilização dos operadores judiciais, onde o respeito pela dignidade humana de todos aqueles que submetem, por necessidade, ao império do ordenamento jurídico suas dores e angústias, tem início pelo gesto simples e fraterno da atenção:

“Escutar o outro é, talvez, a forma mais elevada de sensibilidade. O mundo está povoado de seres falantes, que só ouvem as próprias razões, num monólogo ensurdecedor. A generosidade, a empatia, o respeito para essas pessoas, não têm voz nem vez. Esquecem que a vida, como disse o maestro Tom Jobim, não é dada:

é emprestada.
Somos inquilinos do tempo.
Existimos por um momento e depois vamos habitar a memória de Deus.
Um dia renascemos da sombra e do silêncio.
.....
Os abandonados, os esquecidos, os que têm fome de justiça e ternura encontram naquele que os escuta (de coração aberto) uma razão para continuar. Motivo pra não desistir da absurda tempestade que nos enlaça.”¹⁵

¹Texto elaborado para uma participação na coletânea “Os Poderes do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais” - Estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier – Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008, p. 125 a 135 – Organizadores: José Miguel Garcia Medina, Juana Pedrosa de Figueiredo Cruz, Otávio Sequeira de Cerqueira e Luiz Manoel Gomes Júnior.

²Couture, Eduardo J. *In* “El Arte del Derecho y Otras Meditaciones”, 1ª edição, pp. 233/234, Fundacion de Cultura Universitária, Montevideo, 1991.

³Vescovi, Henrique. *In* “Manual de Derecho Procesal”, atualizado según el Código General del Proceso, 3ª edição, Ediciones Idea, Montevideo, 1994.

⁴Autor citado, *in* “A Folha Dobrada – Lembranças de um Estudante”, 1ª edição, p. 71, 1999, Nova Fronteira, Rio de Janeiro.

⁵Autor citado, *in* “Revista de Direito Processual Civil 16/391.

⁶ ROSA, Eliezer. *In* “Dicionário de Processo Civil”, 1ª edição, pp. 187/188, Editora de Direito, Rio de Janeiro, 1957.

⁷Velloso, Adolfo Alvarado. *In* “Introducción Al Estudio Del Derecho Procesal”, Primeira Parte – Rubinzal – Culzoni, s.d., s. ed. Buenos Aires.

⁸Bidart, Adolfo Gelsi. *In* “Curso sobre El Código General del Proceso”, pp. 12 e 13, Instituto Uruguayo de Derecho Procesal – Tomo I, Fundación de Cultura Universitária, Montevideo, 1999.

⁹Cadernos IBDP – Séries Propostas Legislativas, pp. 23 e 24, vol. II, agosto de 2001.

¹⁰Revista de Processo, p. 7, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, setembro de 2006.

¹¹Autor citado, *in* “Tratado de Direito Processual Civil”, vol. II, 2ª edição, pp.385/386, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1996.

¹²Tarigo, Enrique E. *In* “Lecciones de Derecho Procesal Civil – Segunel nuevo Codigo, p. 18, segunda edição, Fundacion de Cultura Universitária, 1994, Montevideo.

¹³Mendes, Francisco de Assis Filgueira. *In* “Perfis Doutrinários e Direito Concreto”, pp. 4, 16 e 17, 1ª edição, Millenium Editora, Campinas, 2002.

¹⁴Dinamarco, Cândido Rangel. *In* “Fundamentos do Processo Civil Moderno”, tomo I, 3ª edição, 2000, Malheiros Editores, São Paulo.

¹⁵Finatto, Jorge Adelar - “Memorial da Vida Breve” *In* “Caderno de Literatura”, p. 6, nº 13, AJURIS, dezembro, 2005.

Jurisprudência Cível

Apelação Cível

PROCESSO Nº 2000.0011.4868-1/0

APELAÇÃO CÍVEL

APELANTE: BANCO DO BRASIL S/A

APELADO: SOCIEDADE DE PESCA DO NORDESTE S/A – SOCIPESCA

ÓRGÃO JULGADOR: 3ª CÂMARA CÍVEL

RELATOR: DES. CELSO ALBUQUERQUE MACÊDO

EMENTA: APELAÇÃO. CONTRATO DE CÂMBIO. FALÊNCIA. RESTITUIÇÃO DE ADIANTAMENTOS. COISA DE TERCEIRO EM PODER DA FALIDA. SÚMULAS NºS 36, 133 E 307 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E 417 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO PROVIDO. PEDIDO JULGADO PROCEDENTE. CONDENAÇÃO DA PARTE VENCIDA NAS VERBAS DE SUCUMBÊNCIA.

1. O art. 75, § 3º, da Lei do Mercado de Capitais (Lei nº 4.728/65) assegura ao credor, no caso de falência, a restituição das importâncias adiantadas pelas instituições financeiras aos exportadores, por conta do valor do contrato de câmbio. Em tais hipóteses, opera-se a restituição em dinheiro, segundo o procedimento descrito pelo art. 76 e seguintes da Lei de Falências vigente à época (Decreto-Lei nº 7.661/45).

2. O crédito derivado de adiantamento de contrato de câmbio configura coisa de terceiro em poder da falida, prefere a qualquer outro e compreende apenas o principal, acrescido de correção monetária, independentemente do requisito temporal do art. 76, § 2º, da Lei de Falências (Decreto-Lei nº 7.661/45). Destacam-se, a propósito, inúmeros precedentes do Superior Tribunal de Justiça: AgRg no Ag 1048209/SP, REsp 486.240/RS, REsp 644.337/RS, REsp 439.814/RS, REsp 200.596/SP, REsp 469.390/RS, REsp 154.947/RJ, REsp 16.844/RS, REsp 659.201/RS, REsp 365.778/RS. Incidência

das Súmulas nºs 36, 133 e 307 do Superior Tribunal de Justiça e 417 do Supremo Tribunal Federal.

3. Recurso provido para julgar procedente o pedido de restituição dos adiantamentos de câmbio, condenando a parte vencida nas verbas de sucumbência.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a TURMA JULGADORA DA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Desembargador Relator, parte desta decisão.

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação (fls. 65/67) apresentada em face de sentença (fls. 61/62) que julgou improcedente pedido de restituição formulado pelo BANCO DO BRASIL S/A em face da SOCIEDADE DE PESCA DO NORDESTE S/A – SOCIPECA, sob os seguintes fundamentos:

“O posicionamento do Síndico e da Promotoria pública deve ser acolhido. Embora tenha silenciado o falido, devem prevalecer os argumentos do M.P. e Síndico. Há evidente presunção de que a empresa falida não tem condições de restituir tal importância, sabendo-se que a empresa, após 6 anos de pedido falimentar, ainda não encontrou uma solução para seus problemas financeiros. Além do mais o débito foi assumido bem antes do procedimento falimentar.

Não há, à evidência, possibilidade material de uma possível determinação de restituição estando aí o “porquê” do entendimento do Síndico e do Promotor.

Face ao exposto, julgo improcedente o pedido de restituição formulado pelo BANCO DO BRASIL S/A contra a SOCIEDADE DE PESCA DO NORDESTE S/A, ressaltando, no entanto, o direito do credor de habilitação do crédito no procedimento falimentar.”

Em suas razões recursais (fls. 65/67), a instituição bancária argumenta: (1) o pedido de restituição, formulado nos termos do art. 75, § 3º, da Lei do Mercado de Capitais (Lei nº 4.728/65) e art. 76 da Lei de Falências

(Decreto-Lei nº 7.661/45), objetiva a restituição dos adiantamentos de câmbio, decorrentes de contrato firmado com a apelada, para fins de exportação de lagosta congelada (cauda), filé de peixe e camarão congelado; (2) a circunstância de a falida não ter condições de arcar com a restituição não enseja o julgamento improcedente da ação; (3) no caso, não se aplica o lapso temporal do art. 76, § 2º, da Lei de Falências (Decreto-Lei nº 7.661/45), pois não se cuida de mercadoria vendida a crédito, mas sim de restituição de adiantamento de câmbio.

Não foram apresentadas contrarrazões ao recurso (fl. 70v).

A Procuradoria-Geral de Justiça (fls. 99/101) manifestou-se pelo provimento do recurso, com o julgamento procedente do pedido de restituição, pois, ainda que o bem tenha sido alienado, a restituição será efetivada em dinheiro.

Revistos, foram inclusos os autos em pauta para julgamento.

É o relatório.

VOTO

Consoante destacado no relato, o pedido de restituição de adiantamento de contrato de câmbio foi julgado improcedente, sob o argumento de que não haveria como serem restituídos os valores antecipados, em desacordo com a disciplina expressa pelo art. 75, § 3º, da Lei do Mercado de Capitais (Lei nº 4.728/65), que assegura ao credor, no caso de falência, a restituição das importâncias adiantadas pelas instituições financeiras aos exportadores, por conta do valor do contrato de câmbio.

Fábio Ulhoa Coelho observa:

“Ao determinar o atendimento desse crédito como extraconcursal, a Lei de Falências contribui para a redução, na operação de financiamento, do risco associado à insolvência do exportador e para o conseqüente barateamento dos juros dessa linha de crédito bancário.” (COELHO, Fábio Ulhoa. Lei de falências e de recuperação de empresas. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 237.)

Em tais hipóteses, opera-se a restituição em dinheiro, segundo o procedimento descrito pelo art. 76 e seguintes da Lei de Falências vigente à época (Decreto-Lei nº 7.661/45). *In casu*, os adiantamentos de câmbio totalizam a quantia de CZ\$ 1.228.138,00 (um milhão, duzentos e vinte e oito mil, cento e trinta e oito cruzados), especificados nos seguintes termos:

- (a) CCP-384145 – CZ\$ 87.660,00 (fls. 08/10);
- (b) CCP-382185 – CZ\$ 24.478,00 (fls. 11/17);
- (c) CCP-386785 – CZ\$ 239.400,00 (fls. 18/19);

- (d) CCP-389785 – CZ\$ 242.190,00 (fls. 20/21);
- (e) CCP-390835 – CZ\$ 247.050,00 (fls. 22/23);
- (f) CCP-393425 – CZ\$ 58.140,00 (fls. 24/25);
- (g) CCP-394215 – CZ\$ 178.470,00 (fls. 26/27);
- (h) CCP-394635 – CZ\$ 150.750,00 (fls. 28/29).

Durante a instrução processual, não houve qualquer questionamento a respeito da higidez dos contratos de câmbio e dos respectivos demonstrativos de adiantamento. Ademais, não foi apresentada qualquer oposição que justificasse o indeferimento do pedido de restituição, limitando-se o síndico da massa falida a discordar genericamente do pleito, sem qualquer motivação, sugerindo apenas a habilitação do crédito na falência (fl. 51).

Descabida a objeção, pois o crédito derivado de adiantamento de contrato de câmbio configura coisa de terceiro em poder da falida, prefere a qualquer outro e compreende apenas o principal, acrescido de correção monetária, independentemente do requisito temporal do art. 76, § 2º, da Lei de Falências (Decreto-Lei nº 7.661/45). Destacam-se, a propósito, inúmeros precedentes do Superior Tribunal de Justiça: AgRg no Ag 1048209/SP, REsp 486.240/RS, REsp 644.337/RS, REsp 439.814/RS, REsp 200.596/SP, REsp 469.390/RS, REsp 154.947/RJ, REsp 16.844/RS, REsp 659.201/RS.

A situação foi detalhadamente analisada pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 365.778/RS, relatado pelo Ministro Luiz Fux:

“[...] 3. Contrato de câmbio. Adiantamento. Através do contrato de câmbio “os bancos que operam com câmbio concedem aos exportadores os Adiantamentos sobre os Contratos de Câmbio (ACC), que consistem na antecipação parcial ou total dos reais equivalentes à quantia em moeda estrangeira comprada a termos desses exportadores, pelo Banco. O ACC poderá ocorrer e desdobrar-se em duas fases. Primeira fase: concessão do adiantamento pelo banco em até 180 (cento e oitenta dias antes) do embarque da mercadoria, caracterizando-se como um financiamento à produção, embora perdendo a desvalorização cambial posterior que possa ocorrer. Segunda fase: a mercadoria já está pronta e embarcada, até 60 após o embarque. Entretanto, poderá o exportador (vendedor) requerer o adiantamento da obrigação do banco – antecipação do pagamento em moeda nacional, que deverá, obrigatoriamente, ser averbado no próprio instrumento do contrato de câmbio”. “O Comunicado Bacen/Gecam n. 331, de 01.11.1976, define esta operação, dizendo, em seu art. 45, que o adiantamento sobre o contrato de câmbio configura uma antecipação parcial ou

total, por conta do preço em real da moeda estrangeira comprada a termo, pelo Banco negociador”.

4. Deflui da dinâmica do referido contrato que se o negócio de exportação correr normalmente, o banco recebe de volta o valor adiantado, tão logo receba a moeda estrangeira remetida pelo banco do importador estrangeiro. No entanto, pode ocorrer que a exportação não seja efetuada por falência do exportador brasileiro; pode ser também que o exportador brasileiro venha a entrar em regime de concordata. No primeiro caso (falência) o negócio de exportação provavelmente não se realizará e, desta forma, o banco não receberá as divisas estrangeiras, que não serão pagas pelo importador estrangeiro, que não recebeu a mercadoria. No segundo caso (concordata), independentemente da exportação vir ou não a ser cumprida integralmente, surge em favor do banco o direito à restituição do valor adiantado, não precisando o banco submeter-se à forma de pagamento estabelecida na concordata.

5. A exegese do § 3º, do art. 75, da Lei de Mercado de Capitais que deu ensejo às Súmulas 133 do STJ e 495 do STF pressupõe a falência do exportador e a não entrega do bem, por isso que o Banco que adiantara as somas, nada receberá, ressoando justa a restituição.

6. Diversamente, entregue a mercadoria ou embarcada, o Banco sub-roga-se no crédito do exportador, arrecadando-se o importe adiantado como bem da massa. Desta sorte, ainda que a instituição pretenda reaver a importância, deverá habilitar-se como credora, haja vista encerrar, nesse caso, a operação, negócio semelhante ao mútuo feneratício com cláusula especial de câmbio.

7. Consoante assentado no REsp nº 24.477-1/RS “cumpre não valorizar, além do explicitamente previsto, a situação jurídica da instituição financeira, colocando sem limite o pedido de restituição de dinheiro em potencial prejuízo aos créditos privilegiados derivados das relações trabalhistas, previdenciárias ou fazendárias”.

8. Entretanto, como ressaltado pelo Ministro Teori Zavascki: “1. A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido do reconhecimento do direito à restituição das quantias relativas a adiantamento de contrato de câmbio, tal como previsto no art. 75, § 3º, da Lei 4.728/65, afirmando ainda sua prioridade em relação a quaisquer créditos da massa, “porquanto representam, na verdade, dinheiro de terceiro em poder da pessoa jurídica concordatária” (RESP 533.522/RS, 4ª Turma, Min. Fernando Gonçalves, DJ de 03.11.2003). 2. Segundo a orientação firmada pela Corte Especial no julgamento do RESP 188.148/RS, Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 27.05.2002, a compatibilização entre as regras da não-sujeição dos créditos fiscais ao juízo falimentar e da prioridade na satisfação, em relação a esses, dos créditos trabalhistas faz-se, na hipótese de quebra superveniente

à execução, mediante a entrega das somas aí apuradas ao juízo da falência, para que se incorpore ao monte e seja distribuída com observância das preferências e das forças da massa. 3. Trata-se de solução plenamente aplicável ao caso concreto, em que se busca compatibilizar a regra da continuidade do executivo fiscal com a preservação da prioridade absoluta das quantias objeto do direito de restituição (ou, mais precisamente, da viabilidade da satisfação de tal direito, cuja existência pende de certificação, em ação própria, ajuizada perante o juízo da falência).”

9. Recurso especial provido para para determinar a reversão dos valores arrecadados na execução fiscal ao juízo falimentar.” (STJ, Primeira Turma, REsp 365.778/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 20.09.2005, DJU 10.10.2005.)

Sobre o assunto, também devem ser destacadas as seguintes Súmulas do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, aplicáveis à situação em julgamento:

“A correção monetária integra o valor da restituição, em caso de adiantamento de câmbio, requerida em concordata ou falência.” (STJ, Segunda Seção, Súmula nº 36, julgado em 11.12.1991, DJU 17.12.1991.)

“A restituição da importância adiantada, à conta de contrato de câmbio, independe de ter sido a antecipação efetuada nos quinze dias anteriores ao requerimento da concordata.” (STJ, Segunda Seção, Súmula nº 133, julgado em 26.04.1995, DJU 05.05.1995.)

“A restituição de adiantamento de contrato de câmbio, na falência, deve ser atendida antes de qualquer crédito.” (STJ, Segunda Seção, Súmula nº 307, julgado em 06.12.2004, DJU 15.12.2004.)

“Pode ser objeto de restituição, na falência, dinheiro em poder do falido, recebido em nome de outrem, ou do qual, por lei ou contrato, não tivesse ele a disponibilidade.” (STF, Súmula nº 417, Sessão Plenária de 01.06.1964, DJU 06.07.1964.)

DIANTE DE TODO O EXPOSTO, dou provimento ao recurso para julgar procedente o pedido de restituição dos adiantamentos de câmbio, condenando a parte vencida nas verbas de sucumbência, cabendo à parte recorrida arcar com as despesas do processo e os honorários advocatícios, arbitrados em 10 % (dez por cento) sobre o valor da condenação (art. 20, § 1º, do Código de Processo Civil).

É como voto.

Fortaleza, 28 de setembro de 2009

APELAÇÃO CÍVEL DE FORTALEZA Nº 2000.0013.6469-4/0

APELANTE: MIGUEL CAVALCANTI NETO

APELADOS: TV JANGADEIRO LTDA., EDITORA TRIBUNA DO CEARÁ LTDA., EMPRESA JORNALÍSTICA O POVO S.A., RÁDIO VERDES MARES LTDA., AM CIDADE DE FORTALEZA LTDA., EDITORA VERDES MARES LTDA., TV CIDADE DE FORTALEZA LTDA., DIÁRIO DO POVO LTDA. - GRÁFICA E DITORA DO POVO LTDA.

RELATOR: DES. RÔMULO MOREIRA DE DEUS

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL. DANO MORAL. INQUÉRITO POLICIAL. DIVULGAÇÃO PELA IMPRENSA. MERA NARRAÇÃO DOS FATOS. AUSÊNCIA DA INTENÇÃO DE ATINGIR A HONRA OU IMAGEM DO RECORRENTE. INEXISTÊNCIA DE DANO.

1. É inegável que a Constituição assegura a intangibilidade dos atributos inerentes à dignidade da pessoa humana e ao resguardo de sua honorabilidade, mas não se pode juridicamente admitir que essa inviolabilidade venha a obstaculizar, sem fundamento relevante, o exercício de uma liberdade pública – a liberdade de imprensa – que é também um direito de extração eminentemente constitucional (CF, arts. 5º, IV e 220). 2. Assim, analisadas as circunstâncias relevantes e confrontados os valores em entrelcho, é possível distinguir a prevalência do direito à liberdade de expressão. No caso, baseada em fatos verídicos e abertos ao conhecimento da sociedade pela própria Polícia, a estampar o interesse da coletividade à transparência e à plenitude do acesso à informação. 3. Das provas dos autos, ademais, não se verifica, por parte da Imprensa, a intenção deliberada de atingir a imagem do Recorrente, mas apenas o ânimo de informar, a afastar a alegada ofensa. Para caracterização do insulto, “não basta que as palavras sejam aptas a ofender; é mister

que sejam proferidas com esse fim' (...)". (Rui Stoco, **Tratado de Responsabilidade Civil, 6ª ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2004, pp.781/782**). **4. Apelação Cível não provida. Sentença confirmada.**

ACORDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Desembargadores da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, na conformidade da ata de julgamento, por deliberação unânime, em conhecer do apelo, mas para rejeitar as preliminares de nulidade processual argüidas e, no mérito, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 8 de setembro de 2009

RELATÓRIO

Cuida-se de Apelação Cível, oportunamente interposta por MIGUEL CAVALCANTI NETO, adversando a sentença do Juiz da 15ª Vara Cível de Fortaleza que julgou improcedente a ação de reparação de danos que intentou contra as Empresas Jornalísticas apeladas.

Pretende o Apelante a reforma da sentença e a conseqüente condenação das Recorridas em indenização por danos morais no valor de R\$2.300.000,00(dois milhões e trezentos mil reais), em face da veiculação de matérias jornalísticas relativas a inquérito policial instaurado para a apuração de possíveis fraudes perpetradas contra o Banco do Brasil S.A. pela Construtora Asteka Ltda., da qual era procurador.

O Recorrente, em preliminar, requer a decretação da nulidade do processo, ante a ausência de intimação das Apeladas para contra-arrazoarem o Agravo Retido que interpôs contra o anúncio do julgamento antecipado da lide (f. 384), bem como o desentranhamento do documento juntado por uma das Recorridas após a prolação da referida decisão agravada.

No caso do não reconhecimento da nulidade apontada, requer o Apelante a apreciação do agravo retido antes do julgamento da apelação.

No mérito, alega o Recorrente que as Apeladas não se limitaram a informar sobre os fatos ocorridos, sendo visível a intenção de escandalizar e depreciar a sua imagem. Em indevido pré-julgamento, o titulam de chefe de *gang*, estelionatário e aplicador de golpe.

Somente a TV Jangadeiro apresentou contra-razões ao apelo, aduzindo que se limitou a noticiar os fatos segundo a versão apresentada pela autoridade policial e divulgar a efetiva prisão do Apelante, sem emitir qualquer opinião.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo improvimento do recurso (f. 292- 293).

É o relatório.

VOTO

Passo inicialmente, a examinar as duas preliminares levantadas pelo Apelante.

Não procede a arguição de nulidade processual em face da ausência de intimação das Apeladas para falarem sobre o agravo retido interposto pelo Recorrente, adversando a decisão que anunciou o julgamento antecipado da lide.

Embora as Recorridas não tenham sido intimadas para contrarrazoar o referido agravo, posteriormente, mesmo antes da prolação da sentença, tiveram a oportunidade de fazê-lo, sanando a falha.

Assim, não tendo a referida omissão resultado em prejuízo concreto para qualquer das partes, não há que se falar em nulidade.

Rejeito, portanto a primeira preliminar.

No que tange a segunda preliminar, não vislumbro qualquer irregularidade, apta a nulificar o julgamento da presente ação, em face da juntada aos autos, após o anúncio do julgamento do processo, da sentença penal condenatória do Recorrente em 1º Grau, a teor do permissivo constante do art. 397 do CPC, que assim dispõe:

“É lícito às partes, em qualquer tempo, juntar aos autos documentos novos, quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados, ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos.”

Ademais, em obediência ao que determina o art. 398 do CPC, o Apelante teve a oportunidade de falar sobre o referido documento antes do julgamento do feito (f. 416-417).

Sendo assim, também rejeito a segunda preliminar.

Cumpre-me, ainda, nos termos do art. 522 e 523 do CPC, antes de adentrar no mérito, proceder ao julgamento do agravo retido (f.384), tempestivamente interposto pelo Apelante.

Sustenta o Recorrente que o feito ainda não estaria pronto para julgamento, uma vez que a extensão dos danos morais constituiria matéria de fato a ensejar a produção de provas testemunhais, a fim de que o julgador pudesse aquilatar o grau do sofrimento moral por ele suportado, para fins de aplicação do disposto no art. 53 da Lei de Imprensa.

Razão não assiste ao Agravante.

O anúncio do julgamento da lide deu-se imediatamente após o Autor ter atravessado petição com o seguinte requerimento, *verbis*: “(...) considerando que a confissão implica em julgamento antecipado – art. 334, II, do C. P. Civil, requer a V. Exa. seja, igualmente, anunciado o julgamento antecipado da lide.”(f. 384)

Ora, se o próprio Recorrente desistiu expressamente da produção de provas, agiu com acerto o Juiz singular em anunciar o julgamento da lide por considerar desnecessária a continuidade da instrução, nos termos do art. 330, I, do CPC.

Ademais, a prova testemunhal aventada não se entremostra essencial para o deslinde da controvérsia, pois delineadas, na espécie, a gravidade, a natureza e a repercussão do caso, bem como a posição social do suposto ofendido, o Julgador estaria apto a deduzir a intensidade do sofrimento por ele suportado, a fim de aquilatar a extensão do alegado dano moral, cuja mensuração, convém lembrar, tem natureza eminentemente subjetiva.

Sendo assim, nego provimento ao agravo retido.

No mérito, a sentença deve ser mantida.

É inegável que a Constituição assegura a intangibilidade dos atributos inerentes à dignidade da pessoa humana e ao resguardo de sua honorabilidade, mas não se pode juridicamente admitir que essa inviolabilidade venha a obstaculizar, sem fundamento relevante, o exercício de uma liberdade pública – a liberdade de imprensa – que é também um direito de extração eminentemente constitucional (CF, arts. 5º, IV e 220).

Assim, analisadas as circunstâncias relevantes e confrontados os valores em entrecchoque, é possível distinguir a prevalência do direito à liberdade de expressão. No caso, baseada em fatos verídicos e abertos ao conhecimento da sociedade pela própria Polícia, os quais resultaram na posterior condenação penal do Apelante em 1ª Instância, a estampar o interesse da coletividade à transparência e à plenitude do acesso à informação.

Por outro lado, examinando as provas dos autos, não verifico, por parte de quaisquer das Apeladas, a intenção deliberada de denegrir a imagem do Recorrente, mas apenas o ânimo de informar.

São estas as manchetes das matérias jornalísticas acostadas pelo

Apelante à sua petição inicial: “Conselho da OAB suspende advogado acusado de fraude.”; “Presos acusados de golpe contra o Banco do Brasil”; “Polícia indiciou cinco na fraude contra BB”; “Investigado desvio de dinheiro do BB”; “Pedida prisão de fraudadores do Banco do Brasil”; “Acusados vão para penitenciária”

Como bem fundamentou o Juiz de 1º Grau, “no presente caso, a imprensa limitou-se a exercer a função primordial do jornalismo, que é a missão de informar a coletividade acerca de acontecimentos que nela ocorrem, inclusive na esfera penal.”

Segundo Rui Stoco, para caracterizar a ofensa, “não basta que as palavras sejam aptas a ofender; é mister que sejam proferidas com esse fim (...).” (Tratado de Responsabilidade Civil, 6ª ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2004, pp.781/782)

No mesmo diapasão, o ensinamento de Darcy Arruda Miranda:

“O ‘animus narrandi’ exclui o dolo. A imprensa, como veículo de informações, veria cerceada a sua liberdade se não pudesse narrar os fatos ocorrentes em toda a sua crueza, em toda a sua pungente ou insultante realidade. Para o jornalista, a narração da verdade sobreleva toda e qualquer consideração de ordem pessoal ou política, porque ela se lhe impõe como dever funcional (...). O ‘animus narrandi’ exclui, igualmente, o ‘animus iniuriandi’, desde, porém, que não exceda os limites necessários e efetivos da narrativa. (...). De feito, a imprensa necessita de uma certa dose de tolerância, quanto ao seu direito de crônica, porque, sendo de seu dever trazer o público rapidamente informado de quanto se passa no país e no mundo, a adjetivação mais vasta ou mais contundente sobre um evento, corresponde ao insulto moral que o fato provoca, dando largas à emoção e à reação psicológica. E, desde que a notícia não resvale para o insulto pessoal ou se impregne de dolo, não há falar-se de injúria.” (“Comentários à Lei de Imprensa: Lei nº 5.250, de 1967, sobre a liberdade de manifestação do pensamento e da informação”, v. I - arts. 1º a 24, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1969, pp. 292; 440/442)

Na mesma trilha, os seguintes arestos do STJ:

“RECURSO ESPECIAL - RESPONSABILIDADE CIVIL - DANO MORAL - LEI DE IMPRENSA - ACÓRDÃO - OMISSÃO - AFRONTA AO ART. 535 DO CPC - INOCORRÊNCIA - ART. 49 DA LEI Nº 5.250/67 - DIREITO DE INFORMAÇÃO - ANIMUS NARRANDI - EXCESSO NÃO CONFIGURADO - REEXAME DE PROVA - INADMISSIBILIDADE - SÚMULA 07/STJ - DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL - AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA - RECURSO NÃO CONHECIDO. 1.

(...) 2. A responsabilidade civil decorrente de abusos perpetrados por meio da imprensa abrange a colisão de dois direitos fundamentais: a liberdade de informação e a tutela dos direitos da personalidade (honra, imagem e vida privada). A atividade jornalística deve ser livre para informar a sociedade acerca de fatos cotidianos de interesse público, em observância ao princípio constitucional do Estado Democrático de Direito; contudo, o direito de informação não é absoluto, vedando-se a divulgação de notícias falaciosas, que exponham indevidamente a intimidade ou acarretem danos à honra e à imagem dos indivíduos, em ofensa ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. 3. No que pertine à honra, a responsabilidade pelo dano cometido através da imprensa tem lugar tão-somente ante a ocorrência deliberada de injúria, difamação e calúnia, perfazendo-se imperioso demonstrar que o ofensor agiu com o intuito específico de agredir moralmente a vítima. Se a matéria jornalística se ateve a tecer críticas prudentes (*animus criticandi*) ou a narrar fatos de interesse coletivo (*animus narrandi*), está sob o pálio das “excludentes de ilicitude” (art. 27 da Lei nº 5.250/67), não se falando em responsabilização civil por ofensa à honra, mas em exercício regular do direito de informação. (...)” (REsp 719.592/AL, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUARTA TURMA, julgado em 12/12/2005, DJ 01/02/2006 p. 567)

“DIREITO À INFORMAÇÃO (CF, ART. 220). DANO MORAL. A simples reprodução, pela imprensa, de acusação de mau uso de verbas públicas, prática de nepotismo e tráfico de influência, objeto de representação devidamente formulada perante o TST por federação de sindicatos, não constitui abuso de direito. Dano moral indevido. RE conhecido e provido.” (RE nº 208.685/RJ, Rel. Ministra ELLEN GRACIE, DJU 22.08.2003)

Em caso análogo, assim também entendeu este eg. Tribunal:

“DANO MORAL E PATRIMONIAL. ABERTURA DE INQUÉRITO POLICIAL. DIVULGAÇÃO PELA IMPRENSA. MERA NARRAÇÃO DOS FATOS. AUSÊNCIA DE INTENÇÃO DE FERIR A HONRA E IMAGEM DO RECORRENTE. ILEGITIMIDADE PASSIVA. São pressupostos inafastáveis para a configuração da responsabilidade civil aquiliana, a conduta, na modalidade dolosa ou culposa, o dano e o nexo da causalidade entre ambos. o dever de reparar tanto o dano moral, quanto o dano material, exsurdirá no momento em que todos esses elementos forem conjugados. Evidenciando, no caso, que a parte ré agiu no exercício regular do direito, seu ato não pode ser tido por ilícito, pelo que improcede a pretensão indenizatória. Recurso conhecido e improvido. (Apelação Cível 2000.0014.7694-8/0, 3ª Câmara Cível, Des. Edmilson da Cruz Neves, DJ 02.04.2003)

Ante o exposto, nego provimento ao apelo, confirmando a bem lançada sentença.

Fortaleza, 8 de setembro de 2009

APELAÇÃO CÍVEL DE FORTALEZA Nº 2000.0084.7687-0/1
RECORRENTE: JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA
DA COMARCA DE FORTALEZA
APELANTE: ESTADO DO CEARÁ
APELADO: FRANCISCO DE ASSIS LEITE
ÓRGÃO JULGADOR: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL
RELATOR: DES. CELSO ALBUQUERQUE MACÊDO

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA – AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO – PRELIMINAR REJEITADA – SERVIDOR PÚBLICO MILITAR – INDENIZAÇÃO DE REPRESENTAÇÃO – DIFERENÇA DE PERCENTUAL – SUCESSÃO DE LEIS – DIREITO ADQUIRIDO – PRESCRIÇÃO – PRESCRIÇÃO PARCIAL – DECLARAÇÃO *EX OFFICIO* – JUROS DE MORA – SEIS PORCENTO AO ANO – INCIDÊNCIA A CONTAR DA CITAÇÃO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS ALTERADO – SENTENÇA REFORMADA, EM PARTE – APELAÇÃO IMPROCEDENTE – REMESSA NECESSÁRIA EFETIVADA.

I – Segundo o princípio do livre convencimento motivado ou persuasão racional do Juiz, todas as decisões judiciais devem ser assentadas em razões jurídicas, cuja invalidade decorre da falta destas, consoante dispõe o art. 93, inciso IX da Constituição Federal, II – Não se argumenta a previsão contida no art. 16 da Lei 11.535/89, no sentido de restringir a indenização de Representação aos militares da ativa. É que, segundo o que preceitua o Art. 40, § 4º da Constituição Federal, o aposentado deverá ser beneficiário dos mesmos direitos e garantias concedidas àqueles que se encontram em atividade. III - A despeito da redução do percentual de referida gratificação ter sido imposta pela Lei Estadual nº 11.601, de

06.09.1989, não se faz admissível a desconstituição do direito adquirido do servidor militar, porquanto, a essa época, já havia implementado todos os requisitos necessários à sua aposentação. Inteligência do art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal. IV - incidência dos juros de mora à taxa de 0,5 (meio) por cento ao mês, a contar da citação válida na ação de cobrança, na medida em que este é o ato processual que constitui o devedor em mora, nos termos preceituados pelo caput do art. 219 da Lei Adjetiva Civil pátria. V - Deve ser afastada da condenação da Fazenda Pública a diferença pecuniária alcançada pela prescrição quinquenal. Orientação do art. 1º do Decreto-Lei 20.910/32 e da Súmula 85 do Superior Tribunal de Justiça. VI - Vencida a Fazenda Pública, os honorários advocatícios devem ser fixados com observância ao § 4º, do art. 20, do Código de Processo Civil. VII – Sentença parcialmente reformada. VIII – Apelação improvida e Remessa Necessária efetivada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível nº 2000.0084.7687-0/1 e Remessa Necessária, em que é apelante o ESTADO DO CEARÁ e apelado FRANCISCO DE ASSIS LEITE, ACORDA a Turma Julgadora da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso de Apelação, mas para negar-lhe provimento, e, em sede de Remessa Necessária, retirar da condenação do Ente Público o pagamento da diferença referente às parcelas alcançadas pela prescrição quinquenal, estipular a incidência dos juros de mora à taxa de seis por cento ao ano, a contar da citação válida na ação de origem, e alterar o modo de fixação da verba honorária, fixando-a em R\$ 3.000,00 (três mil reais), mantendo-se, no mais, inalterado o decisório compositivo da lide.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de ação ordinária promovida por FRANCISCO DE ASSIS LEITE, policial militar inativo, contra o ESTADO DO CEARÁ, pleiteando o reconhecimento do direito adquirido à fruição do percentual de 79% (Lei 11.535/89), à título de “Indenização de Representação”, em substituição ao percentual de 41,81% (Lei 11.601/89), bem como o pagamento referente a todas as diferenças entre os percentuais supramencionados, a partir da transferência para reserva remunerada, a contar de 14.11.91, acrescido de juros, correção monetária, verba advocatícia na base de 20% calculada sobre a condenação.

Na sentença de fls. 46/48, o magistrado singular julgou a ação procedente, determinando a implantação da gratificação de 79% e condenando o Estado do Ceará ao pagamento da diferença a que lhe era devida, desde a data da sua aposentadoria até a data da prolação do *decisum* que reconheceu o direito do promovente.

Acolhido os Embargos Declaratórios opostos pelo promovido, restou julgado improcedente o pedido formulado por FRANCISCO DE ASSIS LEITE em face do ESTADO DO CEARÁ.

Inconformado, o sucumbente apresentou a Apelação de fls. 73/78, aduzindo, como preliminar, a ausência de contraditório e a inadmissibilidade de modificação da sentença via Embargos de Declaração. No mérito, que a sentença vergastada se reporta a pedido de incorporação da vantagem denominada “Indenização de Representação”, com base no art. 10.722/82, o que em nenhum momento foi postulado.

O Recurso de Apelação (fls. 73/78) foi julgado procedente, para o fim de anular a sentença proferida nos Embargos e determinar o retorno dos autos à instância *a quo*, a fim de que o magistrado singular, antes do julgamento dos aclaratórios, oportunizasse ao embargado o direito ao contraditório.

O juízo de origem julgou os Embargos Declaratórios (fls. 120/122), revogando, por via de consequência, o conteúdo decisório da sentença de fls. 47/48.

A parte promovente apresentou novos Embargos de Declaração (fls. 24/125), que foram julgados procedentes para o fim de determinar ao embargante o pagamento da “Indenização de Representação” no percentual de 79%.

Nas razões do Recurso de Apelação interposto pelo ESTADO do CEARÁ, foi aduzido, como preliminar, a nulidade da sentença recorrida, por ausência de fundamentação; e, no mérito, em síntese, a impossibilidade de extensão de vantagem própria da atividade a servidor inativo e a revogação da Lei Estadual de nº 11.535/89.

Recebida a apelação em seu duplo efeito (fl. 160).

Contrariedade às fls. 160/163.

O Ministério Público manifesta-se pelo improvimento do recurso, para o fim de manter a sentença proferida em primeiro grau.

É o relatório, com revisão do Exmo. Desembargador Rômulo Moreira de Deus.

VOTO

Conheço da remessa obrigatória, por apropriada à espécie, bem como do recurso apelatório, por observar presentes os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade.

Inicialmente, não há que se falar em nulidade da decisão recorrida por ausência de fundamentação, quando atendido o ordenamento jurídico vigente.

De acordo com o princípio do livre convencimento motivado ou persuasão racional do Juiz, todas as decisões judiciais devem ser assentadas em razões jurídicas, cuja invalidade decorre da falta destas, consoante dispõe o art. 93, inciso IX¹ da Constituição Federal, o que incorreu no presente feito.

Ao contrário do que assevera o apelante, verifico que a decisão proferida, nos termos do artigo 458 do Código de Processo Civil², encontra-se devidamente acompanhada de todas as razões que levaram o MM Juiz singular a formar a sua convicção.

Sobre o tema colaciono a jurisprudência do egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

“Não há que se cogitar de nulidade da sentença por ausência de fundamentação quando declinadas as razões de decidir do magistrado *a quo*, bem como os motivos de sua convicção na decisão, lastreados no ordenamento jurídico vigente, sendo de se lembrar que ao julgador também não se impõe a abordagem de todos os argumentos deduzidos pelas partes no curso da demanda” (Agravo de Instrumento nº 438.133-3, 14ª Câmara Cível, Rel. Des. Dídimo Inocêncio, j. 04/03/2004)

Com efeito, conforme se vê pela simples leitura da r. sentença e aclaratórios, todas as questões de fato e de direito argüidas restaram fundamentadamente analisadas, até, porque, o *decisum* impugnado via recurso ora apreciado, revigorou todos os fundamentos invocados na sentença de fls. 46/48, sendo certo, assim, que foram preenchidos todos os requisitos do artigo 458 do Código de Processo Civil e do art. 93, inciso IX da Constituição Federal, não podendo falar-se em ausência de fundamentação.

Pelo que rejeito a preliminar.

No mérito, não prospera o inconformismo do ESTADO DO CEARÁ.

No caso em comento, o apelante reformou-se no posto de Tenente Coronel da Polícia Militar do Estado, percebendo os proventos integrais de Coronel, inclusive a Indenização de Representação, no patamar de 41,81% sobre o valor da representação percebida pelo Comandante Geral da PM.

Versa a *quaestio* sobre a pretensão do recorrente, que, albergado nos ditames da Lei Estadual nº 11.535/89 (art. 16), requereu a revisão de seu ato de aposentação, para haver a majoração do percentual de indenização de representação de 41,81% para 79%, pretendendo, também, o pagamento dos valores retroativos relativos à diferença, até a data da passagem para o quadro de inativos da Polícia Militar.

Para o deslinde da presente controvérsia, faz-se necessário, à princípio, um esclarecimento acerca da chamada Indenização de Representação. Foi ela criada pelo art. 38³, da Lei Estadual nº 11.167, de 08 de janeiro de 1986, que entrou em vigor em 1º de Fevereiro de 1986, tendo sido extinta e incorporada aos soldos dos policiais militares em 03 de setembro de 1987, pela Lei Estadual nº 11.346. Posteriormente, tal indenização foi revigorada para os postos de Coronel, Tenente Coronel e Major (Lei 11.535/89), bem como para os de Capitão, Primeiro Tenente e Segundo Tenente (Lei nº 11.792/91).

Nem se argumenta a previsão contida no art. 16⁴ da Lei 11.535/89, no sentido de restringir dita indenização aos militares da ativa. É que, segundo o que preceitua o Art. 40, § 4^o da Constituição Federal, o aposentado deverá ser beneficiário dos mesmos direitos e garantias concedidas àqueles que se encontram em atividade.

Ora, no caso em espécie, em que pese a transferência para a reserva remunerada do autor tenha ocorrido somente em 14 de novembro de 1991; na data da promulgação da Lei Estadual nº 11.535, em 10 de abril de 1989, o mesmo já contava com mais de 30 anos de serviço, o que lhe assegurava levar para inatividade a verba de 79% (setenta e nove por cento) da representação paga ao Comandante Geral da Polícia Militar do Estado do Ceará, nos termos do art. 16 da Lei 11.535/89 e do art. 40, § 4º da Carta Magna.

Ressalte-se, que a despeito da redução do percentual de referida gratificação ter sido imposta pela Lei Estadual nº 11.601, de 06.09.1989, não se faz admissível a desconstituição do direito adquirido do servidor militar, porquanto, a essa época, já havia implementado todos os requisitos necessários à sua aposentação.

Consoante a manifestação esposada nos presentes autos pela ilustre Procuradora de Justiça, Dra. Rosemary Brasileiro⁶: *“Trata a hipótese vertente, por óbvio, do instituto do direito adquirido, protegido pelas regras inscritas na Carta magna Federal, que no inc. XXXVI, do art. 5º, determina que “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.”*⁷

Maria Helena Diniz, em sua obra *Lei de Introdução ao Código Civil Interpretada*⁸, conceitua o direito adquirido nos seguintes termos:

“O direito adquirido (*erworbens Recht*) é o que já se incorporou definitivamente ao patrimônio e à personalidade de seu titular, de modo que nem lei nem fato posterior possa alterar tal situação jurídica, pois há direito concreto, ou seja, direito subjetivo e não direito potencial ou abstrato.”

Clóvis Beviláqua, prevendo a inconstância do administrador atinente aos direitos adquiridos, escreveu, em sua obra *Teoria Geral do Direito Civil*⁹, a seguinte redação:

“Os direitos adquiridos, que as leis devem respeitar, são vantagens individuais, ainda que ligadas ao exercício de funções públicas. Assim, o empregado vitalício não pode ser privado de seus vencimentos por ter havido alteração, ou ainda extinção, do seu lugar.”

À propósito o seguinte precedente jurisprudencial:

EMENTA: Mandado de Segurança - Servidor Público - Aposentadoria – Art. 40, §§ 4º, 7º e 8º, da Constituição Federal. - O regime a que tem direito o servidor aposentado define-se com os requisitos postos pela lei vigente à época em que implementado o tempo de serviço necessário para o recesso. - As disposições da Lei nº 11.167/86 foram referendadas pelo Supremo Tribunal Federal, que as deu como compatíveis com a Lei Maior. - A superveniência de lei nova não pode prejudicar situações definitivamente constituídas, que se mantém preservada como direito adquirido, mercê das garantias constitucionais. - Apelo provido. ¹⁰

Portando, imperiosa se faz a manutenção da sentença singular nos capítulos em que assegura ao inativo o percebimento da Indenização de Representação, no percentual de 79% (setenta e nove por cento), da diferença a menor que lhe é devida, e dos consecutários da sucumbência.

Em sede de reexame necessário, determino a incidência dos juros de mora à taxa de 0,5 (meio) por cento ao mês, a contar da citação válida na ação de cobrança, na medida em que este é o ato processual que constitui o devedor em mora, nos termos preceituados pelo *caput do art. 219¹¹ da Lei Adjetiva Civil pátria*.

De igual forma, como a recorrida ingressou com a Ação Ordinária em 16 de maio de 1995, com fulcro no § 5º¹² do art. 219 do CPC, ainda em sede

de reexame necessário, declaro prescritas as diferenças vencimentais em questão, pertinentes ao período anterior a 16 de maio de 1990, na conformidade do art. 1º do Decreto-Lei 20.910/32¹³ e da Súmula 85¹⁴ do Superior Tribunal de Justiça.

À propósito, colaciono as seguintes jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça:

“AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 1º DO DEC. 20.910. PRESCRIÇÃO. Na hipótese, pugnano-se o pagamento de diferenças relativas ao reajuste de benefício previdenciário, não se aplica a prescrição da ação, mas o comando inserto na Súmula nº 85/STJ, que disciplina a prescrição quinquenal nas relações de trato sucessivo, em que são atingidas apenas as parcelas relativas ao quinquênio antecedente à propositura da ação. Precedentes.”¹⁵

“ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PENSIONISTAS. POLICIAIS FEDERAIS. PRESCRIÇÃO. PRESTAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO. GRATIFICAÇÃO POR OPERAÇÕES ESPECIAIS. LEI 7.923/89. INCORPORAÇÃO. I - Em se tratando de ação proposta apenas para obter o pagamento de determinada vantagem pecuniária pela Administração, a prescrição não atinge o chamado fundo de direito, mas sim as parcelas vencidas há mais de cinco anos contados do ajuizamento da ação. Decreto 20.910/32. II - (...). Recurso conhecido e provido.”¹⁶

No que diz respeito aos honorários advocatícios, ainda em sede de reexame necessário, modifico a sua estipulação para a quantia de R\$ 3.000,00 (três mil reais), com fulcro no § 4º¹⁷, do art. 20, do Código de Processo Civil.

DIANTE DE TODO O EXPOSTO, considerando a legislação, as jurisprudências e Súmula do Superior Tribunal de Justiça pertinente à matéria, VOTO pelo conhecimento do Recurso de Apelação, mas para negar-lhe provimento, e, em sede de Remessa Necessária, retirar da condenação do Ente Público o pagamento da diferença referente às parcelas alcançadas pela prescrição quinquenal, estipular a incidência dos juros de mora à taxa de seis por cento ao ano, a contar da citação válida na ação de origem, e alterar o modo de fixação da verba honorária, fixando-a em R\$ 3.000,00 (três mil reais), mantendo-se, no mais, inalterado o decisório compositivo da lide.

Fortaleza, 15 de junho de 2009.

¹Art. 93. IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

²Art. 458. São requisitos essenciais da sentença:

I – (...); II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

³Lei 11.167/86. Art. 38 – A indenização de representação é devida ao policial-militar, para atender às despesas de compromissos de ordem pública ou profissional, resultantes do exercício de carreira policial-militar e será incorporada aos proventos dos policiais-militares ao passarem para a inatividade.

⁴Art. 16 – A Indenização de Representação de que tratam os arts. 38, 39 e 40 da Lei nº 167, de 07 de janeiro de 1986, fica revigorada para os Coronéis, Tenentes-Coronéis e Majores da Ativa, nos percentuais abaixo discriminados, calculados sobre o valor da representação percebida pelo Comandante Geral da Polícia Militar: POSTO – PERCENTUAL; CORONEL – 79%; TENENTE-CORONEL- 46%; MAJOR – 21%.

⁵ART. 40. § 4º - É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados os casos de atividades exercidas exclusivamente sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definida em Lei Complementar. (redação anterior à EC 41/2003)

⁶Trecho do Parecer do Ministério Público, fls. 183/190.

7

⁸Ob. Cit., 5ª. ed, São Paulo, Saraiva, 1999, pp. 184/185.

⁹Ob. Cit., 6ª. ed., Editora Paulo de Azevedo Ltda, p. 23.

¹⁰TJCE, Apelação cível nº 2000.0013.2729-2, Rel. Des. Ernani Barreira Porto, DJ de 23/09/2003.

¹¹Art. 219 – A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição.

¹²Art. 219. A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição.

(...)

§5º. O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição.

¹³Art. 1º. As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou do fato do qual se originarem.

¹⁴STJ, Súmula 85 – Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação.

¹⁵STJ, 5ª Turma, AgRg no REsp 198910/SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, julgado em 02.12.1999, DJU 21.02.2000.

¹⁶STJ, 5ª Turma, REsp 235916/AL, Rel. Min. Félix Fisher, julgado em 13.06.2000, DJU 28.08.2000.

¹⁷Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.

(...)

§ 4º Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior.

Nº PROCESSO: 2000.0091.6324-8/1

TIPO DO PROCESSO: APELAÇÃO CÍVEL

APELANTE: BANCO BRADESCO SEGUROS S/A

APELADOS: OCÍRIA RIBEIRO FITERMAN, WILSON RIBEIRO FITERMAN E WALTER RIBEIRO FITERMAN

RELATORA: DES^a. MARIA NAILDE PINHEIRO NOGUEIRA

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – CANCELAMENTO DE SEGURO – INEXISTÊNCIA DE REQUERIMENTO OU ACEITAÇÃO POR PARTE DA SEGURADA - IMPOSSIBILIDADE - RESCISÃO UNILATERAL CABÍVEL SOMENTE NAS HIPÓTESES AUTORIZADAS POR LEI – ÔNUS DA PROVA – OMISSÃO INTENCIONAL DE DOENÇA PRÉ-EXISTENTE – OCORRÊNCIA DE MÁ-FÉ CONTRATUAL – INADMISSIBILIDADE DE PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO.

1. Inexiste nos autos prova de que a segurada tenha requerido, expressamente, o cancelamento dos três primeiros contratos de seguro. É inegável que o ônus probatório recai sobre a atuação da seguradora Ré, por se tratar de invocação de fato impeditivo do direito invocado pelos autores, nos termos do que dispõe o art. 333, II, do Código de Processo Civil. 2. O contrato de seguro, em razão da sua natureza bilateral, não admite rompimento de trato pela simples denúncia de uma das partes, enquanto não formalizada a aceitação do cancelamento pela outra contratante. 3. Com exclusão dos casos em que o proponente de um seguro de vida não tenha conhecimento de eventual enfermidade da qual padece, não pode deixar de informar corretamente à seguradora, ao responder o questionário que a esse respeito acompanha a proposta do contrato em espécie, sobre o seu vero estado de saúde que, se revelado, influenciaria na aceitação de risco pelo

segurador ou no valor do prêmio a ser cobrado. 4. Ao omitir doença pré-existente na declaração prestada à seguradora quando da formalização das duas últimas propostas do contrato em espécie, a segurada infringiu o princípio da boa-fé que o legislador exige especialmente para os contratos de seguro. 5. Para não se restar caracterizado o enriquecimento sem causa da Seguradora em detrimento da segurada, o que de igual forma é repudiado pelo ordenamento jurídico pátrio, necessário se faz a restituição aos beneficiários do contrato de seguro, de todos os valores pagos pela segurada, relativamente a esses dois contratos, com juros e correção monetária. 6. Apelação conhecida e parcialmente provida. 7. Sentença reformada em parte.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelação cível de Fortaleza nº 2000.0091.6324-8/1, em que são partes os acima indicados, acorda a Turma Julgadora da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade de votos, em conhecer do recurso para dar-lhe parcial provimento, reformando, em parte, a sentença de primeiro grau, nos termos do voto da Relatora.

Fortaleza, 2 de dezembro de 2009.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de APELAÇÃO CÍVEL (fls. 174/182) interposta por BRADESCO SEGUROS S/A, em face da sentença de fls. 150/173, por meio da qual os pedidos formulados na exordial da AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA ajuizada por OCÍRIA RIBEIRO FITERMAN, WALTER RIBEIRO FITERMAN E WILSON RIBEIRO FITERMAN foram julgados procedentes pelo MM. juiz da 12ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza, nos seguintes termos:

“COMO RESULTADO, é que julgo PROCEDENTE a inicial, aplicando o brocardo do ‘da mihi factum, dabo tibi jus’, para determinar a COMPLEMENTAÇÃO DO PAGAMENTO à Primeira Promovente dos seguros pagos apenas de forma parcial pela Promovida (Propostas n°s 122384021, 122576322 e 122776124), descontado, por óbvio, o valor já pago pelas mesmas. Em relação às propostas de n°s 131840026 e 132546503, determino o INTEGRAL PAGAMENTO, por reconhecer que a empresa que explora plano de seguro-saúde e recebe contribuições do associado sem submetê-lo a prévio exame não pode escusar-se ao pagamento da sua contraprestação, alegando omissão nas informações do segurado. Assim sendo, em aceitando a seguradora a proposta de adesão, mesmo quando o segurado não fornece informações sobre o seu estado de saúde, assume os riscos do negócio e, desta forma, não pode, por essa razão, ocorrendo o sinistro, recusar-se a indenizar, já que não logrou a promovida demonstrar a realização de tal exame, determinando, assim, que o pagamento seja feito aos beneficiários de referidas propostas.” (SIC)

Irresignada, a parte Apelante pretende a inversão do julgado, aduzindo ser inviável o pagamento de seguros cancelados ou cujos contratos foram firmados com omissão, pela segurada, da pré-existência da doença que a vitimou.

Sustenta que a doença que levou a segurada ao óbito preexistia quando da feitura dos contratos de seguro, e, que, a esse tempo, a segurada tinha pleno conhecimento do seu real estado de saúde.

Defende que a má-fé da segurada ao firmar os contratos de seguro está cabalmente demonstrada nos autos, mais especificamente pelo fato de ser inegável o conhecimento da pré-existência da doença à assinatura dos mesmos, dada a sua extensão.

Recurso recebido e processado, com o oferecimento de contrarrazões pela manutenção do *decisum* (fls. 184/189).

Eis o relato, no que há de estritamente essencial.

Subiram os autos.

VOTO

Trata-se de recurso de Apelação Cível interposta com desiderato de ver reformada a sentença proferida nos autos da ação de Cobrança.

Registre-se que a presente demanda tem por origem a realização de cinco contratos de seguro de vida, n°s 122384021, 122576322, 122776124, 131840026 e 132546503, entabulados entre a BRADESCO SEGUROS S/A e ELISABETH RIBEIRO FITERMAN em 11/80, 08/89, 02/90, 01/94 e 07/94, respectivamente.

Todavia, sob a alegação de que os contratos de nºs 122384021, 122576322 e 122776124 encontravam-se cancelados ao tempo da cobrança, a pedido da segurada, e, que, os de nºs 131840026 e 132546503 haviam sido firmados com omissão de doença pré-existente, a seguradora recusou-se a efetuar o pagamento das indenizações a eles correspondentes.

Observa-se, porém, que inexistente nos autos prova de que a segurada Elisabeth Ribeiro Fiterman tenha requerido, expressamente, o cancelamento dos três primeiros contratos de seguro acima identificados.

No caso em comento, é inegável que o ônus probatório recai sobre a atuação da Ré, por se tratar de invocação de fato impeditivo do direito invocado pelo autor, nos termos do que dispõe o art. 333, II, do Código de Processo Civil, *verbis*:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - (...);

II - Ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

LUIZ EDUARDO BOAVENTURA PACÍFICO, *in* O Ônus da Prova no Direito Processual Civil, RT, 2001, pg. 169, esclarece o tema:

“A regra de julgamento fundada no ônus da prova pode ser aplicada tanto nos processos em que vige o princípio dispositivo como nos dominados pelo princípio inquisitório, pois, independentemente da estrutura do processo, o juiz, ao final da instrução, pode não ter alcançado suficiente grau de convencimento para permitir um pronunciamento. Nesta hipótese, a regra do ônus da prova autoriza o julgamento”.

Assim, se não há prova quanto à existência de requerimento expresso da segurada para que se procedesse ao cancelamento dos contratos de seguro, presume-se ser o mesmo inexistente. Logo, a conclusão a que se chega é de que a iniciativa do multicitado cancelamento partiu da própria seguradora (Banco Bradesco S/A), sendo que, neste caso, inadmissível admitir-se tal rompimento.

Isso porque, o contrato de seguro, em razão da sua natureza bilateral, não admite rompimento de trato pela simples denúncia de uma das partes, enquanto não formalizada a aceitação do cancelamento pela outra contratante. No caso presente, não há prova alguma de que a segurada tenha consentido a esse procedimento.

A esse respeito:

“SEGURO DE VIDA E ACIDENTES PESSOAIS. Declaratória. Contrato de Seguro. Natureza bilateral. Rompimento unilateral. Impossibilidade. Necessidade de formalização da aceitação do cancelamento. Inexistência nos autos. Contrato mantido (...)”¹

Registre-se que o recibo de fl. 64, não tem o condão de suprir a necessária anuência da segurada, conforme acima mencionado, uma vez que assinado por pessoa diversa, no caso, um dos beneficiários. Também, não há notícia nos autos, de que a subscritora do recibo em comento, Sra. Ocíria Ribeiro Fiterman, possuísse poderes de representação para esse fim específico.

Desta forma, não merece reproche a sentença recorrida, que entendeu pelo pagamento da indenização referente aos contratos de seguro de vida e acidentes pessoais de n.ºs. 122384021, 122576322 e 122776124, deduzidos os valores já pagos a título de “capital segurado” (fl. 22).

No que tange ao pagamento da indenização referente aos contratos de n.ºs 131840026 e 132546503, a questão já se apresenta de forma bem diferente. É que se apura dos fólhos ser a segurada, à época da contratação, conhecedora do seu real estado de saúde, ou seja, da doença a que estava acometida. Tal fato está consignado na réplica (fls. 44/48), de onde extrai-se o seguinte trecho:

“(…) Pois, é de se estranhar que uma segurada, que nunca cancelou seus seguros, pelo contrário, sempre fez foi contratar outros seguros, venha solicitar o cancelamento dos seus seguros mais antigos, em 03/94, justamente, no período que a segurada já se encontrava gravemente enferma.” (SIC)

E mais adiante:

Para provar que em 03/94, o estado da gravidade de saúde da segurada ELIZABETH RIBEIRO FITERMAN, juntamos aos autos uma cópia da petição de Ação de Agravo de Instrumento interposta por sua mãe OCÍRIA RIBEIRO FITERMAN, em 02/94, alegando que a segurada se encontrava gravemente enferma “em fase terminal de vida” e que devido ao motivo acima, requeria a sustação de uma liminar de reintegração de posse, do imóvel que a segurada e beneficiária residem.” (SIC)

Note-se que os contratos logo acima identificados (131840026 e 132546503) foram firmados em 01/94 e 07/94, sendo certo que a segurada em Fevereiro de 1994 já se encontrava em estágio terminal da doença da qual padecia (fl. 47) e em razão da qual veio a falecer em 17 de outubro de 1994.

Ora, com exclusão dos casos em que o proponente de um seguro de vida não tenha conhecimento de eventual enfermidade da qual padece, não pode deixar de informar corretamente à seguradora, ao responder o questionário que a esse respeito acompanha a proposta do contrato em espécie, sobre o seu vero estado de saúde que, se revelado, influenciaria na aceitação de risco pelo segurador ou no valor do prêmio a ser cobrado.

Como afirma o ilustre professor SÉRGIO CAVALIERI FILHO, em sua obra Programa de Responsabilidade Civil, Ed. Atlas, 7ª ed., pp. 423-424:

“Embora a veracidade das declarações do segurado seja primordial em qualquer modalidade de seguro, assume maior relevo no seguro de vida ou de saúde de grupo. Nessa espécie de seguro, é de todos sabido, substitui-se o exame médico do proponente pelo preenchimento de um questionário sobre o seu estado de saúde. Este procedimento beneficia não só o segurador como, também, o segurado, na medida em que torna rapidíssima a contratação, e evita aquele moroso processo de exames médicos e reduz os custos do seguro, possibilitando a massificação de sua cobertura (...). A afirmação falsa ou a omissão intencional são inadmissíveis no contrato de seguro porque afastam o próprio risco, a álea, que é o elemento essencial desse contrato. Sim, porque, na medida em que o proponente busca cobertura para uma enfermidade conhecida, está, na verdade, buscando cobertura para um risco certo, conhecido, e não incerto, o que elimina a álea e desnatura, descaracteriza, o próprio contrato (...).”

Na hipótese vertente, ao omitir doença pré-existente na declaração prestada à seguradora quando da formalização das duas últimas propostas do contrato em espécie, a segurada infringiu o princípio da boa-fé que o legislador exige especialmente para os contratos de seguro, conforme expresso nos artigos

1.443² e 1.444³ do Código Civil anterior, reproduzidos nos artigos 765⁴ e 766⁵, *caput*, do atual.

Portanto, é de clareza solar que a pretensão dos Autores, referente aos contratos de seguro de vida e acidente pessoal de n^os 131840026 e 132546503, é de responsabilizar a seguradora por doença pré-existente à contratação, o que não encontra amparo no ordenamento jurídico. Entretanto, para não se restar caracterizado o enriquecimento sem causa da Seguradora em detrimento da segurada, o que de igual forma é repudiado pelo ordenamento jurídico pátrio, necessário se faz a restituição aos beneficiários do contrato de seguro, de todos os valores pagos pela segurada, relativamente a esses dois contratos, com juros e correção monetária.

Caracterizada a sucumbência recíproca, impõe-se a distribuição entre os litigantes das despesas processuais e dos honorários advocatícios. Entretanto, ressalto aqui a suspensão da exigibilidade da obrigação (custas e honorários) imposta aos Autores-Apelados, pelo prazo de cinco (05) anos, em face da gratuidade judicial de que a mesma é beneficiária (Lei 1060/50, art. 12).

Diante de todo o exposto, conheço do recurso de apelação para dar-lhe parcial provimento.

Fortaleza, 2 de dezembro de 2009.

¹TJSP APC 992080041026, Relator: Des. Marcondes D'Angelo, j. 29.05.2009.

²Art. 1.443. O segurado e o segurador são obrigados a guardar no contrato a mais estrita boa-fé e veracidade, assim a respeito do objeto, como das circunstâncias e declarações a ele concernentes.

³Art. 1444. Se o segurado não fizer declarações verdadeiras e completas, omitindo circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta ou na taxa do prêmio, perderá o direito ao valor do seguro e pagará o prêmio vencido.

⁴Art. 765. O segurado e o segurador são obrigados a guardar na conclusão e na execução do contrato, a mais estrita boa-fé e veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes.

⁵Art. 766. Se o segurado, por si ou por seu representante, fizer declarações inexatas ou omitir circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta ou na taxa do prêmio, perderá o direito à garantia, além de ficar obrigado ao prêmio vencido.

Nº PROCESSO: 2000.0095.2303-1/1

TIPO DO PROCESSO: APELAÇÃO CÍVEL

COMARCA: FORTALEZA

PARTES:

APELANTE: UNIBANCO – UNIÃO DE BANCOS BRASILEIROS S/A

APELADOS: FRANCISCO ANGELO FRANCESCO FILHO E OUTROS

RELATORA: DESA. GIZELA NUNES DA COSTA

EMENTA: DIREITO CIVIL. INDENIZAÇÃO. PARTICIPAÇÃO CULPOSA AFERÍVEL NOS TERMOS DA DISCIPLINA DO ART. 945, DO NOVO CÓDIGO CIVIL. APLICAÇÃO DA TEORIA DA CAUSA EFICIÊNCIA OU PREPONDERANTE – DISTRIBUIÇÃO RACIONAL DO DIREITO NA MEDIDA DA PARTICIPAÇÃO CULPOSA DO AGENTE. APELO CONHECIDO, MAS PROVIDO EM PARTE. ÔNUS SUCUMBENCIAL EQUITATIVAMENTE DISTRIBUIDO.

1 - A situação fática que circunda o *petitum* e os fatos cognoscíveis no decorrer dos autos aponta para aplicação da indenização na medida da participação culposa dos agentes envolvidos na contenda.

2 - A avaliação do comportamento das partes, precisamente nos dois pólos da relação processual, induz um juízo de ficção jurídica no sentido do compartilhamento da culpa, de modo que esta é imputável aos autores na modalidade de culpa *in eligendo* e ao réu na modalidade de *negligência* e *imperícia*, valendo ressaltar que o critério aplicativo de proporcionalidade na primeira espécie tem um peso preponderante sobre a verdade real e, na segunda parte, uma significativa dosagem diante do princípio da presunção de inocência.

3 -No ponto, houve, numa medida acentuada, uma infração ao dever de cuidado em face do móvel que proporcionou o conflito de interesses

deduzido *principaliter*, ou seja, a confiança excessiva na pessoa que detinha a fonte que poderia gerar as irregularidades nas movimentações das contas dos autores no banco promovido. E este claudicou tanto no seu comportamento exterior como endoprocessualmente, precisamente em face de documento enviado diretamente para os autores às fls. 93/95, como por força de afirmação em sede de desconstituição do direito autoral, de modo a fazer erigir, contra sua pessoa, uma presunção ficta a qual o nosso sistema jurídico empresta condão de verdade ao que foi afirmado em seu desfavor.

4 -Portanto, a indenização na espécie deve ser a que recompõe devidamente o que foi retirado das contas dos autores em face da movimentação assacada na proemial, com os descontos do que já está depositado a esse prol, restando alijado o dano moral diante da impossibilidade de alguém poder se beneficiar de sua própria torpeza, mesmo que de forma indireta, tendo-se como de manifesta contundência a escusa do art. 181 do CP, dirigida ao juízo monocrático pelos promoventes, por subscrição do filho advogado, acusado numa ação criminal pela prática de crime de estelionato, até então em andamento.

5 -A multa prevista no art. 461, do CPC, mercê de sua natureza sancionatória e de seu caráter mutante (CPC, art. 461, § 6º), deve submete-se antes de mais nada ao poder de coerção do Judiciário, frente ao dever de inquestionável obediência de suas decisões, tal qual foi cunhado do direito francês na forma inibitória de *astreintes* e pelo critério de punição em face da desobediência às decisões judiciais adotado no direito anglo-saxônico através do *Contempt of Court* (CPC, art. 14, parágrafo único), os quais convivem harmonicamente em nosso sistema.

5.1. Nos autos houve inquestionável

desobediência à ordem judicial, devendo-se levar em consideração as substanciosas alterações dessas sanções, as quais, pelo valor do cálculo elaborado às fls. 947/954, chegam a ser superiores em muito aos próprios danos pretendidos.

5.2. E desse modo tenho como de DIREITO a sua aplicação no termos do *decisum*.

6 - O ônus sucumbencial deve ser repartido igualitariamente entre os contendores, de modo que autores e réu arquem, respectivamente, com todos os custos que dispensaram para a movimentação da máquina judiciária, tanto em respeito aos honorários advocatícios, quantos em relação às custas processuais propriamente ditas.

7 -Apelo conhecido, mas que se dá provimento parcial nos termos das delimitações constantes da decisão substitutiva.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação nº. 2000.0095.2303-1/1, em que figuram as partes acima indicadas, acordam os Desembargadores integrantes da Turma Julgadora da 2ª Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, conhecer do recurso em referência para lhe dar parcial provimento, nos termos do voto da Relatora.

Trata-se de ação ordinária de Obrigação de Fazer cumulada com pedido de danos morais e pleito de antecipação de tutela movida por DE FRANCESCO ALIMENTOS LTDA, FRANCISCO ANGELO DE FRANCESCO e MARIA ALICE BRASIL DE FRANCESCO, em face de UNIBANCO – UNIÃO DE BANCOS BRASILEIROS S/A, por suposta movimentação financeira indevidamente praticada pelo acionado nas contas dos autores, da qual foram transferidos via internet um montante de R\$ 80.800,00 (oitenta mil e oitocentos reais), sendo R\$25.000,00 (vinte e cinco mil) da conta de DE FRANCESCO ALIMENTOS LTDA, R\$ 28.800,00 (vinte e oito mil e oitocentos) da conta de FRANCISCO ANGELO DE FRANCESCO e R\$ 47.000,00 (quarenta e sete mil) da conta de MARIA ALICE BRASIL DE FRANCESCO.

Discriminam os autores que tais transferências foram operadas da seguinte maneira:

a) da conta de DE FRANCESCO ALIMENTOS LTDA (C/C nº 106.443-4, do UNIBANCO, Ag. 0699) foram transferidos por 03 TEDs, via internet

Bank, os valores de R\$ 10.000,00 (dez mil reais); 9.500,00 (nove mil e quinhentos reais) e R\$ 5.500,00 (cinco mil e quinhentos reais) para a conta de LUCIANITA QUEIROZ HOLANDA ARAÚJO nº c/c 41149513, do BANCO DO BRASIL S/A, Ag. 3140;

b) da conta de FRANCISCO ANGELO DE FRANCESCO (C/C nº 195.4147, do UNIBANCO, Ag. 0699) foram transferidos por 03 TEDs, via internet Bank, os valores de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), R\$ 10.000,00 (dez mil reais), R\$ 10.000,00 (dez mil reais) e R\$ 8.800,00 (oito mil e oitocentos reais) para a conta de LUCIANITA QUEIROZ HOLANDA ARAÚJO de nº 41149513, do BANCO DO BRASIL S/A, Ag. 3140.

c) da conta de MARIA ALICE BRASIL DE FRANCESCO (C/C nº 195.4154, do UNIBANCO, Ag. 0699), por transferência via internet Bank, os valores de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), R\$ 3.000,00 (três mil reais) em favor de ALBENIZ BATISTA, que tem conta corrente nº 1313677, no próprio UNIBANCO, Ag. 7251;

d) também da conta de MARIA ALICE BRASIL DE FRANCESCO (C/C nº 195.4154, do UNIBANCO, Ag. 0699), foram transferidos, por 02 (dois) TEDs, via internet Bank, os valores de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) e R\$ 10.000,00 (dez mil reais), estes para a conta de LUCIANITA QUEIROZ HOLANDA ARAÚJO, de nº 41149513, do BANCO DO BRASIL S/A, Ag. 3140.

De modo sucinto asseveram que jamais uma movimentação financeira da espécie poderia ser operacionalizada sem o conhecimento da SENHA dos autores, fato este que lhes é de todo reservado.

Asseveram como supedâneo de suas pretensões o Código de Defesa do Consumidor, a par de elástico doutrinário e jurisprudencial.

Adunando-se a documentação de fls. 23/77, rogam os autores que lhes sejam concedida uma antecipação de tutela para que o montante de R\$ 80.800,00 (oitenta mil e oitocentos reais), que foram subtraídos, respectivamente, de suas contas, seja estornado, imediatamente pelo promovido.

Requerem também, a par da confirmação da antecipação da tutela, a condenação do promovido por danos, postulando ademais que seja invertido o ônus da prova e a celeridade processual específica como resguardos dos autores idosos, tudo acrescido do ônus sucumbencial.

De permeio, ou seja, antes de ofertada a contestação, reiteram a antecipação de tutela (83/86), oportunidade em que juntam serodidamente a documentação de fls. 87/116.

Devidamente citado o promovido junta contestação às fls. 123/131, com documentação de fls. 140/166.

Em prol da resistência ofertada sustenta o promovido a ausência de

responsabilidade por culpa exclusiva dos autores, haja vista a obrigação de exclusividade da posse de suas senhas e códigos, sendo certo que o conhecimento destes representam a única forma de acesso às suas contas, de modo que o segredo quanto à senha ou código em relação a terceiros ou pessoas não autorizadas impediria de todo a situação narrada na exordial.

Aditam que se não houve a devida responsabilização por tais senhas ou códigos, não pode o promovido ser responsabilizado por fatos que não deu causa.

No ponto, aduzem que, mercê da ausência de sua responsabilidade, asseveram que após a constatação do desfalque pelas áreas competentes do banco, foi providenciado por sua própria deliberação o crédito das quantias sacadas por meio de fraude, pelo que não se poderia mais falar em prejuízo em desfavor dos promoventes.

No decorrer da peça contestatória atinam, por eventualidade, para os casos de excludência de responsabilidade, destacadamente o caso fortuito e força maior.

Alegam também a ausência de ato ilícito apontado ao banco, como também a prova de dano a justificar sua responsabilidade.

No fim pedem a total improcedência do pleito autoral, requerendo a demonstração de seu alegado por todos os meios de prova em direito admitidos.

Junta serodidamente a documentação de fls. 128/217 acerca do alegado em sede de contestação.

Réplica às fls. 218/223 e documentos de fls. 224/237, na qual os autores articulam a confissão da irregularidade praticada pelo promovido, nos termos do art. 344, II, e 348, todos do CPC, evidenciando que os documentos de fls. 224/230, atestam-na, a par do que já foi enumerado no item 8 da contestação, juntando, ademais, informação de negativação de crédito em desfavor dos promoventes (SCPC e SERASA, fls. 231/234).

Antecipação de tutela concedida às fls. 238/244, determinando o estorno imediato das quantias reclamadas pelos autores, no montante de R\$ 80.800,00 (oitenta mil e oitocentos reais), com multa diária de R\$ 1.000,00 (hum mil reais) em caso de descumprimento da medida.

Intimação do banco promovido através do mandado de fls. 258 no dia 25 de fevereiro de 2005.

Embargos de Declaração manejados pelo promovido às fls. 259/263, pedindo esclarecimento sobre o real valor a ser depositado uma vez que o embargante já tinha estornado administrativamente a importância de R\$ 21.404,89 (vinte e hum mil, quatrocentos e quatro reais e oitenta e nove centavos).

Contra-razões do recurso às fls. 264/267, tendo os embargados considerado eiva na decisão antecipatória, de sorte que realmente haveria um

plus no estorno determinado pelo juiz processante, devendo o estorno ser de R\$ 63.800,00 (sessenta e três mil e oitocentos reais), uma vez que o banco embargante já teria depositado a quantia de R\$ 17.000,00 (dezessete mil reais).

Decisão do juiz processante às fls. 268, inadmitindo embargos de declaração, alegando que decisões interlocutórias são desafiáveis por agravo de instrumento e não por embargos de declaração.

Petição e documentos de fls. 270/281, comprobatórios da negativação dos nomes dos promoventes para fins dos setores de crédito.

Ratificação da antecipação da tutela às fls. 323, em 20 de maio de 2005, desta feita cominando uma multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), caso não seja realizado o depósito da quantia de R\$ 80.800,00 (oitenta mil e oitocentos reais).

Intimação do promovido para depositar o citado valor, pelo mandado de fls. 326 e 326v., em data de 24 de maio de 2005.

Petição de fls. 330/331, pela qual o banco promovido requer o depósito da quantia de R\$ 160.800,00 (cento e sessenta mil e oitocentos reais), conforme guia de fls. 332, pleiteando ademais que tal importância somente seja levantada após o trânsito em julgado da decisão, de modo a se liberar do valor determinado em sede de antecipação de tutela e as *astreintes* correspondentes.

Depósito deferido nos termos do pleito suso indicado, ficando marcada audiência preliminar de conciliação, conforme decisão de fls. 333.

Conciliação malograda.

Documentação de fls. 350/572, onde se obtém registro de uma *noticia criminis* manejada por FRANCISCO ANGELO DE FRANCESCO e MARIA ALICE BRASIL DE FRANCESCO em desfavor de CARLOS ALBERTO FERNANDES DE ARAÚJO, LUCIANITA QUEIROZ HOLANDA ARAÚJO, dando conta, dentre outros pormenores, de que toda a movimentação financeira que serviu de base a inicial foi articulada por FRANCISCO ANGELO DE FRANCESCO FILHO, através de movimentações de cheques e depósitos bancários, conforme depoimento minudente do Sr. CARLOS ALBERTO FERNANDES DE ARAÚJO, onde o mesmo confessa participação na intermediação da negociação ilícita, apontando detalhes de compras de cheques de terceiros feitas por FRANCISCO ANGELO DE FRANCESCO FILHO, em que o mesmo faz triangulação do dinheiro que movimentava dos seus pais e da empresa, pois detinha o acesso de todas, de modo que o dinheiro sacado sempre tinha o destino de uma conta que lhe era fornecida pelo interrogado, ficando o Sr. FRANCESCO DE FRANCESCO FILHO com os cheques que eram agiotados com o auxílio do Sr. CARLOS ALBERTO FERNANDES DE ARAÚJO, o qual agenciava as pessoas para o Sr. DE FRANCESCO FILHO.

Dito Senhor afirma não saber que o dinheiro de que dispunha FRANCISCO ANGELO DE FRANCESCO FILHO era de seus pais e da empresa.

Acareação entre os Srs. CARLOS ALBERTO FERNANDES DE ARAÚJO E FRANCISCO ANGELO DE FRANCESCO FILHO, do qual se extrai um engodo entre os dois, incluindo a movimentação financeira dos pais destes e de empresa, de modo que a cumplicidade é evidente (fls. 483/484).

Adite-se que, de permeio, o mesmo golpe foi praticado no banco HSBC, onde são vítimas os mesmos noticiantes.

Em síntese o interrogado CARLOS ALBERTO afirma que quem aplicou o golpe nos noticiantes foi seu próprio filho e advogado.

No respectivo relatório o Delegado da Delegacia de Defraudações e Falsificações reproduz tais alegações, concluindo finalmente a participação central desses dois indiciados, resumindo que: *“Alega ainda o CARLOS ALBERTO FERNANDES DE ARAÚJO que os números das contas eram fornecidos por amigos seus, que faziam o saque das transferências realizadas por FRANCESCO ANGELO DE FRANCESCO FILHO e entregavam o dinheiro para o dito CARLOS ALBERTO, que, por sua vez, repassava para as pessoas que tinham vendido os cheque ao Sr. DE FRANCESCO FILHO, numa transação de agiotagem, conforme relatam os declarantes, às fls. 103, 104 e 107 do inquérito”*.

Remetidos os autos do inquérito a promotoria esta procedeu a denúncia, onde consta o nome do filho e advogado dos autores, FRANCESCO ANGELO DE FRANCESCO FILHO, como acusado pela prática de estelionato, tendo sido ordenada pelo juízo da 8ª Vara Criminal a quebra do sigilo bancário das pessoas envolvidas (Ação Penal nº 2004.01.14626-0).

Deferimento do levantamento da importância de R\$ 59.600,00 (cinquenta e nove mil e seiscentos reais) em favor dos promoventes pela decisão de fls.634, operada pela guia de fls. 635 (comprovante de recebimento da guia na mesma data de sua confecção, ou seja, em 01 de julho de 2005).

Exceção de incompetência anexada pelo processo de nº 2006.0029.2277-0, apenso, onde consta a transferência destes autos do juízo da 25ª Vara Cível para o juízo da 24ª Vara Cível.

Exceção julgada improcedente fls. 83/86 dos respectivos autos.

Embargos de declaração interpostos contra essa decisão (fls. 88/92). Rejeição dos aclaratórios pela decisão de fls. 95/97.

Decisão desta relatoria nos autos do agravo de 2005.0011.7036-0, concedendo efeito suspensivo para o fim de sustar a decisão que ordenou o cumprimento da antecipação de tutela.

Termo de audiência de instrução e julgamento às fls.701/703, no qual se persegue de um lado, pelos autores, o levantamento de importâncias (valores objeto da antecipação da tutela acrescidos das *astreints*), e, de outro lado, pelos promovidos, a devolução da importância já levantada pelos autores no valor de R\$ 59.000,00 (cinquenta e nove mil reais), do que fora depositado no valor de R\$ 160.800,00 (cento e sessenta mil e oitocentos reais).

No final do termo foram os autos enviados para o juízo da 3ª Vara Cível em face de alegada conexão (questão prejudicial que obedecia aos princípios da economia e celeridade processuais), não obstante impugnação no respectivo termo desse deslocamento de competência, uma vez que é questão que atine ao princípio dispositivo, haja vista que o processo prejudicial já estava instruído e apto a julgamento, não podendo o julgador singular declinar de ofício.

Audiência de conciliação às fls.726/728, a qual restou malograda, oportunidade em que o MM. Juiz da 3ª Vara Cível devolveu os autos sob o argumento de que não estavam presentes os pressupostos do art. 103, do CPC.

Os autores adentram nos autos informando a imunidade penal absoluta do filho advogado, por termos do art. 181, do Código Penal, dando notícia de habeas corpus impetrado para o trancamento da ação penal (processo nº 2005.0008.0567-1/0), de modo que o patrono descendente não seria apenado por força de tal dispositivo caso seja definitivamente condenado.

Petição de fls. 744/745, pela qual os autores oferecem caução real para o levantamento de todas as importâncias já depositadas e futuras que venham a ser depositadas, sendo tal garantia representada pelo imóvel sito na Rua Floriano Peixoto, 450, objeto da matrícula de nº 31523, do assento imobiliário da 2ª Zona desta Capital, no valor de R\$ 1.500.000,00 (hum milhão e quinhentos mil reais) por atribuição dos promoventes, sendo certo que dita guia deveria ser expedida em nome do advogado Jorge Miranda de Lima (OAB-CE 15.407), subscritor do referido pleito.

Notícia de agravo de instrumento de às fls. 755/768, cuja razão básica é assenta no impedimento do levantamento de importância já depositada, dando informes da apuração penal contra o filho dos autores, advogado.

Decisão do juiz singular de fls.772, determinando a expedição de guia para o levantamento da importância de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), a título de *astreintes*.

Certidão de fls. 776 dando conta de que foram deferidos os levantamentos das importâncias de R\$ 59.600,00 (cinquenta e nove mil e seiscentos reais) e R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), estando o processo concluso para marcação de audiência.

Decisão de fls. 794/797, da MM. Juíza processante do feito (25ª Vara Cível de Fortaleza), declinando sua competência para o juízo da 24ª Vara Cível de Fortaleza.

Decisão de fls. 799/801, na qual o juízo da 24ª Vara Cível determina ao banco promovido que seja depositada a importância de R\$ 547.000,00 (quinhentos e quarenta e sete mil reais), sob pena de multa diária de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) a título de *astreintes*, sob o argumento de inadimplência dessa rubrica no total de 627 dias.

Alvará judicial às fls. 802 determinando o levantamento de todo o saldo remanescente na conta do juízo em favor dos autores, precisamente em favor do filho dos promoventes, FRANCISCO ANGELO DE FRANCESCO FILHO.

Mandado de intimação de fls. 803, determinando que o promovido deposite a importância de R\$ 547.000,00 (quinhentos e quarenta e sete mil reais), ficando o banco ciente nos termos da certidão de fls. 807v.

Agravo retido às fls. 817/822, interposto pelo banco recorrente.

Nomeação de perito às fls. 940/941 para que seja elaborado um cálculo dos valores descritos na demanda à base de 8,05% (oito e meio por cento), ou seja, pela tabela de taxa de juros compostos.

Cálculo apresentado às fls. 947/954, indicando um valor total geral de R\$ 1.841.966,12 (hum milhão, oitocentos e quarenta e um mil, novecentos e sessenta e seis reais e doze centavos), sendo que R\$ 1.280.000,00 (hum milhão e duzentos e oitenta mil reais), representa o total de multas diárias.

Sentença de fls. 1039/1051, prolatada pelo MM. Juiz processante da 24ª Vara Cível de Fortaleza, na qual foi julgada procedente a demanda, condenando o banco promovido ao pagamento de R\$ 561.966,12 (quinhentos e sessenta e hum mil, novecentos e sessenta e seis reais e doze centavos), por força do cálculo pericial supra indicado, o qual representa o total dos valores das contas dos autores, mais danos morais a ordem de 5 vezes as importâncias indevidamente retiradas, a partir de maio de 2004.

Impôs derradeiramente um valor de R\$ 160.000,00 (cento e sessenta mil reais) como *astreintes*, a par de 15% (quinze por cento) de honorários a cargo do sucumbente.

Cópia da denuncia oferecida contra o filho advogado dos promoventes, às fls.1054/1058.

Apelação de fls. 1059/1103, a par do conhecimento preliminar de agravo retido.

Recurso recebido no efeito devolutivo em face do art. 520, VII, do CPC.

Contra-razões de fls. 1137/1198.

Pedido de extração de Carta de Sentença às fls. 1199/1201.

Agravo retido de fls. 1202/1209.

Decisão de fls. 1210/1211, confirmando o recebimento da apelação somente no efeito devolutivo, oportunidade em que o MM. Juiz processante manteve a decisão impugnada no apontado agravo retido, ao tempo em que defere a execução provisória, nos termos do parágrafo terceiro do art. 475-O, do CPC.

Caução real prestada às fls. 1212, através do imóvel matriculado sob o nº 4434, do assento imobiliário da 3ª Zona, sem contudo fornecer avaliação mercadológica do bem.

Informação de interposição de agravo de instrumento às fls. 1221 e 1222/1260, respectivamente.

Informação de denúncia promovida pelo Ministério Público da 4ª Vara Criminal de Fortaleza contra o filho advogado dos autores, FRANCISCO ANGELO DE FRANCESCO, por fato tipificado como apropriação indébita, tendo como vítima a Federação De Dirigentes Das Câmaras Lojistas do Ceará (fls. 1262/1264).

Carta de Sentença às fls. 1272.

É o relato.

DECIDO:

PRELIMINARMENTE:

AGRAVO RETIDO:

Como consta às fls. 817/822 foi interposto pelo apelado AGRAVO RETIDO contra a decisão de fls. 794/797, exarada pela MM. Juíza de Direito da 25ª Vara Cível de Fortaleza, a qual declinou de sua competência para o juízo da 24ª Vara Cível desta Comarca, a par de conexão entre esta ação e a de nº 2000.0095.2299-0, ali tramitante.

Como foi devidamente ratificado por ocasião das razões de apelação, em preliminar, insta promover juízo antecedente sobre a impugnação de efeito devolutivo diferido.

Presentes os requisitos de sua admissibilidade, passo a analisar o *error in procedendo* apontado.

A sustentação desse agravo retido cinge-se ao *error in procedendo* cometido pela juíza processante do feito no sentido de enviar os autos deste processo para o juízo da 24ª Vara Cível de Fortaleza, sem que fosse, no seu todo, cumprida a disciplina do art. 106, do CPC, precisamente a parte final deste dispositivo.

Segundo o banco recorrente em que pese a possibilidade de conexão entre as causas, foi a MM. Juíza de Direito da 25ª Vara Cível quem promoveu primeiramente o despacho inicial diante do cotejo entre as duas ações, de modo que não competiria a ela, de ofício, enviar os presentes autos para o processamento e julgamento para aquele outro juízo.

Com efeito, nesta ação foi prolatado o despacho inicial no dia 16 de novembro de 2004 (fls. 81 destes autos), enquanto que o despacho inicial na ação de nº 2000.0095.2299-0 (feito onde figuram como autores os apelados e como réu o banco HSBC) foi proferido no dia 19 de novembro de 2004.

Assevera ainda que tal decisão de deslocamento de competência foi preterida da devida publicação, posto que desnecessária nos termos do pronunciamento atacado, *verbis*: “Despicienda a publicação, remetam-se os autos para a 24ª Vara Cível”.

Atinam que o então juiz da 24ª Vara Cível de Fortaleza, sem consultar as datas dos primeiros despachos prolatados nas referidas ações, proferiu, de logo, a decisão de fls. 799/801, em que:

- a) admitiu a sua prevenção;
- b) ratificou todos os atos processuais praticados pelo Juízo da 25ª Vara Cível;
- c) delimitou que o banco apelante descumpriu parcialmente a medida antecipatória, aplicando-lhes *astreintes* no valor de R\$ 547.000,00 (quinhentos e quarenta e sete mil reais), as quais deveriam ser depositadas no prazo de 48 horas, sob pena de multa diária de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais);
- d) determinou que a apelante procedesse com o estorno dos valores transferidos das contas dos promoventes com juros e encargos cobrados, considerando os cheques especiais desde maio de 2004, pena de multa diária de R\$ 3.000,00 (três mil reais);
- e) determinou que o apelante apresentasse, em 24 horas, todos os documentos envolvidos no objeto da lide, quais sejam: contratos firmados entre as partes, explicitando taxa de juros mensais cobradas em cada operação, mais os extratos respectivos dos cheques especiais e dos créditos especiais, desde maio de 2004 até a presente data, sob pena de pagamento de multa diária de R\$ 2.000,00 (dois mil reais);
- f) deferiu o levantamento dos valores remanescentes;
- g) designou audiência de conciliação para 06 de dezembro de 2006.

Pede ao final que seja reconhecida a incompetência do juízo da 24ª Vara Cível para processar e julgar o presente feito, anulando todos os atos praticados pelo mesmo juízo, a partir da remessa dos autos pelo juízo da 25ª Vara Cível de Fortaleza.

Entendo que a decisão agravada não causou, efetivamente, prejuízos ao recorrente.

Foi-lhe oportunizado o devido acesso à via jurisdicional, de modo que o contraditório se fez presente, devendo-se aplicar no caso o princípio da instrumentalidade das formas esmerado na máxima *pas de nullité sans grief*, na medida em que não se detecta prejuízo ao recorrente, não sendo razoável anular todo o processo até a data do despacho declinatório de competência, sob pena de afronta aos princípios da economia e celeridade processual. Até porque não se trata de competência absoluta e no compasso procedimento, a par da inexistência de prejuízo às partes, não se observa substancial diferença de tratamento conferido aos contendores pelos reitores do feito, não se justificando a quebra do primado da jurisdição contido no art. 5º XXXV, da Constituição, ao tempo em que esta também deve ser prestada e ultimada em prazo razoável (CF, art. 5º, LXXVIII).

Assim se impõe diante da moderna processualista que prioriza o escopo maior da jurisdição em detrimento do formalismo exagerado. Ainda mais quando o *iter* procedimental foi dinamizado por uma cadência lógica de atos, subsequentemente, até a sentença, sobre a qual se interpôs recurso de apelação, que, por sua vez, comporta devolutividade abrangente.

Adite-se que as atuais disciplinas dos artigos 249, § 1º, 244 e parágrafo único, do art. 250, são regras complementares entre si, constituindo projeção do princípio da instrumentalidade das formas, impondo-se o aproveitamento dos atos processuais quando não resultar prejuízo para as partes.

Por situação processual muito mais relevante, onde sobressai nulidade por diversidade de ritos, pende a jurisprudência do STJ em sanar o vício quando não demonstrado o prejuízo à parte, conforme se lê do seguinte aresto: “*No moderno direito processual pátrio, a teoria da nulidade orienta-se pelo princípio da instrumentalidade das formas, não se decretando a nulidade sem que tenha havido prejuízo para a parte, pelo que não se justifica a declaração de nulidade do processo em razão da adoção do rito sumário em lugar do ordinário na hipótese em que não se demonstrou a existência de qualquer prejuízo às partes e em que houve a dilação da instrução probatória de modo a propiciar a ampla defesa.*” (STJ, REsp 268696/MT, 3ª Turma, rel. Nancy Andrighi, j. 3.4.2001, DJ 7.5.2001, p. 139 – *Decisão por unanimidade, não conheceram do recurso*).

Assim, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento.

Examinando os pressupostos de admissibilidade da apelação, entendo estarem presentes, haja vista que do meio impugnatório e do caderno processual constatamos os intrínsecos e os extrínsecos, suficientemente comprovados ao reexame da matéria devolvida.

DO MÉRITO RECURSAL:

A revisão da matéria devolvida e trasladada, no meu sentir, acha-se emoldurada a partir da disciplina contida no art. 945, do Código Civil Brasileiro, haja vista que a realidade empírica se não estritamente emoldurada por este dispositivo, se adere à completude da própria *mens* eleita pelo legislador que a elaborou.

A sua expressão verbal é mensurada nos seguintes termos: “*Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada, tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.*”

Sem paradigma no direito anterior, esta disciplina jurídica era admitida em nosso ordenamento jurídico por força de criação doutrinária e jurisprudencial.

Agora pode-se falar em responsabilidade na medida da culpabilidade dos agentes.

Nos termos do citado dispositivo, segundo doutrina de nomeada, poderá haver hipótese em que não se aplica o princípio da concorrência de culpas, mesmo quando a vítima tenha agido com culpa.

É o que se convencionou chamar de “culpa decisiva” e se traduz na teoria norte-americana de causa próxima, *the last clear chance*. Por ela, a parte que teve por último a oportunidade de evitar o dano, não obstante a negligência ou imprudência da outra, é responsável pelo evento. Assim nega-se, nos Estados Unidos da América, a indenização reclamada pela vítima que falta ao dever de observar (*duty to look and list*).

Ao que parece também nossa legislação civil codificada em vigor adotou a “teoria da culpa decisiva” ou da “preponderância da culpa eficiente”, na medida em que reparte o prejuízo entre o ofensor e o ofendido proporcionalmente, segundo a participação culposa de cada um.

Essa espécie de culpa, também chamada de “teoria da causalidade adequada”, que não encontra correspondente no Código Beviláqua como dito, é suficientemente bem traçada para ilustrar a operação substitutiva ora reclamada, aplicando-se com serenidade a JUSTIÇA.

Para chegarmos a uma melhor compreensão da operação subsuntiva, importa fazer mais uma elucidação acerca do instituto, transcrevendo lições de Antonio José Silveira Paulino (*Teoria da causalidade adequada, Tribuna da Magistratura – Caderno Especial - Teses apresentadas nas Jornadas de Direito Civil – n. 124, pp. 2/3, nov. – Dez. 2002*), que se dedicou precisamente

ao estudo da matéria, esclarecendo-lhes os contornos, de modo a nos fornecer mais uma fonte segura no trato do assunto, *verbis*:

“...não há razão, efetivamente, para que o causador do dano responda se sua conduta foi inócua para a ocorrência do evento danoso. A exegese que se extrai, pois, do art. 945 é de que a graduação da culpa, em termos comparativos, pode chegar ao extremo de excluir a concorrência de culpas, se a culpa de um dos envolvidos for de tal forma grave, que por si só, possa implicar a ocorrência do evento danoso”

Essa idéia de repartição ou isenção de culpa em face da ação de dois agentes traz significativa colaboração na ilustração feita por RUI STOCO, em seu TRATADO DE RESPONSABILIDADE CIVIL, 6ª edição, revista e ampliada com o novo Código Civil, TR, São Paulo, p. 139, *litteris*:

“Para nós, a questão se resume em verificar a causa eficiente do fato danoso e se resolve apenas e tão-somente no plano da causalidade material, de modo que, ainda que a vítima tenha agido com culpa, dever-se-á verificar se a sua atuação interferiu no resultado e quanto contribuiu para a sua concorrência. Inexistindo esse liame, a causa eficiente do resultado danoso terá sido outro e outro o responsável único pela reparação. Existindo a interferência, indagar-se-á em que medida ou proporção influenciou no resultado, passando a projetar reflexos no *quantum* da reparação, seja diminuindo o montante a ser indenizado de um, seja isentando parcialmente a obrigação de dar do outro.

Parece-nos, portanto, que a grande virtude da disposição está em que a concorrência de culpas entre autor e vítima fará com que a reparação do prejuízo seja proporcional, de modo que não submeta ao crivo de divisão em partes iguais, que se mostra injusto e, às vezes, odioso.”

Com esses esclarecimentos a tônica da discussão ora devolvida deve gravitar em torno da proporcionalidade das ações do banco apelante e dos autores apelados.

De um lado há o reconhecimento da prática de atos irregulares por parte do banco apelante, precisamente em relação aos saques nas contas dos apelados, de modo que tanto na contestação quanto na documentação de fls. 90, é intuída a afirmação de um fato contrário aos interesses do banco apelante, por termos da disciplina do art. 348, do CPC, mesmo que tal forma de se evidenciar a verdade de um fato esteja pautada numa ficção jurídica por força do mal uso do vernáculo.

Colhe-se do item oito da contestação de fls.123/131 a seguinte passagem: “*Não obstante a absoluta ausência de responsabilidade do Promovido na presente demanda, após a constatação do desfalque fraudulento pelas áreas competentes do Banco Promovido, foi providenciado, por de liberalidade, o crédito das quantias sacadas por meio de fraude, razão pela qual não que (sic) se falar em prejuízo material.*”.

E nessa ótica teria admitido o erro ao corrigi-lo firmando que reporia a importância fraudulentamente retirada das contas dos autores, 334, II e 348, ambos do CPC.

No documento de fls. 88/90, precisamente às fls. 90, o banco promovido assim se expressa: “*Vale ser observado que o Banco se responsabiliza pela segurança do sistema que oferece as seus clientes, mas não pela integridade do equipamento pelos mesmos utilizado.*”.

Esta última posição do banco promovido foi que efetivamente deu sustentação nuclear ao acerto monocrático alvejado, de sorte a refluir a culpa do apelante em suas duas dimensões, a par da confirmação da tutela antecipatória concedida para que o banco procedesse os estornos das importâncias subtraídas dos promoventes, ratificando eficácia de projeção imediata no plano do direito material, acrescidos dos demais componentes da órbita sucumbencial.

De outro lado, não se pode deixar de levar em consideração que os autores, apesar de não terem participado dos fatos objeto do engodo noticiado pelo apelante, conforme se extrai da documentação de fls. 1054/1058 (denúncia contra o Sr. FRANCISCO ANGELO DE FRANCESCO FILHO e outros), onde consta o início de uma ação penal contra o filho e advogado dos apelados, versando sobre os mesmos fatos narrados na exordial, que sobre os mesmos pesa uma concorrência culposa pelo fato destes terem confiado a senha ao dito filho denunciado. *Culpa in eligendo* que é detectável pela conclusão do relatório do inquérito de nº 394/2004 (fls. 349/459), adotado pela promotoria da 8ª Vara Criminal de Fortaleza, nos termos da denúncia acima. A *culpa in eligendo* faz-se mais contundente quando a própria mãe do filho advogado, Francisco Ângelo de Francesco Filho, por ocasião de suas declarações no antedito inquérito assim afirmar:

“Que, todos os pagamentos da declarante e movimentos de contas bancárias são feitas por seu filho há muitos anos, pois a declarante nunca foi ao Banco, em virtude de seu filho ser de sua inteira confiança, até a presente data; Que a declarante não conferia o seu extrato bancário e só passou a desconfiar e verificar o seu extrato bancário quando apareceu o problema de seu cheque envolvendo o sócio de Carlos Alberto Fernandes de Araújo; Que a declarante tem

cartão eletrônico do banco HSBC, e faz compras no comércio com o referido cartão, sendo que quando precisa de saques bancários entregava para seu filho fazer; Que a declarante não se recorda se possuía cartão eletrônico do Unibanco.”

Essa modalidade culposa sobressai ainda mais nítida quando os autores apelados na petição de fls. 731/734 (vol III), levantam a eximente de punibilidade prevista no art. 181 do Código Penal, demonstrando um comportamento de cumplicidade com a conduta delitativa descrita na denúncia de fls.1054/1058, ou seja, dando conta de que caso um parente nessas circunstâncias engane o outro nada acontecerá em face da imunidade prevista em tal dispositivo, o qual assim reza:

“Art. 181. É isento de pena quem comete qualquer dos crimes previsto neste título, em prejuízo:
I – do cônjuge, na constância da sociedade conjugal;
II – de ascendente ou descendente, seja o parentesco legítimo ou ilegítimo, seja civil ou natural”.

Registre-se o que os autores dizem na peça de fls. 731/734, precisamente no item 4 : “*Destarte, há no caso em espécie, em face da isenção de pena configurada, a imunidade penal absoluta. Sequer poderia, por tais argumentos jurídicos, ter sido aberto o inquérito policial ou mesmo ação penal, posto que é irrealizável a aplicação da pena. Aqui existe uma norma cogente que exclui a sanção do Estado.*”

Colacionam na oportunidade o seguinte aresto: “*Crime patrimonial contra ascendente. Invalidez da sentença condenatória. Imunidade absoluta do agente. É passível de invalidação por habeas corpus a sentença condenatória proferida contra o autor de crime praticado no qual a vítima é ascendente ou descendente e que não se enquadre nas hipóteses do art. 183, do CP, face à imunidade absoluta de que faz o réu, cuja culpabilidade, como também, a antijuridicidade objetiva do fato, não fica excluída, somente, de se aplicada a pena correspondente (RT 620/352)*”.

Acontece que a indicada escusa absolutória mesmo que incidente sobre os crimes contra o patrimônio, só beneficia os crimes cometidos entre parentes, sem a interferência de terceiros, justamente porque a sua *ratio* é a honorabilidade da família, de modo que a participação de estranhos na respectiva conduta delituosa afasta a incidência do benefício, conforme se colhe das lições de GUILHERME DE SOUZA NUCCI: “*Ressalte-se que, havendo terceiro estranho à família, envolvido em qualquer dos delitos previstos neste título,*

figurando como sujeito passivo, deixa de haver a incidência da escusa absolutória.” (Código Penal Comentado, 7ª edição, 2ª Tiragem, São Paulo, RT: 2007, p. 772.).

Ora, mesmo considerando o princípio da presunção da inocência, não se pode olvidar que a manifestação dos apelados às fls. 731/734, apesar de sua forma indireta, submete-se ao mesmo critério de negatividade quando a prova da verdade aferível nestes autos (busca da verdade real e conseqüentemente da JUSTIÇA, notadamente em tempos de hoje que o moderno processo, quer seja na esfera penal, quer seja na esfera civil, obedece a uma preponderância diretiva inquisitorial, onde o reitor do feito não mais se põe passivamente no destreame da demanda como informava a vetusta concepção de sua inércia no deslinde da matéria, enquadrando-se no bojo probatório produzido pelas partes numa técnica de julgamento), uma vez que tal manifestação equivale a uma confissão de que o filho advogado cometeu o respectivo ilícito contra os pais autores desta ação.

Isto porque a situação fática narrada na denúncia supra encampa a que é narrada na inicial, na qual fazem parte do pólo passivo o filho advogado dos autores, juntamente com outros, sobre os quais pesa o crime de estelionato por saques de numerários das contas dos apelados, em época coincidente.

Imperioso se faz transcrever trecho da denuncia junta às fls. 1054/1058, precisamente o que está assacado às fls. 1055, haja vista que contribui para a interligação de juízos, importante no desvendar desta demanda, *in verbis*:

“Consta dos referidos autos que no período compreendido entre os meses de maio e julho do ano de 2004, fora transferida de forma ilícita de contas de De Francesco Angelo e Maria Alice De Francesco, mantidas junto aos bancos UNIBANCO E HSBC, a quantia de R\$ 141.247,85 (cento e quarenta e hum mil, duzentos e quarenta e sete reais e oitenta e cinco centavos), tendo grande parte deste numerário, quanto seja, R\$ 135.247,85 (cento e trinta e cinco mil, duzentos e quarenta e sete reais e oitenta e cinco centavos) sido transferida para a conta da denunciada Lucianita Queiroz Holanda, esposa do acusado Carlos Alberto e a outra parte, quando seja, a quantia de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) transferida para a conta de Heraldo Humberto Vasconcelos, então sócio do denunciado Carlos Alberto.

As investigações em torno foram iniciadas após provocação do acusado Francesco Filho, advogado e filho dos ofendidos, que, na época, atribuía a prática de ação delituosa, aos denunciados Carlos Alberto e Lucianita Queiroz, bem como Raimundo Holanda e Heraldo Humberto, sogro e sócio, respectivamente, do acusado Carlos Alberto. Dizia o então noticiante, hoje acusado, que os noticiados, comandados por Carlos Alberto, haviam obtido os dados das contas de seus pais, tais como números e senhas e que, fazendo uso destas informações, transferiram fraudulentamente, via

INTERNET, o citado valor das contas de seus genitores. Iniciadas as investigações em torno do caso, foi descoberto que o denunciado Francesco Filho era quem de fato movimentava a conta das vítimas, seus pais, que lhe haviam disponibilizado todas as informações necessárias para tanto. Lógico que, em assim agindo, os pais do denunciado Francesco Filho pensavam que as tais contas seriam movimentadas em benefício e com o conhecimento deles. O certo é que, em conluio com os denunciados Carlos Alberto e Lucianita Queiroz, o acusado Francesco Filho passou a trocar cheques pós-datados com terceiros, agindo como agiota, tendo sido necessário para a prática de tal atividade, fazer uso do dinheiro de seus pais, quando então passou a transferir, ele próprio, paulatinamente, altas quantias das prefaladas conta, para contas fornecidas pelos denunciados Carlos Alberto e Lucianita Queiroz, tudo sem o conhecimento das vítimas.”

Tenha-se presente que nos autos não se tem qualquer registro de decisão sobre o término da indicada ação penal, nem o seu trancamento via *Habeas Corpus*.

Se existe a independência entre os juízos civil e criminal, o certo é que o fato, a realidade empírica que envolve o *petitum*, ainda não teve qualquer acertamento, sendo esta, na seara cível, a primeira oportunidade.

Destarte, força é concluir que se de um lado houve a implicação culposa do banco por presunção ficta, de outro também se pode ter a ilação de que os autores apelados firmaram-se como protagonistas da mesma ação culposa na perspectiva presuntiva da culpa *in eligendo*, não sendo razoável que o banco apelante suporte sozinho o ônus da ação descrita na proemial, fazendo-se mister a distribuição desse ônus com os autores apelados, conforme a regra do art. 945 do Código Civil.

Entrementes, antes de pontuar o acertamento jurisdicional sobre o dano material sobreleva destacar que o laudo de fls. 947/954, não representa a efetiva identidade da nossa moeda, destacadamente o que é praticado no meio jurídico, haja vista que não obstante tenha sido determinado pelo juízo, foi elaborado com base numa taxa de juros de 8,50% (oito e meio por cento) ao mês, de forma composta, por ordem judicial, destoante, portanto do que prevê a Constituição Federal, como do que é praticado legal e ordinariamente pela Contadoria do Fórum. E desse modo a atualização da moeda e sua identidade não encontra amparo de legitimidade. Mormente numa economia de estabilidade em que vivemos.

Comporta destacar, outrossim, que diante da peculiaridade do caso, bem como da amplitude com que foram estabelecidos os parâmetros do novel dispositivo do Código Civil, precisamente pela dimensão de sua *ratio* (talvez pelo

exíguo tempo de maturação da disciplina nas instâncias ordinárias) ainda não se torna possível evidenciar jurisprudência que tenha serventia paradigmática para o deslinde da demanda.

Efetivamente, o art. 945 do novo Código Civil Brasileiro, abre espaço para uma novidade no campo da distribuição racional do Direito, mais parecendo uma norma-princípio do que um simples dispositivo de lei do qual se atribui uma frontalidade prescritiva sem maiores elasticidades interpretativas, de modo a fazer com que a culpa recaia na proporção da participação do agente na ação (e aí se inclui o comportamento omissivo capaz de provocar dano a outrem), ou seja, de tal modo irrelevante proporcionando a sua exclusão.

A partir dessa delimitação passo a promover o reexame da culpa no plano do dano material.

Como já dito o critério de proporcionalidade se impõe, na medida em que tanto o banco promovido quanto os autores da ação aparecem como protagonistas do evento deduzido *principaliter*.

Isso não significa desprezar, de modo geral, a disciplina da responsabilidade objetiva aplicável ordinariamente às instituições financeiras, importando mais precisamente a aplicação do direito material de modo peculiar à espécie trazida à jurisdição, que, por sua vez, socorreu ao direito posto no art. 954, como medida de DIREITO E JUSTIÇA para casos que tais.

Desse modo entendo que a quantia de R\$ 80.800,00 (oitenta mil e oitocentos reais) atualizada pelos índices legais praticados pela Contadoria do Fórum, linearmente, a partir de maio de 2004, com a dedução da importância depositada às fls. 332, no valor de R\$ 160.800,00 (cento e sessenta mil e oitocentos), em data de 27 de maio de 2005 à disposição da Justiça, é bastantemente suficiente para suprir o que a título de dano material foi pedido inicialmente, na medida da concorrência culposa de cada protagonista. Até porque já está sendo levado em consideração um valor a mais cumprido pelo banco apelante, que foi o estorno de R\$ 17.000,00 (dezessete mil reais), respectivamente, às fls. 161 e 227.

Quanto ao pedido de dano moral os fólios não nos oferece uma cognição segura para a sua afirmatividade, não sendo razoável a sua mensuração pela só negatização dos nomes dos autores nos serviços de proteção ao crédito ou mesmo pela suficiência da relação causal como informa a doutrina objetiva, uma vez que há, até o momento, uma forte evidência do benefício torpe articulado por quem detinha a confiança dos promoventes em face da negligência destes, particularmente a *culpa in eligendo*.

A multa diária, ou *astreintes*, por seu objetivo, deve representar no caso apenas uma pequena sanção, somente em face do não cumprimento dos estornos por ocasião da etapa inicial de realização da antecipação de tutela, a

qual não se fez prontamente, apesar de sua legitimidade como ordem emanada do Poder Judiciário.

No ponto, a multa prevista no art. 461, do CPC, mercê de sua natureza sancionatória e de seu caráter mutante (CPC, art. 461, § 6º), deve submeter-se antes de qualquer coisa ao poder de coerção do Judiciário, frente ao dever de inquestionável obediência de suas decisões, tal qual foi cunhado do direito francês na forma inibitória de *astreintes* e pelo critério de punição em face da desobediência às decisões judiciais adotado no direito anglo-saxônico através do *Contempt of Court* (entre nós calcado no parágrafo único, do art. 14, do CPC), os quais convivem harmonicamente em nosso sistema.

E por ser desse modo, levando-se também em conta as circunstâncias do caso, a sanção correspondente as *astreintes* a ser aplicada ao banco recorrente deve ser no valor de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), exigíveis a partir do trânsito em julgado desta decisão colegiada.

Na esteira do raciocínio modificativo da multa diária (*astreintes*), a qualquer tempo, convergem doutrina e jurisprudência, por força do que prevê o § 6º, do art. 461, do CPC.

STJ: “PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. FGTS. AGRAVO DE INSTRUMENTO. FASE DE EXECUÇÃO. ASTREINTES. REDUÇÃO EM BUSCA DE PROPORCIONALIDADE. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES (...) Esta Corte Superior já se pronunciou quanto à possibilidade de ser reduzido o valor de multa diária em razão de descumprimento de decisão judicial quando aquela se mostrar exorbitante. Precedentes: REsp 836.349/MG, Rel. Min. José Delgado, 1ª Turma, DJ 09.11.2006; REsp 422966/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, DJ 01.03.2004; REsp 775.233/RS, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJ 01.08.2006; REsp 793491/RN, Rel. Min. Cesar Rocha, 4ª Turma, DJ 06.11.2006”¹.

“PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO - ASTREINTES - OBSERVÂNCIA DA RAZOABILIDADE. A multa imposta pelo Juízo, com vencimento diário, para prevenir o descumprimento de determinação judicial (*astreintes*), deve ser reduzida, se verificada discrepância injustificável entre o patamar estabelecido e o montante da obrigação principal”².

Acórdãos do Tribunal de Justiça do Ceará:

a) “EMENTA. APELAÇÃO CÍVEL. MULTA DIÁRIA POR DESCUMPRIMENTO DA DECISÃO DO JUIZ SINGULAR.

EXECUÇÃO DO VALOR FINAL, APÓS O DECURSO DO PRAZO DA DECISÃO MONOCRÁTICA. MONTANTE QUE SE MOSTRA EXCESSIVO E QUE PODE ENRIQUECER AS PARTES ILICITAMENTE. NECESSIDADE DE REDUÇÃO. PRECEDENTES DO STJ. INEXISTÊNCIA DE PRECLUSÃO OU AFRONTA À COISA JULGADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO”³.

Do corpo do Acórdão extrai-se:

“a quantia alcançada pela multa diária fixada pelo juiz a quo não é matéria alcançada pelo instituto da preclusão, podendo ser discutida por esta Corte de Justiça. É inquestionável a necessidade de revisão de multa diária que alcançou o elevado valor de R\$ 1.038.363,72 (um milhão, trinta e oito mil, trezentos e sessenta e três reais e setenta e dois centavos), uma vez que tal montante se mostra excessivo e capaz de ensejar o enriquecimento ilícito dos ora apelados. Sobre o assunto, vejamos: “A multa pelo descumprimento de decisão judicial não pode ensejar o enriquecimento sem causa da parte a quem favorece, como no caso, devendo ser reduzida a patamares razoáveis” (STJ - 4ª T., Resp 793.491, rel. Min. Cesar Rocha, j. 26.9.06, deram provimento parcial, v.u., DJU 6.11.06). “Uma vez verificado que a multa não cumpriu com sua função coercitiva, o que o recebimento da mesma poderá implicar no enriquecimento indevido da parte contrária, o juiz poderá reduzir o crédito resultante da incidência das astreintes. Aplicação dos arts. 644 e 461, § 6º, do CPC. A redução da multa não implica em ofensa à coisa julgada, posto que o crédito resultante das astreintes não integra a lide propriamente dita e, portanto, não faz parte das “questões já decididas”, relativas à mesma lide” (art. 471 do CPC)”. (RJTJERGS 255/286)1. O juiz, ao fixar a multa, deve considerar o comportamento do destinatário, verificando o seu empenho em cumprir a ordem mandamental”.

b)“Ementa: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXECUÇÃO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. TESE DE NULIDADE DA CITAÇÃO REALIZADA NA AÇÃO DE CONHECIMENTO. INOCORRÊNCIA. PESSOA JURÍDICA. VALIDADE DA CITAÇÃO POSTAL RECEBIDA POR FUNCIONÁRIO DA

SOCIEDADE EMPRESÁRIA, AINDA QUE DESPIDO DE PODERES DE REPRESENTAÇÃO. TEORIA DA APARÊNCIA. OBRIGAÇÃO DE ENTREGAR COISA CERTA. DESCUMPRIMENTO. TERMO A *QUO*. MODIFICAÇÃO. FIXAÇÃO DE *ASTREINTES*. EXECUÇÃO. NÃO INCIDÊNCIA DOS EFEITOS DA REVELIA (CPC, ART. 322). NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO PESSOAL. REDUÇÃO DO VALOR TOTAL DA MULTA DIÁRIA EXECUTADA (CPC, ARTS. 461 E 461-A). DECISÃO REFORMADA. 1. Conforme entendimento jurisprudencial, a citação de pessoa jurídica realizada através de correio, por carta com aviso de recebimento, é válida e eficaz quando enviada ao endereço constante dos autos, mesmo que assinada por funcionário sem poderes de representação. Precedentes do Eg. STJ. 2. Tendo a *astreinte* finalidade precípua de coagir o inadimplente a satisfazer a obrigação, é defeso exigir aquela, sem antes se ter a certeza de que o réu dela tomou prévio conhecimento e, apesar disso, descumpriu a obrigação sem motivo justificável. 3. Ainda quando revel na ação ordinária (CPC, art. 322), o réu somente estará em mora quando for intimado pessoalmente da decisão que lhe estipulou alguma obrigação sob pena de multa diária (CPC, arts. 461 e 461-A), ou ainda, quando se tratar de execução, quando for devidamente citado na fase executória (CPC, art. 219). 4. De acordo com os arts. 461-A, § 3º, c/c 461, § 6º, do Código de Processo Civil, “o juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva”. 5. Na hipótese, modifica-se o termo a quo da incidência da multa diária e reduz-se o seu valor pela metade, ante a desproporcionalidade entre a obrigação a ser cumprida e o total da *astreinte* executada. 6. Agravo de Instrumento conhecido e parcialmente provido”⁴.

Humberto Theodoro Junior já teve a oportunidade de afirmar que “*essa modificabilidade não ofende a coisa julgada, porque a multa, na espécie, não é compensatória e, portanto, não integra a obrigação exequenda propriamente dita*”⁵.

É este o entendimento do Eg. Superior Tribunal de Justiça: “*Civil e Processual. Agravo Regimental. Astreintes. Execução. Alteração de Valor Absurdo. Coisa Julgada. Ofensa. Inexistência. Súmula n. 7/STJ. Incidência Reflexa. Agravo Improvido*”⁶.

E ainda: “ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE EXECUÇÃO. NORMA CONSTITUCIONAL. REVISÃO RESTRITA AO STF EM SEDE DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ART. 131 DO CPC. NÃO-PREQUESTIONADO. ASTREINTES. REDUÇÃO EM BUSCA DE PROPORCIONALIDADE. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. Este Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou quanto à possibilidade de ser reduzido o valor de multa diária em razão de descumprimento de decisão judicial quando aquela se mostrar exorbitante. 5. Precedentes: REsp 836.349/MG, de minha relatoria, 1ª Turma, DJ 09.11.2006; REsp 422966/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, DJ 01.03.2004; REsp 775.233/RS, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJ 01.08.2006”⁷.

Como ressaltado pelo Il. Min. Humberto Gomes de Barros, no voto proferido no Recurso Especial nº. 890900/SP, em 17.03.2008, “essa multa tem como escopo, induzir, mediante pressão financeira, o cumprimento da sentença. Percebe-se que a multa poderá, mesmo depois de transitada em julgado a sentença, ser modificada, para mais ou para menos, o valor na periodicidade, (Art. 460, § 6º, do CPC). A teor do dispositivo, o valor da astreinte não faz coisa julgada material, podendo ser revisto, em caso de insuficiência ou excesso (...) Há, contudo, a possibilidade de, nos termos do Art. 460, § 6º, do CPC, reduzir o valor da cominação. Valho-me de tal permissão e dou provimento ao apelo para reduzir a multa, para que corresponda a dez vezes o valor da indenização”⁸.

Não é outro o entendimento do Eg. Tribunal de Justiça do Paraná: “se, no curso da demanda, o referido valor se demonstrar excessivo ou mesmo insuficiente, o próprio magistrado pode modificá-lo, adequando-o ao caso concreto, inclusive de ofício. Apropriado, ao tema, trazer o escólio de Luiz Guilherme Marinoni, em sua obra “Técnica Processual e Tutela dos Direitos”: “Diante da natureza da multa, torna-se fácil concluir que a sua fixação é feita sempre em caráter provisório, o que impede, mesmo quando imposta em sentença, a sua imunização pela coisa julgada material. Assim, fica bastante simples compreender a regra que dá ao juiz o poder de ‘modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva’, seja no curso do processo - após a decisão que conferiu a tutela antecipatória -, seja depois do trânsito em julgado da sentença. Como a fixação do valor da multa não tem por objetivo dar nada ao autor ou conferir ao réu uma garantia (de que esse valor não poderá ser aumentado), não há motivo para não conferir o poder de adequá-la. Pouco importa que essa adequação se faça com base em motivos anteriores à época da decisão que fixou o valor da multa, pois não há motivo para pensar, aqui, apenas em ‘novas circunstâncias’, uma vez que, como dito, a coisa julgada material nesse momento não preocupa. (...) A multa não só é decorrência do direito à efetividade da tutela jurisdicional. Esse direito incide sobre o juiz, obrigando-o, no caso da multa, a modificar o seu valor

para dar efetividade ao processo e para garantir a esfera jurídica do réu.” (in op. cit., Ed. Revista dos Tribunais, 2004, pp. 519/520)⁹⁹.

ISTO POSTO, conheço do recurso por estarem presentes os seus pressupostos à operação substitutiva postulada, provendo parcialmente a apelação para o fim de:

a) determinar que sejam pagas aos promovidos as importâncias retiradas de suas contas, correspondentemente, como indicado na exordial às fls. 08/09, devidamente atualizadas pela Contadoria do Fórum, de forma linear, a par dos juros legais, não se aplicando, sob qualquer rubrica, a fórmula de cálculo elaborada às fls. 947/954 (vol. III), *quantum* do qual devem ser deduzidas as importâncias de R\$ 59.600,00 (cinquenta e nove mil e seiscentos reais), com atualização a partir de 01 de julho de 2005 (guia de fls. 635, recebida no dia 01 de julho de 2005, vol. II, dos autos) e de R\$ 160.800,00 (cento e sessenta mil e oitocentos reais) depositada através da guia de fls. 332, mas não levantada (vol. II);

b) ordenar a cargo do promovido o pagamento da importância de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), a título de sanção por multa diária (astreintes), exigível a partir do trânsito em julgado desta decisão colegiada;

c) determinar que os autores arquem com os seus custos processuais e honorários de advogado, assim como também o banco apelante deve arcar com os seus custos processuais e a verba honorária dispensada com a presente pendenga.

É como voto.

Fortaleza, 07 de outubro de 2009.

¹AgRg no REsp 1096184 / RJ; 2ª Turma; Rel. Min. Mauro Campbell Marques; j. em 10.02.2009; DJe de 11.03.2009.

²AgRg no Ag 896430 / RS; 3ª Turma; Rel. Sidnei Beneti; j. em 23.09.2008; DJe de 08.10.2008.

³Apelação Cível nº. 2005.0012.2013-8/1; 2ª Câmara Cível; Rel. Des. João de Deus Barros Bringel; j. em 14.01.2009.

⁴Agravo de Instrumento nº. 2008.0023.5318-7/0; 1ª Câmara Cível; Rel. Des. Raul Araújo Filho; j. em 08.09.2008.

⁵THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo de Execução*, 21ª Ed. Editora EUD, 2002, p. 260.

⁶Agravo de Instrumento n. 745.631/PR; Rel. Min. Aldir Passarinho Junior; j. em 08.05.2007; DJ de 18.06.2007.

⁷REsp 914389 / RJ; 1ª Turma; Rel. Min. José Delgado; j. em 10.04.2007; DJ de 10.05.2007, p. 361.

⁸Resp 890900/SP; 3ª Turma; Rel. Min. Humberto Gomes de Barros; j. em 17.03.2008; DJe de 13.05.2008 (g.n.).

⁹Agravo de Instrumento n. 0540899-9; 18ª Câmara Cível; Rel. Des. José Carlos Dalacqua; j. em 06.11.2008 (g.n.).

APELAÇÃO CÍVEL Nº. 2000.0107.4253-1/1
APELANTE: MUNICÍPIO DE FORTALEZA
APELADA: MARIA DO CARMO PRACIANO
ORIGEM: 1ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DE FORTALEZA
RELATOR: DESEMBARGADOR ADEMAR MENDES BEZERRA

**EMENTA: ADMINISTRATIVO E PROCES-
SUAL CIVIL. INOVAÇÃO RECURSAL.
IMPOSSIBILIDADE. COMPROVAÇÃO DO
FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO DO
AUTOR NÃO RECHAÇADO PELA
CONTRAPARTE (CPC 333, I e II). HORAS
EXTRAS. INCORPORAÇÃO PARA TODOS OS
FINS LEGAIS, INCLUSIVE APOSENTADORIA
(TST/76).**

I – É vedado inovar no apelo, porque não se pode recorrer do que não foi objeto de discussão e decisão no juízo de primeiro grau.

II – “O valor das horas suplementares prestadas habitualmente, por mais de dois anos, ou durante todo o contrato, se suprimidas, integra-se ao salário para todos os efeitos legais.” (Enunciado nº. 76 da Súmula do Tribunal Superior do Trabalho, modificado em 14/04/1989 pelo enunciado nº. 291 do TST).

III – Hipótese em que restou perfeitamente caracterizada a prova do fato constitutivo do direito da autora/apelada, em obediência à regra do art. 333, I do Código de Processo Civil, não se desincumbindo, por seu turno, o réu/apelante de demonstrar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito invocado, na forma do inciso II do citado artigo.

IV – Apelação conhecida em parte e, nesta parte, desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelação cível

nº. 2000.0107.4253-1/1, em que figuram as partes acima indicadas, acordam os Desembargadores integrantes da Turma Julgadora da 2ª Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, conhecer em parte do recurso em referência, para, nesta parte, lhe negar provimento, mantendo inalterada a sentença de primeiro grau, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 11 de março de 2009.

RELATÓRIO

Em exame, apelação cível interposta pelo MUNICÍPIO DE FORTALEZA em face de MARIA DO CARMO PRACIANO, objetivando a reforma da respeitável sentença de fls. 67/71, da lavra do MM. Juiz de Direito Titular da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza, por meio da qual foi julgado procedente o pedido inaugural, no sentido de ordenar a retificação do ato de aposentadoria da ora apelada para que sejam incluídas em seus proventos as horas extras incorporadas, tal como descrito na vestibular, sem embargo do pagamento das diferenças pretéritas, a serem apuradas na fase executiva.

Na exordial da demanda em apreço (fls. 02/04), a autora, aqui apelada, relata que foi admitida nos quadros do Município de Fortaleza, em 01/07/1966, no cargo de Técnico em Revisão ANS 8, sendo lotada no Departamento de Imprensa Oficial do respectivo Município.

Segue dizendo que, depois de preenchidos todos os pressupostos legais, requereu sua aposentadoria voluntária por tempo de serviço, com proventos integrais correspondentes às seguintes vantagens: salário, gratificação de quinquênio, insalubridade, salário família e horas extras incorporadas.

Alega que no ato de sua aposentadoria, contudo, não foram incluídas as horas extras incorporadas, sob o argumento de que não teria restado comprovada a percepção das mesmas pelo período ininterrupto de 2(dois) anos, requisito indispensável para tanto.

Aduz que, em verdade, tais horas extras passaram a ser percebidas a partir de 01/01/1985, conforme ato do Sr. Prefeito do Município publicado no Diário Oficial respectivo, de 24/02/1985, cujo cumprimento foi confirmado em 24/02/1986 pelo Diretor do Departamento de Imprensa Oficial, sendo que, em 25/03/1992, entrou em composição amigável com o Município, onde dispensava o pagamento das horas extras em atraso, em troca da incorporação destas à sua remuneração, estando tudo isso provado nos autos.

Enfim, requereu a retificação do ato de aposentadoria, a fim de que seja acrescido a seus proventos o valor das horas extras efetivamente trabalhadas, com as devidas alterações havidas ao longo do tempo, além do pagamento das

parcelas em atraso, tudo a partir de 01/08/1998, incluído o 13º salário, sem contar os juros e a correção monetária de todo o período.

Pleiteou, outrossim, a condenação do demandado, ora apelante, nos ônus de sucumbência, calculando-se os honorários à base de 20% (vinte por cento) sobre o valor apurado.

Acostados à exordial, os documentos de fls. 05/35.

Custas iniciais pagas (fl. 36).

Em sede de contestação (fls. 41/44), o Município de Fortaleza levanta a mesma tese utilizada no processo administrativo de concessão da aposentadoria da apelada, segundo a qual não se teria demonstrado a percepção das horas extras pelo período mínimo de 2(dois) anos ininterruptos anteriores a 14 de abril de 1989, condição para ser aplicado o disposto no enunciado nº. 76 da Súmula do Tribunal Superior do Trabalho.

Réplica (fls. 47/48).

Ouvido em tréplica, o Município de Fortaleza reafirma os termos da resposta inicial (fl. 51).

Parecer de mérito do Ministério Público de primeiro grau pela procedência da ação (fls. 63/65), o que acabou sendo confirmado na sentença, a qual, como dito, julgou procedente o pedido inicial, no sentido de mandar retificar o ato de aposentadoria da ora apelada para que sejam incluídas em seus proventos as horas extras incorporadas, tal como descrito na preambular, sem embargo do pagamento das diferenças pretéritas, a serem apuradas no momento oportuno.

Nas razões do apelo (fls. 75/80), depois de praticamente repetir a contestação ofertada, sobre a falta de demonstração das horas extras percebidas, o Município de Fortaleza traz à baila novo argumento, consistente, desta feita, na impossibilidade de a apelada, após a mudança para o regime jurídico único (estatutário), se beneficiar das horas extras supostamente incorporadas ao tempo do regime celetista, dada a incompatibilidade entre os dois regimes, não sendo lícita a utilização de vantagens de um e de outro regime jurídico, dêis que os mesmos se repelem.

Contra-razões (fls. 84/85).

Finalmente, às fls. 96/99, parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça no sentido do desprovimento da apelação.

É o relatório.

VOTO

Senhor(a) Presidente, o Município de Fortaleza, claramente, inovou no recurso apelatório, haja vista que o fundamento jurídico da impossibilidade de

incorporação das horas extras devido à mudança de regime jurídico da apelada, que passou do celetista para o estatutário, por força da Lei Complementar Municipal nº. 02/1990, não foi nem de longe suscitado na contestação de fls. 41/44, consistindo, pois, tal atitude do sujeito ativo recursal, em flagrante desrespeito aos assim chamados princípios processuais da eventualidade e da especificidade.

Em supedâneo desse entendimento, ora esposado, remansosa jurisprudência dos tribunais pátrios, senão veja-se:

“PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. INOVAÇÃO DO PEDIDO EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REVISÃO DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. ATIVIDADE ESPECIAL. COMPROVAÇÃO. RECONHECIMENTO. CONVERSÃO. LEI Nº 9.711/98. DECRETO Nº 3.048/99. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. CONECTÁRIOS. 1. Não se conhece de pedido deduzido apenas no recurso, por constituir-se inovação em sede de apelação. É que os limites objetivos da lide são fixados com a apresentação da contestação, que é elaborada com base na petição inicial. Analisar pedido veiculado apenas no apelo acarretaria cerceamento de defesa e a conseqüente nulidade do julgado. (...)”. (TRF 04ª R.; AC 2001.72.09.003106-3; SC; Turma Suplementar; Rel. Des. Fed. Luís Alberto d’Azevedo Aurvalle; Julg. 24/10/2007; DEJF 22/11/2007; Pág. 590).

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO. INDENIZAÇÃO. VALOR EXCESSIVO. INEXISTÊNCIA. ACOLHIMENTO DO VALOR FIXADO NO LAUDO JUDICIAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. INCIDÊNCIA A PARTIR DA DATA DA IMISSÃO NA POSSE. ADMISSIBILIDADE. JUROS COMPENSATÓRIOS FIXADOS EM 12%. SUSPENSÃO PELO STF DO ARTIGO 1º DA MP N. 1.577/97. MANTIDO. MATÉRIA NÃO DEDUZIDA PELO RÉU EM CONTESTAÇÃO. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DA AUTORA PARCIALMENTE PROVIDO. RECURSO DOS RÉUS IMPROVIDO E NÃO CONHECIDO. (...). Pelo princípio da eventualidade e da especificidade, deve o réu, em contestação, alegar toda a matéria de defesa com que impugna o pedido do autor e manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na inicial, não podendo fazê-lo em outra ocasião ou apenas quando do recurso para Instância Superior.” (TJ-MS; AC-LEsp 2003.008388-0/0000-00; Bataguassu; Primeira Turma Cível; Rel. Des. Joenildo de Sousa Chaves; DJEMS 16/10/2007; Pág. 7).

“AÇÃO DE DESPEJO C/C COBRANÇA. INOVAÇÃO RECURSAL. MATÉRIA NÃO ALEGADA NA CONTESTAÇÃO. EXTRAPOLAÇÃO. (...). Salvo as exceções legais, tem-se como inadmissível, em apelação, alegações que não foram objeto da contestação, porquanto acobertadas pelo manto da

preclusão, não podendo, portanto, ser conhecidas pela instância recursal, porquanto a jurisdição do tribunal de apelação restringe-se à dedução feita na instância inferior. (...)” (TJ-MG; APCV 1.0024.05.802101-5/0011; Belo Horizonte; Décima Quarta Câmara Cível; Rel. Des. Desig. Elias Camilo Sobrinho; julg. 20/09/2007; DJMG 08/10/2007).

“APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO ORDINÁRIA DE INDENIZAÇÃO CUMULADA COM DANOS MATERIAIS E MORAIS... ABORDAGEM DE QUESTÕES NÃO SUSCITADAS EM CONTESTAÇÃO. INOVAÇÃO RECURSAL. PRECLUSÃO. IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO PELO TRIBUNAL. (...). A inovação da via recursal, por meio de alegações que não foram levadas ao juízo sentenciante, impede o tribunal de conhecer das questões apresentadas, pois, do contrário, acarretaria supressão de um grau de jurisdição. (...)” (TJ-MS; AC 2004.010650-5/0000-00; Campo Grande; Primeira Turma Cível; Rel. Des. Joenildo de Sousa Chaves; DJEMS 30/11/2007; Pág. 9).

“APELAÇÃO CÍVEL. RESCISÃO CONTRATUAL C/C RESTITUIÇÃO DE BEM IMÓVEL, ARRAS COMPENSATÓRIAS, COBRANÇA DE CLÁUSULA PENAL E DANO MORAL. INADIMPLÊNCIA COMPROVADA. INFRAÇÃO AO PRINCÍPIO DA *EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRATUS*. NÃO DEMONSTRADA. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO OU RETENÇÃO PELAS BENFEITORIAS. PEDIDOS NÃO VENTILADOS NA CONTESTAÇÃO. AUSÊNCIA DE FORÇA MAIOR. INOVAÇÃO RECURSAL. RECURSO IMPROVIDO. Os contratantes somente podem utilizar-se da exceção do contrato não cumprido para recusar a sua prestação, caso o outro não cumpra o que lhe competia. Contudo, a parte que alega tem o ônus de prová-la. É vedado inovar o pedido em sede recursal, porque não se pode recorrer do que não foi objeto de discussão e decisão no Juízo singular, salvo se comprovar a impossibilidade de fazê-lo por motivo de força maior.” (TJ-MT; RAC 97417/2006; Cuiabá; Quarta Câmara Cível; Rel. Des. Márcio Vidal; Julg. 02/07/2007).

“COBRANÇA. CADERNETA DE POUPANÇA. ÍNDICE. JANEIRO 1989. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. APELAÇÃO. REPRODUÇÃO DA CONTESTAÇÃO. 1. Não existe determinação legal que obrigue o magistrado a apontar, quando do proferimento de decisão ilíquida, a forma pela qual se dará a liquidação, mas lhe é facultada tal possibilidade. Assim, a liquidação se dará por arbitramento ou por artigos conforme os casos expressos em Lei, nos artigos 606 e 608 do CPC. 2. Não conhecimento da parte repetitiva que não ataca o fundamento da sentença. Matérias outras não discutidas na fase de conhecimento. Não conhecimento por importar em inovação. (...)” (TA-PR; AC 0227396-9; Ac. 4760; Arapuã; Nona Câmara Cível; Rel. Des. Nilson Mizuta; Julg. 23/03/2004).

A doutrina também não discrepa. Com efeito, ver, por todos, o ensinamento de BARBOSA MOREIRA, para quem é juridicamente impossível “...inovar a causa no juízo da apelação, em que é vedado à parte pedir o que não pedira perante o órgão *a quo* (inclusive declaração incidental), ou – sem prejuízo do disposto no art. 462, aplicável também em segundo grau – invocar outra *causa petendi*, sendo irrelevante a anuência do adversário”. (*apud* FREDIE DIDIER JR. e LEONARDO JOSÉ CARNEIRO DA CUNHA, *in* Curso de Direito Processual Civil: Meios de Impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2007. p. 111. v. 3.).

Já quanto à questão de fundo, razão não assiste ao apelante. É que a documentação anexada à exordial, mormente a de fls. 10 e seguintes, confirma de maneira insofismável todas as alegações da apelada, seja a de que trabalhou efetivamente as duas horas a mais desde 1985 seja, ainda, que houve, posteriormente, o mencionado acordo com o Município, onde ela abre mão do pagamento das horas extras em troca de sua efetiva incorporação.

Assim, perfeitamente caracterizada a prova do fato constitutivo do direito da autora/apelada, em obediência à regra do art. 333, I do Código de Processo Civil, não se desincumbindo, por seu turno, o réu/apelante de demonstrar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito invocado, na forma do inciso II do citado artigo.

Naquela época, a apelada encontrava-se sob o regime celetista, sendo indubitável a exegese consoante a qual “o valor das horas suplementares prestadas habitualmente, por mais de dois anos, ou durante todo o contrato, se suprimidas, integra-se ao salário para todos os efeitos legais.” (Enunciado nº. 76 da Súmula do Tribunal Superior do Trabalho, modificado em 14/04/1989 pelo enunciado nº. 291 do TST).

Há prova incontestes, como visto, de que a apelada prestou as horas extras a partir de 01/01/1985, perfazendo muito mais do que dois anos ininterruptos antes de 14/04/1989.

Aliás, como bem apontado pelo MM. Juiz de primeiro grau, “...a autora está um passo à frente do contestante, e ao invés de provar o interregno de dois anos, provou a incorporação das horas extras aos seus vencimentos, para todos os efeitos legais”.

Percebendo, então, o apelante, depois da prolação da sentença, que já não lhe era mais possível refutar as alegações da autora, se viu forçado a inovar no apelo, trazendo ao tablado matéria não discutida na contestação, o que, como dito alhures, é inteiramente vedado na espécie.

Forte nesses argumentos, conheço apenas em parte da apelação, exatamente daquela suscitada e discutida em sede de contestação e devolvida ao conhecimento da Corte, para, nesta parte, negar provimento ao recurso, mantida a sentença de primeiro grau em todos os seus termos.

É como voto.

Fortaleza, 11 de março de 2009.

PROCESSO Nº 2000.0109.8974-0/1
TIPO DE RECURSO: APELAÇÃO CÍVEL
APELANTE: LABORATÓRIO DE ANÁLISES CLÍNICAS DR. A. J. MOR.
ANGELIM
APELADA: LILIANE BRAGA DO NASCIMENTO
RELATOR: DESEMBARGADOR FRANCISCO SALES NETO
ÓRGÃO JULGADOR: 1ª CÂMARA CÍVEL

EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. DIVULGAÇÃO ERRÔNEA DE RESULTADO. ACUSAÇÃO DE O PACIENTE SER PORTADOR DO VÍRUS DA AIDS. DANOS MORAIS. CARACTERIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS LABORATÓRIOS ENVOLVIDOS. INEXISTÊNCIA DE CONTRADIÇÃO NA DECISÃO APELADA. RECURSO IMPROVIDO. SENTENÇA INALTERADA.

I – A divulgação errônea de laudo médico, no qual se afirma que a paciente seria portadora do vírus da AIDS, gera dano moral *in re ipsa*, haja vista a gravidade da moléstia.

II – Existindo convênio entre os laboratórios envolvidos no caso em tablado, há de se aplicar a responsabilidade solidária destes perante seus consumidores.

III – Inocorre contradição na sentença vergastada no concernente ao valor do salário mínimo utilizado como comparativo com a condenação imposta aos laboratórios.

IV – Recurso a que se nega provimento. Sentença mantida em todos os seus termos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível nº 2000.0109.8974-0/1, da 12ª Vara da Comarca de Fortaleza, em que figuram as partes acima aludidas.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Turma Julgadora

da 1ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso, NEGANDO-LHE provimento, nos termos do voto do relator.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta por LABORATÓRIO DE ANÁLISES CLÍNICAS JARBAS ANGELIM, em face de sentença que, em autos de ação de indenização por danos morais, ajuizada por LILIANE BRAGA DO NASCIMENTO, julgou o pedido autoral nos seguintes termos:

“Isto posto, é que julgo PROCEDENTE a inicial, para condenar os Promovidos, solidariamente, ao pagamento de danos morais, no valor de R\$ 16.600,00 (dezesesse mil e seiscentos reais), correspondente a 40 (quarenta) salários mínimos, com correção monetária e juros de acordo com a súmula nº 54 do STJ, vez que os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual, a título de indenização por danos morais pela Autora sofridos.” (*sic*)

Às fls. 104/106, o Laboratório de Análises Clínicas interpôs embargos de declaração alegando omissão da sentença no que se refere à especificação do executor do exame ora questionado, assim como contradição no que tange ao valor do salário mínimo usado como base para o cálculo da indenização.

Em decisão às fls. 107/108, o magistrado *a quo* rejeitou os argumentos dos embargos, mantendo incólume a sentença vergastada.

Inconformado com os termos do *decisum*, o Laboratório de Análises Clínicas apresentou recurso de apelação aduzindo que restou comprovado nos autos que o Laboratório de Investigações Diagnósticas em Reumatologia e Imunologia S/A Ltda. é o responsável pelo laudo ora questionado, não havendo qualquer prova no sentido de que a responsabilidade pertence ao laboratório apelante. Ademais, reitera os argumentos dos embargos.

Não foram ofertadas contra-razões.

Decorrido o prazo para a interposição de recurso, nada foi requerido ou manifestado por parte do Laboratório de Investigações Diagnósticas em Reumatologia e Imunologia S/A Ltda., mesmo devidamente intimado da sentença que o declarou responsável solidário pelos danos causados à apelada.

É o que vale relatar.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso. Convém, inicialmente, delinear a situação fática na qual se desenvolve o presente litígio. É o que passo a fazer.

A apelada, a pedido de seu médico, submeteu-se a exames rotineiros, realizados no Laboratório de Análises Clínicas Jarbas Angelim, recebendo resultado positivo para o teste de HIV. Dada a gravidade da situação, o referido exame foi repetido, apresentando o mesmo resultado. Ocorre que, por iniciativa própria, a recorrida realizou novo teste em outro laboratório, obtendo resultado divergente dos anteriores. Com o fito de se ver ressarcida pelos danos morais sofridos em decorrência do aparente erro no diagnóstico, a recorrida ajuizou a presente ação.

Objetivando a reforma da sentença que acolheu o pedido inicial, o Laboratório de Análises Clínicas apresentou recurso de apelação aduzindo, para tanto, que a apelada não provou que foi a apelante que realizou os exames e forneceu o laudo médico, mas sim o Laboratório de Investigações Diagnósticas em Reumatologia e Imunologia S/A Ltda.

Melhor direito não pertence à parte recorrente. Explico.

O Laboratório Jarbas Angelim e o Lid Laboratório possuem entre si convênio de prestação de serviços e, de acordo com o narrado nos autos, a apelada realizou a coleta de sangue no primeiro laboratório o que, por si só, origina o vínculo jurídico na qual se fundamenta a pretensão dos autos. Independe, para a apelada, qual dos dois laboratórios efetivamente realizou o exame, posto que a responsabilidade existente entre eles perante seus consumidores é solidária. A identificação do momento no qual o erro de diagnóstico foi provocado é de interesse dos laboratórios, haja vista que tal fato implica no direito de regresso entre eles.

Diante disso, verificando o que consta nos autos e tendo em vista as alegações levantadas nas peças recursais, devo explicitar a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor à relação jurídica existente entre os laboratórios e seus clientes, a teor do art. 3º, §2º da Lei 8.078/90, amoldando-se as partes aos conceitos de consumidor e prestadores de serviço, razão pela qual, o presente feito deverá ser analisado sob a ótica consumerista.

Nesse sentido, lição de Sérgio Cavalieri Filho¹ :

“Lembre-se, por derradeiro, que os laboratórios de análises clínicas, bancos de sangue, centro de exames radiológicos e outros de altíssima precisão, além de assumirem obrigação de resultado, são também prestadores de serviços. Tal como os hospitais e clínicas médicas, estão sujeitos à disciplina do Código do Consumidor, inclusive no que tange à responsabilidade objetiva”.

Da análise dos autos, verifica-se que a responsabilidade civil discutida entre as partes reside no fato de os laboratórios não terem agido com a cautela necessária quanto aos riscos do exame e a imprecisão do resultado, de modo a garantir a segurança do resultado fornecido, o qual é, em si, o serviço que se propuseram a prestar.

A noção de defeito na Lei 8.078/90 está diretamente ligada à expectativa de segurança do consumidor e, conseqüentemente, aos riscos que razoavelmente se esperam de um serviço.

A responsabilidade civil dos laboratórios por suposto defeito na prestação de serviços sujeita-se à norma disposta no art. 14 do CDC, que oferece disciplina específica para o assunto:

“Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos”.

Tal diploma, ao consagrar a responsabilidade pelo serviço, trouxe relevantes inovações no âmbito da responsabilidade civil, assegurando ao consumidor, independentemente do fornecedor ou prestador de serviço ter agido sem culpa, o direito à reparação pelos acidentes de consumo decorrentes de um serviço prestado defeituosamente.

Cuida-se o caso *sub examine* da chamada “responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço” prestado ou, em outras palavras, é a preocupação com o dano que a coisa, o produto, bem como o serviço em si, possam causar ao consumidor. É a teoria moderna que coloca o próprio objeto e serviço como causas do evento danoso, pois são eles, em si mesmos considerados, os causadores do evento danoso.

Comentando o supracitado dispositivo do estatuto consumerista, James J. Marins de Souza pontua:

“O fato do serviço é a causa objetiva do dano ocasionado ao consumidor em função de defeito na prestação de serviço, isto é, a repercussão do defeito do serviço, causadora de danos na esfera de interesse juridicamente protegido do consumidor (...)”.

No mesmo sentido, é a lição a seguir:

“Responsabilizam-se independentemente da apuração de culpa todos os fornecedores de serviço, quer imediatos como mediatos, solidariamente, pelos danos ocasionados aos consumidores em função de defeito na prestação do serviço ou por incompletude nas informações acerca da segurança na sua execução ou fruição”. (Arruda Alvim, Thereza Alvim, Eduardo Arruda Alvim e James Marins, “Código do Consumidor Comentado”, RT, 2ª tiragem, p. 47).

Além disso, dispõe o Código Civil que:

“Art. 927. Aquele que por ato ilícito, causar dano a outrem, é obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para o direito de outrem”.

Comungam desse entendimento os arestos trazidos à colação a seguir:

ACÇÃO DE INDENIZAÇÃO - RESPONSABILIDADE CIVIL - ATO ILÍCITO - LABORATÓRIO - DIVULGAÇÃO ERRÔNEA DE RESULTADO - ACUSAÇÃO DO PACIENTE SER PORTADOR DO VÍRUS DA AIDS - SÍNDROME DA IMUNODEFICIÊNCIA ADQUIRIDA - DANOS MORAIS - CARACTERIZAÇÃO - CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO. A atividade laboratorial exercida por entidade hospitalar se insere dentre aquelas que se avizinham à prestação dos serviços médicos, motivo pelo qual deve ser tratada no mesmo plano, no que respeita à responsabilidade civil, seja quanto aos elementos para a sua caracterização, seja mesmo quanto aos efeitos que produz. Ao divulgar um resultado de exame, o ente prestador deve acautelar-se de todos os procedimentos necessários à preservação da integridade física e moral do paciente, inclusive quanto aos riscos do exame e a imprecisão do resultado, sob pena de responder pelos danos produzidos em decorrência da indicação de diagnóstico errôneo. A Síndrome da Imunodeficiência Adquirida é uma moléstia de efeitos nefastos, e o erro na informação de resultado de exame laboratorial indicando desacertadamente a presença do vírus causa constrangimentos de toda a ordem na pessoa que ao mesmo se submeteu, justificando, assim, a condenação do responsável ao pagamento de indenização por danos morais. (TJMG - AC nº 1.0479.05.090207-7/001(1), Rel. Des. Elias Camilo – Julg. Em 23/11/2006)

APELAÇÕES CÍVEIS. ACÇÃO DE REPARACÃO DE DANOS. PREJUDICIAL ACATADA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. NÃO HAVENDO NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE O FATOS QUE GERA A PRETENSÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E A CONDUTA IMPUTADA A UMA DAS PARTES DO POLO PASSIVO, IMPÕE-SE A EXTINÇÃO DO PROCESSO EM FACE DE SUA ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM*, AFASTADA FICA, DE CONSEQUÊNCIA, A RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. DANO MORAL COMPROVADO. RESULTADO DE EXAME DE HIV FALSO DIAGNÓSTICO EQUIVOCADO QUE APUROU A PRESENÇA DO VIRUS DA AIDS - PROVA ROBUSTA NOS AUTOS QUE A AUTORA SOFREU ANGÚSTIA, DESCONFORTO EMOCIONAL E PÂNICO POR AQUILO QUE SE PODE CHAMAR DE 'MORTE ANUNCIADA'. VALOR DA CONDENAÇÃO. O VALOR DA REPARAÇÃO POR DANOS A HONRA, HÁ DE SER FIXADO PRUDENTEMENTE, DE ACORDO COM O BOM SENSO E EM JUSTA MEDIDA, NÃO DEVENDO SER ALTO E DESPROPOSITADO, EVITANDO QUE A DOR INFLIGIDA AO OFENDIDO SE CONVERTA EM INSTRUMENTO DE CAPTAÇÃO DE VANTAGENS INDEVIDAS, DE MODO A CONFIGURAR O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. PRIMEIRO APELO CONHECIDO E PROVIDO; SEGUNDO APELO CONHECIDO E IMPROVIDO. (TJGO – AC. Nº 200301886444 - 3ª Câmara Cível – Des. Joao Waldeck Felix de Sousa – Julg. em 05/04/2004)

CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. EXAME DE HIV FEITO PELA FUNDAÇÃO HEMOCENTRO DE BRASÍLIA. RESULTADO POSITIVO EQUIVOCADO. Se o laboratório faz teste de HIV e apresenta, por duas vezes, diagnóstico errado, deve indenizar a pessoa pelo desespero, angústia e sofrimento que causou. (TJDF – APC/RMO Nº 2001 01 5 004624-9 – 1ª Turma Cível – Rel. Des. Hermenegildo Gonçalves – Julg. em 24/09/2001)

Dessa forma, não resta qualquer dúvida quanto ao dever de indenizar, vez que o laboratório, como prestador de serviços, tem o dever e a responsabilidade de divulgar informações corretas e precisas, necessárias à exata delimitação do bem objeto do contrato e no presente caso, não há qualquer dúvida acerca dos prejuízos sofridos pela apelada, que foi erroneamente tida como portadora do vírus da AIDS.

Portanto, entendo que deve prevalecer a decisão monocrática que condenou solidariamente os dois laboratórios, ante à prestação de serviço conjunta

oferecida através de convênio firmado entre os laboratórios, conforme consta nos documentos às fls. 11, 26 e 27 dos autos.

Assim, não há que se falar em ilegitimidade passiva do apelante, Laboratório de Análises Clínicas Jarbas Angelim, preservando-se, assim, qualquer direito de regresso existente entre os sucumbentes.

O apelante suscita, ainda, contradição da sentença no que tange ao valor da condenação. Segundo o recorrente, o salário mínimo na época do ajuizamento da ação correspondia a R\$ 151,00 (cento e cinquenta e um reais). Sendo assim, ao ser condenado em valor correspondente a 40 (quarenta) salários mínimos, o *quantum* indenizatório deveria ser de R\$ 6.040,00 (seis mil e quarenta reais) e não R\$ 16.600,00 (dezesesseis mil e seiscentos reais), que corresponderia ao salário mínimo vigente à época da prolação da sentença.

Ao meu ver, a tese ora analisada carece de quaisquer substrato jurídico, posto que inexistente norma que vincule a fixação de indenização a qualquer momento processual, ou ainda, ao valor do salário mínimo em qualquer momento. Pelo contrário, conforme disposição do art. 7^a, inciso IV da Constituição Federal, o salário mínimo não deve ser utilizado para fins de vinculação da condenação. Conforme disposto na parte dispositiva da sentença ora rechaçada, o magistrado *a quo* apenas utilizou o salário mínimo para fins de comparação com o valor que este entendeu devido à parte apelada. É o que se observa no trecho a seguir:

“Isto posto, é que julgo PROCEDENTE a inicial, para condenar os Promovidos, solidariamente, ao pagamento de danos morais, no valor de R\$ 16.600,00 (dezesesseis mil e seiscentos reais), correspondente a 40 (quarenta) salários mínimos, com correção monetária e juros de acordo com a súmula nº 54 do STJ, vez que os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso, de responsabilidade extracontratual, a título de indenização por danos morais pela Autora sofridos.” (*sic*)

Conforme se observa, o juiz não fixou a condenação em salários mínimos, mas sim no valor de R\$ 16.600,00 (dezesesseis mil e seiscentos reais), utilizando a verba salarial apenas para fins de exemplificação. Não há, por isso, qualquer contradição na sentença atacada. Melhor seria que o apelante houvesse impugnado o valor arbitrado pelo magistrado *a quo*, solicitando sua minoração, o que, de fato, não fez.

Pelos fatos e pelo direito exposto, não há razões para a reforma da sentença atacada.

Ao impulso dessas considerações, NEGO PROVIMENTO ao recurso de apelação, mantendo inalterada a sentença em todos os seus termos. Sucumbência inalterada.

Fortaleza, 06 de abril de 2009.

¹Programa de Responsabilidade Civil”, 2^a ed., São Paulo: Malheiros, p. 282-283

PROCESSO Nº 2000.0124.3899-6/1.
APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA *EX OFFICIO*.
RECORRENTE: JUIZ DE DIREITO DA 5ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA.
APELANTE: ESTADO DO CEARÁ.
APELADA: MARIA LEOCÁDIA BRITO GONÇALVES.
RELATOR PARA O ACÓRDÃO: DES. FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA.

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA OBRIGATÓRIA. SERVIDOR PÚBLICO INATIVO. REPRESENTAÇÃO DE CARGO COMISSIONADO ADICIONADA AOS PROVENTOS. LEI Nº 11.171/1986. VANTAGEM PESSOAL. MUDANÇA DE SIMBOLOGIA (DAS-2 PARA DAS-1). REGRA DO ART. 40, § 8º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INAPLICABILIDADE.

I. A vantagem pessoal percebida por força de disposição da Lei nº 11.171/1986, que assegura ao servidor público adicionar, aos vencimentos de seu cargo efetivo, o valor da representação de cargo comissionado por ele exercido, não será atualizada quando houver aumento da citada representação, tendo em vista que a previsão legal nesse sentido foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (ADI nº 1391/CE, Rel. Min. Célio Borja).

II. A mudança de simbologia do cargo comissionado, cuja representação haja sido adicionada aos proventos do servidor inativo, não enseja revisão daqueles, nos termos do art. 40, § 8º, da Constituição Federal. É que a regra constitucional em apreço refere-se às alterações procedidas no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria do servidor e não naqueles exercidos em comissão. As inovações ocorridas nestes últimos não importam revisão de proventos. Precedentes desta Corte e do

Supremo Tribunal Federal.

III. A vantagem pessoal de que trata a Lei nº 11.171/1986 só poderá ser reajustada por ocasião da revisão geral anual e sem distinção de índices, na conformidade do que dispõe o art. 37, inciso X, da Carta Política. Precedentes deste Tribunal.

IV. Apelação e Remessa necessária conhecidas e providas.

ACÓRDÃO

Acordam os integrantes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em julgamento de Turma, por maioria de votos, em conhecer do apelo e do reexame necessário e dar-lhes provimento, nos termos do voto divergente do Desembargador Fernando Luiz Ximenes Rocha, designado para lavrar o acórdão, vencido o Desembargador Francisco Sales Neto, Relator originário.

Fortaleza (CE), 15 de junho de 2009.

Adoto o relatório às fls. 125-6.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço da apelação.

O Estado do Ceará se insurge contra sentença da MMª. Juíza da 5ª Vara da Fazenda Pública, que, com esteio no § 8º do art. 40 da Constituição Federal, acolhendo ação ordinária proposta pela ora apelada, ordenou ao ente público recorrente procedesse à modificação do valor da vantagem pessoal adicionada aos proventos da recorrida, passando da simbologia DAS-2 para DAS-1, em virtude da verba de representação do cargo em comissão de Diretor de Escola haver sido assim alterada por legislação posterior, devendo os efeitos do *decisum* retroagirem a 02.12.1997, observadas as parcelas prescritas.

A vantagem pessoal a que faz jus a apelada adveio da Lei estadual nº 11.171/1986, que, em seus arts. 2º, *caput*, e 4º, prevê, *verbis*:

Art. 2º. O servidor da Administração Direta e das Autarquias do Estado, bem como o magistrado, que contar 08 (oito) anos completos, consecutivos ou não, de exercício de cargo em comissão ou direção ou função gratificada, no Sistema Administrativo Estadual ou de Prefeitura Municipal de Fortaleza, bem como nas Sociedades de Economia Mista e Empresas Públicas Estaduais, terão adicionada ao vencimento do seu cargo de caráter efetivo ou vitalício, como Vantagem Pessoal, importância igual à vantagem de maior vantagem percebida em qualquer dos cargos ou funções exercidos, pelo período mínimo de 10 (dez) meses, em quaisquer dos órgãos referidos neste artigo.

[...]

Art. 4º. A Vantagem Pessoal a que se refere o art. 1º desta lei, é considerada Gratificação fixa, não podendo ser percebida cumulativamente com a Representação de cargo em comissão, Função Gratificada ou Gratificação de Gabinete e será atualizada toda vez que houver aumento de Representação atribuída ao cargo pelo exercício de cujas funções houver o servidor a ela feito jus.

Como é cediço o art. 4º da citada Lei supratranscrito foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ao examinar a ADI nº 1391/CE, no que tange à expressão “e será atualizada toda vez que houver aumento de Representação atribuída ao cargo pelo exercício de cujas funções houver o servidor a ela feito jus.” (STF, Relator Min. Célio Borja, DJU 27.10.1988, pág. 27927).

Ora, se a representação do cargo em comissão adicionada aos estipêndios do cargo efetivo como vantagem pessoal não pode ser atualizada sempre que aquela for majorada, com muito mais razão tal não poderá acontecer quando ocorrer mudança de simbologia. A única atualização admitida na hipótese é a da revisão geral dos vencimentos dos servidores, nos precisos termos dos índices de reajuste estabelecidos anualmente pela lei de regência.

Com efeito, o § 8º do art. 40 da Carta da República, com a redação anterior à EC nº 41/2003, não se aplica à espécie, pois, quando se faz alusão à revisão de benefícios “na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos aposentados e aos pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação”, isto guarda relação com o

cargo ou função “em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão”. No caso em apreço, o cargo em que se deu a aposentação da apelada é o de professor e não o de diretor de escola, de provimento em comissão. Portanto, a regra constitucional invocada diz respeito às alterações que venham a ser procedidas no cargo efetivo e nunca no comissionado, porquanto, no que tange a esse, a recorrida faz jus a tão somente adicionar aos vencimentos a gratificação relativa a seu exercício, por força de lei, cujo valor só será reajustado, consoante ficou dito acima, por ocasião da revisão geral e na conformidade com os índices estabelecidos.

Sobre o assunto, Carlos Ayres Brito, em análise ao art. 40, § 4º, da Constituição Federal (correspondente ao atual art. 40, § 8º, anteriormente reproduzido), esclarece:

Fácil é perceber, então, que são exatamente dois parâmetros da revisão assim constitucionalmente disciplinada. O primeiro deles é a remuneração em geral dos servidores ativos, no sentido de que o percentual e a data de modificação que ela vier a experimentar serão automaticamente extensíveis aos proventos. Sem tirar nem pôr. Já o segundo parâmetro, reside ele na extensão aos aposentados de qualquer vantagem ou benefício novo que a lei instituir pelo simples exercício do cargo ou função em que se deu, justamente, a aposentadoria de algum servidor civil. Extensibilidade, essa, que não exclui a hipótese em que a vantagem ou o benefício venha a se verificar após a transformação do cargo ou função em que se deu a mencionada aposentadoria (Cf. “O Regime Constitucional dos Proventos da Aposentadoria do Servidor Público”. *RDA*, 206, out./dez., 1996, p. 146).

Veja-se que, para efeito da extensão de vantagens e benefícios aos inativos, o dispositivo refere-se, expressamente, às transformações do “cargo ou função em que se deu a aposentadoria”, pelo que a interpretação razoável da norma constitucional não permite seja o alcance desta elástico para se admitir que as inovações ocorridas em outros cargos ou funções, que não aqueles em que se deu a passagem do servidor para a inatividade, importem revisão de seus proventos.

O que importa, para fins de aplicação do art. 40, § 8º, da Carta Magna, é que as mudanças sejam procedidas no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria do servidor e não naqueles exercidos em comissão.

Nesse sentido decidiu a Segunda Câmara Cível desta Corte, em acórdão da lavra do eminente Desembargador José Mauri Moura Rocha, cuja ementa é a seguinte:

Apelação Cível – Ação Ordinária – Coronéis inativos do Corpo de Bombeiros Militar, que ocuparam os cargos de Comandante e Sub-Comandante da instituição em período anterior à entrada em vigor da Constituição Estadual – Pretensão de perceberem a Gratificação de Representação equiparada à percebida por Secretário de Estado, nos termos do art. 189, § 2º, do texto constitucional estadual – Inadmissibilidade – Ausência de transformação na forma de remuneração do cargo em que se deu a aposentadoria – Inaplicabilidade do art. 168, § 4º, da Constituição Estadual – Acolhimento das razões recursais – Apelação provida. (Apelação Cível nº 97.02741-9; DJ, 17.04.98, p. 8).

O aresto acima mencionado foi mantido pelo Supremo Tribunal Federal, ao negar seguimento a recurso extraordinário contra ele interposto, em despacho exarado pelo eminente Ministro Octavio Gallotti, nos seguintes termos:

A revisão estabelecida no art. 42, § 10, combinado com o art. 40, § 4º, ambos da Constituição Federal (antes de serem modificados, respectivamente, pelas Emendas Constitucionais nº 18/98 e 20/98), refere-se ao posto em que foi efetivamente reformado o militar, e não ao exercício de funções porventura desempenhadas no curso da carreira.

Assim, acolhendo o parecer da douta Procuradoria Geral da República, por sua vez embasado em precedente do Tribunal Pleno (Adin nº 778, Rel. Min. Paulo Brossard), nego seguimento ao recurso, com fundamento no art. 557, caput, do Código de Processo Civil [...]” (RExt. 241.731-3; DJ, 20.09.99, p. 26).

Por todo o exposto, conheço do apelo e do reexame necessário e dou-lhes provimento, para reformar a sentença atacada e julgar improcedente a ação, invertendo-se os ônus da sucumbência.

É como voto.

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 – SERV. 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 nexo 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 nexo 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 (Aguilar Dias, Caio Mário, Sílvia 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 submetido.

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, 07 de fevereiro de 2007.

PROCESSO Nº 2005.0004.8736-0/0.

APELAÇÃO CÍVEL.

APELANTE: EXPRESSO VALE DO JAGUARIBE S.A.

APELANTE: EZEQUIAS DA SILVA LEITE.

APELADO: EXPRESSO VALE DO JAGUARIBE S.A.

APELADO: EZEQUIAS DA SILVA LEITE.

RELATOR: DESEMBARGADOR FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA.

EMENTA: DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE EXTRAPATRIMONIAL. RECUSA DE CHEQUE PARA PAGAMENTO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE. EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO. DANO MORAL. INOCORRÊNCIA.

1. Não comete ato ilícito a empresa que rejeita pagamento mediante cheque de outra praça, por esta conduta enquadrar-se em exercício regular de direito, tendo em vista que apenas moeda corrente, em espécie, tem curso forçado, sendo a aceitação de outras modalidades de pagamento faculdades do credor.

2. Indenização por danos morais incabível.

3. Recursos conhecidos e sentença reformada.

ACÓRDÃO

Acordam os integrantes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por uma de suas Turmas, unanimemente, em julgar prejudicado o recurso formulado por Ezequias da Silva Leite e conhecer da apelação interposta por Expresso Vale do Jaguaribe S.A., para dar-lhe provimento, julgando improcedente a ação indenizatória, de conformidade com o voto do Relator.

Fortaleza, 05 de setembro de 2009.

RELATÓRIO

Tratam-se de apelações cíveis interpostas por Expresso Vale do

Jaguaribe S.A. e Ezequias da Silva Leite, em face de sentença proferida pelo Juízo da 6ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza/CE, nos autos da Ação Indenizatória nº 2002.02.19742-5.

Na inicial, argumentou o promovente, Ezequias da Silva Leite, em síntese, que:

- a) dirigiu-se à empresa ré visando tomar um ônibus para o Município de Fortaleza/CE, sendo que preposto desta recusou-se a receber cheque de sua emissão, no valor de R\$ 56,00 (cinquenta e seis reais), por ser de outra praça;
- b) a recusa seria ilegal, diante da presumida idoneidade do cliente, na qualidade de magistrado;
- c) o gerente da empresa o impediu de usar o telefone desta para chamar a polícia, quando então utilizou telefone público para este desiderato;
- d) ao saber da vinda da polícia, o preposto da empresa recebeu o título de crédito, mas sob o argumento de o consumidor estar sem dinheiro em espécie, e não por ser este Juiz de Direito;
- e) em razão destes contratempos passou por situação de desprestígio, humilhação pública, descrédito pessoal, indignação e desonra;

Dessa forma, em razão do ilícito praticado, pleiteou o ressarcimento por danos morais em quantia a ser prudentemente arbitrada pelo Judicante singular.

A empresa ré ofertou contestação às fls. 17-29, aduzindo, além das preliminares levantadas, que:

- a) os comerciantes não estão obrigados a aceitar cheques de outra praça;
- b) o promovente foi o único causador da celeuma discutida nos autos;
- c) o constrangimento foi suportado não pelo autor, mas pela funcionária da empresa, a qual restou inserida em situação vexatória promovida por aquele;
- d) a Lei Orgânica da Magistratura Nacional não sobrepõe os juízes aos demais cidadãos em atos da vida civil.

O Magistrado *a quo*, após a devida instrução processual, julgou parcialmente procedente a ação, reputando presente a responsabilidade civil, por inexistir no guichê da empresa de ônibus aviso expresso quanto ao não recebimento de cheques de outra praça, ao passo que arbitrou, a título de indenização por danos morais, a importância de R\$ 1.120,00 (um mil, cento e

vinte reais), correspondentes a 20 (vinte) vezes o valor do título de crédito recusado.

Fixou os honorários advocatícios em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Insurgindo-se contra o decisório supra, a empresa promovida interpôs apelação às fls. 295-307, reiterando, em suma, os termos da contestação.

Buscando a majoração do *quantum* indenizatório, formulou o demandante o recurso de fls. 312-328, peticionando, em preliminar, o conhecimento do agravo retido de fls. 160-162.

Contrarrazões acostadas às fls. 333-350 e 352-4.

É o relatório.

Ao e. Revisor.

Fortaleza, 03 de setembro de 2009.

VOTO

Presentes os requisitos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade, conheço da apelação interposta por Expresso Vale do Jaguaribe S.A.

Preliminarmente, pleiteia o Sr. Ezequias da Silva Leite, outro apelante, o conhecimento do agravo retido acostado às fls. 160-162 dos autos, o qual impugna decisão interlocutória que denegou seu pleito de inversão dos ônus probatórios.

A inversão pleiteada, admitida pelo art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, pressupõe a verossimilhança das alegações do autor ou a sua hipossuficiência. No caso em tela, sendo o promovente Magistrado Estadual, não resta preenchido o requisito da carência de recursos, como também não são verossímeis as asserções sobre a humilhação por que teria passado no estabelecimento da empresa ré, sendo improvável que populares de cidades interioranas ofendessem explicitamente juiz atuante na comuna.

Por outro lado, a demanda foi bem instruída, com a oitiva de inúmeras testemunhas arroladas por ambas as partes, sendo incongruente falar em anulação da sentença para a repetição da fase instrutória.

Portanto, denego o agravo retido de fls. 160-162.

Para a comprovação da responsabilidade civil, apta a ensejar a condenação da empresa ré a indenizar o autor por eventuais danos morais sofridos, faz-se mister a presença dos seguintes requisitos, de forma

cumulativa: conduta ilícita, dano e nexa causal. É dizer, ausente qualquer deles não estará configurado o direito à indenização.

In casu, entretanto, não houve ato ilícito praticado pela empresa de ônibus.

De acordo com a narrativa exposta na inicial, ao dirigir-se ao *box* da companhia de transporte, tentou o autor pagar pelas passagens mediante cheque de outra praça, sendo advertido pela balconista de que o aludido título de crédito não era aceito pela empresa, por determinações regulamentares. Logo, ainda que inexistisse aviso expresso sobre a limitação do pagamento, o consumidor foi de logo advertido sobre a referida circunstância.

Consoante entendimento jurisprudencial dominante, não está qualquer estabelecimento comercial obrigado a receber pagamentos mediante cheque, por ausência de determinação legal. Ao recusar o adimplemento de obrigação por este meio, age a empresa no exercício regular de direito, por estar autorizada a cercar-se das cautelas que entender necessárias para a fiel execução do contrato que será firmado.

No mesmo sentido, *in verbis*:

REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. NEGATIVA DE VENDA ATRAVÉS DE CHEQUE. REGULAR EXERCÍCIO DE UM DIREITO PELA FORNECEDORA. RECUSA NÃO DISCRIMINATÓRIA NEM VEXATÓRIA. I. Apenas a moeda nacional possui curso forçado e força liberatória de pagamento, sendo vedado a qualquer um recusar-se a recebê-la. Não há Lei, todavia, que imponha o recebimento de cheque como se dinheiro fosse. II. Somente a recusa caprichosa, imotivada e discriminatória é que poderia ensejar eventual indenização por danos morais, neste caso não pela negativa em si, mas pela discriminação que estaria por trás de tal ato. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA CONFIRMADA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. RECURSO DESPROVIDO. (TJ-RS; RCív 71001485309; Bagé; Terceira Turma Recursal Cível; Rel. Des. Eugênio Facchini Neto; Julg. 12/02/2008; DOERS 18/02/2008; Pág. 52);

1. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. CERCEAMENTO DE DEFESA INOCORRENTE. DESNECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVAS.

DOCUMENTAÇÃO SUFICIENTE PARA FORMAR O CONVENCIMENTO DO JULGADOR. EXEGESE DO ART. 330, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Se as provas existentes nos autos são suficientes ao convencimento do julgador, não se decreta a nulidade da sentença pelo julgamento antecipado da lide. 2. MÉRITO DA *QUAESTIO*. NÃO-ACEITAÇÃO DE CHEQUE PARA O PAGAMENTO EM ESTABELECIMENTO COMERCIAL. EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO-AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE EXPOSIÇÃO À SITUAÇÃO CONSTRANGEDORA. ATO ILÍCITO NÃO CONFIGURADO. ÔNUS DA PROVA QUANTO AO FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO DO AUTOR. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 333, INCISO I, DO DIPLOMA PROCESSUAL CIVIL. INDENIZAÇÃO INDEVIDA. *DECISUM* VERGASTADO MANTIDO. RECURSO DESPROVIDO. A recusa no recebimento de cheque para o pagamento de compras em estabelecimento comercial não constitui, por si só, ato ilícito passível de indenização, haja vista se tratar de exercício regular de direito do vendedor. (TJ-SC; AC 2007.036053-6; Capital; Segunda Câmara de Direito Civil; Rel. Des. José Mazoni Ferreira; DJSC 22/02/2008; Pág. 150);

CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. RECUSA DE CHEQUE PARA PAGAMENTO DE MERCADORIA. EXERCÍCIO REGULAR DE UM DIREITO. DANO MORAL INOCORRÊNCIA. Pleito de reparação moral esposado por cliente em face do estabelecimento comercial, fundando-se na recusa da empresa em receber cheque de sua emissão para pagamento de mercadorias adquiridas, situação que lhe causou constrangimento e humilhação. Somente a moeda corrente tem curso forçado, qualquer outra modalidade de pagamento fica a critério do credor. Exercício regular de um direito. Inocorrência de qualquer ilícito a ensejar a pretendida reparação moral. Sentença de improcedência que se exhibe incensurável, à vista da ausência de suporte probatório a embasar a tese exordial. Recurso manifestamente improcedente a que se nega seguimento na forma do *caput* do art. 557 do Código de Processo Civil. (TJ-RJ, Apelação Cível nº 2007.001.59293, Des. Marflia de Castro Neves, julg. Em 06.12.2007).

Como o próprio autor alegou ter reservado as passagens no dia anterior ao embarque, deveria ter-se acautelado sobre as formas de pagamento admitidas pela empresa. Ao ser avisado pela vendedora do estabelecimento sobre o não-recebimento de cheques de outra praça, deveria o promovente adimplir sua obrigação consoante as normas autorizadas pela companhia, ou procurar outra que atendesse a seus fins.

Contudo, tratou logo de identificar-se como magistrado estadual, buscando através deste *status* privilégios que não são seriam extensíveis aos demais consumidores. Inclusive, conforme dispôs o próprio autor na vestibular, advertiu ao gerente da empresa de ônibus que sua recusa em aceitar o título de crédito constituía atitude ilegal, inclusive crime (fl.03).

Ora, conforme acima destacado, a conduta indigitada como criminosa pelo demandante estava resguardada em causa excludente de ilicitude – exercício regular de direito - sendo a conduta do magistrado contrária às normas jurídicas e disciplinares da instituição que integra.

Ademais, não bastando a insistência do promovente em ver aceito seu cheque, tentou adentrar no estabelecimento e utilizar o telefone da empresa para chamar a polícia, sendo de pronto impedido pelo gerente do comércio, quando então valeu-se de telefone público para chamar o aparato policial, tudo como forma de intimidação.

Se os populares que estavam no terminal rodoviário tomaram conhecimento da situação, foi por conta do incidente provocado pelo próprio demandante, que atraiu a atenção do público com sua renitência em ir de encontro a regulamentos privados, sob a única justificativa de ser membro do Poder Judiciário, razão por que gozaria de presunção de idoneidade na comuna, em detrimento dos demais cidadãos, em total afronta ao princípio da isonomia.

Em face do exposto, por não constatar ato ilícito praticado, conheço da apelação interposta pela empresa Expresso Vale do Jaguaribe S.A, dando-lhe provimento, para julgar improcedente a ação ordinária, ao tempo em que julgo prejudicado o recurso interposto por Ezequias da Silva Leite, o qual visava a majoração do *quantum* indenizatório concedido em 1ª Instância.

Inverto os ônus sucumbenciais, arbitrando os honorários advocatícios em R\$ 3.000,00 (três mil reais), com supedâneo no art. 20, §4º, do Código de Processo Civil.

É como voto.

PROCESSO Nº 2006.0016.4922-1/1
TIPO DE RECURSO: APELAÇÃO CÍVEL
COMARCA: FORTALEZA – 12ª VARA DE FAMÍLIA
APELANTES: ESPÓLIO DE S. DE C. C. E V. F. DE S.
APELADOS: OS APELANTES
RELATORA: DESª. MARIA NAILDE PINHEIRO NOGUEIRA

EMENTA: DIREITO DE FAMÍLIA. APELAÇÃO CÍVEL – RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL – REQUISITOS – AUSÊNCIA DE PROVA.

1. A União estável restou reconhecida como entidade familiar pela Constituição Federal de 1988. O novo Código Civil, estabelece, no art. 1.723, que “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura estabelecida com o objetivo de constituição da família” 2. Juridicamente, a união estável é tida como posse em estado de casado, para tanto, o casal deve ser visto como se casado fosse. 3. Não basta que o relacionamento entre um homem e uma mulher seja monogâmico, público, duradouro e estável para que seja reconhecido como entidade familiar. Mister se faz que ambos tenham a vontade dirigida para a constituição de família. 4. É imprescindível prova contundente de que o relacionamento entre os envolvidos foi mais do que um namoro; de que haja comprovação de vida em comum com aparência de casamento, da publicidade de uma união como se casados fossem. 5. Apelações conhecidas, com provimento do recurso manejado pelo Espólio de S. C. C.. 6. Sentença reformada na íntegra.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelações cíveis

nº 2006.0016.4922-1/1, em que são partes os acima indicados, acorda a Turma Julgadora da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade de votos, em conhecer de ambos os recursos de apelação, para julgar procedente o apelo manejado pelo Espólio do Sr. S. de C. C. e improcedente o interposto pela Sra. V. F. de S., nos termos do voto da Relatora.

Fortaleza, 30 de setembro de 2009

RELATÓRIO

Trata-se de apelações cíveis interpostas pelo Espólio de S. de C. C. (fls. 190/205) e V. F. de S. (fls. 225/246), nos autos da ação ordinária nº 2006.0016.4922-1/0 investindo a sentença de fls. 167/182, da lavra da MMA. Juíza de Direito da 12ª Vara de Família da Comarca de Fortaleza.

A decisão ora hostilizada julgou procedente a ação para declarar reconhecida a união estável vivida entre V. F. de S. e S. de C. C., com base no § 3º do art. 226 da CF/88 c/c art. 1.723 §1º, do CC, no período de 1986 a 2006, tendo a virago vivido sob a sua dependência econômico-financeira e fazendo jus aos bens, especificados na sentença, adquiridos na constância da relação.

À fl. 213, os embargos de declaração opostos foram acolhidos, para o fim de condenar a parte promovida em honorários advocatícios, fixados em R\$ 4.000,00 (quatro mil reais).

Irresignado, o ESPÓLIO DE S. DE C. C., por sua representante legal, interpôs recurso de apelação, tendo, em suas razões, aduzido, resumidamente, que: a) os documentos juntados aos autos não se prestam a provar a existência da alegada união estável entre a promovente e o Sr. S.; b) são insubsistentes e contraditórias as provas testemunhais produzidas acerca do período e do tipo de relacionamento afetivo; e c) ausentes requisitos necessários à caracterização da união estável a que se pretende reconhecer, tais como a publicidade e a continuidade do relacionamento.

V. F. DE S., por sua vez, também apela da parte da sentença que lhe é desfavorável, sustentando que, ante a inexistência de ascendentes e descendentes do seu companheiro, todos os bens de sua propriedade lhes pertencem por direito, na forma do Código Civil em vigor.

Contrariedades das partes promovente e promovida às fls. 215/ 246 e 248/ 252, respectivamente.

O membro do *parquet* oficiante nesta Corte de Justiça opina às fls. 264/278, pelo conhecimento de ambos os recursos e integral provimento do ajuizado pelo Espólio de S. C. C..

Eis o relato, no que há de estritamente essencial.

VOTO

Conheço de ambos os recursos apelatórios, por observar presentes os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade.

A controvérsia instalada nos autos cinge-se em saber se o relacionamento havido entre a autora e o de *cujus* pode ser caracterizado como União Estável, e, em caso positivo, os direitos dela decorrentes.

Compulsando detidamente os autos, a conclusão a que cheguei é no sentido de que o relacionamento em tela não se reveste das características aptas a alçá-lo à condição de união estável, merecendo reforma a sentença hostilizada.

A União estável restou reconhecida como entidade familiar pela Constituição Federal de 1988, que deixou a cargo do legislador ordinário a tarefa de defini-la, bem como a de fixar os requisitos necessários à sua caracterização. Sucederam, então, as Leis 8.971/94 e 9.278/96 e o novo Código Civil, que estabelece, no art. 1.723, de que forma este instituto se materializa, *verbis*:

“é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura estabelecida com o objetivo de constituição da família”

Da doutrina extrai-se o conceito de União estável da lição de Álvaro Villaça:

“é a convivência não adulterina e nem incestuosa, duradoura, pública e contínua, de um homem e de uma mulher, sem vínculo matrimonial, convivendo como se casados fossem, sob o mesmo teto ou não, constituindo, assim, sua família de fato”.¹

Portanto, para se tipificar uma união afetiva como união estável, necessário se faz a presença dos seguintes requisitos: (I) diversidade de sexo; (II) ausência de impedimento matrimonial entre os companheiros; (III) convivência pública, contínua e duradoura; e (IV) intenção de constituir família.

Do conjunto probatório, o que se extrai é que: a) a autora e o de *cujus* mantiveram relação afetiva por um longo período; b) a autora não freqüentava o ambiente familiar do falecido; c) do relacionamento não adveio prole; d) o varão era solteiro e residiu até o seu falecimento com a sua irmã; e) em nenhum período os companheiros coabitaram sob o mesmo teto ou mesmo viajaram juntos; f) os conviventes não participavam de eventos sociais na

companhia um do outro; g) inexistente registro fotográfico desse relacionamento.

Juridicamente, a união estável é tida como posse em estado de casado, para tanto, o casal deve ser visto como se casado fosse, o que não restou provado nos autos. Ao contrário, o conjunto probatório demonstrou que, não obstante tenha havido relacionamento amoroso duradouro entre a Sra. V. F. de S. e o Sr. S. de C. C., o mesmo não externou, durante a sua existência, o firme e ostensivo propósito de fundação de núcleo familiar.

As atitudes do falecido denotam preocupação em não dar publicidade ao relacionamento vivenciado com a promovente. Do depoimento da autora em audiência, extraímos as seguintes passagens, que nos levam a essa conclusão: “*que o promovido sempre fez segredo do relacionamento que mantinha com a promovente*”, “*que ele sempre se preocupava para depoente mudar de endereço com receio que a irmã pudesse descobrir (...)*” (SIC).

Com efeito, não se pode conciliar com a intenção de constituir um núcleo familiar, a atitude do falecido, homem maduro que era, mesmo solteiro e estabelecido financeiramente, de residir com a sua irmã até o seu falecimento. Não que a fixação de residência conjunta seja essencial à caracterização da União Estável, mas demonstraria de forma cabal o intuito de vida em comum.

Merece destaque o fato de que a alegação de dependência econômica também não encontra-se provada nos autos, pois, a entrega de dinheiro, por meio de um envelope (fl. 120), presentes como um telefone e um carro (fls. 111, 112 e 120), uma grade de ferro para o apartamento em que residia a autora (fl. 18) e um terreno no parque da paz (fl. 112) não são suficientes para tanto. Quantas vezes vemos casos de pessoas abastardas mais velhas que ajudam “generosamente” financeiramente moças mais jovens com as quais se relacionam. Daí a extrair a ilação de uma união estável há uma enorme diferença.

Ressalte-se ainda que, conforme consta dos autos, foi a irmã do *de cujus* que esteve presente às suas internações hospitalares e o acompanhou durante o seu tratamento médico e enterro, comportamento este normalmente praticado pelo consorte, quando a pessoa é casada (ou companheira, quando estável a união).

Segundo a legislação Civil, não basta que o relacionamento entre um homem e uma mulher seja monogâmico, público, duradouro e estável para que seja reconhecido como entidade familiar. É imprescindível que ambos tenham a vontade dirigida para a constituição de família.

No caso, os testemunhos prestados em audiência corroboram em atestar o vínculo de mero namoro da autora com o falecido. Nesse sentido, merecem destaques os depoimentos das testemunhas da autora, Sra. Francisca Campos da Silva e Nadja Betanha Pitombeira, ao dizerem: “*que eles namoraram por mais de 20 anos*” (fl. 125), “*que nesse período em que ela namorava*

com ele, ela não chegou a namorar com outro” (fl. 125) e “que nesse período do relacionamento deles a autora não teve outros namorados e só vivia exclusivamente para ele” (fl. 127).

A jurisprudência assim vê o namoro prolongado, diferenciando-o de eventual União estável:

UNIÃO ESTÁVEL – INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE VIDA EM COMUM OU ‘ANIMUS’ DE CONSTITUIÇÃO FAMILIAR – CONFIGURAÇÃO DE MERO NAMORO COM LONGA DURAÇÃO – PEDIDO IMPROCEDENTE. A declaração judicial de existência de União Estável deve atender alguns requisitos de ordem subjetiva – vontade de constituição familiar – e objetiva – vida em comum por longo período de tempo. Caso a parte autora não logre êxito em comprovar que os dois critérios se faziam presentes na relação, não há que se falar em sociedade de fato, mas em simples relação de namoro, por mais longo que seja o período. Por certo que a União Estável depende da comunhão de momentos mais íntimos, não só de frequência a festas e clubes, mas também de união nos momentos de doenças e tristezas. Comprovada a moradia em separado, a falta de vontade de unir-se em vida em comum, embora não havendo nenhum impedimento, bem como comprovado que nas internações hospitalares o de cujus era assistido pelos irmãos, com quem morava, e não por aquela que se revela apenas como namorada, não é de ser reconhecida a União Estável.”² (negritei)

UNIÃO ESTÁVEL NÃO RECONHECIDA. INEXISTÊNCIA DE PROVA DA CONVIVÊNCIA PÚBLICA, CONTÍNUA E DURADOURA, ESTABELECIDA COM OBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. 1. Não se reconhece a União Estável senão houver prova da convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com objetivo de constituir família. 2. Em outras palavras, é preciso separar o joio do trigo, pois não se pode confundir um simples relacionamento amoroso, por mais profundo que seja, com a União Estável, que tem requisitos e pressupostos estabelecidos em lei (art. 1.723 do Código Civil).³ (negritei)

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL COM ALIMENTOS. RELACIONAMENTO CARACTERIZADO COMO NAMORO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS

INFORMADORES DA UNIÃO ESTÁVEL, SOBRETUDO O OBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. - “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família” (CC, art. 1.723). Na ausência de prova de que o casal tenha mantido convivência pública, contínua e duradoura, com o objetivo de constituir família, e não simples namoro, ônus este que competia à autora, não há como reconhecer a existência de união estável.⁴ (negritei)

CIVIL. FAMÍLIA. DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO CUMULADA COM PRETENSÃO ALIMENTAR. CONCUBINATO IMPURO. NÃO-CARATERIZAÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. RECURSO DESPROVIDO. As relações despidas da intenção de formar família, como ocorre nas adúlterinas ou em simples NAMORO, ainda que prolongado, não se confundem com união estável E, por isso, não geram direito a alimentos.⁵ (negritei)

Destarte, é imprescindível prova contundente de que o relacionamento entre os envolvidos foi mais do que um namoro, ônus que competia à autora, que não se desincumbiu de provar que a sua ligação com o *de cujus* revestia-se dos requisitos necessários a caracterizar união estável. Faltou comprovação de vida em comum com aparência de casamento, a publicidade de uma união como se casados fossem.

Ante o exposto, conheço de ambos os recursos de apelação, dando provimento ao apelo manejado pelo Espólio do Sr. S. de C. C. e improvido o interposto pela Sra. V. F. de S., para o fim de reformar na íntegra a sentença vergastada, invertendo os ônus sucumbenciais.

Entretanto, ressalto aqui a suspensão da exigibilidade da obrigação (custas e honorários) imposta à Autora, pelo prazo de cinco (05) anos, em face da gratuidade judicial de que a mesma é beneficiária (Lei 1060/50, art. 12).

É o meu voto, que submeto à consideração de meus ilustres pares.

Fortaleza, 30 de setembro de 2009.

¹*in União Estável, Revista do Advogado n° 58, AASP, São Paulo, março/2000.*

²*TJMG, AC 1.0024.05.774608-3/001, Relatora Desa. Vanessa Verdolim Hudson Andrade, j. 26.05.2009., DJ 10.07.2009*

³*TJAC; AC 2007.001532-5; CCível; Rel. Miracela Lopes, j. 04.10.2007*

⁴*TJSC, AC 2008.048775-6, Relator juiz Henry Petry Júnior, j. 27.02.2009*

⁵*TJSC, AC 2002.023451-1, Rel. Luiz Carlos Freyesleben, j. 28.10.2004*

RESTAURAÇÃO DE AUTOS Nº. 2006.0028.8513-1/0
REQUERENTES: ROMCY S/A INDÚSTRIA E COMÉRCIO E OUTROS
REQUERIDOS: JOSÉ CARLOS DE SOUSA E OUTROS
RELATOR: DESEMBARGADOR ADEMAR MENDES BEZERRA

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. RESTAURAÇÃO DE AUTOS. PROCESSAMENTO NO TRIBUNAL. FALTA DE CONCORDÂNCIA EXPRESSA DE UM DOS REQUERIDOS. NÃO-CONTESTAÇÃO. ASSISTÊNCIA SIMPLES. PERDA DO PRAZO. INTELIGÊNCIA DO ART. 1.065, CAPUT E SEU § 2º C/C ARTS. 803, 191 E 52, TODOS DO CPC. HABILITAÇÃO DE ESPÓLIO. DIREITO PATRIMONIAL. DESNECESSIDADE DE CITAÇÃO DOS HERDEIROS.

- Hipótese em que, a despeito de um dos requeridos não ter concordado expressamente com o pedido de restauração, ratificou o conteúdo de várias peças acostadas, respondendo, por outro lado, a destempo, dêz que a assistência simples não enseja a contagem em dobro do prazo, sem contar o fato de que todos os assistentes já tivessem sido ouvidos e concordado com os termos da restauração.

- Versando a demanda sobre direito patrimonial, como *in casu*, ao espólio, representado por seu inventariante, cabe figurar em um dos pólos da ação, despicienda a citação dos herdeiros.

- Restauração aceita.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Restauração de Autos nº. 2006.0028.8513-1/0, em que figuram as partes acima referidas, acordam os Srs. Desembargadores integrantes da Turma Julgadora da Segunda Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em julgar procedente o pedido restauratório, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza-CE, 15 de julho de 2009.

RELATÓRIO

Trata-se de Ação de Restauração de Autos proposta por ROMCY S/A INDÚSTRIA E COMÉRCIO, JOSÉ ROMCY e ANTÔNIO ROMCY, em face de JOSÉ CARLOS DE SOUSA, falecido no decorrer do processo, e REGIBEL – COMÉRCIO DE DISCOS LTDA, CASA NOVIDADE DO MILÊNIO LTDA e COMERCIAL RABELO SOM & IMAGEM LTDA, assistentes da parte promovida.

Alegam, em síntese, os demandantes, que os autos desapareceram no interior deste sodalício (estando o processo em grau de apelação), não tendo sido encontrados até o momento, mas que, por zelo profissional, possuíam cópias de todas as peças, fazendo-as acostar à exordial.

Requerem a retomada do feito principal, onde figuram como apelados, argumentando que as cópias em apreço podem perfeitamente substituir as dos autos desaparecidos, por serem “capa a capa”, representando, assim, autos suplementares.

Juntados, os documentos de fls. 05/601.

À fl. 604, foi autorizada, pela Presidência desta augusta Casa, a distribuição, por dependência, dos presentes autos a esta Relatoria, determinando-se, em seguida, a citação dos requeridos (fl. 613).

Resposta de REGIBEL – COMÉRCIO DE DISCOS LTDA (fl. 615), instruída com a documentação de fls. 616/660.

Resposta de COMERCIAL RABELO SOM & IMAGEM LTDA (fl. 662), instruída com a documentação de fls. 663/703.

Resposta de CASA NOVIDADE DO MILÊNIO LTDA (fl. 705), instruída com a documentação de fls. 706/745.

Petições dos autores (fls. 747/749 e 751/753), requerendo o recebimento das cópias ofertadas, como autos suplementares, e o prosseguimento do feito, tudo na forma do art. 1.063, parágrafo único do Código de Processo Civil.

Designada audiência para assinatura e posterior homologação do auto de restauração (fl. 762), verificou-se a ausência de JOSÉ CARLOS DE SOUSA – oportunidade em que foi dito haver falecido o réu –, além do não-comparecimento de CASA NOVIDADE DO MILÊNIO LTDA e COMERCIAL RABELO SOM & IMAGEM LTDA (cuja citação não se efetivou, conforme informação de fl. 772), tomando-se, para logo, a anuência dos autores e do representante de REGIBEL – COMÉRCIO DE DISCOS LTDA (fls. 774/775), presentes àquele ato.

Petição dos autores (fls. 777/778), informando que o Espólio de José Carlos de Sousa tem como inventariante a sua esposa, ARACI TEREZINHA CALLEGARI DE SOUSA, sendo a CASA NOVIDADE DO MILÊNIO LTDA “diretamente ligada à citada inventariante”, pelo que procederam à juntada, como prova, dos documentos de fls. 779/792.

Nova petição dos autores (e documentos) de fls. 794/803, alertando para o uso indevido do imóvel objeto da demanda principal e requerendo providências, fato reiterado às fls. 814/817.

Às fls. 819/820, foi colhida a anuência de COMERCIAL RABELO SOM & IMAGEM LTDA.

Tendo em vista cópia da certidão de óbito dormitante à fl. 785, o processo restou suspenso (fl. 828), de cuja decisão foi interposto, pelos autores, agravo regimental (fls. 830/834).

Referido recurso, então, foi parcialmente provido, determinando-se o prosseguimento do feito, com a citação por hora certa do ESPÓLIO DE JOSÉ CARLOS DE SOUSA e intimação para se habilitar no processo, indeferindo-se, contudo, o pleito dos autores de substituição do acervo oficial pelas cópias ofertadas (fls. 840/844).

Posteriormente, o Espólio de José Carlos de Sousa foi citado na pessoa da inventariante Araci Terezinha Callegari de Sousa, o que se deu por meio de mandado (fl. 847, verso).

Resposta do ESPÓLIO DE JOSÉ CARLOS DE SOUSA, por sua inventariante (fls. 852/854), requerendo a respectiva habilitação, bem como o chamamento dos demais herdeiros, no caso, filhos do falecido réu, e trazendo aos fólios, outrossim, os documentos de fls. 855/943.

Enfim, nova petição dos autores (fls. 946/957), pleiteando providências quanto ao depósito do valor dos aluguéis ali existentes.

Relatei o essencial.

VOTO

Senhor(a) Presidente, de início, faz-se mister tecer breves comentários acerca da assim chamada ação de restauração de autos.

Com a clareza que lhe é peculiar, ensina HAMILTON DE MORAES E BARROS, jurista de escol, nos magníficos COMENTÁRIOS AO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (Rio de Janeiro: Forense, Vol. IX, pp. 338 e ss.), *expressis verbis*:

“Se bem que possa existir e subsistir o processo sem autos, pois que o desaparecimento dos autos não faz desaparecer ou acabar o processo, a realidade é que os autos dão corpo ao processo e o espelham. Leiam-se os autos e estará conhecido o processo.

A importância dos autos é, assim, enorme.

São eles a prova da existência e do conteúdo do processo. Registram a controvérsia e tudo que possa ser influente na solução do litígio. Nada poderá o juiz considerar que não esteja nos autos. *Quod non est in actis, non est in mundo*.

(...)

Se existem os suplementares, não há por que restaurar os autos originais. O pressuposto da restauração é a ausência dos autos suplementares.

O princípio é de que todos os autos são restauráveis. Sua perda ou extravio, não é irremediável.

O remédio é, exatamente, a ação de restauração de autos, que pode ser promovida por qualquer das partes. É ação contenciosa, mas acessória da ação cujos autos do processo desapareceram ou foram destruídos, vindo daí que será proposta perante o juízo da causa principal, conforme regra consignada no art. 108.

(...) nos colegiados, é o relator quem processa e o juízo colegiado que julga. Nem o colegiado processa coletivamente, nem o relator por ele julga sozinho, monocraticamente. A decisão é coletiva. O julgamento é do colegiado onde se deu o desaparecimento, votando todos os seus juízes.”

Assim, considerada a natureza jurídica, de ação acessória, do procedimento restauratório, e o fato de que o desaparecimento dos autos primitivos, realmente, se deu no interior deste sodalício, em grau de apelação (ver ofício de fls. 07/08, que equivale à certidão do efetivo desaparecimento, a ser expedida pelo escrivão – CPC, art. 141, V), manda a lei (id., art. 1.068) que a demanda seja distribuída ao relator do processo, o que foi feito, sem destoar, igualmente, da regra regimental específica (RITJCE, art. 155).

Por outro lado, o mesmo Regimento Interno do e. TJCE determina, no art. 28, III, que compete às Câmaras Cíveis Isoladas, nos processos de sua competência, “julgar a restauração de autos perdidos”, na esteira, como visto, do magistério do Professor Hamilton de Moraes, sendo, pois, “o juízo colegiado que julga”.

Agora, o que se não podia, como queriam os requerentes, era receber as cópias ofertadas por uma só das partes, tomando-as por verdadeiras, e considerá-las como se fossem autos suplementares, tornando despicienda a restauração.

Rechaçando a aludida tese, decidiu a colenda Segunda Câmara, acertadamente, em sede de agravo regimental (fls. 840/844):

“EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM SEDE DE PROCEDIMENTO DE RESTAURAÇÃO DE AUTOS DE APELAÇÃO CÍVEL. SUSPENSÃO DO PROCESSO EM FACE DA MORTE DE UMA DAS PARTES. DESNECESSIDADE CONFIGURADA NA ESPÉCIE. PRETENSÃO DE VALIDAR, COMO ORIGINAIS, AS PEÇAS APRESENTADAS POR UM SÓ DOS INTERESSADOS, SEM QUE SEJA FORMALIZADA A RESTAURAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PEDIDOS OUTROS REITERADOS NO BOJO DO REGIMENTAL. NÃO CABIMENTO. CONHECIMENTO E PROVIMENTO PARCIAIS.

- Hipótese em que, ante a suspeita de ocultação da parte promovida, o processo deve prosseguir com a citação/intimação, por hora certa, do espólio, a fim de que se habilite nos autos e, querendo, se manifeste sobre o procedimento restauratório.

- Todavia, não é lícito validar, como originais, as peças apresentadas por um só dos interessados, sem que haja a competente restauração, uma vez que os autos suplementares de que tratam os arts. 159, § 1º e 1.063, parágrafo único do CPC constituem acervo oficial, a cargo da secretaria do juízo, não podendo ser simplesmente substituídos por cópias ofertadas por qualquer dos litigantes.

- Ademais, não é cabível inovar na seara recursal com pedidos outros que extrapolem o âmbito de devolutividade próprio do agravo interno.

- Regimental em parte conhecido e, nesta parte, parcialmente provido.” (Grifou-se).

Feitas essas considerações preliminares, é de bom alvitre salientar que a cognição dos julgadores, aqui, é restrita, dado que “Na restauração de autos, ‘não cabe discussão sobre qualquer ponto de direito ou de fato da causa principal’ (STF-RT 606/220, *apud* Theotonio Negrão e José Roberto Ferreira Gouvêa, *in* CPC etc., 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 943, NT. “1a” ao art. 1.065).

O que se discute nesta seara, portanto, é basicamente a higidez da reconstituição dos autos desaparecidos, tanto que o art. 1.067 da Lei Adjetiva Civil reza textualmente que “Julgada a restauração, seguirá o processo os seus termos”.

Pois bem. Ainda com supedâneo na doutrina do Mestre e eminente Desembargador (aposentado) do extinto Estado da Guanabara, ao comentar o disposto no art. 1.065 do CPC (ob. cit., pp. 344/345):

“A primeira e mais desejada opção da parte citada para a restauração é a sua concordância com a exposição do estado da causa feita pelo promovente da restauração, na inicial.

Se essa concordância ocorrer, acolhendo os citados a exposição e os dados fornecidos na inicial, será lavrado o auto do acordo, que, depois de assinado pelas partes e de homologado pelo juiz, suprirá o processo desaparecido. Essa concordância tem de ser expressa, pois que vale como confissão.

(...)

A concordância, entretanto, é uma das atitudes que podem ter os réus na ação de restauração. As outras são de contestação total, a contestação parcial, que equivale à concordância parcial, e a não-contestação. Qualquer delas mantém a contenda da restauração e vai obrigar a percorrer-se todo o caminho deste procedimento especial e sumário, que é o do art. 803...

Como se dispõe ali, não sendo contestado o pedido, presumir-se-ão aceitos pelo requerido, como verdadeiros, os fatos alegados pelo requerente, caso em que o juiz decidirá em cinco dias...”

Houve, na espécie, em um primeiro momento, concordância dos assistentes do réu, restando frustrada, porém, a homologação do acordo (com a lavratura do respectivo auto), tendo em vista a não-contestação do promovido, o que é bem diferente da aceitação expressa, como dito alhures.

Com efeito, às fls. 615, 662 e 705, os assistentes REGIBEL – COMÉRCIO DE DISCOS LTDA, COMERCIAL RABELO SOM & IMAGEM LTDA e CASA NOVIDADE DO MILÊNIO LTDA, respectivamente, ratificaram as peças acostadas, requerendo a juntada de outros documentos para facilitar a restauração, o que foi, posteriormente, aceito, de maneira expressa, pelos autores e por REGIBEL – COMÉRCIO DE DISCOS LTDA (fls. 774/775), bem como por COMERCIAL RABELO SOM & IMAGEM LTDA (fls. 819/820), tendo sido certificado nos autos, pelo meirinho, não mais existir CASA NOVIDADE DO MILÊNIO LTDA (fl. 805, verso).

Faltava a aquiescência do ESPÓLIO DE JOSÉ CARLOS DE SOUSA. Nesse particular, destaque-se, por oportuno, trecho do julgamento do Agravo Regimental acima referido, em que é perfilhado o seguinte:

“...Embora não se possa dizer, como apregoam os agravantes, que é visível a esquiva do espólio, por sua inventariante e viúva de JOSÉ CARLOS DE SOUSA, Senhora ARACI TEREZINHA CALLEGARI, o fato é que faz mais de ano que se tenta dar-lhe conhecimento dos termos da presente restauração de autos, sem que tenha sido possível fazê-lo (ver fls. 762 e ss.).

À fl. 805v, por exemplo, consta certidão do merinho, atestando que a viúva do *de cujus* estava temporariamente na cidade de Porto Alegre/RS, sem que o seu filho, ali presente, se dignasse a fornecer o novo endereço de sua genitora. Noutra oportunidade, a firma supostamente administrada pela família da viúva já não funcionava mais no local indicado (cf. fl. 810v). Enfim, às fls. 819/820, o advogado da RABELO (...) declarou em juízo que a Dona Araci sempre se encontrou no mesmo local onde restaram frustradas as tentativas de sua intimação, estando, aliás, a construir um shopping no imóvel em disputa.

Assim, convenço-me da tentativa de ocultação da inventariante, merecendo, portanto, ser aclarada e integrada a sobredita decisão para que fique consignada a determinação no sentido de ser citado e intimado, POR HORA CERTA, o ESPÓLIO DE JOSÉ CARLOS DE SOUSA, na pessoa da inventariante ARACI TEREZINHA CALLEGARI, a fim de que, dentro do prazo de 5(cinco) dias, se habilite nos autos e, querendo, responda ao presente procedimento restauratório, tudo nos termos do art. 1.065 c/c arts. 227 e ss. do CPC, dando-se, então, regular prosseguimento ao feito.”

Eis que –, ao se dar cumprimento ao comando decisório ali expresso, com a citação/intimação por hora certa do indigitado réu –, a inventariante “resolve aparecer”, dando-se pessoalmente por citada e intimada logo na primeira “investida” do(a) Oficial(a) de Justiça, como se vê da certidão aposta no mandado de fl. 847, tornando-se ociosa, por óbvio, a citação/intimação por hora certa, tal como declarado no despacho de fl. 849.

Já em sua resposta (às fls. 852/854), a despeito de o Espólio, pela inventariante, não ter concordado expressamente com o pedido de restauração, ratificou o conteúdo de várias peças acostadas, não se insurgindo em nenhum momento quanto à fidedignidade dos documentos até então anexados; ao contrário, requereu a juntada de cópias que já estavam presentes nos autos do procedimento restauratório, como a sentença recorrida e as manifestações do réu em contestação, embargos e apelação (ver fls. 879/943), daí a razão de a contraparte não haver sido intimada, vez que não se tratasse de documentação nova.

Afora isso, limitou-se o Espólio a requerer sua habilitação no feito, com a citação dos dois filhos do falecido réu, por ser medida que, segundo argumentou, observaria “o devido processo legal”.

Acontece que “O espólio será autor ou réu nas ações que versem sobre direitos patrimoniais envolvendo a massa...” (Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, *in* CPC Comentado etc., 4. ed. São Paulo: RT, 1999, p. 1360, comentando o art. 1.060 do *Codex*), sendo representado pelo inventariante.

No caso, a demanda principal não constitui ação de estado, referindo-se, ao contrário, a pedido de resolução de contrato de compra e venda de imóvel, o qual poderá ser declarado, afinal, *ad argumentandum tantum*, pertencente ao acervo do *de cuius*.

Como se não bastasse, o réu ainda perdeu o prazo da contestação, uma vez que o mandado de citação respectivo fora juntado em 21/05/2009 (cf. fl. 846, verso), uma quinta-feira, tendo ingressado com a petição da resposta tão-somente em 01/06/2009, quando o “*dies ad quem*” do prazo de cinco dias era 26/05/2009.

Não colhe a invocação da dobra de prazo, por aplicação do disposto no art. 191 do CPC, pois que a assistência simples, como cediço, não é litisconsórcio, atuando o assistente, aí então, como mero auxiliar da parte (CPC, art. 52).

Nesse sentido:

“INTERVENÇÃO DE TERCEIROS. Assistência simples. Prazo. Contagem em dobro. Descabimento. Interpretação dos arts. 52 e 191, ambos do CPC. Apelação da assistente não conhecida...” (TACSP; Rec. 1198311-0; Terceira Câmara; Rel. Juiz Wellington Maia da Rocha; Julg. 09/03/2004).

E não há dúvida que, no caso, se trata de assistência simples, já que os ditos assistentes são, na realidade, locatários do réu, mantendo relação jurídica, portanto, com este último, e não com os adversários deste (isto é, os autores), o que, se assim fosse, implicaria em assistência litisconsorcial, a qual equivale a um litisconsórcio ulterior, não sendo esta, absolutamente, a hipótese dos autos.

Demais disso, todos os assistentes já se tinham manifestado nos autos, perdendo, assim, completamente o sentido a concessão do prazo em dobro, aqui, pois ele já não era comum para o réu e seus assistentes, não precisando haver acordo entre os diferentes procuradores dos sujeitos processuais que integram o pólo passivo, para o fim de utilização isonômica do prazo.

Tudo leva a crer, portanto, que as cópias fornecidas pelos autores, posto não poderem subsistir como autos suplementares, foram extraídas das peças

do processo primitivo, correspondendo adequadamente aos fólhos originais (capa a capa), parecendo ser meramente protelatório, o requerimento do espólio-réu, de citação dos filhos do *de cujus*, até porque só eles se beneficiam da demora no trâmite processual, por estarem na posse do imóvel disputado.

Dessarte, seja porque não houve propriamente contestação, seja porque o ESPÓLIO DE JOSÉ CARLOS DE SOUSA peticionou a destempo e, enfim, porque as circunstâncias da causa conduzam à fidedignidade das peças acostadas, hei por bem acatar o pleito dos autores, julgando antecipadamente a lide, na forma do art. 1.065, § 2º c/c art. 803, *caput* do Código de Processo Civil, para declarar RESTAURADOS os autos da apelação cível desaparecida.

Quanto ao pleito dos autores, de fls. 946/957, desconsidero-o, neste momento, por constituir matéria estranha ao juízo de restauração, no mesmo sentido do entendimento esposado pelo colendo Superior Tribunal de Justiça, para quem, nesta seara, a cognição é parcial, só podendo versar:

“...sobre a necessidade ou não de restauração dos autos e sua adequada – fidedigna – reconstrução. Qualquer outra matéria é estranha ao juízo de restauração de autos e, se ventilada, deve ser desconsiderada” (STJ, 1ª Turma, REsp 676.265/PB, rel. Min. Luiz Fux, j. Em 17.11.2005, DJ 28.11.2005, p. 203).

Defere-se, para logo, também, a habilitação do ESPÓLIO DE JOSÉ CARLOS DE SOUSA, sendo desnecessária a abertura de prazo para impugnação dos autores, dès que eles próprios é que tiveram a iniciativa de informar sobre a inventariança (cf. fls. 777/785).

Anote-se o nome do Espólio, representado pela inventariante, ARACI TEREZINHA CALLEGARI DE SOUSA, como sucessor processual do falecido JOSÉ CARLOS DE SOUSA.

Retifique-se o nome da assistente REGIBEL – COMÉRCIO DE DISCOS LTDA, que aparece na autuação como RECIBEL.

Custas e honorários a serem definidos por ocasião do julgamento do feito principal.

Depois de publicado e registrado o acórdão, e adotadas as providências suprareferidas, voltem os autos conclusos à Relatoria para análise e julgamento do apelo restaurado.

É como voto.

Fortaleza, 15 de julho de 2009

PROCESSO Nº 2007.0014.7322-9/1
TIPO DE RECURSO: APELAÇÃO CÍVEL
APELANTE: FAZENDA PÚBLICA DO MUNICÍPIO DE FORTALEZA
RELATOR: DESEMBARGADOR FRANCISCO SALES NETO
ÓRGÃO JULGADOR: 1ª CÂMARA CÍVEL

DIREITO PROCESSUAL CÍVEL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. IMPOSTO PREDIAL E TERRITORIAL URBANO. CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA. PRESENÇA DE CRÉDITOS PRESCRITOS E NÃO PRESCRITOS. INDEFERIMENTO DA INICIAL. VÍCIO SANÁVEL. POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DO TÍTULO EXECUTIVO.

I – Tratando-se de irregularidade sanável, é vedado ao magistrado extinguir a execução sem oportunizar à Fazenda Pública a substituição da Certidão de Dívida Ativa.

II – A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que a emenda ou a substituição da CDA é uma faculdade que deve ser conferida à Fazenda Pública em casos tais, em observância ao princípio da economia e celeridade processual.

III – No caso dos autos, deve ser anulada a sentença que indeferiu a inicial sem oportunizar a substituição da CDA.

IV – Recurso conhecido e provido. Sentença anulada,

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível nº 2007.0014.7322-9/1 da 3ª Vara de Execuções Fiscais da Comarca de Fortaleza, em que figuram as partes acima aludidas.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Turma Julgadora da 1ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso para DAR-LHE PROVIMENTO, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

Cuida-se de Recurso de Apelação interposto em face de sentença da lavra do MM. Juiz de Direito da 3ª Vara de Execuções Fiscais da Comarca de Fortaleza que, em autos de execução fiscal proposta pela Fazenda Pública do Município de Fortaleza em desfavor da Construtora Casa Miúda LTDA, indeferiu a inicial, entendendo que a Certidão de Dívida Ativa (CDA) compreendia períodos prescritos e não prescritos, de modo a retirar a liquidez inerente ao título.

Inconformado com os termos da sentença, a Fazenda Pública Municipal interpôs o presente recurso com o fito de afastar o indeferimento da inicial, aduzindo como argumentos bastantes para tanto que o magistrado *a quo* deveria ter oportunizado a substituição da CDA, em vez de extinguir o feito, em homenagem aos princípios da celeridade e da economia processual.

Em parecer às fls. 51/57, a Procuradoria Geral de Justiça deixou de emitir parecer meritório, por entender desnecessária a intervenção do Ministério Público nas execuções fiscais.

É o relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

O cerne da presente demanda reside no fato de ter sido proposta execução fiscal com fulcro em Certidão de Dívida Ativa que compreendia créditos prescritos e não prescritos. Deste modo, restando prejudicada a liquidez essencial aos títulos executivos, o magistrado *a quo* indeferiu a inicial.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que a emenda ou a substituição da CDA é uma faculdade que deve ser conferida à Fazenda Pública em casos tais, em observância ao princípio da economia e celeridade processual.

Tratando-se de irregularidade sanável, é vedado ao magistrado extinguir a execução sem oportunizar à Fazenda Pública a substituição da Certidão de Dívida Ativa.

Nesse sentido são os arestos do Superior Tribunal de Justiça que trago à colação a seguir:

RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. CDA. NULIDADE. POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO. 1. Conforme a jurisprudência desta Corte, não é cabível a extinção da execução fiscal com base na nulidade da CDA, antes de citado o executado, sem a anterior intimação da Fazenda Pública para emenda ou substituição do título (REsp 745195/RS, 2ª Turma, Min. Castro Meira, DJ de 15.08.2005; REsp 796292/RS, 2ª Turma, Min. Eliana Calmon, DJ de 06.03.2006). 2. Recurso especial a que se dá provimento. (STJ - REsp REsp 887507/RS, 2ª Turma, Min. Carlos Fernando Mathias – Juiz Convocado do TRF 1ª Região, DJ de 19.06.08)

PROCESSO CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL - CDA - POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO OU EMENDA ATÉ A PROLATAÇÃO DA SENTENÇA. 1. A Fazenda Pública pode substituir ou emendar a Certidão de Dívida Ativa até a prolação da sentença, a teor do disposto no § 8º do art. 2º da Lei 6.830/80. 2. Não é possível o indeferimento da inicial do processo executivo, por nulidade da CDA, antes de se possibilitar à exequente a oportunidade de emenda ou substituição do título. 3. Recurso especial provido (STJ - REsp 755.993/SP, 2ª Turma, Min. Eliana Calmon, DJ de 10.10.05).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. IPVA. CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA. NULIDADE. VERIFICAÇÃO DOS SEUS REQUISITOS. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. EMENDA OU SUBSTITUIÇÃO DA CDA. POSSIBILIDADE ATÉ A DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. OFENSA AO ART. 2º, § 8º, DA LEF RECONHECIDA. (...). 2. A Primeira Seção deste STJ, por ocasião do julgamento dos Embargos de Divergência do Recurso Especial n. 823.011/RS, de relatoria do Ministro Castro Meira, DJ de 05/03/2007, assentou o posicionamento na linha de ser permitido à Fazenda Pública a substituição da Certidão de Dívida Ativa para especificar a origem da dívida, anotar os exercícios compreendidos e indicar o número do veículo tributado pelo IPVA, até a prolação da sentença dos embargos à execução, conforme a inteligência do § 8º do art. 2º da Lei 6.830/80. 3. No caso dos autos, verifica-se que o

juízo de primeiro grau, sem determinar a intimação do exequente para que promovesse a substituição do título, extinguiu o feito executivo por entender nula a CDA que não especificou o exercício a que se referia a dívida de IPVA e o veículo que a originou. Nesse passo, conforme entendimento assinalado, devem ter retorno os autos à origem para que seja conferida ao exequente a emenda ou a substituição da CDA. 4. Recurso especial parcialmente conhecido e provido. (STJ - REsp 820981/RS, 2ª Turma, Min. Mauro Campbell Marques, DJ de 22.08.2008)

Vale sopesar que este Colendo Tribunal vem palmilhando pela orientação suso tracejada, consoante se vê do seguinte julgado, da lavra do Eminente Desembargador Antônio Abelardo Benevides Moraes, nos autos da Apelação Cível nº 2000.0001.7182-5/1, assim ementada, *verbo ad verbum*:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA. AUSÊNCIA DE REQUISITOS. POSSIBILIDADE DE EMENDA OU SUBSTITUIÇÃO. SENTENÇA ANULADA. 1. Constatando irregularidade ou omissão da CDA, por não conter requisitos legais, deve o Juiz permitir ao exequente sua emenda ou substituição, antes de extinguir a execução, conforme art. 2º, § 8º, da Lei nº 6.830/80. 2. Sentença anulada. (TJCE. 3ª Câmara Cível Julg. Em 27/11/2006)

A medida busca privilegiar o princípio da economia processual, ao possibilitar o seguimento da demanda executiva já instaurada, após correção ou modificação do título, evitando a anulação de todo o processo de execução, para, a seguir, ser intentado outro, entre as mesmas partes, tendo por base o título emendado ou substituído.¹

Ao impulso dessas considerações é que dou provimento ao recurso interposto para anular a sentença vergastada, e determinar o retorno dos autos ao Juízo de origem, a fim de que seja facultada ao Exequente a substituição ou emenda da certidão da dívida ativa, prosseguindo a ação executiva.

Sem sucumbência nesta fase.

Fortaleza, 27 de julho de 2009.

¹Execução Fiscal: doutrina e jurisprudência / Manuel Álvares; coordenação Vladimir Passos Freitas. São Paulo, Ed. Saraiva, 1998, página 31

PROCESSO Nº 2007.0015.0198-2/1

APELANTE: BANCO BRADESCO S.A.

APELADA: CRISTINA MARIA MONTEIRO DE BARROS

RELATOR: DES. FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA

DIREITO DO CONSUMIDOR. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CITAÇÃO DA EMPRESA RÉ EM PESSOA QUE NÃO DETÉM PODERES PARA REPRESENTÁ-LA. SITUAÇÃO NÃO INFORMADA NO MOMENTO DA CITAÇÃO. VALIDADE DO ATO. TEORIA DA APARÊNCIA. DEFERIMENTO DA JUSTIÇA GRATUITA QUANDO DA PROLAÇÃO DA SENTENÇA. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. REVELIA DO RÉU. VEROSSIMILHANÇA DOS FATOS NARRADOS NA INICIAL. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. CABIMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL CONSTATADA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS EXORBITANTE. NECESSIDADE DE REDUÇÃO.

1. Em homenagem à teoria da aparência, a citação de pessoa jurídica, quando realizada por oficial de justiça, perfaz-se com a entrega do mandado a agente da empresa ré, ainda que sem poderes para representá-la, quando este não nega a qualidade de representante no momento do ato.

2. Por ser mera irregularidade, não trazendo prejuízo a quaisquer das partes, o deferimento dos benefícios da justiça gratuita na sentença não gera qualquer nulidade.

3. Decretada a revelia do promovido, é cabível o

juízo antecipado da lide quando conjugadas as seguintes circunstâncias: verossimilhança das asserções do autor da demanda e presença de documentação indispensável para o deslinde da causa.

4. Havendo a inscrição indevida do nome do consumidor em cadastro de inadimplentes, por conta de dívidas já adimplidas, é prescindível a comprovação do abalo moral sofrido, por ser o dano constatado de plano, comumente chamado de dano *in re ipsa*.

5. Não apresentando as circunstâncias da lide qualquer motivo que justifique a fixação do *quantum* indenizatório em patamar exorbitante, deve aquele ser reduzido para se adequar aos valores aceitos e praticados pela jurisprudência desta Corte.

6. Recurso conhecido e parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Acordam os integrantes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por uma de suas Turmas, unanimemente, em conhecer da apelação, para dar-lhe parcial provimento, de conformidade com o voto do Relator.

Fortaleza, 22 de junho de 2009.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação cível interposta pelo Banco Bradesco S.A., em face de sentença proferida pelo Juízo da 11ª Vara Cível, nos autos da Ação de Reparação de Danos Morais nº 2007.0015.0198-2, movida pela Sra. Cristina Maria Monteiro de Barros.

Na inicial, asseverou a promovente/apelada, em síntese, que:

a) adquiriu empréstimo pessoal junto ao extinto Banco do Estado

do Ceará - BEC, cuja quitação dar-se-ia por consignação em folha de pagamento junto ao Tribunal de Justiça;

b) mesmo sendo procedido os respectivos descontos em folha, foi notificada pelo Banco Bradesco S/A, sucessor da instituição bancária supra, sob a alegação de que estaria inadimplente com a dívida assumida, motivo pelo qual seu nome restou inscrito em cadastro de inadimplentes;

c) ao dirigir-se à agência bancária, com o propósito de se livrar da restrição, assinou um aditivo ao contrato, atualizando os valores devidos, momento em que pleiteou a cópia do contrato original.

d) entretanto, ainda assim, teve seu nome novamente incluído na lista do SERASA, fato que teria ensejado o cancelamento de seu contrato de cheque garantido junto ao Banco do Brasil, acarretando, por conseguinte, a devolução de vários cheques sacados nesta instituição, cujo montante somariam aproximadamente R\$ 5.300,00 (cinco mil e trezentos reais).

e) desta forma, em razão do ato ilícito praticado, pleiteou a condenação da empresa ré pelos danos morais que lhe foram causados.

Distribuídos os autos à 10ª Vara Cível, a Juíza processante deu-se por suspeita para conduzir a causa, determinando a remessa dos autos a seu substituto legal.

Deferida tutela antecipada às fls. 31-2, ordenando ao promovido a retirada do nome da autora de cadastro de inadimplentes e a apresentação do contrato original firmado entre as partes.

O réu apresentou contestação às fls. 36-67.

A demandante interpôs réplica à contraminuta às fls. 91-5.

O Magistrado singular proferiu sentença às fls. 97-102, concedendo, inicialmente, os benefícios da justiça gratuita à promovente e decretando a revelia da empresa bancária, por ter apresentado contrarrazões intempestivas, na oportunidade em que julgou procedente a ação, condenado o Banco Bradesco S.A. a indenizar a consumidora em R\$ 298.500,00 (duzentos e noventa e oito mil e quinhentos reais), a título de danos morais.

Insurgindo-se contra o decisório supra, aduz a instituição bancária:

- a) ter sido irregular a decretação da revelia, dada a nulidade da citação, posto que realizada em pessoa que não deteria poderes para representar a judicialmente o banco réu;
- b) a invalidade do prosseguimento do feito sem o pagamento das custas processuais pela autora, que sequer teria peticionado os benefícios da justiça gratuita, situação que levaria ao indeferimento da petição inicial;
- c) ainda que decretada a revelia, tal desiderato não seria suficiente para a procedência da ação, posto que os elementos trazidos aos autos seriam suficientes para inferir a licitude da inscrição da requerente no SERASA;
- d) alega que dado à alteração da instituição bancária na qual eram depositados os salários da impetrante, do Banco do Estado do Ceará para o Banco do Brasil, o Bradesco, sucessor do BEC, não mais recebeu a quantia acertada do Tribunal de Justiça, referente aos descontos em folha de pagamento, sendo, portanto, obrigação da consumidora efetuar o adimplemento da dívida no próprio banco credor, ora apelante, fato que não teria ocorrido;
- e) alternativamente, não logrando êxito nas argumentações em tablado, pleiteia o recorrente a redução da indenização fixada a título de danos morais, por considerar excessivo o valor de R\$ 298.500,00 (duzentos e noventa e oito mil e quinhentos reais).

Instada a se manifestar, a apelada contra-arrazoou o recurso às fls. 139-155, ratificando os termos da réplica à contestação.

É o relatório.

Ao e. Revisor.

Fortaleza, 09 de junho de 2009.

VOTO

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

Inicialmente, discorro sobre as questões prejudiciais apontadas pelo recorrente.

Afirma a instituição de crédito que a autora não requereu os benefícios da justiça gratuita em sua demanda, como também o Magistrado *a quo* não os concedera quando do deferimento da tutela antecipada de fls. 31-2, fato que motivaria o indeferimento da petição inicial, com o respectivo cancelamento da distribuição do feito, nos moldes do art. 257 do Código de Processo Civil.

Tais ponderações, entretanto, não encontram respaldo, posto que a promovente, ao contrário do aduzido pela empresa bancária, requereu expressamente os auspícios da justiça gratuita à fl. 04 de sua vestibular. Ademais, o fato de não ser concedido o benefício na primeira oportunidade em que despachado o processo, não gera preclusão, podendo o Judicante deferi-lo em outro momento, como de fato ocorreu nos autos, quando da prolação da sentença (fl. 100).

A omissão quanto à análise do pedido em tela, *initio litis*, em nada prejudicou o demandado, logo, pelo princípio da instrumentalidade das formas, não há falar em nulidade, de acordo com os arts. 244 e 249, §1º, do CPC.

Tocante à segunda questão levantada, afirma-se que a citação do banco réu foi realizada nesta Capital, na pessoa do Sr. José Amilcar, que, contudo, não deteria poderes para representar a instituição. Asseverou-se que o ato deveria ser procedido em Osasco/SP, sede do Banco Bradesco S.A., na pessoa de Polyana Carina de Almeida Silva, advogada do corpo jurídico do recorrente, sob pena de invalidade.

Ora, verifica-se à fl. 35 que o mandado de citação foi recebido pela pessoa supracitada, sendo aposto no documento carimbo da instituição bancária e matrícula do referido funcionário – nº 103316. Consta, outrossim, certidão do oficial de justiça que realizou a diligência, afirmando que entregou a contra-fé e as demais cópias “ao Sr. José Amilcar, representante da referida instituição financeira”. Não há nos autos qualquer elemento que evidencie que este servidor não possuía poderes para representar a empresa ou que tenha asseverado tal circunstância ao receber o mandado citatório.

Sobre o tema, a jurisprudência pátria, aplicando a teoria da aparência, consolidou-se no sentido de admitir válida a citação de pessoa jurídica realizada em agente de seus quadros que, mesmo sem poderes para representá-la, recebe a citação sem qualquer ressalva quanto a esta circunstância. Nesse sentido:

CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO ORDINÁRIA. DANO MORAL.
CITAÇÃO. VALIDADE. TEORIA DA APARÊNCIA. CPC, ART.

215. I. Válida a citação feita via mandado no domicílio da ré e lá recebida por funcionária sua, sem qualquer ressalva. Aplicação da teoria da aparência. II. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 931.360/MA, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, *DJE* 29/09/2008).

Confirmam-se ainda: AgRg no Ag 989.921/SP, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, *DJE* 05/09/2008; AgRg no Ag 909.383/RJ Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, *DJE* 03/03/2008.

Por tais considerações, rejeito as preliminares suscitadas, julgando válida a citação de fl. 35 e o decreto de revelia expedido pelo Juízo monocrático, por reputar intempestiva a contestação do apelante.

Ultrapassados estes pontos, discorro sobre as teses concernentes ao mérito da ação principal.

Para a comprovação da responsabilidade civil, apta a ensejar a condenação do recorrente a indenizar a apelada por eventuais danos morais sofridos, faz-se mister a presença dos seguintes requisitos: conduta ilícita, dano e nexo causal.

Quanto à primeira condição, reputou-a presente o Juiz singular por considerar indevida a inscrição da promovente em cadastro de restrição ao crédito, motivada pela cobrança de dívida já quitada perante a instituição financeira.

De acordo com a documentação juntada pela autora às fls. 16-7, ficou comprovado que esta firmou em abril de 2005 um contrato de empréstimo pessoal junto ao extinto Banco do Estado do Ceará – BEC, cujo adimplemento da dívida dar-se-ia por consignação em folha de pagamento junto ao Tribunal de Justiça. Do aditamento ao pacto ajustado em janeiro de 2007, depreende-se que o saldo devedor seria amortizado em prestações fixas de fevereiro de 2007 a junho de 2008.

Por outro lado, foram colacionados os contra-cheques da requerente certificando que de janeiro a maio de 2007 foram procedidos descontos de seus vencimentos para quitação de empréstimo junto ao BEC (fls. 18-22).

Às fls. 23-4 estão acostadas as notificações expedidas pelo SERASA dando conta da inscrição do nome da consumidora, realizada em maio de 2007, em razão de dívida vencida em abril de 2007 e junho de 2006, a pedido do Banco Bradesco S.A.

Às fls. 26-9 há extratos emitidos pelo Banco do Brasil, dos quais se

induz que foi cancelado o cheque especial da correntista após sua inscrição no cadastro em epígrafe, ensejando a devolução de três cheques.

Tendo em vista, portanto, as asserções da promovente, corroborada com a documentação anexada à inicial, dada a verossimilhança das alegações, presume-se que a dívida contraída com a instituição bancária foi devidamente descontada nos respectivos contra-cheques, débito este que serviu de motivo para a inscrição indevida da autora em cadastro de inadimplentes.

Nesse diapasão, por estar demonstrado, *prima facie*, o fato constitutivo do direito da requerente, cabia ao réu, nos termos do art. 333, II, do Código de Processo Civil, o ônus de comprovar alguma circunstância extintiva do aludido direito, como a legitimidade da inscrição negativa levada a efeito.

O momento adequado para tal desiderato seria a contestação, quando poderia o apelante impugnar os fatos narrados na vestibular. Contudo, dada a revelia decretada, restara preclusa a oportunidade de serem contrastados os fatos afirmados pela recorrida, que não de ser reputados como verdadeiros, nos dizeres do art. 319 do CPC.

Apenas quando absurdas as aduções levantadas pelo autor ou desacompanhadas da documentação pertinente, não se aplica o efeito material da revelia, inerente à presunção de veracidade dos acontecimentos descritos na inicial. *In casu*, como já exposto, tanto as afirmações são plausíveis como foram acostados os documentos necessários à comprovação do asseverado.

De outro modo, ainda que fossem considerados os argumentos lançados na peça contestatória, formulada intempestivamente, não prosperariam os argumentos da defesa, à mingua de comprovação e respaldo legal.

Afirmou o apelante que embora tenha sido descontada nos contracheques da demandante a quantia devida, o montante não fora repassado para a instituição bancária, cabendo à consumidora, então, ter diligenciado a respeito e providenciado o adimplemento do débito no estabelecimento do próprio credor.

Este fundamento, contudo, além de não estar comprovado nos autos, não ilidiria a responsabilidade do réu, por ser obrigação deste, tendo em vista a teoria do risco, inerente à responsabilidade objetiva presente nas relações de consumo, averiguar a razão da suposta falta dos repasses, abrindo procedimentos para sanar a falha, inclusive comunicando à apelada sobre a circunstância.

Infirmada, portanto, a assertiva de inexistência de conduta ilícita, passo a discorrer sobre a adução de não estar demonstrada a ocorrência do dano moral.

A jurisprudência pátria, tratando de inscrição indevida em cadastro de inadimplentes, consolidou-se 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. É o que se convencionou chamar de dano *in re ipsa*.

Quanto ao nexos causal, extrai-se este de plano, na medida em que a inscrição da consumidora no SERASA deu-se a pedido da empresa apelante, por conta de dívidas já adimplidas.

Sendo incontestado, portanto, a responsabilidade civil imputada ao Banco Bradesco S.A., trato, agora, sobre seu pedido alternativo, concernente à redução do *quantum* indenizatório.

Como é sabido, a indenização por danos morais tem como objetivo compensar a dor causada à vítima e desestimular o ofensor a cometer novos atos da mesma natureza. Não é razoável o arbitramento que importe em uma indenização irrisória, de pouco significado, nem excessiva, de gravame demasiado ao ofensor e geradora de enriquecimento sem causa para a vítima. Por esse motivo, a reparação há de ser fixada com temperança. Nesse sentido:

O valor da indenização por dano moral sujeita-se ao controle do STJ, sendo certo que, na fixação da indenização a esse título, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível sócio-econômico dos autores e, ainda, ao porte econômico dos réus, 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 214.381-MG, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, DJ 29.11.1999).

No presente caso, as circunstâncias da lide não apresentam nenhuma peculiaridade ou motivo que justifique a fixação do *quantum* indenizatório no patamar concedido. Nem o fato de, por conta da inscrição da demandante junto ao SERASA, ter sido cancelado seu contrato de cheque garantido junto ao Banco do Brasil, ensejando a devolução de vários cheques nesta instituição, cujo montante

chegaria a aproximadamente R\$ 5.300,00 (cinco mil e trezentos reais), seria suficiente para justificar uma indenização de R\$ 298.500,00 (duzentos e noventa e oito mil e quinhentos reais).

Verifica-se, assim, que o valor fixado destoava dos valores aceitos por esta Corte em casos semelhantes, isto é, de inscrição indevida nos serviços de proteção ao crédito, a exemplo dos seguintes julgados: Apelação Cível nº 2005.0023.9070-3/1, Des. Maria Iracema do Vale Holanda, DJCE 28.05.2009, que reduziu a indenização para R\$ 3.000,00 (três mil reais); Apelação Cível nº 2000.0152.1843-1/1, Des. Francisco Sales Neto, DJCE 26.11.2008, que manteve a indenização em R\$ 4.800,00 (quatro mil e oitocentos reais); Apelação Cível nº 2007.0027.4233-9/1, Des. Francisco Sales Neto, DJCE 11.03.2009, que arbitrou a indenização em R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos e reais).

A propósito, para um caso em que foi erroneamente devolvido um cheque de correntista no valor de R\$ 7.000,00 (sete mil reais), esta Câmara reduziu o valor indenizatório concedido ao consumir de 40 (quarenta) salários mínimos para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) - Apelação Cível nº 2005.0020.0133-2/1, Des. Francisco Sales Neto, DJCE 01.02.2008. Em casos análogos, este egrégio Tribunal tem concedido indenizações que variam de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) – Apelação Cível nº 2000.0164.1567-2/1, Des. José Mário dos Martins Coelho, DJCE 03.12.2008; Apelação Cível nº 2003.0010.7085-7/0, Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes, DJCE 17.01.2008 e Apelação Cível nº 2005.0000.2262-6/0, Des. Maria Celeste de Thomaz Aragão, DJCE 11.10.2005).

Desta forma, tendo em vista a jurisprudência colacionada a respeito do tema e as circunstâncias da causa, concluo que a indenização deve ser reduzida de R\$ 298.500,00 (duzentos e noventa e oito mil e quinhentos reais) para R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), quantia que cumpre, com razoabilidade, a sua dupla finalidade, isto é, a de punir pelo ato ilícito cometido, com o fito de evitar futuras reiterações e, de outro lado, a de reparar a vítima pelo sofrimento moral experimentado.

Em face exposto, dou parcial provimento à apelação, reduzindo o valor da indenização por danos morais para R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), mantendo os demais termos da sentença recorrida.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2000.0112.9454-0/1
APELANTE: TOYOTA DO BRASIL LTDA
APELADO: JURANDIR FERMON RIBEIRO
RELATORA: DESA. EDITE BRINGEL OLINDA ALENCAR

EMENTA. RESPONSABILIDADE CIVIL. O FORNECIMENTO DE INFORMAÇÃO INVERÍDICA ENSEJA A REPARAÇÃO DO DANO QUANDO A CONDUTA DO AGENTE TEM LIGAÇÃO COM O PREJUÍZO SUPORTADO PELO CONSUMIDOR.

1. A aquisição da picape Hilux SW4, modelo 2000, pelo consumidor, foi impulsionada pela mensagem eletrônica encaminhada pela montadora afirmando, categoricamente, que o veículo não sofreria alterações no seu modelo 2001, informação esta que se mostrou, posteriormente, como inverídica.

2. Necessidade de reparação dos danos materiais sofridos, não tendo havido a caracterização de danos morais, uma vez que o aborrecimento experimentado pelo consumidor não foge do âmbito da normalidade.

3. Recurso de apelação conhecido e provido parcialmente, para excluir da condenação os danos morais. Divisão igualitária do ônus de sucumbência.

Vistos, relatados e discutidos os autos do recurso de apelação n. 2000.0112.9454-0/1, em que são partes as acima indicadas.

ACORDA a 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em julgamento de turma, por unanimidade, em conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto da Relatora.

RELATÓRIO

Trazem os autos para apreciação recurso de apelação interposto por Toyota do Brasil Ltda objetivando a reforma da sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da comarca de Fortaleza que julgou parcialmente

procedente a Ação de Reparação de Danos Materiais c/c Danos Morais, ajuizada pelo ora apelado Jurandir Fermon Ribeiro, para condenar a recorrente no pagamento de danos morais e materiais no valor total de R\$ 16.000,00 (dezesesseis mil reais).

A inicial da ação (fls. 02/18) relata que o autor (recorrido), como proprietário de um veículo da marca Toyota, modelo Hilux SW4 D, ano/modelo 1997, enviou, no dia 28.09.2001, uma mensagem eletrônica para a ré (apelante), questionando se a Hilux SW4 ano/modelo 2000 sofreria alterações em 2001.

Segue afirmando que a mensagem foi respondida no mesmo dia, também por meio de correio eletrônico, nos seguintes termos:

Para: Jurandir
Assunto: Re: modelo 2001
Não ocorrerão mudanças do modelo 2000 para o 2001.
Atenciosamente
Eliane Nunes
RP/Comunicação

Diante de tal informação, o demandante (apelado), dizendo-se confiante no posicionamento oficial dado pela empresa, adquiriu, no dia 05.10.2000, uma Hilux SW4, ano/modelo 2000, pela importância de R\$ 78.000,00 (setenta e oito mil reais).

Diz que foi surpreendido no dia 11.12.2000, quando, ao se dirigir à revendedora NEWLAND, observou que a picape Hilux SW4 modelo 2001, sofrera consideráveis alterações em relação ao modelo 2000, razão pela qual enviou nova mensagem eletrônica à empresa manifestando a sua indignação, tendo sido oferecida a seguinte resposta:

(...)
Quanto às mudanças no modelo SW4 para 2001, devemos informá-lo que as informações sobre qualquer modificação que venha a ser introduzida em modelos de nossa linha só são tornadas públicas no momento oportuno, ficando restritas as informações à área de planejamento de produto e de vendas. No caso em questão, as mudanças só foram apresentadas no Salão do Automóvel no final do mês de outubro. Portanto, à época da consulta realizada, a área de Relações Públicas da Toyota do Brasil não tinha informações sobre qualquer alteração ou modificação no modelo. Importante lembrar ainda que este tipo de informação é estratégia não apenas para a Toyota, mas também para qualquer outra montadora. Esperamos assim, ter esclarecido a prezado cliente.

Entendendo ter faltado transparência, ética e respeito na relação de consumo firmada entre as partes, o autor (apelado) ajuizou a presente ação, demandando a reparação pelos danos materiais e morais que sustenta ter sofrido.

Ao julgar o feito parcialmente procedente, afirmou o juiz sentenciante que as informações inverídicas prestadas pela montadora impulsionaram o ora recorrido a trocar a sua picape Hilux SW4 ano/modelo 1997 por uma ano/modelo 2000, de maneira que inquestionável se mostra a sua responsabilidade pela propaganda enganosa.

A recorrente defende como razões de reforma, em síntese, que os danos materiais, na forma como foram fixados, extrapolam o limite do pedido, bem como não podem ser calculados da maneira como pretende o recorrido ou como o fez o douto dirigente do processo.

Quanto aos danos morais, a apelante argui que não houve caracterização de dano ao patrimônio moral do apelado, que não pode ser ressarcido por um simples aborrecimento.

Contra-razões de fls. 164/170.

É o relatório.

VOTO

A espécie meritória cuida da responsabilidade civil da apelante pela informação fornecida ao apelado quanto às alterações do modelo 2001 da picape Hilux SW4, em relação ao seu modelo 2000.

Trata-se, dessa forma, de saber se a divulgação de informação inverídica causou ao recorrido os danos morais e materiais que diz ter suportado, e se a montadora de veículos deve ser civilmente responsabilizada pela mensagem eletrônica comunicando que não haveria alterações no modelo 2001, do carro anteriormente indicado.

A teoria da responsabilidade civil nos remete à ideia de que o causador do evento danoso deve reparar os danos causados, desde, é claro, que o bem ofendido seja juridicamente protegido.

A ofensa a um bem juridicamente protegido, todavia, não é suficiente à caracterização da responsabilidade civil, devendo haver, igualmente, a necessária presença dos seguintes elementos: (1) conduta do agente (ação ou omissão voluntária); (2) relação de causalidade ou nexos causal; (3) dano; e (4) elemento subjetivo – culpa *lato sensu*.

A responsabilidade civil objetiva, aplicada nas relações de consumo, prescinde da comprovação do *elemento subjetivo*, sendo irrelevante para a sua

caracterização a existência de dolo ou culpa na conduta do agente causador do dano.

No presente caso, temos que a *conduta do agente* foi o encaminhamento de mensagem eletrônica negando a ocorrência de possíveis alterações no modelo 2001 da picape Hilux SW4, em relação ao modelo 2000, informação esta fornecida em resposta à pergunta feita pelo ora recorrido, também por mensagem eletrônica, neste sentido.

O argumento que sugere o não conhecimento, no momento da consulta feita pelo apelado, de futuras alterações no modelo 2001 da Hilux SW4, razão pela qual foi fornecida informação negando qualquer inovação, não convence, porquanto, a mensagem eletrônica encaminhada ao consumidor foi categórica ao dizer que não haveria mudanças, induzindo-o a erro e incentivando, sem sombra de dúvidas, a aquisição do veículo em questão.

Desta forma, a mensagem eletrônica encaminhada pela recorrente ao recorrido caracteriza efetiva *conduta* comissiva, restando saber, agora, se a mesma gerou algum *dano* patrimonial ou moral.

As técnicas de estimulação ao consumo caracterizam uma das principais práticas da atividade comercial. Produtos, muitas vezes dispensáveis, passam a ser desejados pelos consumidores com um afincamento tão grande, que o necessário é abdicado em nome do supérfluo.

Nada de errado com isso. Na verdade, é o de se esperar de uma sociedade de consumo. O problema, dessa forma, não está na divulgação dos mais diversos tipos de propagandas, mas sim na transparência destas, uma vez que o estímulo ao consumo é permitido, mas a enganação jamais.

Na hipótese em análise, como já se disse anteriormente, houve o encaminhamento de mensagem eletrônica afirmando, categoricamente, que a picape Hilux SW4, modelo 2000, não sofreria alterações sensíveis (estéticas ou mecânicas) no seu modelo 2001, de maneira que, a partir do momento em que a informação impulsionou a aquisição do veículo pelo recorrido e mostrou-se, posteriormente, como inverídica, caracterizou-se a chamada “propaganda enganosa”, capaz de gerar danos àquele que foi induzido a erro, no caso, o apelado.

É evidente, no caso em questão, que o *dano* sofrido por força da prática comercial lesiva e da publicidade enganosa que aqui se reconheceu, é de ordem patrimonial e não moral. Explica-se.

O egrégio Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento no sentido de que os aborrecimentos vivenciados pelo consumidor devem ser interpretados como “fatos do cotidiano”, que não extrapolam as raias das relações comerciais, e, portanto, não podem ser entendidos como ofensivos ao foro íntimo ou à dignidade do cidadão.

A frustração do recorrido em relação à compra realizada não decorreu de qualquer defeito no produto adquirido, mas sim da desvalorização do bem, frente ao lançamento de um novo modelo do carro.

O apelado adquiriu uma picape que, com pouco menos de 01 (um) ano de uso, se apresentava como sendo do “modelo anterior”, fato este que provoca inquestionável desvalorização do bem, não retratando, todavia, qualquer violação à honra ou dignidade do recorrido.

A questão pode ser melhor visualizada se pegarmos como exemplo a compra de um livro, mais especificamente um Código de Processo Civil. Imaginemos que X compra um CPC que traz na capa a seguinte afirmação da editora: “atualizado com a Lei n. 11.232/05”, e, qual não é a sua surpresa, ao abrir a legislação e verificar que esta se encontra com a redação anterior à reforma promovida pela norma referenciada.

Neste caso, inquestionável que X teria o direito subjetivo de ser ressarcido pelos danos materiais suportados, não se vislumbrando, todavia, a ofensa à sua moral, mas simples aborrecimento cotidiano.

É certo que no caso em questão a aquisição da picape Hilux SW4 representa uma compra de valor econômico bem superior ao exemplo fornecido, todavia, o fato, por si só, apenas indica a superioridade do dano patrimonial sofrido pelo recorrido em relação a X, e não a existência de dano moral, frente à considerável quantia gasta.

O dano moral exige, para a sua caracterização, a ocorrência de um aborrecimento extraordinário, que fuja da esfera comum, o que não ocorreu no presente caso.

Não há como comparar a chateação do recorrido em descobrir que o seu veículo sofreria uma desvalorização maior do que a esperada à violação da sua honra e dignidade, porquanto, a defasagem de um veículo zero faz parte do risco do negócio a que se submeteu o recorrido por opção, sendo certo que mesmo confiante na informação fornecida pela montadora, outros fatores, além do lançamento de um novo modelo pela própria marca, podiam desvalorizar o veículo adquirido.

Com efeito, não é a simples ocorrência de propaganda enganosa que caracteriza o dano moral, sendo necessário que haja a demonstração de que a dor suportada pelo prejuízo foi além do que se poderia esperar, o que aqui não ocorreu.

A extensão do dano, dessa forma, encerra-se na esfera patrimonial do consumidor, não adentrando na esfera moral.

Logo, afastado o dano moral fixado pelo juiz sentenciante, reconhecendo, tão apenas, o dano material suportado.

Reconhecida a *conduta do agente* e o *dano material* sofrido, temos que o *nexo de causalidade* consiste no liame que une os dois elementos, ou seja, no fato de que o prejuízo patrimonial suportado pelo recorrido decorreu, diretamente, da atuação da recorrente.

Quanto a este ponto, a apelante afirma que a sentença extrapola o pedido autoral quando a condena no ressarcimento, a título de danos materiais, da quantia de R\$ 6.000,00 (seis mil reais), correspondente a diferença do valor dos veículos modelo 2000 e 2001, com a ressalva de que deve ser subtraído da condenação o desconto obtido pelo consumidor quando da compra da picape, no valor de R\$ 4.500,00 (quatro mil e quinhentos reais).

Defende, assim, que, em tendo o recorrido requerido tão somente, a título de danos materiais, o valor relativo à desvalorização, a forma da condenação extrapola os limites da lide.

Ao contrário do que defende a apelante, a sentença monocrática não se mostra *extra* ou *ultra petita*, decidindo a lide nos exatos termos em que ela foi proposta.

Com efeito, os danos materiais foram fixados levando em consideração a desvalorização do veículo Hilux SW4 modelo 2000, frente ao lançamento do modelo 2001, conforme pretendeu o ora recorrido.

O argumento que sugere o enriquecimento ilícito do recorrido, frente à condenação da recorrente no pagamento da quantia de R\$ 6.000,00 (seis mil reais), referente à diferença de preço entre o modelo 2000 e o modelo 2001 da Hilux SW4, também não convence.

Veja bem. O recorrido, ao adquirir a picape da marca Toyota, o fez acreditando que o preço de mercado se manteria por pelo menos mais um ano, frente à informação que afirmava a ausência de alterações no modelo 2001.

É notório que o lançamento de um novo modelo do mesmo veículo leva à desvalorização do modelo anterior, de maneira que a tese que defende a ausência de comprovação da desvalorização sofrida não se sustenta por sua própria fragilidade.

Ora, a desvalorização da Hilux SW4 modelo 2000 foi demonstrada pela comprovação de que houve o lançamento do modelo 2001 com alterações.

O simples fato de ter o apelado vendido o seu veículo nada diz, sendo certo que tal questão carece de relevância, porquanto, a venda pelo apelado a terceiro não comprova a inexistência de prejuízos materiais, que ocorreram à medida que o novo modelo da picape entrou no mercado.

Certo é que, o veículo adquirido pelo recorrido sofreu tanto a desvalorização natural que sofre qualquer automóvel 0Km no momento que sai da concessionária, como a desvalorização decorrente do lançamento do novo modelo da picape, meses após ter adquirido a Hilux modelo 2000.

A recorrente defende, por fim, que os dois modelos sofreram depreciação equivalente, sendo que, enquanto o modelo 2000 desvalorizou cerca de 8,97% desde o seu lançamento, o modelo 2001 desvalorizou cerca de 11,71%, conforme busca demonstrar com o documento de fls. 151.

É inquestionável, como já se afirmou, que todos os carros sofrem desvalorização natural no momento em que saem da concessionária, sendo esta ainda maior em relação aos veículos 0km. Tal fato, todavia, não impede que os carros de modelo anterior sofram uma desvalorização ainda maior, frente ao lançamento do novo modelo.

Dessa forma, temos que uma possível equivalência entre os percentuais das desvalorizações sofridas pelos modelos 2000 e 2001 da Hilux SW4 não impede que a depreciação sofrida pelo primeiro modelo corresponda às mudanças do mercado e ao lançamento do novo veículo, enquanto a depreciação sofrida pelo modelo 2001 corresponda tão somente ao mercado, que se tornou mais competitivo com o lançamento de novos modelos de picapes de outras marcas, por exemplo.

Logo, não é a equivalência entre os percentuais de depreciação que demonstram que o lançamento do novo modelo não foi responsável pela desvalorização do modelo 2000 da Hilux SW4.

Certo é que, não tendo o recorrido previsto esta última desvalorização, frente à informação errada passada pela recorrente, nada mais justo que por ela não seja apenado.

Do exposto, com base nas razões aqui constantes, conheço do recurso, e dou-lhe parcial provimento, tão somente para excluir da condenação os danos morais fixados na sentença recorrida.

Considerando o provimento parcial do recurso, com a consequente procedência parcial do pedido, determino a divisão igualitária do ônus de sucumbência, com a compensação dos honorários advocatícios (Súmula 306 do STJ).

É como voto.

Fortaleza, 01 de junho de 2009

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2003.0010.1640.2

APELANTE(S) – MUNICÍPIO DE ASSARÉ

APELADO(S) – MARIA ELDA PONTES FEITOSA.

RELATOR – DES. JOSÉ MÁRIO DOS MARTINS COELHO

EMENTA APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA - SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL-DEMISSÃO *EX OFFICIO* - PRINCÍPIO DA LEGALIDADE – INOBSERVÂNCIA - INEXISTÊNCIA DE MOTIVAÇÃO - ATO NULO - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

I - O princípio da legalidade, ao qual a Administração Pública deve estrita observância, diz respeito à atuação do administrador em conformidade com a lei, não podendo o gestor dela se afastar.(...) *“Assim, o princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração às leis. Esta “deve somente obedecer-lhas, cumpri-las, pô-las em prática “(...*

II - A via de mandado de segurança é destinada a atacar ato de autoridade vulnerador de direito líquido e certo do impetrante, não se prestando a externar simples irresignação em face de critérios estabelecidos em lei, para sua promoção. Havendo prova robusta da existência de ofensa a direito líquido e certo do impetrante, concedese a ordem. O *Mandado de Segurança*, na lição de HELY LOPES MEIRELLES, consagra o meio constitucional posto à disposição de todas as pessoas físicas ou jurídicas, órgão com capacidade processual, *ou universalidade reconhecida por lei, para a proteção do direito individual ou coletivo*

que ressuma em sua liquidez e certeza, des que não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça. (CF, art. 5º, LXIX e LXX; Lei nº 1.533/51, art. 1º). (In Mandado de Segurança”, aut cit., Malheiros Editores, SP, 14ª edição, atualizada por ARNOLDO WALD, 1992, págs. 16/19).

III-O postulado garantista de direitos subjetivos, dessa sorte, não ressoa como simples modelo de vitrine de direitos constitucionais, mas sim se projeta como objeto de expressa proclamação estampada no artigo 5º, LIV da Constituição da República, sendo como já conotou GILMAR FERREIRA MENDES, um dos pilares dogmáticos do princípio da proporcionalidade. Deve, pois ser entendida não só sob o aspecto meramente formal, que impõe restrições de caráter ritual à ação do poder público (*PROCEDURAL DUE PROCESS OF LAW*) mas sobretudo no que respeita a sua dimensão material (*SUBSTANTIVE DUE PROCESS OF LAW*), a atuar como “*decisivo obstáculo à edição de atos normativos revestidos de conteúdo arbitrário ou irrazoável*”.

IV - A essência desse preceito, o *substantive due process of law* reside na necessidade de se proteger os direitos e a liberdade das pessoas contra qualquer modalidade de legislação ou regulamentação que se revele opressiva ou destituída do necessário coeficiente de razoabilidade.

V - (...) - “ Isto significa dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio do poder no plano das atividades normativas do Estado , que este não possui ou não dispõe de competência para atuar ilimitadamente , de forma imoderada e irresponsável, gerando com o seu comportamento inconstitucional , situações normativas de absoluta distorção e até mesmo de subversão das funções que regem o desempenho da atividade estatal.” (Conf. GILMAR FERREIRA MENDES, CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL, ed. SARAIVA, 2007 Pgs. 65-66).

VI - Recurso apelatório conhecido e parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível da Comarca de Assaré, Ce, nº 2003.0010.1640-2/0 em que figuram as partes acima nominadas.

ACORDA a 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por julgamento de turma, e à unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Apelatório, para dar-lhe parcial provimento para retirar da condenação a verba de sucumbência, no tocante a honorários advocatícios, em estrita obediência a Súmula do STJ mantida no mais, a r. sentença hostilizada, por seus próprios fundamentos.

RELATÓRIO

Cuida-se de Apelação Cível interposta pelo Município de Assaré, insurgindo-se contra decisório do MM. Juiz de Direito da Comarca de Assaré, em que julgou parcialmente procedentes os pleitos desvelados na exordial de fls., declarando nulo o ato demissório da lavra do burgo-mestre daquela comuna interiorana, e *pari passu* a determinação contida no *decisum* vergastado, pelo qual reintegrava a apelante no cargo de auxiliar de escritório com a mesma

carga horária e idênticos vencimentos percebidos até aquela data, e no mesmo âmbito, assegurava à esta os eventuais reajustes a que fizera jus ao longo do período exercitado em razão das respectivas funções pertinentes ao vínculo mantido com a edilidade sucumbente, condenando ainda a apelante ao pagamento das verbas vencimentais não quitadas, a partir da edição do Regime Jurídico Único instituído pela Lei Ordinária Municipal n.º 119, de 03 de 06 de 1997, acrescidos das devidas correções, além de honorários advocatícios, fixados à base de 15% sobre o valor da causa.

Cuida a edilidade apelante em procurar demonstrar a ausência de comprovação de vínculo funcional mantido com a recorrida, ao aduzir que esta não evidenciou o seu ingresso no Serviço Público municipal, mercê de concurso público, inexistindo no corpo do processo qualquer elemento a corroborar as alegações da inaugural, haja vista não se encontrar naqueles fascículos, o termo de posse e a ata de nomeação da apelada. Por tais motivos, afincase a Municipalidade recorrente na imperiosa necessidade da reforma do julgado exorcizado, face à inexistência de prova sólida, firme e segura, a capacitar o magistrado da planície a decidir, no seu entender, calcado meramente em rarefeitos indícios e paupérrimas conjecturas.

A apelada não contra arrazoou.

Os autos aportaram a este órgão revisional, quando ali colheu-se o alvitre do representante da Procuradoria Geral da Justiça, manifestando-se esta pelo reconhecimento da nulidade do vínculo contratual e conseqüente condenação da apelada nas custas processuais e honorários de advogado.

A liminar deixou de ser deferida, vide fls. 105/106.

É no essencial, o relatório.

A revisão foi procedida pelo em. Desembargador Francisco Sales Neto.

VOTO

Preliminarmente, conheço do recurso ante a presença de todos os requisitos a recobrir sua admissibilidade.

Circam merita, conforme se pode constatar do exame da matéria

sub oculi, embora não tenha a apelada juntado aos autos do presente fascículo processual a documentação alusiva ao concurso público a que se submetera, como condição essencial para seu ingresso nos quadros de servidores do Município de Assaré, logrou ela, entretanto, demonstrar mediante a juntada de cópia autenticada da Carteira de Trabalho e Previdência Social, sua admissão ao cargo de Auxiliar de Escritório, em data de 07 de fevereiro de 1983.

Ao demais disso, vislumbra-se, ainda, a documentação referente ao processo de reclamação trabalhista, mediante o qual a Justiça laboral reconheceu a relação empregatícia mantida entre as partes litigantes, desenvolvida entre os anos de 1992 a 1997. O argumento esposado pela Edilidade apelante, constante em que a recorrida fora despedida em 21 de março de 1977, desmerece qualquer guarneamento, posto que o exercício laboral prestado pela apelada perante a "AABB COMUNIDADE", prendia-se a um convênio estabelecido entre esta entidade e a própria Administração municipal, valendo salientar que tal alegação constituía "ônus probandi", cuja demonstração estava a cargo da recorrente, não tendo essa se desincumbido do dever de comprovar tais alegações, porquanto afirmou vagamente que a apelada deixou de exercer o cargo ou a função inerente ao liame empregatício em enfoque, desde o dia 21 de março de 1997.

Na verdade, partindo-se da premissa de que a recorrida fora contratada em 07 de fevereiro de 1983, conforme se verifica de seu encarte profissional (CTPS), (Conf. Fs. 25, autos), e levando-se em conta a circunstância elementar de tal vínculo de natureza trabalhista subsistir quando do advento da Constituição Federal de 1988, atinge-se facilmente a ilação de que o direito da apelada se acha recoberto pela tolda do artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, (ADCT), sendo correto afirmar que o contrato de emprego aludido fora extinto ou transformado face à adoção do regime jurídico único pelo Município ora insurrecto, e em decorrência da promulgação da Lei Ordinária Municipal n.119/1997, já anteriormente mencionada, adquiriu o vínculo mantido pela servidora recorrida com a Prefeitura Municipal em enfoque, foros de natureza essencialmente administrativa, fazendo jus a primeira ao instituto da estabilidade no Serviço Público.

Cabe, portanto, asseverar na espécie, o comando lúrido da Carta Maior, ao proferir, *verbis*:

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

Calha obter temperar, lado a isso, que o princípio da legalidade, ao qual a Administração Pública deve estrita observância, diz respeito à atuação do administrador em conformidade com a Constituição e as leis, não podendo ele delas se afastar, ou seja, as atividades do Poder Público, não de *pari passu*, desempenhadas em estrita conformidade com o que a legislação preconiza.

Nesta mesma esteira, aflora autorizado escólio, da lavra de Celso Antônio Bandeira de Mello, *expressis verbis*:

“O princípio da legalidade contrapõe-se, portanto, e visceralmente, a quaisquer tendências de exacerbação personalista dos governantes. Opõe-se a todas as formas de poder autoritário, desde o absolutista, contra o qual irrompeu, até as manifestações caudilhescas ou messiânicas típicas dos países subdesenvolvidos. O princípio da legalidade é o antídoto natural do poder monocrático ou oligárquico, pois tem como raiz a idéia de soberania popular, de exaltação da cidadania”. (...) Assim, o princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração às leis. Esta “deve somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática”.

Com efeito, se o ato que determinou a demissão da apelada não veio a lume com a devida motivação, (princípio esse que abrange tanto os atos judiciais como os atos administrativos) houve assim, irrefragavelmente da parte do administrador, inescandível ato ao princípio da legalidade, estando a precitada atividade eivada de vícios e, portanto, amostrando-se passível de correção exemplar pela via mandamental.

Ora, a via do mandado de segurança é destinada a atacar ato de autoridade vulnerador de direito líquido e certo do impetrante, não se prestando

a externar em seu indumento simples irresignação em face de critérios estabelecidos em lei, para sua promoção. Assim é que, havendo prova robusta da existência de direito líquido e certo de quem o impulsiona, concede-se a ordem.

Nesse sentir a palavra autorizada do sempre lembrado HELY LOPES MEIRELES reforça esta ilação ao prelecionar, *verbis*:

“O Mandado de Segurança, consagra o meio constitucional posto à disposição de todas as pessoas físicas ou jurídicas, órgão com capacidade processual, ou universalidade reconhecida por lei, para a proteção do direito individual ou coletivo que ressuma em sua liquidez e certeza, des que não amparado por habeas corpus ou habeas data, lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça (CF, art. 5º, LXIX e LXX; Lei nº 1.533/51, art. 1º). (passim, “Mandado de Segurança”, aut cit., Malheiros Editores, SP, 14ª edição, atualizada por ARNOLDO WALD, 1992, págs. 16/19).

Nesse idêntico palmilhar, cumpre atentar para assisado aresto do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, ao assentir, *verbis*:

“MANDADO DE SEGURANÇA. DEMISSÃO DE FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS. SENDO MANIFESTO QUE DESCABIA À AUTORIDADE MUNICIPAL A DEMISSÃO DO FUNCIONÁRIO PÚBLICO QUE JÁ ADQUIRIRA ESTABILIDADE, SEM O COMPETENTE PROCESSO ADMINISTRATIVO E SEM QUE SE LHE DEFERISSE AMPLA DEFESA, E SENDO EVIDENTE QUE A CONDIÇÃO DE CELETISTA DO IMPETRANTE É PRODUTO DE ERRO ADMINISTRATIVO, HOVE VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO SEU POR ABUSO DE PODER, REMEDIÁVEL PELO MANDADO DE SEGURANÇA”. APELO PROVIDO. (TJRS, Ap. Cív. N.º58451106, 3ª. Cível, Rel. Des. Gervásio Barcellos, julgado em 20.06. 1985)

Pode-se inferir, por conseguinte, e sem maiores esforços a total inobservância da Administração municipal ao princípio da legalidade, porquanto prolatou o gestor municipal atos administrativos desroupados das mais mezinhas exigências e requisitos legais pertinentes ao dever de motivação do ato, do direito do contraditório por não se ter conferido à apelada além disso, o direito a ser informada motivadamente das razões de sua demissão, preceitos estes em momento algum presentes no desempenho do gestor municipal da suso referida Comuna.

Em toda emanção a exprimir um conjunto legiferante, de modo insofismável assoma a necessidade de se atentar para a observância plena do princípio enraizado na cláusula do *due process of law*. Esse preceito conforme já acentuou NÉLSON NERY JÚNIOR, “ se manifesta em todos os campos do direito, em seu aspecto substancial. Bem por isso, no Direito Administrativo, o aclamado jurista vislumbra-o ali residindo, qual manifestação ou consectário da cláusula *substantive due process*. (1)

O postulado garantista de direitos subjetivos, não ressoa como simples modelo de vitrine de direitos constitucionais, mas ao reverso, projeta-se como objeto de expressa proclamação tal qual estampada no artigo 5º, LIV da Constituição da República, sendo como já anotou GILMAR FERREIRA MENDES, um dos pilares dogmáticos do princípio da proporcionalidade. Deve, pois ser entendido não só sob o aspecto meramente formal, que impõe restrições de caráter ritual à ação do poder público (PROCEDURAL DUE PROCESS OF LAW) mas sobretudo no que respeita a sua dimensão material (SUBSTANTIVE DUE PROCESS OF LAW), a atuar como “ decisivo obstáculo à edição de atos normativos revestidos de conteúdo arbitrário ou irrazoável.”

A essência desse preceito, - o *substantive due process of law*-, reside na necessidade de se proteger os direitos e a liberdade das pessoas contra qualquer modalidade de legislação ou regulamentação que se revele opressiva ou destituída do necessário coeficiente de razoabilidade.

Assinala o festejado constitucionalista, *ad litteris*:

“ Isto significa dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio do poder no plano das atividades normativas do Estado , que este não possui ou não dispõe de competência para atuar ilimitadamente , de forma imoderada e irresponsável, gerando com o seu comportamento inconstitucional , situações normativas de absoluta distorção e até mesmo de subversão das funções que regem o desempenho da atividade estatal.” (Conf. GILMAR FERREIRA MENDES, CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL, ed. SARAIVA, 2007, pgs.. 65-66).

Obs.(1) Anota ainda, em reforço da idéia, o autor citado, que os administrativistas identificam o fenômeno do *due process*, embora sob outra roupagem, ora denominando-o como garantia da legalidade e dos administrandos, ora vendo nele o postulado da legalidade. (,Nery Júnior, “Princípios do Processo. Civil na Constituição Federal”, RT,1996.)

Desse modo, resta configurada a imperiosa necessidade de se assegurar plenamente à recorrida, o direito fundamental conferido a todo servidor, consistente na desenvoltura, por ele, da mais ampla e irrestrita defesa, resguardando-se assim, o princípio da legalidade, sob pena de nulidade do ato de exoneração.

Nessa conformidade, conheço de ambos os recursos , porquanto preenchidos os requestos em lei exigidos, e lhes dou parcial provimento, para retirar da condenação a verba de sucumbência, no tocante a honorários advocatícios, em obediência às Súmulas 512 , do STF e 105, do STJ , mantida no mais, a sentença guerreada, por seus próprios fundamentos.

É como voto.

Fortaleza, 21 de maio de 2008

Agravo de Instrumento

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2002.0000.7777-9
AGRAVANTE: BANCO DO NORDESTE DO BRASIL S.A.
AGRAVADOS: FRANCISCO DE ASSIS SOUSA E FRANCISCA ALVES DE OLIVEIRA
ORIGEM: VARA ÚNICA DA COMARCA DE PARAMBU
RELATOR: DES. ADEMAR MENDES BEZERRA

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO. DECISÃO PROLATADA ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DAS LEIS Nº 11.232/05 E 11.382/06. PENHORA. VALOR INFERIOR AO MONTANTE DA DÍVIDA. POSSIBILIDADE. O PRAZO PARA EMBARGOS DO DEVEDOR É PEREMPTÓRIO E TEM INÍCIO A PARTIR DA JUNTADA AOS AUTOS DA PROVA DA INTIMAÇÃO DA PENHORA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO RESULTADO, DO QUAL SE INFERE A UTILIZAÇÃO DA EXECUÇÃO COM VISTAS À SATISFAÇÃO DO CREDOR. AGRAVO CONHECIDO E PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de agravo de instrumento nº. 2002.0000.7777-9/0, em que figuram as partes acima indicadas. Acorda a 2ª Câmara Civil do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, conhecer do agravo interposto e lhe dar provimento nos termos do voto do relator.

Fortaleza, 22 de abril de 2009.

RELATÓRIO

Cuida-se de Agravo de Instrumento com pedido de efeito suspensivo, ajuizado contra decisão proferida pelo MM Juiz da Vara Única da comarca de Parambu que, nos autos de Execução de Título Extrajudicial, nº. 2001.085.00094-6 (nº atual 2000.0223.8544-5), indeferiu o prosseguimento do aludido feito executório, sob color de que a penhora não garantiria toda a execução.

Informa o agravante que a suspensão da Execução se deu em razão do magistrado *a quo* entender que, para a designação de hasta pública e alienação, é necessário que tenha escoado o prazo para embargos e estes somente podem se iniciar, após a realização de penhora que garanta integralmente o juízo da execução. Entende, entretanto, que mesmo que o valor da constrição seja inferior ao total executado, ainda assim é possível o prosseguimento da ação, haja vista a possibilidade de renovação da penhora, a teor do art. 667, I, do CPC. Afirma, também, que, quando do pedido para a designação de data para a hasta pública, informou ao MM juiz que não relacionava outros bens do devedor, por ser desconhecida a existência dos mesmos. Aduz que, no tocante ao oferecimento de embargos, a jurisprudência é unânime em afirmar que a efetivação da segunda penhora não reabre o prazo para embargar, pois este começa a correr da primeira realizada. Esclarece que, quanto à sugestão dada pelo juiz de que, não dispondo o exequente de meios para indicar bens necessários ao reforço da penhora, pode o mesmo converter o feito em execução contra devedor insolvente ou desistir da cobrança executiva do valor que excede à garantia, não cabe ao magistrado escolher o caminho processual adequado para a Execução.

Requer, ao final, o deferimento do pedido de efeito suspensivo no modo ativo e, no mérito, o provimento deste recurso para reformar totalmente a decisão recorrida.

Recebido o agravo, foi deferida a suspensividade. Solicitadas as informações e contra-razões, foram prestadas tão-só as primeiras, como se verifica da documentação de fls. 73/74 deste caderno processual.

O representante ministerial manifestou-se pelo improvimento do presente agravo.

É o relatório.

VOTO

O presente recurso trata de decisão judicial que indeferiu o prosseguimento de atos executórios, a saber, a designação de data para realização de hasta pública, sob o entendimento de que o prazo para interposição de embargos somente pode ter início após a realização de penhora que garanta integralmente o juízo, o que não se deu no presente caso e sendo assim, não haveria ainda se escoado o mesmo para o oferecimento de embargos, seja do devedor, seja de terceiros. Por esta razão não poderia a execução continuar, pois afrontaria o princípio da ampla defesa.

O ponto central da discussão gira em torno de duas questões. A primeira diz respeito ao início da contagem do prazo para se interpor embargos,

seja de execução, seja de terceiros. A segunda discute se é possível o prosseguimento da execução quando a penhora realizada for insuficiente para garantir o juízo.

Quanto ao início do prazo para embargar, o Código de Processo Civil, em seus arts. 669 e 738, inciso I à época em que a decisão foi prolatada, portanto, anteriormente às reformas realizadas pelas Leis nºs 11.232/05 e 11.382/06, assim determinava:

Art. 669. Feita a penhora, intimar-se-á o devedor para embargar a execução no prazo de 10 (dez) dias.

Art. 738. O devedor oferecerá os embargos no prazo de 10 (dez) dias, contados:

I – da juntada aos autos da prova da intimação da penhora.

Os embargos à execução têm a natureza de ação autônoma de conhecimento. Em função das características do processo de execução que possui limites bem definidos para a defesa do devedor, não pode este último realizá-la da maneira que entenda necessária no bojo da execução. Por essa razão, ficam os embargos como sendo a meio por excelência de defesa do executado, no qual pode ser alegada qualquer matéria relacionada à execução.

Sendo uma ação, estão os embargos sujeitos aos pressupostos de admissibilidade de qualquer ação de conhecimento, como, por exemplo, possibilidade jurídica, legitimidade *ad causam*, prazo para a sua interposição, entre outros.

Segundo doutrina mais abalizada, o prazo de apresentação dos embargos é peremptório, não podendo ser reduzido ou dilatado pelas partes, ainda que ambas concordem. Além disso, este prazo não se renova, ou seja, o devedor tem somente uma oportunidade para opô-los.

Segundo Dinamarco¹:

O prazo para embargar não se renova. A oportunidade para opor embargos à execução é uma só, ainda quando sobrevenham situações novas, como um reforço ou substituição de penhora. ... se a situação nova sobrevier quando o executado já houver deixado escoar o prazo para opor os embargos, sem havê-los oposto, igualmente estará extinto seu direito de fazê-lo, por decadência. Em qualquer hipótese, não se admitem novos embargos nem se reabrem prazos, porque “a execução é una e, por isso, cabem embargos apenas uma vez”(STJ).(grifos no original).

A jurisprudência é uníssona em afirmar que o prazo para embargar é peremptório e se inicia da juntada aos autos da intimação da penhora, como se vê abaixo, exemplificativamente:

PROCESSUAL CIVIL – EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – CONTAGEM DO PRAZO – ART. 184 DO CPC.

1. Pacificado no âmbito da Primeira Seção que o termo *a quo* para a oposição de embargos do devedor é a efetiva intimação da penhora e não a juntada aos autos do mandado cumprido.
2. Como a contagem dos prazos processuais obedece à regra contida no art. 184 do CPC, exclui-se o dia do começo e computa-se o dia final, prorrogando-se para o primeiro dia útil subsequente se este recair em dia em que não há expediente forense.
3. Embargos à execução intempestivos.
4. Recurso especial improvido. (REsp 810051/RS; Relator: Ministra Eliana Calmon; data de julgamento: 20.04.2006).

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. ERRO NO MANDADO DE CITAÇÃO E PENHORA. PRAZO PARA OFERECIMENTO DE EMBARGOS.

1. Na antiga redação do art. 738, inc. I, do CPC – antes de sua revogação pela Lei n. 11.382/2006 –, o prazo para o devedor oferecer embargos à execução de título extrajudicial era de 10 (dez) dias, contados da juntada aos autos da prova da intimação da penhora.
2. Apesar da determinação expressa da regra processual em comento, certo é que o equívoco do Oficial de Justiça – que fez constar, no mandado de citação e penhora, um segundo prazo, maior do que o legal (trinta dias), para o oferecimento da ação defensiva –, não pode prejudicar o executado. Precedentes.
3. Recurso especial não-provido. (REsp 805592/SC; Ministro: Mauro Campbell Marques; data de julgamento: 07.08.2008).

EXECUÇÃO - EMBARGOS DO DEVEDOR INTEMPESTIVOS - PRAZO DE LEI - PLURALIDADE DE EXECUTADOS - ASPECTO DE SOMENOS - RECURSO DESPROVIDO, DECISÃO SEM DIVERGÊNCIA.

1) O DEVEDOR, SEGUNDO O COMANDO DO ART. 738, I, DO CPC, OFERECERÁ EMBARGOS NO PRAZO DE 10 (DEZ) DIAS CONTADOS DA JUNTADA AOS AUTOS DA PROVA DA INTIMAÇÃO DA PENHORA, PORTANTO, EXCEDIDO ESSE PRAZO MANIFESTO O DESTEMPO DA DEFESA. 2) ASSIM, NESSE PASSO, DE NENHUM RELEVÓ A PLURALIDADE DE EXECUTADOS, NA HIPÓTESE INEXISTE A FIGURA DO LITISCONSÓRCIO. (Apelação Cível 20020110938309APC/DF; data do julgamento: 29.09.2003; Relator: Eduardo de Moraes Oliveira).

No que pertine ao valor de bens penhorados, a legislação prevê que devam ser constrictos bens suficientes ao pagamento do valor da execução. Mas isso não significa que a penhora não possa se dar em valor inferior ao executado, visto que o próprio Código de Processo Civil disciplina hipóteses em que a mesma possa vir a sofrer alterações, seja para ampliá-la, reduzi-la ou modificá-la.

Ainda conforme Dinamarco²:

Para assegurar a plena satisfação do crédito exequendo, o Código de Processo Civil admite o reforço de penhora em dois momentos do processo executivo. O primeiro desses momentos é aquele em que vem aos autos o laudo de avaliação, revelando-se a insuficiência do valor do bem penhorado (infra, n. 1.697): nessa situação, anteveendo-se já o insucesso da execução, o art. 685, inc. II, do Código autoriza que se amplie a penhora, seja mediante a inclusão de mais um bem, seja pela substituição daquele por outro, de maior valor. O segundo momento para reforçar a penhora (ou ampliá-la) é aquele em que, alienado o bem, se positive aquela insuficiência; nesse caso, outra penhora se fará, na medida do saldo ainda a pagar (667, inc. II). (grifos no original).

Também referente a este ponto, a jurisprudência não discrepa:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. PENHORA. REFORÇO. AS MEDIDAS DE CONSTRIÇÃO DE BENS DO DEVEDOR SERÃO ADOTADAS PELO JUIZ SEM EXCEDER OS LIMITES PARA QUE SEJAM GARANTIDOS OS DIREITOS CREDITÍCIOS DO CREDOR. INEXISTÊNCIA DE PRECLUSÃO QUANTO À AMPLIAÇÃO DA SEGURANÇA DO JUÍZO, QUE PODERÁ SER ORDENADA SEMPRE QUE

NECESSÁRIA. A AVALIAÇÃO, CONTUDO, NÃO PODERÁ SER PRETERIDA, RESSALVADA A HIPÓTESE DE NOTÓRIA INSUFICIÊNCIA DA GARANTIA.

AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. (Agravado de Instrumento 19980020019953AGI/DF; Relator: Ângelo Passareli; data de julgamento: 21.09.1998)

No presente caso, houve a penhora de um imóvel, cujo valor se mostrou inferior ao débito executado. Os executados, no prazo legal, não interpuseram embargos à execução. O Banco agravante, por sua vez, afirmou que não conseguiu encontrar outros bens passíveis de penhora. Neste caso, passado o prazo para embargar, sem que os devedores tenham utilizado seu direito de ação, não poderia o juiz indeferir o pedido para o prosseguimento da ação executiva sob o fundamento de que, por não ter sido feita a penhora no valor total da ação, não havia ainda começado a fluir o prazo para embargar porque o processo de execução é desenvolvido com vistas à satisfação do exequente, em face da utilização do princípio do resultado, no âmbito da função executiva, segundo o qual: “O conjunto dos meios executórios, integrado pela expropriação (art. 646), tem o único objetivo de satisfazer o credor.”³ Por conta deste objetivo, pode a penhora, caso seja insuficiente, ser realizada novamente, como se viu linhas atrás.

Convém salientar que o Relator deste recurso, quando da análise do pedido de efeito suspensivo, à época, Desembargador João de Deus Barros Bringel, entendeu pelo seu deferimento sob o argumento de que “a ampliação da penhora não reabre o prazo para oferecimento de embargos”.

Diante do exposto, sou pelo conhecimento do presente recurso, por tempestivo e próprio e pelo seu provimento, ratificando a suspensividade dada anteriormente, em todos os seus termos.

É como voto.

Fortaleza, 22 de abril de 2009.

¹DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, volume IV. São Paulo. Editora Malheiros, 2004.pag. 652.

²*Idem* pag. 533.

³ ASSIS, Araken de. Manual de Execução. 11ª edição revista, ampliada e atualizada com a Reforma Processual 2006/2007. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2008.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2003.0004.1697-0
AGRAVANTES: WALTER DIONISIO PERINA E OUTRO
AGRAVADO: BANCO INDUSTRIAL E COMERCIAL S/A - BICBANCO
ORIGEM: 27ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE FORTALEZA
RELATOR: DES. ADEMAR MENDES BEZERRA

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. TÍTULO QUE SE PRETENDE NULO. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO ART. 93, IX, DA CF/88. EXISTÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO MESMO CONCISA. PRECEDENTES. AGRAVO IMPROVIDO.

A Objeção de pré-Executividade vem tendo seu âmbito de incidência ampliado pelos Tribunais Superiores. Atualmente, segundo orientação do Superior Tribunal de Justiça, é indubitável o cabimento de tal exceção para suscitar questões que devam ser conhecidas de ofício pelo juiz, como os pressupostos processuais e as condições da ação executiva, arguição de prescrição e de ilegitimidade passiva do executado, desde que não demande exaustiva dilação probatória e também os fatos modificativos ou extintivos do direito do exequente, desde que comprovados de plano.

Não demonstrada pelo executado, de plano, o vício que determine a extinção da execução, não deve ser acolhida exceção de pré-executividade.

Agravo conhecido mas improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de agravo de instrumento nº. 2003.0004.1697-0/0, em que figuram as partes acima indicadas. Acorda a 2ª Câmara Civil do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, conhecer do agravo interposto, mas lhe negar provimento nos termos do voto do relator.

Fortaleza, 15 de abril de 2009.

RELATÓRIO

Cuida-se de Agravo de Instrumento com pedido de efeito suspensivo, ajuizado contra decisão proferida pelo MM Juiz da 27ª Vara Cível desta comarca que, nos autos da ação de Execução, nº. 2002.02.57808-9 (nº atual 2000.0124.5110-0), indeferiu incidente de pré-executividade.

Afirmam os agravantes que a decisão combatida contraria o disposto no art. 93, IX, da Constituição Federal, visto que não explicitou as razões jurídico-processuais que respaldaram o convencimento do magistrado. Entendem que houve infringência ao princípio do devido processo legal, já que o juiz de origem considerou que eles foram regularmente citados pelo simples fato de ter comparecido a juízo o advogado dos mesmos espontaneamente, somente para interpor o referido incidente. Aduzem que o título embasador da Execução ressente-se de autonomia, pois vincula-se a um negócio jurídico subjacente, carecendo das condições de exigibilidade e executoriedade. Por outro lado, alegam que não houve a notificação prévia ou mesmo o protesto do título, condição indispensável para a existência da mora. Finalmente, acreditam ser ilegítima para figurar no pólo passivo da demanda a avalista do contrato, em face da não admissão do aval em contratos bancários.

Requerem o deferimento do pedido de efeito suspensivo e, no mérito, o provimento deste recurso para extinguir o feito executivo sem resolução de mérito ou, salvo melhor juízo, excluir a avalista do pólo passivo da lide.

Recebido o agravo, foi denegada a suspensividade. Solicitadas as informações e contra-razões, foram prestadas tão-só as primeiras, como se vê às fls. 72/76 dos autos.

O representante ministerial manifestou-se pelo improvimento do presente recurso. Muito embora tenha utilizado o termo “provimento”, no final do parecer, depreende-se do conjunto argumentativo que a Procuradora entendeu pela denegação do agravo por lhe faltarem elementos fáticos e jurídicos a ensejar a reforma da sentença reclamada.

É o relatório.

VOTO

O presente recurso trata de situação na qual se move exceção de pré-executividade com o objetivo de extinguir processo executivo ao entendimento de que o mesmo foi instruído com título nulo.

O aludido instituto da exceção de pré-executividade desenvolveu-se no sentido de estancar ação de execução, sem a necessidade do formalismo exigido para a interposição de embargos, além da particularidade de prescindir de segurança do juízo.

Entretanto, esclarecem doutrina e jurisprudência que esse meio de defesa somente pode ser exercido para aquelas questões que podem ser conhecidas até mesmo de ofício pelo juiz, por serem matérias de ordem pública e, portanto, não sujeitas à preclusão. São, por exemplo, questões ligadas à admissibilidade da execução, tais como os requisitos do título executado, a exigibilidade da obrigação etc.

Além das matérias anteriormente referidas, o entendimento mais recente dos tribunais, especialmente, o do Superior Tribunal de Justiça, vem se consolidando no sentido de aceitar sua viabilidade também para questões de ordem privada, desde que haja prova pré-constituída, ou seja, que não haja necessidade de dilação probatória, como se vê dos arestos abaixo colacionados:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM*. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. É cabível a exceção de pré-executividade para discutir matérias de ordem pública na execução fiscal, como a legitimidade das partes, não sendo permitido a oposição do incidente quando o seu acolhimento necessite de dilação probatória.

2. Na espécie, o Tribunal de origem expressamente consignou que a comprovação de que os agravantes não praticaram atos com excesso de poderes ou infração à lei, ao contrato social ou estatuto demanda ampla cognição fático-probatória, o que é inviável por meio da via de defesa eleita.

3. Agravo regimental não-provido. (Processo: AgRg no Ag 1013807 / PE AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO DE INSTRUMENTO 2008/0027024-4; Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES (1141); órgão Julgador: T2 - SEGUNDA TURMA; Data do Julgamento: 25/11/2008; Data da Publicação/ Fonte: Dje; 17.12.2008);

AGRAVO REGIMENTAL. AGRADO DE INSTRUMENTO. NULIDADE DO ACÓRDÃO RECORRIDO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. CIVIL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. DILAÇÃO PROBATÓRIA. INVIABILIDADE. SÚMULAS 5 E 7-STJ.

1. Não se verifica a suscitada violação ao art. 535 do CPC, porquanto

as questões submetidas ao Tribunal de origem foram suficiente e adequadamente delineadas, com abordagem integral do tema.

2. Somente é cabível a exceção de pré-executividade nas hipóteses em que a aferição da inviabilidade da execução dispense maior dilação probatória.

3. Inafastável a incidência, *in casu*, da súmula 7/STJ, uma vez que necessária, para a solução da controvérsia, a análise de matéria fática.

4. Agravo regimental desprovido. (Processo: AgRg no Ag 1013767 / RS AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO DE INSTRUMENTO 2008/0030589-5; Relator: Ministro FERNANDO GONÇALVES(1107); Órgão Julgador: T4 - QUARTA TURMA; data do julgamento: 20/11/2008; Data da Publicação/Fonte: Dje: 01.12.2008).

CIVIL E PROCESSUAL. EXECUÇÃO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. TÍTULO. HIGIDEZ RECONHECIDA PELA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. NATUREZA DO CONTRATO. MATÉRIA DE FATO. INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. QUESTÕES QUE DESBORDAM DO ÂMBITO DA EXCEÇÃO. SÚMULAS N. 5 E 7-STJ.

I. Concluído pelas instâncias ordinárias que o título executivo é hígido, porquanto, independentemente do nome dado ao contrato, ele reúne os requisitos de certeza, liquidez e exigibilidade, consoante fundamentação que vem calcada na interpretação do instrumento e nos elementos materiais dos autos, a discussão recai em reexame obstado pelas Súmulas n. 5 e 7 do STJ.

II. Caso, ademais, em que a Corte *a quo* aponta a pretensão da parte de ver apreciadas questões outras, de maior complexidade e dilação probatória, que refogem ao âmbito estreito da exceção de pré-executividade.

III. Recurso especial não conhecido. (Processo: REsp 591810 / DF RECURSO ESPECIAL 2003/0163915-2; Relator: Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR (1110); Órgão Julgador: T4 - QUARTA TURMA; Data do Julgamento: 20/11/2008; Data da Publicação: DJe 15/12/2008).

No presente caso, o ponto controvertido que os recorrentes trazem à discussão, diz respeito à nulidade que entende haver no título embasador da execução, o que é inviável em sede de pré-executividade, como já explicado anteriormente, sendo os embargos à execução o meio apropriado para a discussão das alegações feitas pelo executado, porque aí terá o embargante a possibilidade de suscitar todas as matérias de defesa que entenda necessárias para o deslinde da ação.

No que pertine à fundamentação do *decisum* combatido, entendo que não houve, por parte do juízo de origem, qualquer infração ao art. 93, IX, da Carta Magna, posto que ali houve, embora concisamente, explicação suficiente a

embasá-la, razão por que não vejo vício que enseje de nulidade o pronunciamento em debate.

A necessidade de motivação, seja nas decisões, seja nas sentenças, têm sua origem na manifestação do Estado de Direito com a garantia ao devido processo legal. Além dessa característica de ordem principiológica, a exigência de fundamentação dos atos judiciais possui duas funções. Na lição de Fred Didier Jr. *in* Curso de Direito Processual Civil, vol. 2, ed. Podium; 2007:

Primeiramente, fala-se numa função endoprocessual, segundo a qual a fundamentação permite que as partes, conhecendo as razões que formaram o convencimento do magistrado, possam saber se foi feita uma análise apurada da causa, a fim de controlar a decisão por meio dos recursos cabíveis, bem como para que os juízes de hierarquia superior tenham subsídios para reformar ou manter essa decisão.

...

Fala-se ainda numa função exoprocessual ou extraprocessual, pela qual a fundamentação viabiliza o controle da decisão do magistrado pela via difusa da democracia participativa, exercida pelo povo em cujo nome a sentença é pronunciada.

Os tribunais pátrios, por seu turno, manifestam-se, acerca dessa matéria, no sentido de confirmar a necessidade de fundamentação, a teor do art. 93, IX, bem como dos art. 165 e 458, ambos da lei adjetiva, como se percebe do aresto abaixo colacionado:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PROCESSO DE EXECUÇÃO. PENHORA SOBRE O FATURAMENTO. REQUISITOS.

- A nulidade só alcança decisões ausentes de motivação, não aquelas com fundamentação sucinta, mormente quando possibilita o amplo direito de defesa por parte daquele que se sentiu prejudicado.

- O cânone hermenêutico da totalidade faz com que a interpretação da decisão judicial seja feita como um todo em si mesmo coerente, e não a partir de simples frases ou trechos isolados.

... - (Recurso Especial parcialmente provido. REsp 782901 / SP RECURSO ESPECIAL 2005/0143338-5; Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI (1118); Órgão Julgador: T3 - TERCEIRA TURMA; Data do Julgamento: 27/05/2008; Data da Publicação/ Fonte: DJe 20/06/2008);

Diante do exposto, sou pelo conhecimento do presente recurso, por tempestivo e próprio, mas para lhe negar provimento, com a manutenção da decisão objeto deste recurso em todos os seus termos.

É como voto.

Fortaleza, 15 de abril de 2009.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2005.0019.1168-8/0 DE RUSSAS

AGRAVANTE: CRISTOVÃO CAPOTE DE PAULA FILHO

AGRAVADO: MUNICÍPIO DE RUSSAS

RELATOR: DES. RÔMULO MOREIRA DE DEUS

EMENTA: PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO COM PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO. ALEGAÇÃO DE IRREGULARIDADE DA INTIMAÇÃO DA SENTENÇA MERITÓRIA. INOCORRÊNCIA. APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA DESERÇÃO PELO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU NA INTERPOSIÇÃO DO RECURSO DE APELAÇÃO. CONFIRMAÇÃO. NA LITERALIDADE DO ARTIGO 39, INCISO II, DA LEI ADJETIVA CIVIL – RESTA EXPRESSO QUE COMPETE AO ADVOGADO... “COMUNICAR AO ESCRIVÃO DO PROCESSO QUALQUER MUDANÇA DE ENDEREÇO”. ASSIM SENDO, NA HIPÓTESE DO PROCURADOR JUDICIAL NÃO INFORMAR A ALTERAÇÃO POSTERIOR DO ENDEREÇO INDICADO NOS AUTOS, HÁ QUE SE CONSIDERAR VÁLIDA A INTIMAÇÃO DIRIGIDA, EM CARTA REGISTRADA, AO ENDEREÇO QUE ESTEJA CONSTANDO NO PROCESSO, TAL COMO É ESTABELECIDO NO PARÁGRAFO ÚNICO DESTE ARTIGO. ASSIM SENDO, NÃO MERECE RESPALDO A ARGUMENTAÇÃO DE QUE O MAGISTRADO DEVERIA TER LANÇADO OUTROS MEIOS DE INTIMAÇÃO PARA DAR CIÊNCIA DE SUA PROLAÇÃO TERMINATIVA. INEVITÁVEL A APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA DESERÇÃO. PRECEDENTE DESTE COLENDO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AGRAVO CONHECIDO E IMPROVIDO. UNÂNIME.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Desembargadores da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, na conformidade da ata de julgamento, por deliberação unânime, em conhecer do recurso de agravo, mas para negar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 17 de agosto de 2009.

RELATÓRIO

Cuida-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto por Cristovão Capote de Paula Filho, em face de decisão proferida pelo Juízo da Vara Única da Comarca de Russas, nos autos do Processo nº 2000.0156.7582-4 (ação ordinária), pela qual negou seguimento ao recurso apelatório interposto pelo autor, ora agravante, aplicando-lhe a pena de deserção, sob a fundamentação de intempestividade.

No que interessa, eis aqui o trecho pinçado da decisão agravada, *verbis*:

“O artigo 508 do Código de Processo Civil, estabelece como um dos recursos, a tempestividade. De tal sorte que, a interposição fora do prazo legal, ocasiona a aplicação ao recorrente da pena de deserção, que impede o conhecimento do recurso.

Por essas razões aplico ao recorrente a pena de deserção e o faço com fulcro no art. 508 do CPC”.

Inconformado, o autor maneja o presente agravo, conforme se depreende às fls. 02/13, visando o provimento deste, para que o seu apelo seja processado, bem como apreciadas as razões do mesmo.

Para tanto, argumenta, em síntese, o equívoco do Julgador de primeiro grau, por considerar o recurso de apelação precluso por intempestividade.

Para tanto, afirma a total impropriedade da intimação da sentença, realizada por meio de carta registrada, que restara sem êxito, tendo em vista a sua mudança de endereço. No seu entender, o Magistrado deveria ter dado cumprimento a outros meios de intimação, em alusão ao art. 139 do CPC.

Nesse contexto, informa com veemência que somente tomou ciência da decisão terminativa, no momento em que verificou a mesma nos autos.

Surpreendo-se com o fato, tratou, de logo, interpor o recurso de apelação.

E justo por isso, ressalta a plena tempestividade de seu recurso. Em seu dizer, “*o despacho recorrido afronta diretamente ao princípio constitucional do devido processo legal, uma vez que aplicou a pena de deserção por intempestividade da apelação manifestamente protocolada em seu prazo legal*” (fl.s. 07)

É o breve relatório.

VOTO

Primeiramente, conheço do recurso, vez que presentes seus requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade.

No que se refere ao mérito, é por ilação óbvia ao artigo 39, inciso II, da Lei Adjetiva Civil, bem como ao parágrafo único deste dispositivo, que a matéria dispensa maiores divagações.

Dispõe o Código de Processo Civil, na dicção do art. 39, inciso II, *in verbis*:

“Art. 39. Compete ao advogado, ou à parte quando postular em causa própria:

...

II – comunicar ao escrivão do processo qualquer mudança do endereço.

Parágrafo único. Se o advogado não cumprir o disposto no n. I deste artigo, o juiz, antes de determinar a citação do réu, mandará que se supra a omissão no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, sob pena de indeferimento da petição; se infringir o previsto no n. II, reputar-se-ão válidas as intimações enviadas, em carta registrada, para o endereço constante dos autos.”

Perceptível, portanto, a indiscutível necessidade do representante jurídico da parte informar, ao serventário da justiça, a alteração do endereço, que anteriormente havia sido indicado para comunicação dos atos processuais.

Assim sendo, não merece respaldo a irrisignação apresentada pelo autor. Em verdade, cumpre afirmar que o agravante, ao deixar de comunicar o endereço atualizado a serventia, acabou por inviabilizar qualquer comunicação pessoal com ele. Não há que se falar, portanto, em cerceamento de defesa por falta de intimação pessoal.

Ao que se vê, a intimação da sentença foi devidamente efetuada no exato endereço fornecido pelo causídico. Todavia, não restou concretizada por

responsabilidade do próprio, pois mudou-se de endereço e deixou de comunicar o fato ao Juízo da causa, conforme se depreende no teor da certidão lavrada às fl.s. 88.

Nesta circunstância, não vejo como prosperar nenhuma das alegações suscitadas no reclamo recursal. Não caberia ao juízo singular dar cumprimento ao disposto no art. 239 do CPC, como veementemente menciona o agravante, notadamente porque a frustração da intimação pelo correio ocorreu por conta da negligência do mesmo.

Na realidade, quando o agravante interpôs o recurso apelatório, em 21 de outubro de 2009, já havia passado mais de 08 (oito) meses da juntada nos autos da certidão de sua intimação, que ocorrera em 05 de fevereiro de 2009. Neste caso, não pode, e nem deve, o advogado contar o prazo recursal para a apresentação de sua apelação a partir da data em que “*resolveu verificar os autos, in loco*” (fl.s. 06).

Inevitável, portanto, que o Magistrado aplicasse o instituto da preclusão temporal, pois manifesta a intempestividade do apelo.

A propósito, cito precedente desta eg. Corte:

Ementa: (...) De acordo com os arts. 39, II, e parágrafo único, segunda parte, e 238, parágrafo único, ambos do Código de Processo Civil, são válidas as intimações dirigidas ao procurador judicial, enviadas, por carta registrada, ao endereço constante dos autos, sendo dever do causídico comunicar ao juízo qualquer mudança de endereço. (Embargos Declaratórios nº 2004.0004.9408-2/2, 1ª Câmara Cível, rel. Des. Raul Araújo Filho, julgado em 21.05.2008).

Nesse sentido, eis o julgado do Superior Tribunal de Justiça, nas palavras do Ministro Aldir Passarinho Júnior:

Ementa: Processual Civil. Intimação efetuada no endereço indicado pelo advogado. Ônus da parte. CPC, art. 39, II, 1. Válida a intimação do endereço indicado pelo advogado, de conformidade com o art. 39, I, do CPC, se o causídico mudou o local de trabalho sem atender ao disposto no inciso II, do mesmo dispositivo, que lhe impunha, obrigatoriamente, informar tal alteração ao escrivão do processo. 2. Recurso especial não conhecido. (STJ – Resp. Nº 323.409 – ES (2001/0054470-6) – Quarta Turma – Relator: Ministro Aldir Passarinho Júnior).

E não se trata posição isolada. Confira-se diversos julgados dos Tribunais de Justiça Estaduais:

Ementa: Advogado que não comunica mudança de endereço, considera-se completada a intimação para preparo de recurso, com a remessa de carta com AR para endereço constante nos autos. Cumpre aos advogados comunicar ao escrivão do processo eventual mudança de endereço, sob pena de aplicar-se o disposto no art. 39, parágrafo único, *in fine*, do CPC. Recurso Deserto, por preparo a destempo. (Apelação Civil nº 188054530, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Alçada do RS, Rel. Guido Waldemar Welter, Julgado em 29.09.1988).

Ementa: Agravo de Instrumento. Retenção de Autos. Proibição de Retirada do Processo do Cartório. Art. 196 do Código de Processo Civil. Intimação Pessoal Frustrada. Falta de comunicação de mudança de endereço. Dever do advogado. Art. 39, II e parágrafo único. Interpretação extensiva. Manutenção da Penalidade. I – A aplicação da sanção prevista no art. 196 do CPC deve ser precedida da intimação pessoal do advogado, impondo-se considerar válida esta se restou inviabilizada pela conduta do próprio patrono, que, de forma desidiosa, deixou de comunicar à serventia a mudança de endereço (exegece do art. 39, inc. II e parágrafo único do mesmo diploma processual), mormente se não apresenta ele qualquer justificativa plausível para o atraso na devolução dos autos. (Agravo de Instrumento nº 2007.0020.1293-1/1, 1ª Turma Cível, Tribunal do DF, Rel. Nívio Geraldo Gonçalves, Julgado em 13.03.2008. Publicação no DJU. 26.03.2008, pág.s. 90)

Ainda sobre o tema:

Ementa: Mudança de endereço. Falta de Comunicação ao Juízo. Com espeque no art. 39 do CPC, aplicado subsidiariamente ao processo trabalhista, é do advogado da Agravante o dever de comunicar com diligência qualquer mudança de endereço, sob pena de reputar-se válidas as notificações enviadas ao endereço constante dos autos. *In casu*, não tendo o causídico da Reclamada comunicado a mudança de seu endereço, não há que se falar em nulidade da notificação feita no endereço trazido na procuração. Recurso a que se nega provimento. (TRT, AI-982/2001, 1ª Turma Cível, Tribunal do DF, Rel. Juiz João Carlos, Julgado em 13.03.2008).

Por tais razões, de acordo com o precedente do STJ, desta Corte e, ainda, dos Tribunais de Justiça Estaduais, presume-se válida a intimação efetuada pela instância *a quo*, pela via postal, tendo em vista a inércia do advogado em informar a mudança de seu endereço.

Diante do exposto, conheço do presente agravo de instrumento, mas para negar-lhe provimento, mantendo *in totum* a decisão agravada.

É como voto.

Fortaleza, 17 de agosto de 2009.

PROCESSO Nº 2009.0013.6343-8/0
AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL
AGRAVANTE: CARLOS ANDRÉ STUDART PEREIRA
AGRAVADOS: MUNICÍPIO DE FORTALEZA E LUIZIANNE DE OLIVEIRA LINS
ÓRGÃO JULGADOR: 3ª CÂMARA CÍVEL
RELATOR: DES. CELSO ALBUQUERQUE MACÊDO

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO POPULAR PROPOSTA POR INTEGRANTE DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO (PROCURADOR FEDERAL). ATO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL. EXERCÍCIO DA ADVOGACIA PRIVADA EM CAUSA PRÓPRIA. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO LEGAL. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A pretensão recursal encontra-se em desacordo com a vedação expressa pelo art. 28, inciso I, da Lei Complementar nº 73/1993 (Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União), também constante do art. 24 da Lei nº 9.651/1998, art. 38, § 1º, inciso I, da Medida Provisória nº 2.229-43/2001 e art. 6º da Lei nº 11.890/2008.

2. A proibição ao exercício da advocacia privada por integrante da Advocacia-Geral da União, fora das suas atribuições institucionais, é norma de caráter restritivo estabelecida em função do interesse público.

3. Não pode o agravante exercer a advocacia privada, nem mesmo em causa própria, porque a legitimidade para advogar restringe-se à atividade vinculada ao cargo que ocupa, sem quaisquer outras ressalvas do legislador, devendo o agente público pautar-se segundo o princípio constitucional da legalidade em sentido estrito.

4. A matéria já foi submetida a questionamentos judiciais em outras oportunidades, inclusive perante o Superior Tribunal de Justiça (MS 7.014/

DF) e o Supremo Tribunal Federal (ADI 1.754/DF, 1.896/DF, 4.036/DF), havendo orientação da Corte Suprema contrária à alegada inconstitucionalidade da norma que veda o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais pelos servidores titulares de cargos das carreiras da área jurídica.

5. Recurso não provido.

ACÓRDÃO

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

RELATÓRIO

Cuida-se de agravo de instrumento por meio do qual CARLOS ANDRÉ STUDART PEREIRA, Procurador Federal, insurge-se contra ato judicial que, “reconhecendo a ausência de capacidade postulatória do promovente, determinou ao mesmo a constituição de advogado, no prazo de 10 dias, sob pena de extinção do processo sem análise do mérito” (fl. 11).

Consta dos autos que CARLOS ANDRÉ STUDART PEREIRA promoveu AÇÃO POPULAR contra o MUNICÍPIO DE FORTALEZA e LUIZIANNE DE OLIVEIRA LINS, Prefeita desta urbe (fls. 17/30). Após contestação (fls. 68/83) e réplica (fls. 90/93), apreciando preliminar suscitada pelo ente público, a magistrada de primeiro grau assim solucionou a questão (fl. 13):

“Trata-se de ação popular ajuizada por membro da Advocacia da União que, a teor do inciso I, do Art. 28 da Lei Complementar 73/93, é proibido de exercer a advocacia fora das atribuições institucionais.

Diante disso, é clara a ausência de capacidade postulatória do promovente, sendo imprescindível a indicação de advogado para regular processamento da ação.

Assim, faculto à parte autora que constitua advogado, no prazo de 10 (dez) dias, sob pena de extinção do processo sem análise de mérito.

Intime-se.

Exp. cabíveis.

Fortaleza, 30 de abril de 2009

Em suas razões recursais (fls. 02/09), o agravante destaca os seguintes argumentos: a carga decisória do ato judicial agravado, pois impede o regular processamento do feito; a dispensa de pagamento do preparo (art. 10 da Lei nº 4.717/65 e art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal); a possibilidade de ajuizamento de ação popular por membros da Advocacia-Geral da União, por ausência de vedação legal; a Orientação Normativa nº 27/2009 da Advocacia-Geral da União admite “o exercício da advocacia em causa própria e a advocacia *pro bono*”; o recorrente detém capacidade postulatória, pois é advogado regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil. Sob esses fundamentos, pugna pelo deferimento de liminar, “permitindo assim a atuação, em causa própria, do ora recorrente no feito, sem a necessidade de constituir outro advogado, viabilizando, assim, o curso regular do processo (a fim de que se aprecie, de logo, o pedido de antecipação de tutela meritória, cuja análise encontra-se pendente desde agosto de 2008)”. Quanto ao mérito, aguarda o provimento do recurso, “reconhecendo-se a regularidade da propositura de ação popular por membro da Advocacia-Geral da União”.

A almejada medida de urgência foi indeferida às fls. 124/130.

Não foram apresentadas contrarrazões (fl. 141).

A julgadora de primeira instância informou que a decisão recorrida foi mantida, pois os integrantes da Advocacia-Geral da União são legalmente impedidos de exercer advocacia fora das suas atribuições institucionais (fls. 138/140).

A Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo improvimento do recurso, “eis que verificada a impossibilidade jurídico-legal do exercício da advocacia pelo Procurador Federal, ainda que se trate de ação popular”.

Inclusos em pauta para julgamento, independentemente de revisão, na forma dos arts. 34, § 3º, e 221, § 3º, do Regimento Interno deste Tribunal, apresento os autos em mesa para julgamento.

É o relatório.

VOTO

O objeto do presente recurso consiste em verificar a possibilidade de integrante da Advocacia-Geral da União (Procurador Federal) exercer a advocacia privada em causa própria e propor ação popular questionando ato da Administração Pública Municipal.

Segundo registrado na decisão de fls. 124/130, a pretensão recursal encontra-se em desacordo com a vedação expressa pelo art. 28, inciso I, da Lei Complementar nº 73/1993 (Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União):

“Art. 28. Além das proibições decorrentes do exercício de cargo público, aos membros efetivos da Advocacia-Geral da União é vedado: I - exercer advocacia fora das atribuições institucionais [...]”

Mencionado óbice também consta do art. 24 da Lei nº 9.651/1998, art. 38, § 1º, inciso I, da Medida Provisória nº 2.229-43/2001 e art. 6º da Lei nº 11.890/2008. Conforme os referidos atos normativos, a proibição ao exercício da advocacia fora das atribuições institucionais é norma de caráter restritivo estabelecida em função do interesse público.

Destarte, não pode o agravante exercer a advocacia privada, nem mesmo em causa própria, porque a legitimidade para advogar restringe-se à atividade vinculada ao cargo que ocupa, sem quaisquer outras ressalvas do legislador, devendo o agente público pautar-se segundo o princípio constitucional da legalidade em sentido estrito.

“O princípio da legalidade é certamente a diretriz básica da conduta dos agentes da Administração. Significa que toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei. Não o sendo, a atividade é ilícita.

Tal postulado, consagrado após séculos de evolução política, tem por origem mais próxima a criação do Estado de Direito, ou seja, do Estado que deve respeitar as próprias leis que edita.

O princípio “implica subordinação completa do administrador à lei. Todos os agentes públicos, desde o que lhe ocupe a cúspide até o mais modesto deles, devem ser instrumentos de fiel e dócil realização das finalidades normativas”.¹ Na clássica e feliz comparação de HELY LOPES MEIRELLES, enquanto os indivíduos no campo privado podem fazer o que a lei não veda, o administrador público só pode atuar onde a lei autoriza.²”

(CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 20ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 17-18.)

Observo que a matéria já foi submetida a questionamentos judiciais em outras oportunidades, inclusive perante o Superior Tribunal de Justiça (MS 7.014/DF) e o Supremo Tribunal Federal (ADI 1.754/DF, 1.896/DF, 4.036/DF), havendo orientação da Corte Suprema contrária à alegada inconstitucionalidade da norma que veda o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais pelos servidores titulares de cargos das carreiras da área jurídica.

Apreciando o Mandado de Segurança nº 7.014/DF, o Superior Tribunal de Justiça denegou o pedido formulado por Procuradores Autárquicos, que questionavam a vedação ao exercício da advocacia fora das atribuições institucionais, em acórdão assim ementado:

“MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. PROCURADORES AUTÁRQUICOS. VEDAÇÃO DE ADVOCACIA PARTICULAR (LEI 9.651/98, ART. 24). JUSTO RECEIO. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DO ATRIBUTO DA ATUALIDADE. PRETENSÃO DE ABSTENÇÃO NA APLICAÇÃO DE PENALIDADE DISCIPLINAR PELO SEU EXERCÍCIO SOB A PECHA DE INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO. *WRIT* CONTRA LEI EM TESE. DESCABIMENTO. SÚMULA 266, DO STF. NÃO SUSPENDENDO O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM PEDIDO CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, A EFICÁCIA DE PRECEITO LEGAL, NÃO HÁ COMO VISLUMBRAR DIREITO LÍQUIDO E CERTO FUNDADO NA PECHA DE INCONSTITUCIONALIDADE DESSE MESMO PRECEITO DE LEI. *WRIT* NÃO CONHECIDO.”

(STJ, Terceira Seção, MS 7.014/DF, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, julgado em 25.04.2001, DJ 20.08.2001.)

Naquela oportunidade, o Ministro José Arnaldo da Fonseca consignou em seu voto:

“Não só o mandado de segurança não se presta a substituir a ação direta de inconstitucionalidade, como também o Excelso Pretório, na ADIN 1754, Rel. Min. Sidney Sanches, por maioria, ao apreciar a arguição de inconstitucionalidade formulada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, quanto ao art. 24, da Medida Provisória 1.587-A/97, convertida na Lei 9.651/98, mantido este artigo 24, assentou, no pertinente (fls. 93):

“2. Pacífica também a orientação da Corte, no sentido de que não tem o servidor público direito adquirido a um determinado regime jurídico, podendo, por lei, ser submetido a outro, ditado pelos interesses da Administração Pública, desde que não implique violação de outras normas da própria Constituição, que lhe assegurem direitos, como, por exemplo, a do § 2º do art. 39, com as remissões que faz. Hipótese, porém, inócua, na Medida Provisória em foco. 3. Medida cautelar indeferida. Plenário: votação por maioria.”

Destaca-se do voto do Min Sepúlveda Pertence às fls. 91:

“Ora, a que se trata no caso presente é de estimular, mediante gratificação, determinadas carreiras da advocacia de Estado, impondo, no entanto, aos seus integrantes, a vedação da advocacia privada: a inconstitucionalidade parcial, no caso, implicaria, evidentemente, manter a vantagem sem a restrição que o legislador

quis impor ao seu deferimento.”

[...] E a exigência de dedicação exclusiva por parte do Procurador autárquico é questão de política legislativa e da Administração Pública.

A Constituição Federal (art. 5º, inc. XIII) diz ser livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

Pois bem, ao Estatuto da Ordem dos Advogados cabe, observada a garantia do livre exercício da profissão, indicar condições de capacidade, de qualificação para o munus do patrocínio privado.

Por conseguinte, habilitado o profissional para o exercício da advocacia particular há de se submeter a outros regramentos se optar pela advocacia pública. O regime aí já é outro, é o Estatutário. E o próprio texto constitucional dispõe: os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei (Art. 37, I).

Assim, o acesso ao serviço público e os termos em que se dá a prestação de serviços, constituem tema de reserva legal ou restrição legal qualificada, na dicção do il. constitucionalista Gilmar Ferreira Mendes (Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade, Celso Bastos Editor, 1998, p. 34).

O fato de a limitação vir expressa na Constituição em relação ao Ministério Público, Defensoria Pública e à Magistratura, não quer dizer que não possa ser estabelecida por lei no tocante a outras carreiras públicas.

Isto porque, ante o sistema constitucional federativo, não caberia, no capítulo geral da administração pública, traçar, num só plano para todos os níveis de governo, uniformemente condições de prestação de serviço, deveres e limitações.

É que a cada pessoa de direito público interno, obedecidos os princípios gerais da Administração Pública, compete estabelecer, atendendo as suas peculiaridades e necessidades, regime próprio disciplinando o desempenho das tarefas, modo e forma de prestação, incompatibilidade e impedimentos e criação de funções gratificadas. Como acentuado às fls. 105:

“19. Com a exclusiva ressalva da observância aos ditames constitucionais, insculpidos no Capítulo VII, Título III, da Lei Maior, nada obsta, portanto, sejam instituídos novos critérios, mediante lei ordinária, relativos a direitos e deveres, no contexto administrativo do Estado, podendo-se, em decorrência, reavaliar benefícios e vantagens, dantes existentes, para serem, ulteriormente, se for o caso, até mesmo suprimidos, razão de os direitos deles resultantes – por jamais se haverem incorporado ao patrimônio jurídico do funcionário público –, não se constituírem direitos adquiridos.”

Em manifestação apresentada na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.036/DF, ainda em curso no Supremo Tribunal Federal, o Dr. Evandro Costa Gama, Advogado-Geral da União Substituto, defendeu a constitucionalidade das normas questionadas, com os seguintes destaques:

“[...] É certo que essa proibição para a advocacia privada não decorre diretamente do texto da Constituição da República. [...]

No entanto, o fato de a Constituição não vedar expressamente a advocacia extra-funcional por parte de membros da Advocacia-Geral da União e das Procuradorias de Estado não significa que o sistema normativo infraconstitucional não possa fazê-lo legitimamente.

[...]

Ora, se o Estatuto da Advocacia – que é lei, norma de hierarquia infraconstitucional – delineia hipóteses de incompatibilidade e de impedimento, limitando o exercício da advocacia, nada obsta que as legislações de determinadas carreiras, sopesando o interesse público envolvido, optem por vedar a advocacia extra-funcional a seus membros. É notório, a propósito, que diversas Procuradorias de Estado a vedam aos integrantes de suas carreiras, assim como sucede no âmbito da Advocacia-Geral da União.

[...] A lei, ao tornar defesa essa advocacia extra-funcional, está atenta não só ao papel da Advocacia-Geral da União no concerto constitucional, mas também ao fato de que os membros desta instituição procedem, diuturnamente, ao controle de legalidade dos atos da Administração Pública federal, tudo a evidenciar a incompatibilidade da advocacia privada.

A propósito, a vedação da advocacia extra-funcional dignifica o princípio da moralidade administrativa, evitando que os advogados se coloquem em situação de assessoramento a particulares, em conflito com o interesse do Estado. Com efeito, o Direito não se compõe de compartimentos estanques e, assim, é muito tênue a linha divisória entre o interesse público e o meramente privado.

[...]

A vedação do exercício da advocacia pelos advogados públicos federais fora das atribuições inerentes a seus cargos, com efeito, faz-se em homenagem a interesses constitucionais de indiscutível relevo. Referida restrição, muito longe de ter sido erigida caprichosa e autoritariamente, tem em vista o devido resguardo do interesse público.

De fato, por considerar essenciais as atribuições conferidas aos membros das carreiras de Procurador Federal e da Advocacia-Geral da União, o legislador federal, entendeu conveniente ao interesse público que o exercício de tão importantes funções (as quais mereceram, inclusive, expressa menção constitucional – artigo 131 da Carta) fosse realizado por profissionais que advogassem, exclusivamente, em favor do ente estatal ao qual estejam vinculados. Pretendeu, com isso, estreitar os vínculos profissionais do advogado com as atividades estatais, buscando a excelência no desempenho das atividades de representação e assessoramento jurídico do Estado, o qual poderia ser prejudicado caso o servidor pudesse, concomitantemente, advogar em âmbito privado, já que o exercício de tal atividade, além de demandar tempo e de desgastar sobremaneira o profissional, envolve interesses particulares por vezes conflitantes com o interesse público de que lhe cabe zelar. [...]

Dessa forma, percebe-se que o advogado, a princípio livre para o amplo desempenho da advocacia, decide, por vontade própria, assumir cargo de advogado público (desde que aprovado em concurso, é claro), ainda que, com isso, reste submetido às vedações atinentes ao regime jurídico respectivo, dentre as quais está a impossibilidade da prática da profissão fora do âmbito de suas atribuições funcionais, por entender que os direitos e vantagens que terá com seu exercício sejam superiores a tal impedimento.

[...]

Com efeito, desde que previstas em lei, tais vedações são absolutamente compatíveis com a ordem constitucional. Se o intuito do legislador é apenas o de conferir melhores condições para o desempenho das funções estatais, não se lhe pode retirar a possibilidade de optar pelo regime de exclusividade, especialmente quando confere aos servidores diferenciada remuneração para tanto. [...]"

Também pode ser ressaltado o parecer do Dr. Miguel Pró de Oliveira Furtado, Consultor da União, aprovado pelo Dr. Ronaldo Jorge Araújo Vieira Júnior, Consultor-Geral da União, e pelo Dr. José Antônio Dias Toffoli, Advogado-Geral da União, que o adotou como suas informações nos autos da mencionada Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.036/DF:

"[...] De qualquer forma, a própria Constituição, quando comete ao

legislador complementar dispor sobre sua organização e funcionamento, outorga-lhe a competência necessária para dizer se deseja, ou não, que seus advogados disponham de tempo integral para dedicação à defesa dos interesses da União. Sabe-se que a advocacia, mais talvez do que qualquer outra profissão, absorve o profissional, deixando-o ligado permanentemente às questões a que se dedica, enquanto não se solve a questão pelo julgamento. Considerando que as causas em que se envolve o Estado são, em geral, de grande magnitude e que, quase sempre, alcança o interesse do corpo social, não quer a União, não pode ela dar-se ao luxo de ter advogados que dividam a atenção e o estudo com outros clientes. Isso, todavia, nada tem com limitação ao exercício da profissão, pelo contrário, nada mais é que dedicação integral à profissão. Em vez de cerceamento à liberdade profissional, na verdade, coloca-a, pelo estudo e pelo devotamento em nível superior.

Aliás, não são poucas as empresas que, independentemente de lei que as autorize, mas fundadas na liberdade de contratar, querem de seus advogados dedicação exclusiva. No caso do Estado, para que não haja necessidade de fazer figurar a cláusula no edital de cada concurso, incluiu-se na lei a exigência. [...]"

DIANTE DO EXPOSTO, considerando os mencionados precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, NEGÓ PROVIMENTO AO RECURSO, porquanto em desacordo com a vedação expressa pelo art. 28, inciso I, da Lei Complementar nº 73/1993 (Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União), também constante do art. 24 da Lei nº 9.651/1998, art. 38, § 1º, inciso I, da Medida Provisória nº 2.229-43/2001 e art. 6º da Lei nº 11.890/2008, segundo os quais não pode o agravante exercer a advocacia privada, nem mesmo em causa própria, porque a legitimidade para advogar restringe-se à atividade vinculada ao cargo que ocupa, sem quaisquer outras ressalvas do legislador, devendo o agente público pautar-se segundo o princípio constitucional da legalidade em sentido estrito.

É como voto.

Fortaleza, 28 de setembro de 2009.

¹CELSON ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *RDP* nº 90, pp. 57-58.

²"*Direito Administrativo Brasileiro*", p. 83.

Ação Rescisória

AÇÃO RESCISÓRIA N. 2007.0016.4399-0/0 DE FORTALEZA
RELATOR: DES. RÔMULO MOREIRA DE DEUS
AUTOR: ESTADO DO CEARÁ
RÉU: GOUVAN LINHARES LOPES

EMENTA: AÇÃO RESCISÓRIA. SUPOSTA AFRONTA A LITERALIDADE DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. INOCORRÊNCIA.

1. Ação rescisória, com base em ofensa a literal disposição de lei (art. 485, V, C.Pr.Civil), é remédio extremo para depurar o processo, desconstituindo o julgado cuja inteligência está desconectada do texto legal, ignorando-lhe escancaradamente o sentido ou conferindo-lhe interpretação absurda. 2. A pretensão rescindenda não faz as vezes de recurso, nem se presta para reexaminar fatos e reavaliar provas com o intuito de neutralizar o resultado hígido de um julgamento bem motivado, em que se prestigiou interpretação consentânea com a ordem constitucional, mediante argumentos jurídicos, suficientemente lógicos e substancialmente racionais, observadas as peculiaridades da causa e os paradigmas consolidados na praxe jurisprudencial. 3. Descabe confundir prestação jurisdicional *contra legem* com decisão contrária aos interesses defendidos. Aquela merece depuração para aprimorar-se a própria justiça; esta há de ser preservada em nome da coisa julgada material, consectário da segurança jurídica. 4. Rescisória improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Desembargadores integrantes das Câmaras Cíveis Reunidas, na conformidade da ata de julgamento, por unanimidade de votos, julgar improcedente a ação rescisória.

Fortaleza, 29 de setembro de 2009.

RELATÓRIO

Trata-se de ação rescisória ajuizada pelo Estado do Ceará, com base no inciso V, art. 485, C.Pr.Civil.

Pretende o Autor desconstituir acórdão da Segunda Câmara Cível, de relatoria do Desembargador Ademar Mendes Bezerra (fls. 209-228), que confirmou sentença favorável ao candidato Gouvan Linhares Lopes, assegurando-lhe classificação no concurso público para Promotor de Justiça, ante a nulidade da correção de tópico de sua prova discursiva, cuja insignificante pontuação foi considerada ilegal, irrazoável e anti-isonômica, a justificar a intervenção judicial e o redimensionamento da nota atribuída para majorá-la ao perfil exigido à aprovação no certame.

Alega o Requerente afronta à literalidade dos artigos 2º e 5º da Constituição da República, porquanto o aresto teria extravasado dos lindes do controle da legalidade para imiscuir-se na órbita exclusiva da Administração, substituindo-se o Judiciário à Banca Examinadora, fragilizando as normas editalícias e a impessoalidade do certame, ao afastar os critérios de correção uniforme e outorgar privilégio incompatível com a paridade de tratamento entre os concorrentes a cargos públicos.

Invoca o Autor jurisprudência correlata, no intuito de convencer que a tese encampada pelo Colegiado não se ajustaria aos precedentes dos Tribunais Superiores.

A rescisória foi originariamente distribuída ao Desembargador Raul Araújo Filho, que afirmou suspeição por motivo de foro íntimo (fls. 244), seguindo-se a remessa dos autos ao Desembargador Ernani Barreira Porto, que admitiu a propositura, porém denegou a antecipação de tutela requisitada (fls. 252-253).

Contestação oportuna (fls. 286-302), impugnando-se, ponto a ponto, as alegações do Estado, a começar pela inadmissibilidade da rescisória, ante a fundamentação deficiente do articulado e o indevido propósito de reexaminar fatos e reavaliar provas.

No mérito, aduz o Réu que a Justiça agiu em face da lesão a direito subjetivo, pois sua resposta não foi corretamente avaliada pela Banca Examinadora, que se ateve a critérios não explicitados no edital e no enunciado da questão, além de desconsiderar a fundamentação jurídica expendida, nada obstante respostas similares, de teor análogo, tivessem sido bem pontuadas em favor de outros concorrentes, a desvelar discriminação desarrazoada e iníqua. Daí que a

intervenção judicial não afronta a cláusula da separação de poderes ou o postulado isonômico, antes os concretiza, para restabelecer a legalidade administrativa.

O Estado pronunciou-se em réplica, rebatendo as preliminares arguidas e insistindo na pretensão rescindenda (fls. 419-426).

Manifestação do Réu, a reiterar a inconsistência da rescisória (fls. 428-433).

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pela procedência da ação (fls. 436-453).

Feito redistribuído ao Desembargador Fernando Luiz Ximenes Rocha (fl. 466), em virtude de o seu antecessor assumir a Presidência deste Tribunal, mas aquele se declarou suspeito para officiar na causa, restando-me sucedê-lo na relatoria.

Cumpre assinalar que o deslinde da ação resume-se em controvérsia unicamente de direito, sendo dispensável dilação probatória em audiência, mormente ante a prova documental encontrável nos autos, autorizando o julgamento antecipado.

É o relatório.

VOTO

Das preliminares.

Não merecem acolhida as preliminares suscitadas pelo Requerido na contestação.

A inicial estampa fundamentos suficientes para embasar a suposta transgressão aos dispositivos constitucionais invocados. Descabe confundir a admissibilidade da rescisória com a consistência da pretensão articulada (nesse sentido, STF, AR 1343/SC, Min. Marco Aurélio, DJ 26.03.93).

Por isso já se decidiu que “inexistindo erro de forma na peça inicial e sendo o pedido nela formulado suficientemente embasado no art. 485, V, do Código de Processo Civil, não há que se falar em extinção do processo com fulcro no art. 490, I, c/c o art. 267 do Código de Processo Civil” (STJ, AR 3320/PR, Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJ 04.11.2008).

Quanto ao propósito de reexaminar fatos e reavaliar provas, cuida-se de alegação atrelada ao mérito, a ser dirimida de par com este.

Rejeito, portanto, as preliminares.

Sendo assim, passo ao exame do mérito.

Doutrina e jurisprudência já firmaram consenso acerca da finalidade da ação rescisória: depurar o resultado do processo a fim de aprimorá-lo,

expurgando vícios de tamanha gravidade, por defeitos de invalidade ou motivos de injustiça, que comprometem a higidez e a estabilidade do pronunciamento judicial de mérito, tornando-o insubsistente para fazer prevalecer soluções substancialmente justas e consentâneas com o direito objetivo.

Também é incontroverso que as hipóteses de rescindibilidade são taxativas e exaurientes, não comportam ampliações ou equiparações, pois a desconstituição da coisa julgada material perfaz exceção. Daí porque a rescisória é remédio extremo e não faz as vezes de recurso, sendo impraticável convertê-la em reforço autônomo de inconformismo, como se fora factível – e não o é – empregá-la como derradeira investida para alcançar o êxito que não se obteve na lide recursal.

Desse modo, “a pretensão de se rescindir o julgado sob o fundamento do inciso V do art. 485 tem de ser intentada contra a decisão manifestamente contrária à regra normativa apontada, gerando imperfeição da decisão de mérito que, por esse motivo, não pode subsistir” (STF, AR 1.470/PI, advertência da Ministra Ellen Gracie, em 29.06.2006).

A violação à norma para justificar a rescisão do julgado há de ser perceptível de plano, à primeira visada, a partir da escancarada e ostensiva ofensa à lei, cuja literalidade está desconectada da inteligência que lhe conferiu o julgador, ignorando-a ou dando-lhe interpretação absurda.

A simples divergência de interpretações razoáveis não implica erro contra a letra da lei, certo que “a ação rescisória proposta com base no art. 485, V, do CPC, não pode ser acolhida se do *decisum* rescindendo não se detectar contrariedade flagrante, estridente, à literalidade da lei, sob pena de transformá-la em um recurso ordinário com alargado prazo de propositura” (STJ, AR 394/BA, Min. Cesar Asfor Rocha, DJ 05.08.96).

Nesses termos, tenho que o caso em exame não configura hipótese de rescindibilidade, porquanto não há julgamento *contra legem* quando a solução judicial é construída a partir de argumentos jurídicos, suficientemente lógicos e substancialmente racionais, levando em conta as normas constitucionais pertinentes, os elementos do caso concreto e os paradigmas consolidados na praxe jurisprudencial.

No ponto, lapidares as colocações de Luís Roberto Barroso:

“As cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente,

não se prestam ao sentido unívoco e objetivo que uma certa tradição exegética lhes pretende dar. O relato da norma, muitas vezes, demarca apenas uma moldura dentro da qual se desenham diferentes possibilidades interpretativas. À vista dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados é que será determinado o sentido da norma, com vistas à produção da solução constitucionalmente adequada para o problema a ser resolvido” (Temas de Direito Constitucional, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 07).

Nessa perspectiva, a motivação do aresto rescindendo é suficiente para legitimar a interpretação adotada pelo Colegiado, cuja compreensão remete à jurisprudência consolidada neste Tribunal, que invariavelmente tem se posicionado pela legitimidade do controle jurisdicional, em matéria de concurso público, com vistas a sindicarem a observância dos princípios constitucionais do amplo acesso à jurisdição, da legalidade, razoabilidade, proporcionalidade e isonomia.

A respeito, e no que interessa, julgados unânimes da Segunda e Terceira Câmaras Cíveis:

“[...] Já está assentado na doutrina e na jurisprudência o entendimento que permite ao Judiciário a análise das questões de concursos públicos, pelo crivo dos princípios constitucionais da acessibilidade à Justiça, legalidade, razoabilidade, proporcionalidade e isonomia. É vedado ao juiz substituir-se pura e simplesmente à Banca Examinadora, entretanto, este poderá verificar se os critérios escolhidos para a correção das provas são objetivos e se a sua aplicação obedeceu a parâmetros pedagógico-científicos em que todos os concorrentes possam se estribar, para o lançamento das respostas” (TJCE, Terceira Câmara Cível, Ap. 2000.0118.7622-1/1, Desembargador José Arísio Lopes da Costa, 10.11.2008);

“Já se superou, nas Augustas Cortes de Justiça deste país, o entendimento de que estaria vedado ao Judiciário controlar atos da administração quando estes fossem oriundos da realização de concursos públicos. [...] Nesses casos em que o candidato, em

resposta de cunho subjetivo, expõe resposta que não coadune com uma determinada linha doutrinária, mas que encontre amparo em outros autores renomados, é dever da Banca Examinadora considerar o posicionamento defendido pelo candidato, sob pena de afronta aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade” (TJCE, Segunda Câmara Cível, Ap. 2005.0014.3990-3/0, Relatora Desembargadora Gizela Nunes da Costa, 23.11.2005).

No caso, está claramente dito no acórdão rescindendo que a intervenção judicial legitima-se diante da inobservância à legalidade administrativa, visto que a pontuação irrisória atribuída ao Réu não encontra respaldo nas estipulações do edital, tampouco no enunciado da questão, além de comprovado que pontos de vista convergentes, externados por outros candidatos, foram considerados e bem mensurados pela Banca Examinadora, que agiu à moda e ao estilo de dois pesos e duas medidas.

Portanto, a interpretação conferida pelo aresto rescindendo não destoaria do postulado isonômico nem da cláusula constitucional da separação de poderes, qual se pode facilmente constatar da fundamentação expendida, que fala por si, reportando-se, inclusive, à construção jurisprudencial do STF, prova de que não há o que rescindir, pelo simples fato de que não há entendimento *contra legem* a expurgar.

Confira-se o seguinte trecho pinçado do voto condutor:

“É certo que a *ratio essendi* de um concurso público é mesmo diferenciar, ou seja, procurar separar aqueles que estão aptos daqueles que não o estão a exercer a função pública, contudo não pode desigualar, mediante notas absolutamente extremadas, dois candidatos que apresentaram respostas convergentes. [...] Colaciona-se recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a não observância do edital equivale à ilegalidade, reforçando o argumento de que, no caso, não se está a olvidar o pacífico entendimento das Cortes Superiores de que é vedado ao Judiciário imiscuir-se no mérito da correção de bancas avaliadoras de concurso público [...]” (fls. 226-227).

Não é difícil perceber, então, que o Colegiado prestigiou a interpretação que melhor concretiza a eficácia do princípio isonômico e a plenitude do acesso à Justiça, sendo de lembrar-se que a igualdade perante a lei impõe a mesma solução para hipóteses equivalentes, sem espaço para discriminações injustificáveis e desarrazoadas.

Por conseguinte, nem de longe houve contrariedade aos dispositivos constitucionais invocados, circunstância que tanto mais se evidencia quando lembrado os dizeres pontuais do Desembargador Antônio Abelardo Benevides Moraes:

“A violação de literal disposição de lei, que motiva uma ação rescisória, se caracteriza quando a comparação da decisão com o texto legal permita, de plano, a conclusão de que houve ofensa à norma de direito, sem qualquer esforço interpretativo. [...] O pedido rescisório só é permitido em casos expressos no art. 485 do CPC, não se admitindo interpretação extensiva” (Ação Rescisória 2004.0014.9110-9/0, 26.05.2009).

Dessa forma, a rescisória não vinga, inexistindo a mínima violação aos artigos constitucionais tidos por afrontados, donde inferir-se que o Estado desvirtuou a propositura, pois seu articulado tem feitiço de recurso e propósito de derradeiro e aleatório esforço para reexaminar fatos e reavaliar provas, no afã de reverter o resultado hígido de um processo cujo deslinde não lhe agradou.

Para finalizar, o lembrete recolhido dos anais do STF: rescisória não se presta para debater, outra vez, a causa e a prova, como se fora nova instância recursal, “não sendo instrumento hábil a eventual uniformização de jurisprudência ou reparação de tratamento diverso, que outros julgados sobre a espécie hajam conferido a outras partes” (STF, AR 1213/SP, Ministro Néri da Silveira, DJ 20.02.2002).

Ante o exposto, julgo improcedente o pedido rescisório, condenando o Autor em honorários advocatícios orçados em R\$ 500,00 (quinhentos reais), na conformidade do art. 20, §4º, C.Pr.Civil. Custas dispensadas, a teor de norma local isentiva – Lei Estadual n. 12.381/94, art. 10.

É como voto.

Fortaleza, 29 de setembro de 2009.

Mandado de Segurança

PROCESSO Nº 2008.0010.6088-7/0
MANDADO DE SEGURANÇA COM PEDIDO DE LIMINAR
IMPETRANTE: SANTA CLARA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA
IMPETRADO: SECRETÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: DESEMBARGADORA MARIA SIRENE DE SOUZA SOBREIRA

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. IMPORTAÇÃO DE AERONAVE SOB REGIME DE ARRENDAMENTO MERCANTIL INTERNACIONAL. DÚVIDA ESCUSÁVEL QUANTO À INCIDÊNCIA DE ICMS EM RELAÇÃO À HIPÓTESE FÁTICA DESCRITA. INOCORRÊNCIA, *IN CONCRETO*, DE CIRCULAÇÃO DO BEM, OU DE TRANSFERÊNCIA INTERPESSOAL DE SUA PROPRIEDADE. EXCLUSÃO DO DOMÍNIO TEMÁTICO SOBRE O QUAL INCIDE IMPOSTO. AMEAÇA CONCRETA DE VIOLAÇÃO A DIREITO SUBJETIVO AMPLAMENTE CARACTERIZADA. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. SEGURANÇA CONCEDIDA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de mandado de segurança nº2008.0010.6088-7/0, ACORDA este egrégio Tribunal de Justiça em sua composição plenária, à unanimidade, em conceder a segurança, nos termos do voto condutor a seguir transcrito:

RELATÓRIO

Cuidam os autos de mandado de segurança preventivo impetrado por SANTA CLARA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA, contra ato potencial atribuído ao Ilmo. Sr. Secretário da Fazenda do Estado, que estaria na iminência de lhe exigir o recolhimento de ICMS sobre operação hipoteticamente não sujeita à incidência do mesmo tributo.

Sustentou a impetrante, no abono de sua postulação, que adquiriu,

mediante arrendamento mercantil operacional sem opção de compra, uma aeronave para ser utilizada no desenvolvimento e na dinamização de suas atividades habituais. Ponderou a esse respeito, que tal operação, justamente por não ensejar a transferência de propriedade do bem, não estaria sujeita à tributação de que trata o art. 155 da Carta Republicana de 1988.

No entanto se vê ameaçada de experimentar a exação discutida, porque o art. 3º da RICMS-CE estabelece a incidência do referido imposto sobre mercadoria importada do exterior por pessoa natural ou jurídica, por ocasião de seu desembarço aduaneiro, sem fazer qualquer ressalva em relação à natureza, ou a origem do negócio jurídico subjacente.

Nesse sentido, por entender que a potencial exigência tributária em questão representa uma inconstitucionalidade, eis que viola a melhor interpretação do inciso IX, do art. 155 da Constituição Federal, ajuizou o presente *mandamus* preventivo, requerendo medida liminar e, no mérito, pugnando pela concessão da segurança, no sentido de que autoridade supostamente coatora se absteresse de efetuar a cobrança do ICMS sobre a importação – via arrendamento mercantil – da aeronave descrita na exordial.

Juntou os documentos de fls. 12/74.

Liminar deferida às fls. 79/87.

Informações prestadas às fls. 91/93, ocasião em que a autoridade supostamente coatora suscitou preliminar de carência de ação à míngua de interesse processual, e no mérito pugnou pela concessão da segurança.

Autos com vistas ao Ministério Público este emitiu o parecer de fls. 100/107, opinando pela concessão da segurança.

Vieram-me conclusos aos 09 de julho de 2009..

É o Relatório.

VOTO

No que diz inicialmente respeito à arguição preliminar de carência de ação à míngua de interesse processual, é de se ter em conta, a propósito, que o mandado de segurança constitui garantia de índole fundamental que funciona como instrumento de resistência e de restauração da ordem em favor dos indivíduos e da coletividade, face à ação ilegal ou abusiva dos agentes, representantes e delegatários do poder do Estado.

Trata-se, o *writ of mandamus*, portanto, de remédio vocacionado à proteção do direito líquido e certo, contra ato praticado por qualquer das entidades expressamente relacionadas no art. 1º, da lei 12.016/09. Essa, aliás, coincide com a definição de mandado de segurança que se colhe da própria Carta Republicana, em seu art. 5º, LXIX:

Art. 5º- Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LXIX - conceder-se-á Mandado de Segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

O conceito oficial de mandado de segurança, muito bem representado no dispositivo em apreço, ostenta uma completude normativa ímpar eis que, na linha de uma redação concisa, traduz, com extrema precisão, o significado do instituto a que se refere, enfatizando suas características, enaltecendo sua missão pragmática, e descortinando os requisitos específicos de sua utilização.

Quanto a estes, aliás, o constituinte adaptou as condições genéricas de toda e qualquer ação à realidade instrumental do *mandamus*, associando a compreensão deste à idéia de uma autêntica ação cível especial de conhecimento.

No horizonte dessa constatação, pode-se concluir que a ação constitucional ora perfilhada se subscree aos mesmos requisitos genéricos de exercício de qualquer ação, mas experimenta a influência de certas particularidades, especialmente no compartimento do interesse de agir genérico.

Este, a seu turno, modernamente delimitado na dimensão da convergência entre os aspectos utilidade, necessidade e adequação, em relação ao *writ of mandamus*, se desdobra nas seguintes premissas: (I) subsidiariedade da via opcionada (adequação) – sob esse prisma, dar-se-á mandado de segurança em favor de direito não amparado por *habeas corpus*, ou por *habeas data*; (II) ato de autoridade pública, ou de representante de pessoa jurídica de direito privado no uso de atribuições do poder público (necessidade) – o remédio heróico presta-se à oposição da atividade estatal proeminente eivada de ilegalidade ou de abuso de poder; e (III) existência de um direito líquido e certo violado, ou em vias de sê-lo (utilidade) – o *mandamus* é, por excelência, um mecanismo de restauração da ordem pública nas situações em que lesão subjacente se reportar à relação jurídica cuja existência pressuponha o deslinde de uma questão meramente de direito.

Feitas essas breves considerações, passo ao exame da postulação mandamental vertente em que se discute a possibilidade de impetração de mandado de segurança preventivo contra a virtual possibilidade incidência de efeitos de um ato normativo em tese, sob uma situação fática de consolidação iminente.

Nesse prisma, é fundamental esclarecer, de início, que a norma jurídica possui uma eficácia essencialmente abstrata e vinculante, no sentido de estabelecer regras e modelos de comportamento, sendo que a efetivação de seus comandos pressupõe a ocorrência de uma situação fática capaz de atrair a incidência da mesma à esfera jurídica de um particular (subsunção do fato à norma).

Guisa de exemplo, suponha-se que uma determinada norma “X” estabeleça um tributo “Y”, definindo todos os seus elementos (fato gerador, base de cálculo, alíquota, etc.). Por óbvio, tão logo entre em vigor, essa mesma norma terá aplicação irrestrita e geral contra todos que estiverem sob sua regência (possíveis contribuintes). No entanto, quem nunca realizar o fato que ela mesma prescreve como determinante à sua concretização, jamais se sujeitará às suas tenazes, nem poderá ser compelido a obedecer aos seus ditames.

Daí se percebe a diferença sutil entre questionar uma lei em tese e impugnar a possibilidade real de sua aplicação. Naquela, a iniciativa se volta em desfavor da própria abstração legal, considerada em sua expressão genérica. Ao passo em que nesta, a propositura alcança uma dimensão concreta associada à iminência de uma norma incidir diante de um acontecimento fático nela previsto como determinante ao fechamento de sua textura essencialmente aberta.

Sob tal enfoque, transpondo essa raciocínio à situação descrita nos autos, colhe-se, de um exame dos mesmos, que a impetração presente nem está vocacionada à impugnação abstrata e genérica do dispositivo que obliquamente se critica, e nem se fundamenta numa simples conjectura aberta e inaudita de que a espécie tributária sob ribalta venha, de fato, a produzir seus efeitos, caso implementadas certas condições pressupostas à sua incidência.

Ao contrário, me pareceu inequívoco que a empresa subscritora da iniciativa em deslinde demonstrou sua exposição iminente a uma fiscalização supostamente indevida, anexando documentos comprobatórios de que estava prestes a fazer ingressar no território brasileiro, uma aeronave de pequeno porte, adquirida em regime de arrendamento mercantil internacional, sendo de bom alvitre destacar, a esse respeito, que o art. 3º, VII, do RICMS-CE disciplina a importação de mercadoria de procedência estrangeira como uma hipótese fática de incidência do famigerado imposto de circulação, cuja geratriz de cobrança, nesse caso específico, coincide com o próprio desembaraço aduaneiro do respectivo produto.

Nesse contexto, a suposição autoral lastreada na escusabilidade de sua dúvida acerca do enquadramento da situação concreta na moldura legal sobredita, ressoou indiscutivelmente razoável na hipótese de aqui se cuida.

Com efeito, embora os contratos de arrendamento mercantil internacional não se confundam com os mecanismos civis de transmissão de

propriedade, sua celebração, acompanhada da implementação de seus possíveis efeitos, resulta, propriamente, num ato jurídico de importação que, muito embora se opere segundo um regime peculiar, diferente da importação convencional mediante aquisição de domínio, essa ressalva certamente não se infere do figurino da norma matriz, nem encerra uma certeza inexorável, capaz de afastar qualquer possível hesitação no ambiente da particular decisão executiva acerca da incidência, ou não, do imposto cuja cobrança, por sua vez, se subscreve a uma atividade administrativa plenamente vinculada.

Nessas condições, sob o arrimo do parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, rejeito a preliminar relativa à alegação de ausência de interesse processual, passando, doravante, ao exame da presente causa sob o seu prisma meritório.

Nesse compartimento, a propósito, inevitável, me parece, reconhecer, de logo, a razoabilidade das alegações que lhe dão suporte.

A rigor, o arrendamento mercantil – no que se diferencia da compra e venda tradicional e da alienação fiduciária em garantia - não serve, em princípio, como meio hábil à transferência de titularidade da mercadoria que tem por objeto. Logo, não constitui instrumento de circulação de bens ou valores, razão porque, via de regra, não se sujeita à tributação do ICMS.

Vale dizer, as contratações regidas pela inteligência do art. 1º da lei 6.099/74, com a redação dada pela lei nº 7.132/83, se informam por uma disciplina própria e funcionam comercialmente como mediadoras de riscos, viabilizando o acesso aos bens de consumo e de produção por parte das empresas, sem que estas precisem necessariamente adquirir esses bens, nem realizar grandes investimentos nesse sentido.

Sua dinâmica, com efeito, conjuga elementos de uma série de outras espécies contratuais, sem, contudo, se identificar objetivamente com nenhuma delas. Na verdade, o *leasing* consiste numa operação em que um arrendante transfere a um arrendatário o uso e o gozo de um bem, por um prazo necessariamente determinado, para que este o utilize em sua atividade mediante o pagamento de uma contra-prestação mensal de indexação livre. Ao término do contrato – a depender das cláusulas do instrumento específico – o arrendatário poderá, caso seja de seu interesse, optar pela aquisição definitiva da mercadoria através do desembolso de uma importância suplementar (VRG), previamente ajustada, ou definida segundo as regras vigentes de mercado.

Nesses termos, me parece lógica a digressão de que, nas contratações desse jaez, não ocorre uma transferência de propriedade entre as partes signatárias, de maneira a caracterizar uma circulação econômica capaz de ensejar uma possível incidência da tributação correspondente. A matriz constitucional do ICMS

pressupõe uma transferência de domínio, de modo que a mera movimentação física de uma mercadoria – sem que haja alteração de sua titularidade – não pode servir de ensejo ao desencadeamento da tributação de que ora se cuida.

Particularmente no que tange ao *leasing* internacional – que é o caso dos presentes autos -, em que o sujeito passivo da contratação é empresa com sede no exterior, a orientação é rigorosamente a mesma. Sob tal enfoque, aliás, uma observação se acha relevante: o inciso IX, do art. 155 da Constituição Federal de 1988 deve ser interpretado sistematicamente, sob o auspício da própria disciplina a que se refere. Isso porque, a circulação da mercadoria estrangeira – e não o ingresso da mesma no território nacional – representa o fator constitutivo da obrigação tributária correspondente. Assim, apenas as importações que resultem em transferência de domínio – leia-se, em efetiva circulação econômica da mercadoria respectiva – é que estarão expostas à incidência da espécie fiscal sobredita.

A questão em debate, por sinal, foi objeto de recente enfrentamento no plenário do Supremo Tribunal Federal, no alvitre do julgamento do Recurso Extraordinário nº 461968-SP. Por ocasião, a Corte Maior de Justiça firmou orientação no sentido da não incidência do ICMS nas operações de arrendamento mercantil, a despeito da procedência – nacional ou estrangeira - dos recursos viabilizadores da contratação.

A única ressalva se dá quando o arrendamento tem por finalidade a aquisição de produtos destinados ao ativo permanente da empresa porque, nesses casos, segundo o entendimento do Pretório Excelso, a opção final de compra por parte do sujeito passivo se torna inevitável. Nesse sentido:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ICMS. NÃO-INCIDÊNCIA. ENTRADA DE MERCADORIA IMPORTADA DO EXTERIOR. ART. 155, II DA CB. LEASING DE AERONAVES E/OU PEÇAS OU EQUIPAMENTOS DE AERONAVES. OPERAÇÃO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL.

1. A importação de aeronaves e/ou peças ou equipamentos que as compoñham em regime de *leasing* não admite posterior transferência ao domínio do arrendatário. 2. A circulação de mercadoria é pressuposto de incidência do ICMS. O imposto — diz o artigo 155, II da Constituição do Brasil — é sobre “operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior”. 3. Não há operação relativa à circulação de mercadoria sujeita à incidência do

ICMS em operação de arrendamento mercantil contratado pela indústria aeronáutica de grande porte para viabilizar o uso, pelas companhias de navegação aérea, de aeronaves por ela construídas.

4. Recurso Extraordinário do Estado de São Paulo a que se nega provimento e Recurso Extraordinário de TAM - Linhas Aéreas S/A que se julga prejudicado. (Recurso Extraordinário nº 461968. DJ: 30/05/2007)

No mesmo sentido, por sinal, referenciando o atual entendimento do Supremo, o STJ assim se pronunciou:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. IMPORTAÇÃO DE AERONAVES MEDIANTE LEASING. ICMS. NÃO-INCIDÊNCIA. PRONUNCIAMENTO DO STF SOBRE O TEMA.

1. Acórdão que negou provimento à remessa oficial e à apelação fazendária, sob o fundamento de que, no *leasing* internacional, não incide ICMS, pois não há efetiva transferência da titularidade do bem arrendado. Além disso, afastou-se a aplicação do art. 3º, VIII, da LC 87/1996, nos casos em que o arrendatário exerce a opção de compra do bem, de modo que também nessa hipótese não tem incidência a mencionada exação. Recurso especial da Fazenda do Estado de São Paulo no qual se invoca ofensa aos artigos 2º, § 1º, I, e 3º, VIII, ambos da LC 87/1996.

2. O Supremo Tribunal Federal decidiu, no julgamento do RE 461.968/SP, Relator Ministro Eros Grau, que a importação de aeronave mediante arrendamento mercantil (*leasing*) não enseja a circulação de mercadoria, não constituindo fato gerador do ICMS. A Suprema Corte excetuou, contudo, aqueles casos em que se verifica a importação de equipamento destinado ao ativo fixo da empresa, situação na qual a opção do arrendatário pela compra do bem arrendado é presumida. Nessa hipótese, há incidência do citado imposto.

3. Interpretação equivocada conferida ao art. 3º, VIII, da LC 87/1996 pelo Tribunal *a quo*, que prevê, de forma clara, a não-incidência do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços nas operações de arrendamento mercantil, exceto nos casos de venda do bem arrendado ao arrendatário.

4. Entretanto, apesar de reconhecer que o acórdão recorrido interpretou o artigo citado de forma equivocada, tal entendimento

não tem o condão de fazer incidir o ICMS sobre a mercadoria importada com base em contrato de *leasing*, porquanto não configurado, *in casu*, o fato gerador de incidência do tributo, qual seja, a transferência de titularidade do bem arrendado por meio da opção de compra, considerando que não houve comprovação da destinação da aeronave ao ativo fixo da empresa.

5. Recurso especial não-provido. (REsp 886713 / SP – Ministro José Delgado. DJ: 28/02/2008

TRIBUTÁRIO. IMPORTAÇÃO DE AERONAVE. ARRENDAMENTO MERCANTIL (LEASING). ICMS. NÃO INCIDÊNCIA.

I - O Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 461.968/SP, em 30 de maio de 2007, entendeu que “o ICMS incide sobre qualquer entrada de bem ou mercadoria importadas do exterior – desde que atinente a operação relativa à circulação desse mesmo bem ou mercadoria – por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto (CF, art. 155, § 2º, XI, a)”. (...) Tendo isso em conta, concluiu-se que, no caso concreto – arrendamento mercantil contratado pela indústria aeronáutica de grande porte para viabilizar o uso, pelas companhias de navegação aérea, de aeronaves por ela construídas –, não havia operação relativa à circulação de mercadoria sujeita à incidência do ICMS. Ressaltou-se, ademais, não se aplicar à hipótese dos autos o precedente do RE 206069/SP (DJU de 1º.9.2006), no qual o Tribunal verificara a circulação mercantil, haja vista se tratar, naquele caso, de importação de equipamento destinado ao ativo fixo de empresa, situação em que a opção do arrendatário pela compra do bem ao arrendador era mesmo necessária”.

II - Neste panorama, em consonância com a jurisprudência do STF, a importação de aeronave mediante arrendamento mercantil (*leasing*) sem que haja efetiva circulação de mercadoria, ante a inexistência da transferência de titularidade, não constitui fato gerador de ICMS.

III - Recurso especial improvido. (REsp 908325 / RJ – Min. Francisco Falcão. DJ: 16/08/2007).

Em idêntico sentido, também já se manifestou este egrégio Tribunal:

PROCESSO Nº 2008.0023.0166-7/0 MANDADO DE SEGURANÇA CÍVEL IMPETRANTE: TELLERINA

COMÉRCIO DE PRESENTES E ARTIGOS PARA DECORAÇÃO S.A. IMPETRADO: SECRETÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ ÓRGÃO JULGADOR: TRIBUNAL PLENO RELATOR: DES. CELSO ALBUQUERQUE MACÊDO. EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. IMPORTAÇÃO DE AERONAVE SOB O REGIME DE *LEASING*, SEM OPÇÃO DE COMPRA. NÃO INCIDÊNCIA DO TRIBUTO. PRECEDENTES DESTES TRIBUNAL E DAS CORTES SUPERIORES. SEGURANÇA CONCEDIDA. (Rel. Des. Celso Albuquerque Macêdo. DJ: 15/08/09).

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA - IMPORTAÇÃO DE AERONAVE E/OU PEÇAS - ICMS - NÃO INCIDÊNCIA - CONTRATO DE NATUREZA DE ARRENDAMENTO MERCANTIL. 1. O presente *mandamus* visa a obtenção de segurança, no sentido de reconhecer isenção tributária da impetrante quanto ao recolhimento do ICMS - Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços, sobre uma aeronave, seus acessórios, equipamentos padronizados, e opcionais, adquirida pela impetrante, de forma temporária, por meio de contrato de arrendamento mercantil. 2. Argüi, a impetrante, que desconsiderando a natureza de *Leasing* Operacional realizada por esta, a autoridade coatora vem impondo obrigação tributária à impetrante, ferindo de morte seu direito líquido e certo assegurado pelo art. 3º da LC 87/96, e pelo art. 4º, VIII do Regulamento do ICMS do Estado do Ceará, os quais dispõem, que não incidem, sobre as operações de arrendamento mercantil, o referido imposto. 3. Na verdade, a previsão constitucional do art. 155, § 2º, alínea "a", inciso IX, que presume a incidência de ICMS sobre mercadoria importada, não recai sobre a entrada do objeto comercial no território nacional, mas sim, sobre a circulação do bem, ou seja, sobre aquela mercadoria que entra no país a título de compra e venda, quando, de fato, ocorre a mudança de propriedade do bem. 4. Nesse sentido vem julgando a Suprema Corte. 5. Segurança Concedida. (Rel. Des. Raimundo Eymard de Amoreira. DJ: 04/05/2007)

No caso dos autos, o exame do conjunto fático probatório denuncia que a impetrante firmou com empresa estrangeira contrato de arrendamento mercantil operacional sem opção final de compra, que tinha por objeto a importação

de uma aeronave para ser utilizada, ao que tudo indica, no desenvolvimento e na dinamização de suas atividades habituais. Entretanto, se vê ameaçada de experimentar particularmente a tributação do ICMS porque o art. 3º, VII do RICMS-CE – sem fazer qualquer ressalva quanto à natureza ou origem da operação - estabelece a incidência do tributo por ocasião do desembarço aduaneiro de mercadoria importada do exterior por pessoa natural ou jurídica, ainda que não contribuinte do imposto.

Sucede que, sob o prisma das considerações em ribalta, amplamente subscritas ao entendimento jurisprudencial consubstanciado nos ementários supra, a situação fática descrita nos autos – arrendamento mercantil de mercadoria de procedência estrangeira sem opção de compra) está excluída do âmbito de incidência da espécie fiscal de que ora se cuida, em que pese a dúvida escusável que se insere no contexto de tal delimitação. Nesse sentido, me parece que a ameaça de violação ao direito subjetivo da impetrante de não se submeter a uma fiscalização indevida, se mostra presentemente caracterizada, no horizonte da comprovação inequívoca, que se alude do vasto acervo de documentos que lhe serve de suporte.

De efeito, tendo-se em conta que o figurino legal paradigma disciplinou a importação de mercadoria de procedência estrangeira como atividade contratual subsumível à cobrança do ICMS sem tecer qualquer ressalva no que diz respeito à hipótese fática *sub examinem*, seria natural e amplamente razoável esperar e supor – não fosse a objeção acautelatória repousante às fls. 79/87 – que o fisco estadual – ao amparo da sinalização normativa multicitada – procedesse à exigência do sobredito tributo tão-logo a impetrante realizasse, ou tentasse realizar o desembarço aduaneiro da aeronave descrita no instrumento de impetração, a despeito de a mesma ter sido adquirida sob o regime de arrendamento mercantil internacional sem transferência de titularidade, excepcionando-se, nesse caso, portanto, do domínio temático sobre o qual atua o famigerado imposto de circulação.

Nessas condições, concedo a segurança, ratificando e tornando definitiva a liminar anteriormente deferida, no sentido de determinar que autoridade supostamente coatora se abstenha de exigir o ICMS sobre a operação de importação, mediante arrendamento mercantil internacional, da aeronave descrita na peça de começo, o que faço em consonância com o parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, e por ser essa medida que reputo escorreita e contemplativa da mais lúdima justiça

É como voto.

Fortaleza, 20 de agosto de 2009

PROCESSO N.º 2008.0028.5398-8/0

TIPO DE AÇÃO: MANDADO DE SEGURANÇA

IMPETRANTE: OTÁVIO AUGUSTO ACIOLI CINTRA e ANA MARIA MOREIRA MAIA

IMPETRADO: ATO DO PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ

RELATOR: DESEMBARGADOR FRANCISCO SALES NETO

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PAGAMENTO PARCELADO VIA PRECATÓRIO. ALEGAÇÃO DE RETENÇÃO DE PARCELA E DE LIBERAÇÃO CONDICIONADA AO RECOLHIMENTO DO IMPOSTO SOBRE A RENDA. SANÇÃO POLÍTICA. NÃO CONFIGURAÇÃO. ATO PRATICADO PELO EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DESTE EGRÉGIO TRIBUNAL, QUE TÃO-SOMENTE, EM CUMPRIMENTO DA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA DE REGÊNCIA, DETERMINOU QUE, QUANDO DA LIBERAÇÃO DE PARCELA DE VERBA HONORÁRIA, FOSSE OBSERVADA A INCIDÊNCIA DO IMPOSTO SOBRE A RENDA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE E DE OFENSA AOS DIREITOS INSCULPIDOS NOS ARTIGOS 5º, INCISO XIII, E 170, P. ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. SEGURANÇA DENEGADA.

1. Não se vislumbra no ato reputado coator qualquer determinação de retenção de honorários advocatícios, mas, tão-só, o cumprimento da legislação tributária de regência, que determina a incidência do imposto de renda sobre verba honorária, mediante recolhimento na fonte.

2. Não configura sanção política, segundo a exegese que lhe outorgam a melhor doutrina e jurisprudência nacionais, a medida judicial que determina a retenção de imposto de renda na

fonte, incidente sobre honorários advocatícios sucumbenciais. De um lado, porque decorre, única e exclusivamente, do cumprimento de determinação legal de natureza tributária. De outro, porque não tem o condão de restringir o exercício da advocacia – razão pela qual não há falar em violação aos invocados artigos 5º, inciso XIII, e 170, p. único, ambos da Carta Magna.

3. Os honorários advocatícios sucumbenciais, cujo fato gerador se dá no momento de sua disponibilidade, a teor do que dispõe o art. 43, inciso I, do CTN, estão sujeitos à incidência do imposto sobre a renda, e a sua retenção deve ocorrer na fonte (segundo o art. 46 da Lei n.º 8.541/92), ensejando, a sua inobservância, a responsabilidade solidária prescrita pelos artigos 124, inciso II, e 45, p. único, ambos do Código Tributário Nacional.

4. O Superior Tribunal de Justiça, ao interpretar o art. 46, da Lei n.º 8.541/92, é firme no posicionamento de que a exceção contida no inciso II, de seu §1º, não ilide a auto-aplicação das disposições contidas no caput do mesmo dispositivo. Vale dizer: a retenção do imposto de renda na fonte cabe à pessoa física ou jurídica obrigada ao pagamento dos honorários advocatícios, no momento em que o rendimento se torne disponível para o beneficiário.

5. Segurança denegada, porquanto pertinente e legal o ato atacado que, diante da ocorrência do fato gerador, entendeu que a liberação da parcela atinente aos honorários advocatícios sucumbenciais, de titularidade dos Impetrantes, esta sujeita à incidência (retenção na fonte) do imposto sobre a renda.

ACÓRDÃO

VISTOS, RELATADOS E DISCUTIDOS OS PRESENTES AUTOS DA AÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA N.º 2008.0028.5398-8/0, EM QUE SÃO PARTES AS PESSOAS ACIMA INDICADAS, ACORDA

O PLENO DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, UNANIMEMENTE, POR DENEGAR A SEGURANÇA, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

RELATÓRIO

Trata-se de ação de mandado de segurança com pedido de liminar, *inaudita altera pars*, de competência originária deste Egrégio Tribunal de Justiça, impetrado por OTÁVIO AUGUSTO ACIOLI CINTRA e ANA MARIA MOREIRA MAIA, em face de ato reputado arbitrário e ilegal, atribuído ao Excelentíssimo Senhor Doutor Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, consubstanciado na suposta retenção, pela autoridade indigitada coatora, das parcelas de precatório judicial correspondentes aos honorários advocatícios de suas titularidades.

Na hipótese, afirmaram os Impetrantes, em síntese, que são advogados regularmente inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), tendo alcançado êxito em ação de expropriação ajuizada em face do Município de Fortaleza, cujo trânsito em julgado autorizou a percepção de justa indenização, a ser adimplida mediante a expedição da competente ordem de pagamento por precatório judicial, em dez parcelas anuais, a primeira vencida e paga em 2004.

Historiam, mais, que as três primeiras parcelas do precatório nupermencionado foram prestadas regularmente, sendo que, por ocasião do pagamento da quarta parcela, ato atribuído à Presidência deste Tribunal passou a reter a porção do precatório correspondente aos seus honorários advocatícios, ficando sua percepção condicionada ao recolhimento, na fonte, do respectivo imposto de renda.

Sustentaram, ainda, que a retenção da referida parcela constitui ato abusivo e ilegal, traduzindo autêntica violação a direito líquido e certo de que afirmam ser titulares, e que viria estampado na imposição de sanção de ordem política e na instituição de exação tributária incompatível com a natureza de verba honorária que lhes é devida.

Aduziram, mais, que não constituiria atribuição do Presidente deste Egrégio Sodalício a cobrança de tributo federal, o qual, segundo entendem, sequer estaria sujeito à tributação colimada no ato impugnado, na forma do entendimento sumulado na ambiência do Supremo Tribunal Federal.

Na esteira de tais argumentações, e pugnando pela presença, na espécie, dos requisitos autorizadores da concessão da antecipação liminar da segurança, requestaram a suspensão do ato invectivado no presente *remedium iuris*, medida esta a ser finalmente confirmada com a concessão da segurança pleiteada.

À inicial acostou a documentação de fls. 19/72.

À fl. 77, reservei-me para apreciar o pedido liminar após a apresentação dos devidos informes pela Autoridade impetrada.

Informações da Autoridade dita coatora prestadas às fls. 79/81, oportunidade em que pugnou pela legalidade do ato ora combatido, ao argumento de que a verba honorária é sujeita à tributação pelo imposto de renda, inclusive com retenção na fonte pagadora, na forma prevista nos artigos 628 e 719, ambos do Decreto-Federal n.º 3.000/99, porquanto cuida de remuneração própria do profissional da advocacia, assim, natural acréscimo pecuniário ao patrimônio dos Impetrantes.

Liminar indeferida, nos termos do *decisum* interlocutório de fls. 83/86.

Às fls. 89/99 consta manifestação do *Parquet*, por conduto da insigne Procuradora Geral de Justiça Maria do Perpétuo Socorro França Pinto, opinando pela concessão da segurança suplicada.

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

Processo em ordem, não se lhe divisando vício ou nulidade capaz de inquiná-lo, colmatados que foram, à saciedade, os pressupostos de admissibilidade do remédio heróico trazido ao exame desta Egrégia Corte, razão pela qual se passa à análise do mérito.

A vertente impetração tem por desiderato a obtenção de ordem mandamental no sentido de autorizar a liberação da parcela referente aos honorários advocatícios sucumbenciais, concedidos em favor dos Impetrantes e a serem pagos através de precatório, sem a incidência do imposto de renda retido na fonte (IRRF), cujo óbice restou determinado por ato da lavra da Presidência desta Egrégia Corte, conforme se visualiza do despacho acostado, por cópia, à fl. 72. Eis o conteúdo principal do ato infirmado, que ora transcrevo:

“Em face da manifestação contida no Ofício n.º 091/2008-SEORT/DRF/FOR, de 24.03.2008, oriundo da Delegacia da Receita Federal, indefiro os pedidos (fls. 292-5 e 296-7) de liberação de parcela inerente aos honorários advocatícios (R\$ 34.595,99), pertencente aos advogados Otávio Augusto Acioli Cintra e Ana Maria Moreira Maia, sem a incidência do imposto sobre a renda.

Na verdade, por cuidar-se o honorário de sucumbência, em virtude da sua natureza, de verba pertencente ao advogado (art. 233 da Lei n.º 8.906/1994), há, de fato, a incidência do tributo aludido. A parcela sucumbencial não se confunde, pois, com o valor principal

da desapropriação, este efetivamente não sujeito a tributação do imposto sobre a renda.

Consigne-se, ainda, que a liberação de parcelas sem a incidência do mencionado imposto somente alcança a figura dos expropriados, é dizer, os credores da Imobiliária A. J. Carvalho S/A e espólio de Maria José de Melo Viana. De outro modo fosse, o raciocínio dos postulantes levaria ao absurdo de também transferir isenção de IRRF sobre a verba sucumbencial na hipótese do titular da verba principal ser acometido, por exemplo, de cardiopatia grave”.

Após o exame acurado dos autos, e das leituras reiteradas do ato vergastado, chega-se à indubitosa conclusão de que a Presidência deste Pretório, em momento algum, demonstrou a intenção de reter os honorários advocatícios sucumbenciais. Muito pelo contrário, em cumprimento às normas pertinentes à matéria, conforme se demonstra a seguir, o subscritor do despacho atacado, intenciona, explicitamente, liberá-los, desde que haja a incidência do imposto sobre a renda. Ora, agir dessa forma é demonstrar lucidez, equilíbrio jurídico e, acima de tudo, o cumprimento da lei – em homenagem ao zelo no trato da coisa pública.

Com efeito, ao invés do que afirmaram os respeitáveis Impetrantes, a Autoridade dita coatora jamais condicionou a liberação da verba honorária ao pagamento de débitos anteriores atribuídos aos beneficiários, pois, se assim o fizesse, estaria, ai sim, impondo-lhes sanção de ordem pública e, por conseguinte, afastando-se da sua função de magistrado, de aplicador da lei e do direito – para assumir a de cobrador do Tesouro Nacional.

Ademais, não vislumbro procedência na afirmação dos Autores de que não constituiria atribuição do Presidente deste Egrégio Sodalício a cobrança de Tributo Federal, o qual sequer estaria sujeito à tributação colimada no ato impugnado. A Presidência, em momento algum, cobrou tributo, mas, tão-somente, afirmou que, quando da liberação de verba honorária, fosse observada a incidência do imposto sobre a renda, consoante a manifestação contida no ofício n.º 091/2008-SEORT/DRF/FOR, de 24.03.2008, bem assim o que dispõe o art. 23, da Lei n.º 8.906/1994.

Anote-se que não se pode confundir sanção política (a exemplo da apreensão de mercadoria sem que a presença física desta seja necessária para a comprovação do que o fisco aponta como ilícito; o denominado regime especial de fiscalização; a suspensão e até o cancelamento de inscrição do contribuinte no respectivo cadastro etc.) com a medida legal que determina a retenção do imposto de renda na fonte (IRRF). Na primeira, há o cerceamento da liberdade de exercer atividade profissional e, por via de consequência, viola o disposto no art. 5º, inciso XIII, e 170, p. único, da Carta Magna. Na segunda, ocorre, única e exclusivamente, o cumprimento de uma determinação legal de natureza tributária.

Neste conduto, vale-se da lição lapidar de HUGO DE BRITO MACHADO, que, enfrentando o próprio conceito de sanção política em matéria tributária, assim anota:

“Em direito tributário a expressão sanção política corresponde a restrições ou proibições ao contribuinte, como forma indireta de obrigá-lo ao pagamento do tributo, tais como a interdição do estabelecimento, a apreensão de mercadorias, o regime especial de fiscalização, entre outras.

Qualquer que seja a restrição que implique cerceamento da liberdade de exercer atividade lícita é inconstitucional, porque contraria o disposto nos arts. 5º, inciso XIII, e 170, § único, do Estatuto Maior do País.”

Observe-se que, na sanção política, a autoridade que impõe a restrição é a competente para apreciar se a exigência é ou não legal. Nesse caso, o próprio credor dos tributos, através de seus agentes, independentemente de execução fiscal, impõe restrições ao livre exercício profissional do devedor, com o intuito de obrigá-lo a pagar aquilo que lhe é devido. Diferentemente, no entendimento deste Relator, o despacho fustigado, em tempo algum, restringiu ou está restringindo os Impetrantes de exercerem suas funções advocatícias, asseguradas pela Constituição e pelo Estatuto da Ordem dos Advogados (Lei n.º 8.906/1994), razão pela qual é descabida a tese de violação aos artigos 5º, inciso XIII, e 170, p. único, ambos da Carta Magna.

O despacho *sub exame* nada mais fez que cumprir o art. 46, da Lei n.º 8.541, de 23 de dezembro de 1992, que assim dispõe:

“Art. 46. O Imposto sobre a renda incidente sobre os rendimentos pagos em cumprimento de decisão judicial será retido na fonte pela pessoa física ou jurídica obrigada ao pagamento, no momento em que, por qualquer forma, o rendimento se tome disponível para o beneficiário.”

Veja-se, ainda, que o inciso II, do § 1º, do supracitado artigo, faz referência aos honorários advocatícios.

Ora, como é cediço, relativamente ao Imposto de Renda, o fato gerador é a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de renda ou de proventos de qualquer natureza, sendo contribuinte o titular da referida disponibilidade (artigos 43 e 45, do CTN).

Assim sendo, ao contrário da indenização paga a título de desapropriação, que não pode ser considerada um rendimento, tampouco um provento, porquanto consiste apenas em uma compensação devida (reposição do

valor do imóvel expropriado) aos ex-proprietários, os honorários advocatícios sucumbenciais, cujo fato gerador se deu no momento de sua disponibilidade, a teor do que dispõe o art. 43, inciso I, do CTN, estão sujeitos à incidência do imposto sobre a renda, e a sua retenção deve ocorrer na fonte (art. 46 da Lei n.º 8.541, de 23.12.1992), ensejando, a sua inobservância, a responsabilidade solidária prescrita pelos artigos 124, inciso II, e 45, p. único, do Código Tributário Nacional.

É de bom alvitre, ainda, a transcrição do art. 28, da lei n.º 10.833, de 29.12.2003, que assim dispõe:

“Art. 28. Cabe à fonte pagadora, no prazo de 15 (quinze) dias da data da retenção de que trata o caput do art. 46 da Lei n.º 8.541, de 23 de dezembro de 1992, comprovar, nos respectivos autos, o recolhimento do imposto de renda na fonte incidente sobre os rendimentos pagos em cumprimento de decisões da Justiça do Trabalho.”

Ressalte-se, ainda, por oportuno, que o p. único do artigo supracitado afirma, explicitamente, que, “na hipótese de omissão da fonte pagadora relativamente à comprovação de que trata o *caput*, e nos honorários periciais, competira ao Juízo do Trabalho calcular o imposto de renda na fonte e determinar o seu recolhimento à instituição financeira depositária do crédito”. Desta forma, por analogia, pode-se adotar o mesmo procedimento na Justiça Comum Estadual, sem que isso se configure em abuso de poder e, muito menos, como já se demonstrou, em sanção política.

Registre-se que o Superior Tribunal de Justiça, ao interpretar o referido art. 46, da Lei n.º 8.541/92, é firme no posicionamento de que a exceção contida no inciso II, do §1º, do referido dispositivo legal, não ilide a auto-aplicação das disposições contidas no *caput* do mesmo dispositivo, consoante se infere do seguinte precedente:

“TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. IRRF. PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS ORIUNDOS DE DECISÃO JUDICIAL. ALEGADA NEGATIVA DE VIGÊNCIA DO ART. 46, DA LEI N.º 8.541/92. EXCEÇÃO CONTIDA NO INCISO II DO § 1º DO DISPOSITIVO NÃO AFASTA A RESPONSABILIDADE PELA RETENÇÃO. PRECEDENTES. É entendimento assente neste Tribunal que a exceção contida no inciso II do §1º do Art. 46 da Lei n.º 8.541/92 não ilide a auto-aplicação das disposições contidas no “caput” do mesmo dispositivo; ou seja, que a retenção do imposto de renda na fonte cabe à pessoa física ou jurídica obrigada ao pagamento dos honorários

advocatícios, no momento em que o rendimento se torne disponível para o beneficiário. Recurso especial provido.” (RESP 1053270/RS, Relator Ministro Humberto Martins, T2 Segunda Turma, DJ 19/09/2008).

Destarte, não poderia a Presidência deste Colendo Tribunal abster-se de cumprir a lei, sob pena de ser responsabilizada, ou até mesmo admoestada pela autoridade estatal incumbida de arrecadar os tributos, o que, indiscutivelmente, além de ser um exemplo reprovável, macularia a reputação deste órgão judicante e abalaria o Estado Democrático de Direito, que exige de todos os cidadãos, mormente das autoridades públicas e, mais ainda, dos magistrados, cuja função é julgar os seus semelhantes, o cumprimento de sua legislação.

E, para finalizar, *ad argumentandum tantum*, o despacho atacado tem efeitos *ex nunc*, uma vez que não determinou o recolhimento de parcelas vencidas.

DISPOSITIVO

Isto posto, convicto de que o despacho vergastado está em perfeita harmonia com a legislação pertinente à matéria (art. 46, §1º, inciso II, da Lei n.º 8.541, de 23.12.1992; artigos 124, inciso II, 45, p. único, e 43, todos do Código Tributário Nacional; art. 28, § 1º, da lei n.º 10.833, de 29.12.2003; art. 5º, inciso II, da Constituição da República e, finalmente, Ofício n.º 091/2008-SEORT/DRF/FOR, de 24.03.2008), com a doutrina e a jurisprudência nacionais, voto pela denegação da segurança requestada, reconhecendo, por conseguinte, a pertinência e a legalidade do despacho atacado que, diante do surgimento do fato gerador, entendeu que a liberação da parcela atinente aos honorários advocatícios sucumbenciais, pertencente aos Impetrantes, esta sujeita à incidência (retenção na fonte) do imposto sobre a renda.

Sem honorários, nos moldes do instituído no Enunciado n.º 512, da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

É como voto.

Fortaleza/CE, 25 de junho de 2009

PROCESSO Nº: 2009.0003.2150-2/0.
IMPETRANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ.
IMPETRADO: SECRETÁRIO DE SAÚDE DO ESTADO DO CEARÁ.
TIPO DE AÇÃO: MANDADO DE SEGURANÇA.
RELATORA: DESEMBARGADORA MARIA NAILDE PINHEIRO
NOGUEIRA

CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO; FALTA DE INTERESSE DE AGIR; INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA E DE LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO PASSIVO ENTRE AS AUTORIDADES COATORAS E A UNIÃO FEDERAL. REJEIÇÃO. DIREITO À SAÚDE. DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO. SEGURANÇA CONCEDIDA.

1. O Ministério Público possui legitimidade para ajuizar mandado de segurança postulando medicamento de alto custo prescrito a paciente vítima de tumor cerebral, pois “o artigo 127 da Constituição, que atribui ao Ministério Público a incumbência de defender interesses individuais indisponíveis, contém norma auto-aplicável, inclusive no que se refere à legitimação para atuar em juízo”, ainda que em favor de pessoa individualmente considerada (STJ, Primeira Turma, REsp 933.974/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 04.12.2007, DJ 19.12.2007). 2. “Não obstante o até aqui ponderado, urge explicitar que a legitimidade ativa para impetração do mandado de segurança diretamente perante Tribunal de Justiça não é do Promotor de Justiça, nem do Procurador de Justiça, mas do Ministério Público representado pelo órgão de execução que possua atribuição legal para tanto” (TJ-CE - MS nº 2008.0013.1580-0, Rel. Des. Francisco Sales Neto publicado no

DJ de 12.12.2008). 3. O mandado de segurança se reveste da instrumentalidade para discussão sobre a possibilidade do fornecimento de medicamentos, posto que os atestados médicos [...] não deixam qualquer dúvida quanto à adequação entre os medicamentos, pleiteados e as enfermidades que acometem os ora substituídos, ou seja, descabe a realização de perícias para verificar pertinência entre os tratamentos e as doenças, pois os atestados médicos - alguns inclusive fornecidos por médicos integrantes dos quadros de instituições ligadas ao Sistema Único de Saúde – SUS - já demonstram esta adequação. 4. “Incumbe ao Estado (gênero) proporcionar meios visando a alcançar a saúde, especialmente quando envolvida criança e adolescente. O Sistema Único de Saúde torna a responsabilidade linear alcançando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.” (RE 195.192-3/RS, 2ª Turma, Ministro Marco Aurélio, DJ 22.02.2000). 5. Quanto à existência da moléstia e aos medicamentos adequados, há considerar, para circunstâncias especiais, também especiais formas *de produção* e *de valoração da prova*. Mesmo que o lado formal acabe, pela força das circunstâncias, não sendo o mais ortodoxo, faz-se isso por motivo substancial nobre, uma vez que se prioriza a saúde e a vida das pessoas. 6. O art. 5º, §1º, da Constituição da República dispõe que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, independem de interposição legislativa ou administrativa para que gozem de plena eficácia. É certo que seu conteúdo tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro. Se assim não o fosse, poderia o Administrador Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de

maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever. 7. Conforme estabelecem os arts. 196 e 198, II, da CF, o direito à assistência à saúde emana diretamente de norma constitucional e significa *atendimento integral*, quer dizer, abrange tanto ações curativas quanto preventivas; logo, possui múltiplas dimensões, tais como exames laboratoriais, radiológicos, tomográficos, *medicamentos*, atos cirúrgicos e despesas médico-hospitalares. 8. Há ressaltar, entretanto, que se por um lado é inquestionável a obrigação do Estado quanto ao fornecimento de medicamentos, por outro não pode o Poder Judiciário impor a este as marcas dos produtos, sob pena de inadmissível ingerência sobre as políticas públicas desenvolvidas pelo Poder Executivo. 9. Segurança concedida.

Acorda o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em sua composição plenária, à unanimidade, em conceder a ordem, porém, facultando ao Estado o fornecimento de medicamentos genéricos ou similares aos descritos na inicial (fl. 20), exigindo que cada retirada de medicamento seja realizada pelos substituídos, ou por alguém a seu rogo, e que, doravante submetam-se os substituídos a exames médicos periódicos a serem realizados pelos serviços e profissionais do SUS, com o fim de avaliar a necessidade e eficácia dos fármacos pleiteados.

Fortaleza (CE), 24 de setembro de 2009.

RELATÓRIO

Trata-se de Mandado de Segurança com pedido de liminar *inaudita altera pars*, impetrado pelo douto Órgão do Ministério Público Estadual, em substituição processual, em favor dos seguintes substituídos: Raimunda Nunes da Cruz, Severina Maria dos Santos, Katiúscia Herculano Barros, Dagma Soares Cordeiro e Maria Edite Pinto de Albuquerque, em face de suposta omissão ilegal atribuível ao Sr. Secretário de Saúde do Estado do Ceará, que deixou de fornecer os medicamentos imprescindíveis para o tratamento das graves doenças (ver doc. 01, às fl. 20), diagnosticadas nos representados.

Aduz, basicamente, o *Parquet*, que os substituídos são portadores

de doenças graves, necessitando de medicamentos complexos e de elevados valores. Assevera, ainda, que o Estado do Ceará recusa-se a fornecer os medicamentos específicos adequados aos tratamentos e sobrevida dos pacientes, ora substituídos, portadores das já citadas moléstias graves.

Afirma o representante ministerial ser dever do Poder Público em qualquer de suas esferas, assegurar a todos os cidadãos o direito à saúde, de modo universal e igualitário, incluindo-se aí o fornecimento de medicamentos, consoante dispõe o artigo 196 da Constituição Federal.

Por fim, junta à inicial farta documentação, colacionando diversas jurisprudências em prol da pretensão mandamental em tablado.

Liminar deferida às fls. 58/62 pelo Exmo. Sr. Des. José Arísio Lopes da Costa.

Devidamente notificado, o Secretário de Saúde do Ceará ofereceu suas informações após o decêndio legal (fls. 77-98), argumentando, preliminarmente: (I) a “ausência de capacidade postulatória de Promotor para atuar no Tribunal de Justiça” (fl.77); (II) que o Ministério Público Estadual não possui legitimidade ativa para tutelar judicialmente interesse individual e disponível (fl.79); (III) a inadequação da via mandamental (fl. 80); (IV) “a ilegitimidade passiva do Secretário do Estado do Ceará quanto aos medicamentos não previstos na lista do Sistema Único de Saúde – SUS” (fl. 84); e (V) a necessidade da participação da União Federal no feito na qualidade de litisconsorte passivo necessário.

No mérito, afirma que, no concernente à doença que acomete a Sra. Severina Maria dos Santos, osteoporose, de acordo com o parecer técnico oriundo da SESA, existe uma série de medicamentos à disposição na rede pública de saúde capazes de substituir o fármaco por ela pleiteado, qual seja, o ácido zoledrônico, comercialmente conhecido como Aclasta.

Informa, ainda, que as tarefas do Estado, no que atine à Saúde Pública, consistem apenas no cuidado das políticas públicas de saúde que objetivem serviços adequados, não lhe cabendo “a tarefa de custear tratamentos individualizados”, sob pena de malferir o princípio da igualdade (fls. 87-88). Ademais, sustenta ter observado o disposto nas Portarias do Ministério da Saúde, bem como que a prestação do serviço público é realizada levando-se em consideração a reserva do possível (fls. 88-92).

Ao fim, requer a denegação do *writ*.

Douto parecer Ministerial acostado às fls. 66/75, opinando pela concessão da segurança.

Por conta da assunção do Exmo. Des. José Arísio Lopes da Costa à Vice-Presidência desta Eg. Corte, vieram-me os autos conclusos.

É o relatório.

VOTO

Para facilitar o entendimento, a análise das matérias será feita por tópicos.

1. DAS PRELIMINARES

1.1 Da ilegitimidade ativa do Ministério Público Estadual:

As prerrogativas do Ministério Público foram estabelecidas pela Constituição Federal, *verbis*:

“Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

“Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”

“Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:
II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;
III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;”

Destarte, considerando-se que o direito à saúde é indisponível, à luz do que disposto na Carta Magna de 1988, tenho o entendimento de que o Ministério Público, no cumprimento de sua função de proteger, também, os interesses individuais, tem legitimidade ativa para ajuizar o presente *mandamus*.

Corroborando o referido entendimento, veja-se voto proferido pelo Eminentíssimo Desembargador Celso Albuquerque Macedo quando do julgamento do Mandado de Segurança nº 2007.0021.2658-1/0, *verbis*:

MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. TUMOR CEREBRAL. RECONHECIDA A LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL. LEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO DO CEARÁ. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. GARANTIA DA SAÚDE E PROTEÇÃO À VIDA. SEGURANÇA CONCEDIDA. 1. O Ministério Público possui legitimidade para ajuizar mandado de segurança postulando medicamento de alto custo prescrito a paciente vítima de tumor cerebral, pois “o artigo 127 da Constituição, que atribui ao Ministério Público a incumbência de defender interesses individuais indisponíveis, contém norma auto-aplicável, inclusive no que se refere à legitimação para atuar em juízo”, ainda que em favor de pessoa individualmente considerada (STJ, Primeira Turma, REsp 933.974/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 04.12.2007, DJ 19.12.2007). (TJCE. Tribunal Pleno. MS n° 2007.0021.2658-1/0. Rel. Des. Celso Albuquerque Macedo. DJ. 08.05.2008).

Rejeita-se a preliminar.

1.2 Da ausência de capacidade postulatória do promotor:

No que concerne à preliminar supra, registre-se o voto proferido pelo Exmo. Des. Francisco Sales Neto quando do julgamento do MS n.º 2008.0013.1580-0/0, sustentando a possibilidade de promotor de justiça oficial junto ao Tribunal de Justiça, *verbis*:

“Doutra banda, no que tange à possibilidade de apreciação, pelo Pleno desta Colenda Corte, de Mandados de Segurança impetrados pelo Ministério Público através da atuação de Promotor de Justiça ou de Órgão especial de execução, importa num primeiro momento esclarecer que o exercício do múnus ministerial é informado pelos princípios da unidade e da indivisibilidade, os quais, em face de sua natureza constitucional, legitimam as funções desempenhadas por seus membros em qualquer esfera de Poder, desde que observadas as atribuições institucionais constitucionalmente conferidas ao *Parquet*.

De efeito, haurido nestes corolários é que o art. 32, inciso I, da Lei n° 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), emprestou poderes aos Promotores de Justiça para ajuizarem ação mandamental perante os Tribunais locais competentes, *in litteris*:

Art. 32. Além de outras funções cometidas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e demais leis, compete aos Promotores de Justiça, dentro de suas esferas de atribuições:

I - impetrar habeas-corpus e mandado de segurança e requerer correição parcial, inclusive perante os Tribunais locais competentes;

É de ser anotado, em tempo, que a norma em menção compatibiliza-se com o preconizado no art. 31 do Diploma Legal retro-referido, o qual atribui aos Procuradores de Justiça o exercício das funções ministeriais junto aos Tribunais.

Merece especial relevo, neste ponto, o magistério do mestre Hugo Nigro Mazzili em seu 'Regime Jurídico do Ministério Público', Editora Saraiva, 1993, p. 213, o qual proclama *in expressis*:

'O art. 31 da nova lei dispõe caber aos procuradores de justiça exercer as atribuições institucionais junto aos tribunais, desde que não cometidas ao procurador-geral de justiça; admite ainda que executem atribuições deste, se regularmente delegadas.

A regra, portanto, é a de que, sem válida convocação, o promotor de justiça não poderá officiar junto aos tribunais, exceto junto ao Tribunal do Júri (LC 40/81, art. 10) ou apenas para requerer correição parcial ou impetrar habeas corpus e Mandado de Segurança (lei nº 8.625/93, art. 32, I)'.
'

Com efeito, na hipótese, prevalece a orientação inserta no inciso IX do art. 29, da mesma Lei Orgânica, o qual autoriza ao Procurador Geral de Justiça a delegação, a membro do Ministério Público, de suas funções de órgão de execução.

Assim que, sob o manto desta orientação, foi que se conferiu à Promotoria de Justiça de Defesa da Saúde Pública deste Estado raio de atuação amplíssimo, abarcando, inclusive, a impetração de mandado de segurança, consoante se verifica do disposto no art. 2º, inciso XIII, da Lei nº 13.195/2002, que assim enuncia:

Art. 2º. São atribuições da Promotoria de Justiça de Defesa da Saúde Pública:

XIII - exercer qualquer outra função não especificada, administrativa ou judicial, inerente ao Ministério Público;

Não obstante o até aqui ponderado, urge explicitar que a legitimidade ativa para impetração do mandado de segurança diretamente perante Tribunal de Justiça não é do Promotor de Justiça, nem do Procurador de Justiça, mas do Ministério Público representado pelo órgão de execução que possua atribuição

legal para tanto. Neste ponto, calha a fiveleta destacar escólio de peculiar clarividência assim pontificado pelo Promotor Paulista Wallace Paiva Martins Júnior:

‘A questão é de capacidade postulatória do órgão de execução do Ministério Público, requerendo para sua solução o exame da respectiva atribuição na legislação de regência do próprio Ministério Público. Ora, já se mostrou acima que o Promotor de Justiça *ex vi legis* tem essa atribuição, tendo a capacidade postulatória, de modo que não se pode indeferir a inicial e extinguir o processo, sob pena de negar vigência a legislação federal e estadual, e principalmente, a garantia constitucional da acessibilidade à justiça.’

[...]

Por fim, é de ser ponderado que a competência do Pleno deste Tribunal é determinada por razão da prerrogativa que goza a autoridade impetrada, não por força da instituição impetrante a qual, como dantes asseverado, possui plena legitimidade para atuar em feitos desta natureza” (*in MS nº 2008.0013.1580-0*, publicado no DJ de 12.12.2008).

Desta feita, rejeito a preliminar referida.

1.3 Da inadequação da via mandamental:

A teor do art. 5.º, inc. LXIX, da Constituição Federal, o Mandado de Segurança é um remédio jurídico apto a resguardar direito líquido e certo, não amparado por *Habeas Corpus* ou *Habeas Data*, que seja negado, ou mesmo ameaçado, em face de ato de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

In casu, o mandado de segurança se reveste da instrumentalidade para discussão sobre a possibilidade do fornecimento de medicamentos, posto que os atestados médicos acostados às fls. 25, 30, 37, 42/43 e 49 não deixam qualquer dúvida quanto à adequação entre os medicamentos, pleiteados e as enfermidades que acometem os ora substituídos, ou seja, descabe a realização de perícias para verificar pertinência entre os tratamentos e as doenças, pois os atestados médicos - alguns inclusive fornecidos por médicos integrantes dos quadros de instituições ligadas ao Sistema Único de Saúde – SUS - já demonstram esta adequação.

Ademais, ainda neste aspecto, reporto-me à tese adotada no voto supramencionado pelo Des. Francisco Sales Neto, para quem “*os laudos médicos anexados à inicial não podem ser desconsiderados vez que foram feitos*

por profissionais inscritos no Conselho Regional de Medicina, capazes para indicar o tratamento mais adequado aos substituídos, de modo que, ao Estado nasce a obrigação de fornecer medicamentos necessários ao tratamento de saúde de quem não tenha condições econômicas para, por si só, adquiri-los, demonstrando, assim, a existência do direito líquido e certo a ser amparado pela via do mandado de segurança”.

Rejeito, pois, a preliminar argüida.

1.4 Da ilegitimidade passiva e da necessidade de participação da União Federal no feito:

O art. 23, II, da Constituição da República estabelece a atribuição comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para cuidar da saúde e assistência pública, *verbis*:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

[...]

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

Neste sentido, a responsabilidade do Estado do Ceará é solidária, e não subsidiária, como argumenta este em impugnação.

Afigura-se uma interpretação equivocada do impetrado quanto ao que dispõe a Lei n.º 8.080/1990 (norma regulamentadora do Sistema Único de Saúde - SUS), tendo em vista as atribuições da União, Estados e Municípios serem concorrentes, a ensejar, caso não cumpridas suas obrigações, no tocante à gestão de fornecimento de medicamentos, sejam eles excepcionais ou não, a responsabilidade solidária, em reforço ao que já dispõe a Constituição da República.

Desta feita, o Estado do Ceará não pode, assim, furtar-se do cumprimento das suas obrigações porque entende que a responsabilidade seja de outro ente federado.

No mesmo sentido, a 2ª Turma do Supremo Tribunal, quando do julgamento do RE n.º 195.192-3/RS, consignou o entendimento segundo o qual a responsabilidade pelas ações e serviços de saúde é da União, dos Estados e do Distrito Federal e dos Municípios, *verbis*:

“SAÚDE – AQUISIÇÃO E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – DOENÇA RARA. Incumbe ao Estado (gênero) proporcionar meios visando a alcançar a saúde,

especialmente quando envolvida criança e adolescente. O Sistema Único de Saúde torna a responsabilidade linear alcançando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.” (RE 195.192-3/RS, 2ª Turma, Ministro Marco Aurélio, DJ 22.02.2000).

Em sentido idêntico, no julgamento RE-AgR 255.627-1, o Ministro Nelson Jobim afastou a alegação do Município de Porto Alegre de que não seria responsável pelos serviços de saúde de alto custo. O Ministro Nelson Jobim, amparado no precedente do RE nº. 280.642, no qual a 2ª Turma havia decidido questão idêntica, negou provimento ao Agravo Regimental do ente público em tela, veja-se:

“[...] A referência, contida no preceito, a ‘Estado’ mostra-se abrangente, a alcançar a União Federal, os Estados propriamente ditos, o Distrito Federal e os Municípios. Tanto é assim que, relativamente ao Sistema Único de Saúde, diz-se do financiamento, nos termos do artigo nº 195, com recursos do orçamento, da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. [...]” (RE-AgR 255.627-1/RS, 2ª Turma, Ministro Nelson Jobim, DJ 21.11.2000)

E, desta Egrégia Corte:

“CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO; FALTA DE INTERESSE DE AGIR; INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA E DE LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO PASSIVO ENTRE AS AUTORIDADES COATORAS E A UNIÃO FEDERAL. REJEIÇÃO. DIREITO À SAÚDE. DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO. SEGURANÇA CONCEDIDA. [...] 3. Em ações que visam o fornecimento de medicamentos através dos serviços prestados ao Sistema Único de Saúde - SUS, a União, Estados, Municípios e Distrito Federal têm legitimidade à ocupação do pólo passivo da lide, na condição de litisconsórcio passivo facultativo, vez que a solidariedade havida *in hoc casu*, não induz à obrigatoriedade do litisconsórcio, podendo a pretensão mandamental ser ajuizada em face de qualquer ente federativo, isolada ou conjuntamente. Preliminares ultrapassadas; [...] 5. SEGURANÇA CONCEDIDA”. (Mandado de Segurança nº 2008.0013.1580-0, Pleno do Tribunal de Justiça do Ceará, Relator: Des. Francisco Sales Neto, julgado em 30.10.2008).

Nestes termos, rejeita-se a preliminar de ilegitimidade passiva da

autoridade apontada como coatora, bem como a preliminar de litisconsórcio necessário com a União, passando à análise do mérito.

2. DO MÉRITO:

2.1 Da não comprovação da ausência de eficácia dos medicamentos fornecidos pelo Sistema Único de Saúde – SUS para o tratamento de osteoporose:

Informa a autoridade coatora, com espeque em parecer técnico oriundo da Secretaria Estadual de Saúde – SESA, (fl. 93-94) que *“há uma série de medicamentos fornecidos pelo Poder Público que, em tese, seriam eficazes para o tratamento de osteoporose, doença que acomete a Sra. Severina Maria dos Santos”* ^[SIC] (fl.94).

Sustenta que os medicamentos Alendronato 70mg, Raloxifeno 60 mg, Calcitonina 200 mcg e Calctrol 0,25 mcg, todos disponíveis na rede pública, possuíam a mesma eficácia no tratamento da osteoporose que o medicamento pleiteado, motivo pelo qual *“a prescrição médica acostada aos autos deveria ser clara no porquê os medicamentos dispensados pelo SUS não são eficazes no tratamento da substituída”* ^[SIC] (fl.87).

Ocorre, porém, que de acordo com o documento acostado às fl. 53, a Secretaria de Saúde do Estado do Ceará, em ofício encaminhado à Promotoria de Justiça de Defesa da Saúde, deixou bem claro que não existe na rede pública de saúde um substituto para o medicamento Aclasta.

Desta feita, e tendo em vista o que ficou assente na preliminar de item 1.3, os laudos médicos, sejam eles proferidos por médicos particulares ou pertencentes à rede pública de saúde, devem ser considerados em sua plenitude, eis que realizados por profissionais inscritos no Conselho Regional de Medicina capazes de prescrever a melhor terapêutica aos pacientes a que assistem, levando em consideração, como é óbvio, as peculiaridades de cada caso.

Ademais, o parecer técnico acostado às fls. 83-84 somente esclarece que o Sistema Único de Saúde – SUS disponibiliza determinados medicamentos para o combate a enfermidade que acomete à Sra. Severina Maria dos Santos, não comprovando, contudo, que tais medicamentos sejam similares ao medicamento ora pleiteado.

Nesta esteira, observe-se que, de acordo com a Resolução RDC nº 17, de 02 de março de 2007, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária só é considerado similar aquele medicamento *“que contém o mesmo ou os mesmos princípios ativos, apresenta a mesma concentração, forma farmacêutica, via de administração, posologia e indicação terapêutica, e que é equivalente*

ao medicamento registrado no órgão federal responsável pela vigilância sanitária, podendo diferir somente em características relativas ao tamanho e forma do produto, prazo de validade, embalagem, rotulagem, excipientes e veículo, devendo sempre ser identificado por nome comercial ou marca”¹, sendo certo que tais congruências não restaram totalmente comprovadas pela autoridade coatora.

Outrossim, quanto à existência da moléstia e aos medicamentos adequados, há considerar, para circunstâncias especiais, também especiais formas *de produção e de valoração da prova*. Mesmo que o lado formal acabe, pela força das circunstâncias, não sendo o mais ortodoxo, faz-se isso por motivo substancial nobre, uma vez que se prioriza a saúde e a vida das pessoas. Por isso, tem-se por suficientes exames laboratoriais, radiológicos, tomográficos, atestados médicos, etc., inclusive, no que se refere ao medicamento, a receita emitida pelo médico do paciente, que como já antes foi dito, mais do que ninguém perito para dizer qual é, no caso específico, o remédio mais adequado e eficiente.

Desta feita, refuto insubsistente a alegação da autoridade coatora.

2.2 Do gerenciamento dos recursos públicos por parte da Administração Pública e da teoria do possível ou da reserva do possível.

De menor plausibilidade reveste-se o argumento de que as normas constitucionais atinentes ao direito à saúde sejam de conteúdo programático, sob pena de transformá-la em mera promessa. O art. 5º, §1º, da Constituição da República dispõe que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, independem de interposição legislativa ou administrativa para que gozem de plena eficácia. É certo que seu conteúdo tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro. Se assim não o fosse, poderia o Administrador Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever.

Assim, esvaziada a tese defendida pelo impetrado, de que eventual procedência do pedido resultaria em interferência do Poder Judiciário em questão de natureza administrativa e compromete a própria consecução da política pública de saúde eleita, em desrespeito ao princípio da igualdade, o equilíbrio e a harmonia entre os Poderes.

Ademais, a hipótese deste processo é de matéria afeta à preservação do direito à vida e à saúde, tangenciando inclusive o mínimo existencial, sendo certo que, em se tratando de direito à vida e a saúde, descabe a aplicação da tese

defensiva, porquanto sejam bens impossíveis de proteção postergada. Fato é que construções doutrinárias, como a teoria da reserva do possível não autorizam o ente federado a se evadir do cumprimento de norma constitucional que visa a efetivar um direito elevado à categoria jurídica de fundamental.

Nestes termos, colho:

“EMENTA MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE. MEDICAÇÃO. CÂNCER. FORNECIMENTO. RESPONSABILIDADE. ESTADO (GÊNERO). RESERVA DO POSSÍVEL. INVOCAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. [...] 3. Paciente que necessita com urgência de medicamento específico para combater câncer de alto risco, compete ao Estado do Ceará fornecê-lo, pois a interpretação do Supremo Tribunal Federal acerca do Direito Fundamental à Saúde não admite escusas diante de quadro onde o próprio Direito Fundamental à Vida está em questão. 4. Limitações financeiras do Estado. Mera alegação. ‘A cláusula da *reserva do possível*, ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível, não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade’ (Ministro Celso de Mello - Informativo/STF nº 345/2004). Segurança concedida”. (MS nº 2008.0023.5313-6/0. Rel.Des. JOSÉ ARÍSIO LOPES DA COSTA. Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO. DJ de 10.02.2009)

2.3 Do Direito líquido e certo à assistência à saúde.

Conforme estabelecem os arts. 196 e 198, II, da CF, o direito à *assistência à saúde* emana diretamente de norma constitucional e significa *atendimento integral*, quer dizer, abrange tanto ações curativas quanto preventivas; logo, possui múltiplas dimensões, tais como exames laboratoriais, radiológicos, tomográficos, *medicamentos*, atos cirúrgicos e despesas médico-hospitalares.

Dessa forma, indiscutível a obrigação da autoridade coatora, o Sr. Secretário de Saúde do Estado do Ceará, sobreleva ter a instituição impetrante, o

Ministério Público do Estado do Ceará, ministrado inequívocas provas do estado de saúde, da necessidade de fornecimento dos fármacos pleiteados (*vide* fl.20) e da hipossuficiência das partes a que substitui.

Ademais, esse fornecimento não está adstrito à “lista do Ministério da Saúde”, até porque a restrição, a par de ser produto de interpretação derogante de normas constitucionais definidoras e garantidoras de direito fundamental — no caso, o direito à saúde,— fere de morte o princípio da universalidade da cobertura, expresso no inciso I do art. 194 da Constituição da República.

Há ressaltar, entretanto, que se por um lado é inquestionável a obrigação do Estado quanto ao fornecimento de medicamentos, por outro não pode o Poder Judiciário impor a este as marcas dos produtos, sob pena de inadmissível ingerência sobre as políticas públicas desenvolvidas pelo Poder Executivo.

Em outras palavras, cabe à Justiça exigir do Poder Executivo que implemente políticas públicas visando à proteção do direito da população à saúde, mas não lhe incumbe determinar quais medicamentos devem ser adquiridos e fornecidos aos particulares. Impõe-se, pois, em observância ao princípio da economicidade que rege a atividade administrativa, facultar-se ao ente demandado o fornecimento de medicamentos similares, dispondo dos mesmos princípios ativos dos originalmente descritos ou genéricos, desde que, é claro, respaldados por receituário médico fornecido por médico credenciado pelo Sistema Único de Saúde – SUS.

Impõe-se, ainda, por prudência, condicionar o fornecimento dos aludidos medicamentos à realização de exames médicos periódicos pelos serviços e profissionais do SUS, com o fim de avaliar a necessidade e eficácia dos produtos, bem como determinar que, doravante, os receituários ou requisições sejam efetuados exclusivamente por profissionais vinculados ao SUS.

3.0 DISPOSITIVO:

ISTO POSTO, confirmando a liminar anteriormente proferida, voto no sentido de conceder a ordem, porém, facultando ao Estado o fornecimento de medicamentos genéricos ou similares aos descritos na inicial (fl. 20), exigindo que cada retirada de medicamento seja realizada pelos substituídos, ou por alguém a seu rogo, e que, doravante submetam-se os substituídos a exames médicos periódicos a serem realizados pelos serviços e profissionais do SUS, com o fim de avaliar a necessidade e eficácia dos fármacos pleiteados.

É como VOTO.

Fortaleza (CE), 24 de setembro de 2009

¹Fonte: <http://e-legis.anvisa.gov.br/leisref/public/showAct.php?id=26132&word=medicamento> similar cont%C3%A9m o mesmo – acesso em 10 de julho de 2009

PROCESSO Nº 2009.0011.8988-8/0
MANDADO DE SEGURANÇA COM PEDIDO DE LIMINAR
IMPETRANTE: VERÔNICA MEDEIROS DE OLIVEIRA, LELIA DE
QUEIROZ MEDEIROS E NICE DE QUEIROZ MEDEIROS
IMPETRADOS: GOVERNADOR DO ESTADO DO CEARÁ E
SECRETÁRIO DE PLANEJAMENTO E GESTÃO DO ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: DESEMBARGADORA MARIA SIRENE DE SOUZA
SOBREIRA

MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PENSÃO POR MONTEPIO. MILITAR REFORMADO. DIREITO À REVERSÃO DO BENEFÍCIO DO CÔNJUGE FALECIDO PARA AS FILHAS DE QUALQUER ESTADO CIVIL. INCIDÊNCIA DA LEI ESTADUAL 10.972/84. POSSIBILIDADE. POSTULAÇÃO AUSPICADA NO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL PACÍFICO – INCLUSIVE NO ÂMBITO DESTA CORTE - DE QUE A PENSÃO POR MORTE SE REGE PELA LEI VIGENTE À ÉPOCA DO ÓBITO DO INSTITUIDOR PRIMITIVO. SEGURANÇA CONCEDIDA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de mandado de segurança nº2009.0011.8988-8/0, ACORDA este egrégio Tribunal de Justiça em sua composição plenária, à unanimidade, em conceder a segurança, nos termos do voto condutor a seguir transcrito:

RELATÓRIO

Cuidam os autos de mandado de segurança impetrado por Verônica Medeiros de Oliveira, Lelia de Queiroz Medeiros e Nice de Queiroz Medeiros contra ato dos Exmos. Srs. Secretário de Planejamento e Gestão do Estado do Ceará e Comandante Geral da Polícia Militar do Estado do Ceará que, em virtude do óbito de sua genitora, lhes estariam sonogando direito subjetivo à reversão da pensão por morte (pensão por montepio) deixada por seu falecido pai.

Aduziram as impetrantes que são filhas de Policial Militar reformado contribuinte do montepio militar e falecido aos 18 de março de 1984, conforme atestado de óbito adormecido aos fólhos do caderno;

Argumentaram que, à época da morte de seu pai, o diploma que regia a situação previdenciária dos então servidores públicos militares do Estado do Ceará - hoje simplesmente militares - era lei 897/50 que, em seus arts. 31 e seguintes, disciplinava a possibilidade de reversão da pensão - passagem desta de um(ns) para outro(s) herdeiros do montepio militar - estabelecendo que, no caso de morte do cônjuge recebedor do benefício, a pensão seria revertida em favor dos filhos do instituidor contribuinte.

Na seqüência, informaram que a lei 897/50 foi revogada pela 10.972/84 - que manteve o instituto jurídico da reversão nos mesmos moldes estabelecidos no regime anterior - e esta, pela lei complementar nº 21/2000 que, muito embora o tenha infirmado, não modificou a situação jurídica das impetrantes, uma vez que o direito a que fizeram alusão restou, pelas mesmas, adquirido sob a égide de norma permissiva anterior;

À conclusão, arremataram ser ilegal o ato administrativo que lhes sonegou tal direito, pugnando pelo deferimento de medida liminar remediadora, a ser meritoriamente confirmada com o julgamento procedente da presente ação mandamental.

À inicial, juntaram os documentos de fls. 12/87.

Liminar denegada às fls. 92/96.

Às fls. 105/116, contestou a ação o Estado do Ceará pugnando pela denegação da segurança.

Autos com vistas ao Ministério Público este, às fls. 118/123, emitiu parecer pela concessão da ordem.

Conclusos para julgamento aos 24 de setembro de 2009.

É o relatório.

VOTO

Sob o prisma das considerações meritórias, tenho que o deslinde da causa está em aferir qual a regência legal aplicável à situação jurídica das impetrantes, se a lei atualmente vigente, se a que em vigor à época do falecimento da beneficiária primitiva e mãe das autoras, ou, finalmente, se o diploma sob cujo império se deu o óbito do instituidor da pensão.

Cuida-se de uma questão de mera aplicação da lei previdenciária no tempo, que se informa pela regra geral da *lex tempus regit actum*, em cujas

linhas a lei nova se aplica imediatamente, salvo para desconstituir direitos adquiridos, infirmar atos jurídicos perfeitos, ou subverter a *res judicata*, nos termos do art. 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal e do art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil.

À luz de tal assertiva, considera-se adquirido o direito à pensão morte, quando ocorre o evento desencadeador de sua ordenação, qual seja, a morte do instituidor primitivo. A partir daí, seus beneficiários, até então meros detentores de expectativa de direito, tornam-se senhores de um direito material concreto sob o arrimo formal da lei vigente à época, imune às modificações jurídicas decorrentes de leis posteriores.

Por muito tempo se discutiu, em sede de doutrina e jurisprudência, qual seria o exato momento em que o direito ao benefício previdenciário se incorporava ao patrimônio jurídico do particular, para fins de se definir qual a lei aplicável à espécie. A controvérsia, de valor pragmático imprescindível, pressupunha uma prospecção lógica dos conceitos jurídicos de direito adquirido e de expectativa de direito. Por mais que ambas as figuras em questão ostentassem uma diversidade teórica razoavelmente inteligível, na prática, eram freqüentemente confundidas, ou tratadas como sinonímias. Contudo, a visualização cristalina de suas diferenças tornou-se mais evidente diante da relevância prática de tal esclarecimento.

Assim, por mais tenra que se apresentasse a linha divisória entre os dois objetos em questão, percebeu-se que apenas um deles inseria-se na moldura do princípio da segurança jurídica. Apenas o direito adquirido se ostentava oponível às modificações legais supervenientes. Apenas o direito adquirido constituía, de fato, um direito.

Sendo assim, concluiu-se, por forçoso, que os beneficiários eventuais de um servidor público contribuinte de um plano estatutário ou regimental de previdência somente se tornariam titulares do direito ao respectivo benefício quando por ocasião do óbito do instituidor primitivo. Antes, possuíam mera expectativa de direito, à mercê de circunstâncias indetermináveis e aleatórias, intangíveis à sua esfera de volição.

A implicação disso, sob a perspectiva do direito intertemporal, está justamente no fato de que, em se tratando de pensão por morte, os beneficiários do instituidor da pensão apenas por ocasião do óbito deste se tornam titulares do direito adquirido correspondente, o que significa dizer, ao pálio da noção conceitual do instituto em berlinda, que a lei que se lhes aplica não pode ser outra, senão a que vigente à época da morte segurado original.

Em outras palavras – sob o prisma da concepção de que o direito adquirido é imune à retroatividade da lei superveniente - a pensão por morte se

rege pela disciplina legal vigente à época da morte do primitivo instituidor do benefício, segundo orientação pacífica do STJ, também amplamente prestigiada por esta corte. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. FILHA DE EX-COMBATENTE. PENSÃO ESPECIAL. LEIS 3.633/59, 3.765/60 E 4.242/63. ARTIGO 53 DO ADCT. REVISÃO DE VALOR DE PENSÃO DEIXADA À SEGUNDO-SARGENTO PARA PENSÃO DE SEGUNDO-TENENTE. LEGISLAÇÃO VIGENTE À ÉPOCA DO ÓBITO DO INSTITUIDOR DO BENEFÍCIO. 1. A pensão especial decorrente de falecimento de militar deve ser regida pela legislação em vigor à época do seu óbito. No momento do falecimento do progenitor da autora, vigoravam as Leis nºs 3.633/59, 3.765/60 e 4.242/63, as quais disciplinam o pagamento da pensão de ex-combatente e devem reger a pensão da recorrente. 2. O benefício conferido à filha de ex-combatente, estabelecido pelo artigo 30 da Lei nº 4.242/63, que estipula pensão igual à de Segundo-Sargento, contida no artigo 26 da Lei nº 3.675/60, não se confunde com a pensão especial devida aos ex-combatentes com o advento da Carta Magna de 1988, prevista no artigo 53, inciso II, do ADCT. 3. A pensão da recorrente, em razão do instituto do ato jurídico perfeito, deve observar a legislação em vigor na época em que surge o direito, ou seja, da data do óbito do instituidor da pensão. 4. Quanto à alínea “c” do permissivo constitucional, observa-se que a recorrente não transcreveu nenhum julgado, de forma a não realizar o necessário cotejo analítico com o acórdão recorrido. 5. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 772251 / RS ; AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2005/0129952-6 - Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA. DJ 26.03.2007).

ADMINISTRATIVO. EX-COMBATENTE. PENSÃO POR MORTE. CONCESSÃO E CRITÉRIOS DE REAJUSTE. NORMA VIGENTE À ÉPOCA DO ÓBITO DO INSTITUIDOR. I - Adota-se a lei vigente no momento do óbito de ex-combatente para regular o direito à pensão por morte. II - Na espécie, tendo o instituidor falecido em 20.11.87 fl. 05), a legislação que deverá regular a pensão e o seu reajuste é a Lei nº 5.698/71, que, no seu art. 1º, determina o reajuste das prestações previdenciárias de ex-combatente de conformidade com o regime geral da legislação da previdência social. Recurso especial provido. (REsp 543324. Rel. Ministro Felix Fischer. DJ: 17/08/2006).

Esse, por sinal, é também o entendimento prestigiado no âmbito desta Corte, como se infere, à guisa de ilustração, de julgamento relatado pelo Eminentíssimo

Desembargador Antônio Abelardo Benevides, no julgamento do mandado de segurança nº 2008.0017.9773-1, vazado na seguinte ementa:

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. MONTEPIO MILITAR. MORTE DA VIÚVA BENEFICIÁRIA. DIREITO DE REVERSÃO. FILHAS DE QUALQUER CONDIÇÃO. NOVO SISTEMA DE PREVIDÊNCIA. DIREITO ADQUIRIDO. SEGURANÇA CONCEDIDA. 1. Não obstante serem as autoridades impetradas capazes de modificar o ato praticado sob a pecha de abusividade e ilegalidade, ao prestarem as informações, defendendo o mérito da questão ventilada, acabaram por encampar a presente tese, tornando-se, via de consequência, plenamente legítimas para figurar no polo passivo do presente *writ*. 2. Entendimento consolidado de que o fato gerador para a concessão do benefício de pensão por morte é o óbito do segurado, devendo ser aplicada à lei vigente à época de sua ocorrência (Súmula nº 340, do STJ). 3. Reconhecimento do direito adquirido à reversão da pensão montepio a impetrante, por implementar as condições para receber o benefício na vigência da Lei nº 897/50, legislação vigorante à data do óbito de seu instituidor, e não por aquela aplicável à época do falecimento da viúva. Precedentes do STF, do STJ e desta Corte. 4. Liminar ratificada. Segurança concedida. (MS 2008.0017.9773-1. Rel. Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes)

No horizonte de tais assertivas, à vista que o instituidor primitivo da pensão por montepio militar faleceu em 31 de março de 1999, sob a regência, portanto, da lei estadual 10.872/84, que prestigiava o instituto jurídico aqui reivindicado, na linha intelectual da legislação que lhe antecedeu (lei nº 897/50), razão assiste às impetrantes – nos ditames do art. 19 da aludida norma - no que se refere ao direito de reversão do benefício em virtude do falecimento de sua mãe que, embora tenha ocorrido sob plexo normativo posterior – que já mais contemplava essa possibilidade – àquele não se subsume, nem se informa por suas diretrizes e comandos.

Nessas condições, a despeito da revogação posterior do instituto jurídico de ora se cuida – reversão – pela Lei Complementar Estadual nº 21/2000, mas sob o plexo do entendimento de que, em se tratando de pensão por morte, a lei aplicável é que vigente ao tempo do óbito do instituidor, concedo a segurança, por entender ser essa medida escoreita e expressiva da mais lúdima justiça.

É como voto.

Fortaleza, 22 de outubro de 2009.

Jurisprudência Criminal

Apelação Crime

PROCESSO Nº 2000.0162.1379-4/1
APELAÇÃO CRIMINAL (DE ARACATI)
APELANTE: SOLONILDO ROCHA PINTO
APELADA: A JUSTIÇA PÚBLICA
RELATOR: DES. LUIZ GERARDO DE PONTES BRÍGIDO

APELAÇÃO. DEFINIDO NO ART. 12, CAPUT, DA LEI Nº 6.368, O TRÁFICO, STRICTO SENSU, PRESSUPÕE DROGA PRONTA PARA CONSUMO IMEDIATO, NÃO SE CONFUNDINDO COM A OUTRA MODALIDADE TÍPICA DO INC. I DO § 1º DA MESMA NORMA, QUE INCRIMINA, DENTRE OUTRAS AÇÕES, O TRANSPORTE DE MATÉRIA-PRIMA PARA O PREPARO DO TÓXICO. POR ESCORREGADELA DA PROMOTORIA E DO JUÍZO, O APELANTE FOI DENUNCIADO E CONDENADO POR TRÁFICO DE CHEIRINHO-DA-LOLÓ, EMBORA ESTIVESSE A CONDUZIR DE ARACATI PARA A PRAIA DE CANOA QUEBRADA, PARAÍSO DOS TOXICÔMANOS, DIOCLOROMETANO (OU CLORETO DE METILENO), MISTURADO COM ETANOL (ÁLCOOL), UTILIZÁVEIS NA PREPARAÇÃO E NO DESDOBRAMENTO DA COCAÍNA. O CHEIRINHO-DA-LOLÓ TEM COMPONENTES DIVERSOS: CLOROFÓRMIO, ÉTER ETÍLICO, AROMATIZANTE E, EVENTUALMENTE, A ACETONA. EM TESE, O APELANTE INCORREU NA SEGUNDA FIGURA DELITIVA, TÃO REPROVÁVEL QUANTO A PRIMEIRA, MAS A ERRÔNEA CAPITULAÇÃO DO CRIME REMETE À FALTA DE TIPICIDADE DE

TRÁFICO DE CHEIRINHO-DA-LOLÓ, ACUSAÇÃO GERADORA DA AÇÃO PENAL E DA CONDENAÇÃO. LOGO, DE SER REFORMADA A SENTENÇA, DADO QUE A CORREÇÃO DA ADEQUAÇÃO TÍPICA REQUISITAVA O ADITAMENTO DA DENÚNCIA. E A *MUTATIO LIBELLI*, VOLTADA À SUPERAÇÃO DA ERRONIA E VIRTUAL PUNIÇÃO DO APELANTE NÃO PODE SER ORDENADA PELO TRIBUNAL, COM DEVOLUÇÃO DOS AUTOS À ORIGEM, PORQUE ISTO IMPORTARIA *REFORMATIO IN PEJUS* INDIRETA, EIS QUE O RECURSO FOI AVIADO PELA DEFESA, E EXCLUSIVAMENTE POR ELA. É DE SER EVITADA, SABE-SE, RISCO DE SITUAÇÃO MENOS FAVORÁVEL AO RÉU. ABSOLVIÇÃO DECRETADA (ART. 386, III, DO CPP). NÃO HÁ OUTRA ALTERNATIVA. UNANIMIDADE.

Vistos, relatados e discutidos.

1 – Condenado por tráfico de droga, apela o sobrenomeado alegando, em síntese, que não praticou fato típico, daí que deve ser absolvido por este órgão revisor, do que discorda a Promotoria nas contra-razões.

Com parecer da PGJ.

É o relatório.

2 – O apelante foi preso em flagrante (depois recebeu liberdade provisória), quando conduzia para a Praia de Canoa Quebrada, Aracati, quarenta e um frascos com mistura de dioclorometano (ou cloreto de metileno) e etanol (álcool). A primeira das substâncias é usada para aviar cocaína, faz certo o laudo pericial. A segunda, para desdobrar o produto final, quer dizer, aumentar-lhe a quantidade, em detrimento da pureza da droga para aumentar o lucro nas vendas.

Por escorregadela assim da Promotoria como do Juízo, o apelante foi denunciado e sentenciado por tráfico de “cheirinho-da-loló”.

Ao cogitarem do ilícito pelo referido enfoque, laboraram o órgão acusador e o órgão julgador em insinuante equívoco. E tem razão o apelante ao argüir atipicidade da imputação. A teor do art. 12, caput, da Lei nº 6.368/76, o tráfico pressupõe a existência de tóxico pronto para uso. O recorrente não tinha em seu poder cocaína aspirável ou injetável, mas algo utilizável no seu fabrico. Muito menos “cheirinho-da-loló”. Na composição deste inalante não entram o dioclorometano (ou cloreto de metileno), nem o etanol (álcool) e, sim, o clorofórmio, o éter etílico, o aromatizante e, eventualmente, a acetona (v. Içami Tiba, Juventude e Drogas – Anjos Caídos, 2007, Integraf, p. 278). Na verdade, o sentenciado praticou, em tese, crime de tóxico. O definido no inc. I do § 1º da mesma norma penal, assim: “importa ou exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda ou oferece, fornece ainda que gratuitamente, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda matéria-prima destinada a preparação de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica”.

Por tráfico não podia ser enquadrado à falta de correspondência entre a ação e a definição legal. É, então, de ser absolvido. E descarta-se, de logo, a *emendatio libelli*, pois são autônomos, diversos, os tipos penalógicos do art. 12, caput, e do inc. I do § 1º do mencionado dispositivo. O segundo existe por si, não é elementar do primeiro. Quanto à *mutatio libelli*, não pode o órgão revisório ordená-la à alçada inferior, de modo a corrigir a adequação típica, porque importaria *reformatio in pejus*. Na espécie, o recurso foi encaminhado pela defesa e a devolução dos autos à instância a quo para o aditamento da peça acusatória poderá desaguar na condenação do apelante pela figura do inc. I do art. 12 da velha Lei de Drogas, registrando-se, então, situação menos favorável para o réu, quando isto não está sendo pleiteado pelo dominus litis.

3 – Do que posto, ACORDA a 1ª CÂMARA CRIMINAL do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ, em conhecer da apelação e reformar a sentença impugnada, absolvido o apelante (art. 386, III, do CPP), nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, CE, 28 de abril de 2008

PROCESSO Nº. 2002.0005.6859-4/0

APELAÇÃO CRIME

ORIGEM: 15ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE FORTALEZA

APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO

APELADAS: FRANCISCA VERÔNICA DE SOUSA E JOANA D'ARC DE SOUSA

RELATORA: DESA. MARIA ESTELA ARAGÃO BRILHANTE

EMENTA: PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO TENTADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. O ÍNFIMO VALOR DA 'RES FURTIVA', QUE FOI DEVOLVIDA A VÍTIMA, ALIADO AO FATO DO CRIME TER FICADO RESTRITO A ESFERA DA TENTATIVA, SÃO ELEMENTOS QUE PERMITEM CONCLUIR PARA ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA DAS AGENTES, ANTE A INEXISTÊNCIA DE DANO RELEVANTE AO BEM JURÍDICO TUTELADO PELA LEI (PATRIMÔNIO INDIVIDUAL), IMPONDO-SE, DE CONSEQUÊNCIA, A ABSOLVIÇÃO COM FUNDAMENTO NO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação criminal nº. 2002.0005.6859-4/0, de Fortaleza, em que é apelante o Ministério Público, sendo apeladas Francisca Verônica de Sousa e Joana D'Arc de Sousa.

Acorda, a Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer do recurso e dar-lhe provimento, reformando a sentença condenatória, absolvendo-se as apeladas, tudo nos termos do parecer da Procuradoria-Geral de Justiça e voto da Relatora.

Trata-se de apelação interposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO contra sentença (fls. 125 a 128) proferida pela Juíza de Direito da 15ª Vara Criminal da Comarca de Fortaleza que condenou cada uma das apeladas à pena de 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão, para ser cumprida em regime aberto, além do pagamento de 10 (dez) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trinta avos)

do salário mínimo vigente à época dos fatos, pela prática de furto simples tentado (CP, art. 155, *caput*, c/c art. 14, II).

Alega o Ministério Público que a magistrada sentenciante, ao deixar de aplicar o princípio da insignificância por entender serem as acusadas contumazes na prática de crimes contra o patrimônio, laborou em equívoco, porquanto mencionado princípio deve ser aplicado de forma objetiva. Pleiteia, ao final, a reforma da decisão de 1º grau com a consequente absolvição das recorridas (fls. 130 *usque* 133).

Em suas contrarrazões de apelação (fls. 137 a 140) a defesa ratifica a tese do apelo, pugnando pela reforma da sentença condenatória.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça às fls. 150 *ut* 151 manifestando-se pelo provimento do recurso.

Por sucessão, o feito me foi redistribuído em 06/05/2009 (fl. 155), vindo conclusos para apreciação.

É o relatório.

Conheço do recurso, eis que presentes os requisitos legais de sua admissibilidade, merecendo prosperar o inconformismo do recorrente.

Consta da denúncia que as acusadas Francisca Rodrigues da Silva e Joana D'arc de Sousa foram presas em flagrante delito após tentarem subtrair das Lojas Mesbla, situada no centro desta Capital, 2 (duas) calças jeans, fato ocorrido no dia 11 de dezembro de 1998, por volta das 11h.

Conforme relatado, pretende o recorrente a reforma do *decisum*, para que seja aplicado ao caso *sub oculis* o princípio da insignificância, sob o argumento de que citado princípio deve ser observado estritamente sob o aspecto objetivo, não sendo justa a análise de elementos subjetivos.

É cediço que o princípio da insignificância reduz o âmbito de proibição aparente da tipicidade legal e, por consequência, torna atípico o fato na seara penal, não obstante haver lesão a bem juridicamente tutelado pela norma penal.

Sobre o tema, revela-se importante destacar a doutrina do jurista Cezar Roberto Bitencourt, *in verbis*:

A tipicidade penal exige ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos protegidos, pois nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico. Segundo este princípio, é imperativa uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal. Assim, condutas que se amoldam a determinado tipo penal, sob o ponto de vista formal, não apresentam nenhuma relevância material. Nessas circunstâncias, pode-se afastar liminarmente a tipicidade penal, porque em verdade o bem jurídico não chegou a ser lesado. (*In Código Penal Comentado*, São Paulo, Saraiva, 13ª edição, 2008, p. 21).

No caso em tela, como bem ressaltou a douta Procuradora de Justiça em seu parecer, o bem da vida protegido pela legislação penal foi sequer perturbado em sua esfera de existência, porquanto tratou-se de crime tentado, aliado ao fato de que o valor da *res* efetivamente é ínfimo frente ao então poder econômico da empresa vitimada, e, mesmo se concretizado o *iter criminis*, a conduta das agentes não teria o poder lesivo suficiente para atingir o bem jurídico tutelado pela lei, sendo, portanto, imperiosa a afirmação da atipicidade penal em razão da incidência do mencionado princípio.

Ademais, o entendimento hodierno de nossos Tribunais Superiores é que para o reconhecimento do princípio da insignificância, devem ser analisados apenas aspectos objetivos do fato, isto porque, conforme se extrai do excerto de recente voto da Ministra Carmem Lúcia, *verbis*:

“Em princípio, somente se poderia cogitar da análise de circunstâncias de caráter pessoal na hipótese de elas constituírem elementar do tipo, pois, do contrário, a configuração do crime não se daria em razão dos fatos, mas sim da pessoa que o tivesse praticado.

A dizer, uma mesma conduta poderia ser ou não crime, dependendo das circunstâncias pessoais – condição econômica, ausência de antecedentes criminais, entre outras – tidas pela lei penal como irrelevantes para a configuração de determinado tipo penal.” (STF, HC 96.822/RS, 1ª Turma, j. 16/06/2009, DJe 07/08/2009).

Nesse diapasão observem-se os seguintes julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. TENTATIVA DE FURTO. MERCADORIAS DE VALOR INEXPRESSIVO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. *OCULTA COMPENSATIO*. 1. A aplicação do princípio da insignificância há de ser criteriosa e casuística, tendo-se em conta critérios objetivos. 2. Princípio que se presta a beneficiar as classes subalternas, conduzindo à atipicidade da conduta de quem comete delito movido por razões análogas às que toma São Tomás de Aquino, na Suma Teológica, para justificar a *oculta compensatio*. A conduta do paciente não excede esse modelo. 3. A tentativa de subtração de mercadorias cujos valores são inexpressivos não justifica a persecução penal. O Direito Penal, considerada a intervenção mínima do Estado, não deve ser acionado para reprimir condutas que não

causem lesões significativas aos bens juridicamente tutelados. 4. Aplicação do princípio da insignificância justificada no caso. Ordem deferida. (STF, HC 96057/RS, 2ª TURMA, Relatora Ministra Ellen Gracie, Relator p/ acórdão Ministro Eros Grau, j. 17/03/2009, DJe 14/08/2009).

RECURSO ESPECIAL. PENAL. FURTO SIMPLES. SUBTRAÇÃO DE UMA COLCHA E UMA CAMISA. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. CRIME DE BAGATELA. CONDIÇÕES PESSOAIS DESFAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL IMPROVIDA. 1. Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o princípio da insignificância tem como vetores a mínima ofensividade da conduta do agente, a nenhuma periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada. 2. Hipótese de furto de uma colcha e uma camisa, avaliados infimamente, não existindo nos autos informação acerca de expressivo prejuízo por parte da vítima. 3. O fato de existirem circunstâncias de caráter pessoal desfavoráveis, tais como a existência de antecedentes criminais ou reincidência, não são óbices, por si sós, ao reconhecimento do princípio da insignificância. 4. Recurso especial improvido. (STJ, REsp 925272 / RS, Relator Ministro JORGE MUSSI, T5 – Quinta Turma – j. 29/04/2009, DJe 01/06/2009).

Dessarte, considerando que a conduta praticada pelas apeladas, qual seja, a tentativa de subtrair duas calças jeans, apresenta-se como de escassa lesividade, não chegando a ter nenhuma repercussão social ou econômica a justificar a decisão condenatória, e, principalmente porque a tese aqui esposada encontra supedâneo na mais moderna e abalizada doutrina, assim como na remansada jurisprudência dos tribunais pátrios, permite seja aplicada à espécie o princípio da insignificância, como pretendido pelo apelante.

POSTO ISSO, em consonância com o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, dou provimento ao recurso ministerial para absolver as apeladas com fundamento no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

É como voto.

Fortaleza, 28 de setembro de 2009

Nº 2003.0005.8000-2/0 APELAÇÃO CRIME
COMARCA: POTENGI
APELANTES: JOSÉ XAVIER LEITE FILHO
CARLOS ALBERTO CORDEIRO
APELADA: A JUSTIÇA PÚBLICA
RELATOR: DES. EYMARD DE AMOREIRA

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL. APELAÇÃO CRIME. EMENTATIO LIBELLI. IMPOSSIBILIDADE DE CERCEAMENTO DE DEFESA. PRINCÍPIO DA *JURIA NOVIT CURIA*.

1.Laborou em equívoco a defesa dos apelantes quando confundiu *mutatio libelli* com *ementatio libelli*. Àquele, se o juiz reconhecer a possibilidade de nova definição jurídica do fato, em consequência da prova existente nos autos de circunstância elementar, não contida, explícita ou implicitamente, na denúncia ou na queixa, baixará o processo, a fim de que a defesa, no prazo de 8 (oito) dias, fale e, se quiser, produza prova, podendo ser ouvidas até três testemunhas (art. 384 do CPP). Este, de que trata a hipótese em deslinde, o Magistrado tão-somente usou o princípio da *jura novit curia*, ou seja, o princípio da livre dicção do direito. Vale dizer, que o réu não se defende da capitulação dada ao crime na denúncia, mas sim da sua descrição fática, dos fatos nela relatados. Nesse sentido:STJ: “O Juiz, ao proferir a sentença condenatória, poderá dar ao fato definição jurídica diversa da que constar da denúncia (CPP, art. 383), sem que disso ocorra prejuízo para a defesa, pois o réu se defende dos fatos que lhe não imputados” (RT 741/590 e RT 738/535)

2.Apelo improvido. Acórdão unânime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação crime, nº 2003.0005.8000-2/0, de Potengi, em que são apelantes José Xavier Leite Filho e Carlos Alberto Cordeiro, sendo apelada a Justiça Pública.

Acorda a Turma, por unanimidade de votos, em conhecer do apelo, rejeitando a preliminar levantada e, no mérito, negar-lhes provimento, assim como opinou a douta Procuradoria Geral de Justiça.

José Xavier Leite Filho e Carlos Alberto Cordeiro, qualificados nos autos, interpuseram a presente apelação, porque inconformados com a decisão do Juiz da comarca de Potengi que por infração ao art. 168, § 1º, incisos III, do Código Penal Nacional os condenou de *per si*, a pena de 2 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão, a serem cumpridas em regime aberto e multa, substituídas por prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas (art. 43, IV do CP), em face da apropriação da quantia de R\$ 16.586,00 (dezesseis mil, quinhentos e oitenta e seis reais) do Projeto São José, destinada à eletrificação da comunidade Quaresma, naquele município.

José Xavier Leite Filho, em seu discurso, requer a nulificação do feito por violação aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, não assegurados, em razão do *mutatio libelli*, bem como que seja reconhecida em seu favor a circunstância atenuante da confissão e a inexistência de circunstâncias agravantes, de modo que as penas definitivas – privativa de liberdade e multa – sejam fixadas no mínimo legal (fs.340/347).

Carlos Alberto Cordeiro, seguindo na mesma direção do comparsa José Xavier, também pede a nulificação do feito e a absolvição (sic). (fs.503/506).

Apelos devidamente contra-arrazoados às fs.511/513.

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça às fs.524/527, opinando pelo improvimento dos apelos.

É o relatório.

O Estado do Ceará, através da Secretaria do Planejamento e Coordenação – SEPLAN – assinou o convênio nº 1.759/95, com a Associação Comunitária de Quaresma, do município de Potengi, através do qual beneficiava, por meio do Projeto São José, a construção e instalação da Rede Elétrica Pontegi/Ramal Buenos Aires, cujo orçamento alcançou a cifra de R\$ 36.859,00 (trinta e seis mil, oitocentos e cinquenta e nove reais), pagos em duas parcelas, a ser depositada na conta corrente da Associação Comunitária Quaresma.

O primeiro depósito foi transferido para a conta corrente do Sr. Antônio Clésio Alves Leite, filho do apelante José Xavier Leite Filho, que se dizia representar a empresa contratada CAEL – Carlos Alberto – Eletrificações Ltda, que sequer iniciou o serviço.

A fraude perpetrada pelo recorrente Carlos Alberto Cordeiro, proprietário da CAEL, representada por José Xavier Leite Filho foi de molde a fraudar o Projeto São José e a comunidade que necessitava da energia elétrica para desenvolver a agropecuária e iluminar as residências daquela comunidade.

A Promotoria Pública local denunciou os apelantes nas penas do art. 312 do Código Penal, peculato, crime próprio praticado por funcionário público,

para, por ocasião das alegações finais, requerer fosse aplicado o *ementatio libelli*, para transmutar a tipificação penal para o crime de apropriação indébita de que trata o art. 168, § 1º, do Código Penal Nacional.

Nesse particular, foi que o Magistrado sentenciante, após longa incursão doutrinária, concluiu por acolher a correta tipificação penal, logrando os apelantes condenados pelo crime de apropriação indébita.

Com estas considerações, vejamos a descabida alegação de violação aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, não assegurados em razão do *mutatio libelli*.

Laborou em equívoco a defesa dos apelantes quando confundiu *mutatio libelli* com *emendatio libelli*. Àquele, se o juiz reconhecer a possibilidade de nova definição jurídica do fato, em consequência da prova existente nos autos de circunstância elementar, não contida, explícita ou implicitamente, na denúncia ou na queixa, baixará o processo, a fim de que a defesa, no prazo de 8 (oito) dias, fale e, se quiser, produza prova, podendo ser ouvidas até três testemunhas (art. 384 do CPP). Este, de que trata a hipótese em deslinde, o Magistrado tão-somente usou o princípio da *jura novit curia*, ou seja, o princípio da livre dicção do direito. Vale dizer, que o réu não se defende da capitulação dada ao crime na denúncia, mas sim da sua descrição fática, dos fatos nela relatados.

Nesse sentido:

STF: “Ocorre *ementatio libelli* (CPP, art.383) e não *mutatio libelli* (CPP, art. 384) quando o réu é denunciado pelos crimes de estelionato e de apropriação indébita, porém resulta condenado por falsificação ideológica, uma vez que a denúncia descreve perfeitamente o fato delituoso mas nela consta qualificação penal diversa. A nova tipificação emprestada pelo juízo, em face da instrução processual, não constitui cerceamento de defesa ou oblívio do devido processo penal, porquanto o acusado se defende dos fatos narrados na denúncia e não do delito nela qualificado. Hipótese em que a falta de intimação do acusado, em face da desclassificação do delito, não configura cerceamento de defesa” (RT 738/535).

STJ: “O Juiz, ao proferir a sentença condenatória, poderá dar ao fato definição jurídica diversa da que constar da denúncia (CPP, art. 383), sem que disso ocorra prejuízo para a defesa, pois o réu se defende dos fatos que lhe são imputados” (RT 741/590).

De modo que rejeito a preliminar de nulidade suscitada pelos apelantes.

Quanto à pena aplicada, melhor sorte não teve José Xavier Leite Filho, quando pede a correção da pena. É que o Magistrado sentenciante, levando a efeito o disposto no art. 383, do CPP (*emendatio libelli*), deu ao fato criminoso nova definição jurídica, o fazendo em compasso com a melhor doutrina e jurisprudência, amoldando a conduta dos apelantes àquela definida no art. 168 do Código Penal, uma vez que, tendo a posse, a princípio legítima, de coisa alheia móvel – dinheiro oriundo do Projeto São José – apropriou-se indevidamente, obtendo indiscutível benefício em detrimento da comunidade.

Cite-se ainda, por relevante, a motivação usada pelo Juiz, quando afirma, em sua memorável decisão que, “o motivo certamente foi a cupidez, aliada ao desejo de auferir lucro fácil, sendo as circunstâncias igualmente desabonadoras, posto que o delito foi praticado com aproveitamento da confiança depositada, tendo por vítimas pessoas sem esclarecimentos e com rudimentar inserção na vida social, bem como o Poder Público, que proporcionou, mediante o Projeto São José, a alocação de recursos, a fundo perdido com importante alcance social.¹

De modo que, a pena aplicada aos apelantes, um pouco acima do mínimo legal, está suficientemente fundamentada, impondo-se a sua manutenção.

No que toca ainda, ao apelo de Carlos Alberto Cordeiro, quando pede a sua absolvição frente à ausência de prova, não passa de mera imperfeição. A empresa contratada CAEL – Carlos Alberto – Eletrificações Ltda., é de sua propriedade, locupletou-se do valor correspondente a 50% (cinquenta por cento) da obra, para sequer, iniciar os serviços.

Por relevante, apesar das inúmeras testemunhas, notadamente pessoas da comunidade, a prova do crime é documental, v.g. vieram aos autos, cópias do convênio, do depósito do dinheiro, além de uma ação manejada pelo Estado do Ceará, junto à 6ª Vara da Fazenda Pública, para reaver o valor fraudado (fs.14/47).

Desta forma, nego provimento aos apelos para manter a decisão recorrida, nos termos em que opinou a douta Procuradoria Geral de Justiça.

É como voto.

Fortaleza, 02 de dezembro de 2008.

¹Apud fs.330

Nº 2004.0012.2417-8/2 APELAÇÃO CRIME

COMARCA: CANINDÉ

APELANTE: O REP. DO MINISTÉRIO PÚBLICO

APELADO: JOANES DO NASCIMENTO LEONEL

RELATOR: DES. EYMARD DE AMOREIRA

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL. APELAÇÃO CRIME. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS EM FACE DO CONSELHO DE SENTENÇA TER AFASTADO A QUALIFICADORA DO MOTIVO FÚTIL. INOCORRÊNCIA.

1. Na hipótese, todas as dúvidas pendentes com relação ao acontecimento, já tiveram duas oportunidades de ser debatidas e dirimidas durante o plenário onde, igualmente, as partes produziram provas no interesse de suas causas tendo, dessa maneira, o Tribunal do Júri a chance de conhecer dos fatos e das provas, proferindo sua decisão segundo sua competência.

2. Obtempere-se, ainda, para um juízo de mérito, em persistindo a hesitação que antes pairava sobre as condições do evento, há de ser solucionado o julgamento em favor do réu, pois que imperativo o brocardo *in dubio pro reo*, de feição constitucional.

3. Nesse panorama, carece, a meu ver, êxito à pretensão recursal do agente ministerial, pois pretende obter a anulação do julgamento do apelado tão-somente porque o Conselho de Sentença, no âmbito de sua competência, excluiu a qualificadora do motivo fútil.

4. De modo que, estando o julgamento do apelado consentâneo com uma das versões emergentes da prova, não se pode pretender anulá-lo sem por em xeque a soberania do Júri Popular que, somente em casos excepcionais, quando o veredicto não encontra nenhum apoio nos elementos de convicção colhidos nos autos, pode ceder lugar, com sua anulação, à nova apreciação pelo Tribunal do Júri.

5. Apelo improvido. Decisão unânime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação crime, nº 2004.0012.2417-8/2, de Canindé em que é apelante o representante do Ministério Público e apelado Joanes do Nascimento Leonel.

Acorda a Turma, por unanimidade de votos, em conhecer do apelo e negar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator.

Joanes do Nascimento Leonel, qualificado nos autos, foi submetido a julgamento perante o Tribunal do Júri da comarca de Canindé, porque pronunciado nas penas do art. 121, § 2º, II e III, do Código Penal Nacional. Sucedeu que, o Conselho de Sentença houve por bem desacolher a qualificadora do motivo fútil, logrando o apelado condenado a pena de 12 (doze) anos de reclusão.

O representante do Ministério Público não se conformou com a decisão do Tribunal do Júri daquela comarca que rejeitou a qualificadora, por isso interpôs o presente apelo objetivando a desconstituição da decisão, por entender que o veredicto popular foi manifestamente contrário à prova dos autos – art. 593, III, letra “d” do CPP.

Contra-razões da parte *ex-adversa* às fs. 224/227, requerendo o improvimento do apelo.

Nesta Instância Superior os autos foram com vista à douta Procuradoria Geral de Justiça que, com o parecer de fs. 244/250, opinou pelo provimento do apelo.

É o relatório.

Joanes do Nascimento Leonel, conhecido por “Rato”, foi condenado por crime de homicídio qualificado pelo motivo fútil e surpresa, tendo como vítima

a pessoa de Francisco Antônio Damasceno Sousa, sendo submetido a júri em duas oportunidades.

No primeiro julgamento, o Conselho de Sentença, acolheu por inteiro o libelo acusatório, logrando condenado a uma pena de 16 (dezesseis) anos de reclusão. Todavia, esta egrégia Primeira Câmara, sob a minha relatoria, acolhendo recurso da defesa, nulificou a decisão recorrida por ofensa ao art. 497, XI do Código de Processo Penal, determinando um novo júri.

Agora, quando julgado pela segunda vez e condenado a pena de 12 (doze) anos de reclusão, vem o Ministério Público apelar da decisão do Conselho de Sentença ao argumento de que o julgamento foi manifestamente contrário à prova dos autos, em face da recusa da qualificadora de motivo fútil.

Com efeito, a vítima e o apelado eram amigos de infância, viciados em droga e, como descreveu a proposta acusatória, momentos antes do crime, no interior do Bar do irmão do apelado, travaram uma discussão por motivos de somenos importância, mas, apartada por uma pessoa conhecida por “Zico”.

Passada a controvérsia, saíram daquele ambiente, continuando a discussão de rua afora, até que, a vítima apanhou uma pedra e sem motivo aparente, desferiu um golpe na cabeça do apelado, puxando em seguida uma faca, a qual foi segura pela lamina, e tomada por Joanes do Nascimento que, contra-atacou ferindo mortalmente a vítima.

O auto de exame de corpo de delito –lesão corporal, afiança a versão apresentada, quando afirma que: “o paciente com uma ferida em couro cabeludo e outra no polegar esquerdo, suturadas cirurgicamente” (fs.32).

Ademais, como visto precedentemente, ocorreu uma discussão entre a vítima e o apelado, o que por si só já afasta a possibilidade do crime ter ocorrido por motivo fútil.

Nesse sentido:

“Noticiando os autos ocorrência de discussão entre a vítima e o réu, é o bastante para que se afaste a qualificadora do motivo fútil, prevista no inciso II do § 2º do art. 121, do CP” (RT 524/416, 524/364 E 749/725).

E mais:

TJSP: “A conceituação do motivo fútil excluiu qualquer circunstância capaz de ter provocado exaltação ou revolta, ou que explique o impulso com que o agente é levado ao crime. E essa atitude deve ser sempre apreciada pelo juiz, levando em conta o grau de educação do agente, o meio em que vive e outros fatores especiais de cada caso” (RJTJESP 113/449).

Como se não bastasse, todas as dúvidas pendentes com relação ao acontecimento, já tiveram duas oportunidades de ser debatidas e dirimidas durante o plenário, aonde, igualmente, as partes produziram provas no interesse de suas causas, tendo dessa maneira, o Tribunal do Júri, a chance de conhecer dos fatos e das provas, proferindo sua decisão segundo sua competência.

Obtempere-se, ainda, para um juízo de mérito, em persistindo a hesitação que antes pairava sobre as condições do evento, há de ser solucionado o julgamento em favor do réu, pois que imperativo o brocardo *in dubio pro reo*, de feição constitucional.

Nesse panorama, carece, a meu ver, êxito à pretensão recursal do agente ministerial, pois que pretende obter a anulação do julgamento do apelado tão-somente porque o Conselho de Sentença, no âmbito de sua competência, excluiu a qualificadora do motivo fútil.

De modo que, estando o julgamento do apelado consentâneo com uma das versões emergentes da prova, não se pode pretender anulá-lo sem por em xeque a soberania do Júri Popular, que somente em casos excepcionais, quando o veredicto não encontra nenhum apoio nos elementos de convicção colhidos nos autos, pode ceder lugar, com sua anulação, à nova apreciação pelo Tribunal do Júri.

De par disso e de tantos outros julgados, este egrégio Tribunal de Justiça fez editar a Súmula nº 6, segundo a qual “*As decisões dos jurados, em face do princípio constitucional de sua soberania, somente serão anuladas quando inteiramente contrárias à prova dos autos*”.

Nestas condições, por não divisar motivo de reforma da douta decisão recorrida, nego provimento ao apelo, em dissensão com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça.

É como voto.

Fortaleza, 03 de novembro de 2008

Nº 2005.0024.0313-9/0 APELAÇÃO CRIME
COMARCA DE FORTALEZA
APELANTE: ANTÔNIO VIDAL BRAGA
APELADA: A JUSTIÇA PÚBLICA
RELATOR:DES. EYMARD DE AMOREIRA

**EMENTA: APELAÇÃO CRIME -
PROCESSUAL PENAL – ATENTADO
VIOLENTO AO PUDOR - INSUFICIÊNCIA DE
PROVAS - PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA -
VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS – CRIME
HEDIONDO - PROGRESSÃO DE REGIME –
POSSIBILIDADE – PARCIAL PROVIMENTO.**

1. Da Preliminar de ilegitimidade do Ministério Público para propor a denúncia - Quando a vítima for menor de quatorze anos e o crime for cometido com abuso do pátrio poder ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador, a ação penal torna-se pública incondicionada (CP, art. 225, § 1º, II).

2. Ressalte-se que, “dada a natureza clandestina do crime de estupro, as declarações da vítima, harmoniosas entre si e ricas em detalhes, que se ajustam com as demais provas dos autos, autorizam a condenação do acusado”. (AI-AgR 394019 / AC – ACRE). *In casu*, a esposa do apelante confirma as acusações feitas pela menor.

3. Quanto a possibilidade da progressão de regime, como se trata de fato criminoso perpetrado antes do vigor da nova lei dos crimes hediondos, ou seja, antes de março de 2007, e por dizer respeito a direito material penal e de execução penal, há de se comportar à hipótese a aplicação do princípio da retroatividade mais benéfica, permitindo ao apelante a progressão de regime conforme prescrito na Lei de Execuções Penais, ou seja, após o cumprimento de 1/6 (um sexto) da pena.

4. Apelo parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Crime nº.

2005.0024.0313-9/0, da comarca de Fortaleza, em que é apelante *Antônio Vidal Braga* e apelada a Justiça Pública.

A Turma, por unanimidade de votos, conheceu do apelo, para dar-lhe parcial provimento, no sentido de permitir ao apelante a progressão do regime prisional, nos termos do voto do Relator.

Antônio Vidal Braga, qualificado nos autos, interpôs o presente apelo com objetivo de desconstituir a sentença condenatória do Juízo da 12ª Vara Criminal de Fortaleza, que lhe impôs pena de *06 (seis) anos de reclusão em regime integralmente fechado*, isso porque, após ser submetido ao regular processo legal, o apelante restou condenado nas penas do art. 214 c/c 224 “a” do Código Penal Nacional, por atentado violento ao pudor com violência presumida, perpetrado contra a vítima *Géssica Nayara Ferreira da Silva*, à época da denúncia com 10 (dez) anos de idade, por assediá-la sexualmente desde os seus 06 (seis) anos de idade com atos libidinosos diversos da conjunção carnal.

Aduz em suas razões, às fls. 77/83, em sede preliminar, a ilegitimidade do Ministério Público para propor o feito, e no mérito, a insuficiência de provas acerca da acusação, aduzindo que somente há nos autos as palavras da vítima e de sua genitora, requerendo assim, por sua absolvição ou, subsidiariamente, o reconhecimento do caráter não hediondo do crime pelo qual foi condenado, pugnando pela progressão do regime prisional.

Contra-razões ministeriais, às fls. 85/90, requerendo o integral improvimento do recurso.

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça às fls.96/100, opinando, pelo provimento do apelo.

Eis o relatório.

Da Preliminar

Aduz o apelante, em sede preliminar, a ilegitimidade do Ministério Público para propor a denúncia, vez que se trata de matéria de ação privada.

No entanto, como bem frisou o *parquet* em suas contra-razões, sua legitimidade encontra guarida na própria legislação penal, que no inciso II, do § 1º do art. 225 lhe confere tal poder. Vejamos a jurisprudência:

“EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSO PENAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. PADRASTO. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. AÇÃO PENAL PÚBLICA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA INTENTÁ-LA INDEPENDENTE DE REPRESENTAÇÃO. 1. Nos crimes contra os costumes, a ação penal, de regra, é privada

(CP, art. 225). Quando, entretanto, a vítima for menor de quatorze anos e o crime cometido com abuso do pátrio poder ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador, a ação penal torna-se pública incondicionada (CP, art. 225, § 1º, II). 2. A condição de padrasto prescinde da análise de qualquer circunstância havida anteriormente à nova sociedade conjugal, referente a casamento da mãe com o pai da menor. 3. Hipótese em que o Ministério Público tem legitimidade para intentar a ação penal, independentemente de representação. Habeas corpus indeferido.” (HC 80378/ AL, Relator(a): Min. NELSON JOBIM, DJ 16-02-2001 PP-00091)

Dessa forma, é a própria legislação penal que dissolve a controvérsia içada pelo apelante, conferindo ao fiscal da lei a legitimidade necessária para cobrar do apelante sua responsabilidade penal e social.

Assim, rejeito a preliminar argüida pela defesa e passo a análise de mérito.

Do Mérito

Consta dos autos, que o apelante é padrasto da vítima *Géssica Nayara Ferreira da Silva*, desde que esta possui 01 (um) ano de idade e, que a partir dos 06 (seis) anos de vida desta, passou a assediá-la sexualmente, tentando tocá-la em suas partes íntimas e praticando atos libidinosos na presença da criança. Consta ainda que, aos 09 (nove) anos de idade da vítima, após sua filha ter lhe confidenciado todo o sofrimento por qual vinha passando desde anos atrás, a genitora flagrou o apelante tentando tocá-la enquanto essa dormia, fato esse que originou a presente ação penal.

Ocorre, entretanto, que inconformado com a sentença que o condenou pelo crime noticiado nos autos, o apelante interpôs o presente apelo insurgindo-se contra as provas produzidas, sob argumentação de que foram insuficientes para ensejar sua condenação, vez que se fundamentaram nas palavras da vítima e de sua genitora, no caso, sua esposa.

Com efeito, o ato pervertido diverso da conjunção carnal, noticiado nos autos, de que foi vítima a menor supracitada, restou limpidamente evidenciado pelas palavras da ofendida, que mantiveram seguras, retilíneas e coerentes, tanto na fase inquisitorial quanto na fase judicial (fls. 15/16 – 49/50). *In casu*, as palavras da esposa do apelante, Sra. Silvana Ferreira da Silva, às fls. 06/07 e 44/45, confirmam a acusação feita pela menor.

Ressalte-se que nos casos dessa natureza, onde a vítima é menor de

14 (quatorze) anos, a legislação penal presume a violência sofrida por esta em decorrência de sua pouca idade, partindo do princípio que os prejuízos suportados pela pequena violentada suplantam a ordem física, já que nesta idade a criança encontra-se em plena fase de seu desenvolvimento emocional.

Assim, é que o princípio da presunção da violência, gravada no art. 224, “a” do Código Penal, observando o aspecto clandestino dos crimes dessa natureza, confere especial atenção à palavra da vítima que, na maioria dos casos sofre solitária a angústia da bestialidade do criminoso. *In verbis*:

“APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA OS COSTUMES. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR E ESTUPRO. CONCURSO MATERIAL. CONDENAÇÃO IMPOSTA. RECURSO IMPROVIDO. Dada a natureza clandestina do crime de estupro, as declarações da vítima, harmoniosas entre si e ricas em detalhes, que se ajustam com as demais provas dos autos, autorizam a condenação do acusado.” (AI-AgR 394019 / AC – ACRE)

Quanto ao argumento de que o crime ora em análise não tem caráter hediondo, é pacífico em nosso Tribunal Superior o entendimento contrário, afirmando que: *No que tange à alegação de que o delito cometido não poderia ser considerado hediondo, esta Corte já pacificou o entendimento de que o estupro e o atentado violento ao pudor, em todas as suas formas, são considerados hediondos. (HC 84006 / RJ; Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO; DJ 01/03/2004, PP-00012).*

Ocorre, entretanto, que não obstante a natureza hedionda do crime de atentado violento ao pudor, a discussão acerca da possibilidade da progressão do regime prisional operou-se no sentido da inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, estando hoje superada a discussão, sendo firme a jurisprudência no sentido de sua possibilidade:

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME HEDIONDO. ESTUPRO SIMPLES COM VIOLÊNCIA PRESUMIDA. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO: CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INOCORRÊNCIA. PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. POSSIBILIDADE.
I - Não há falar em falta de fundamentação do acórdão impugnado

quanto ao regime de cumprimento da pena, se há referência expressa à Lei 8.072/90. II - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que “os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor, tanto nas suas formas simples Código Penal, arts. 213 e 214 como nas qualificadas (Código Penal, art. 223, caput e parágrafo único), são crimes hediondos. Leis 8.072/90, redação da Lei 8.930/94, art. 1º, V e VI.” HC 81.288/SC, Plenário, Rel. p/ acórdão Min. Carlos Velloso, DJU 25.4.2003. III - Após o julgamento do HC 82.929/SP pelo Plenário do STF, não mais é vedada a progressão de regime prisional aos condenados pela prática de crimes hediondos. IV - Ordem parcialmente concedida.” (HC 87281 / MG, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJ 04-08-2006 PP-00056) Grifos nossos.

Dessa forma, empós o julgamento do HC 82.929/SP e, a partir de março de 2007 por força da Lei nº 11.464/07, os condenados por crimes hediondos passaram a ter a possibilidade de cumprirem suas penas em regime *inicialmente* fechado, ou seja, ter a probabilidade de progredirem no regime penitenciário, com cumprimento de no mínimo, 2/5 (dois quintos) da pena se o condenado for primário, e 3/5 (três quintos) se reincidente, medida esta de caráter indubitavelmente mais rígido do que aquela que vinha sendo anteriormente aplicada e contida no art. 112 da LEP.

Na conjectura, como se trata de fato criminoso perpetrado *antes do vigor da nova lei dos crimes hediondos*, ou seja, antes de março de 2007, e por dizer respeito a direito material penal e de execução penal, há de se comportar à hipótese a aplicação do princípio da retroatividade mais benéfica, permitindo ao apelante a progressão de regime conforme prescrito na Lei de Execuções Penais, ou seja, após o cumprimento de 1/6 (um sexto) da pena.

À luz de todo exposto, conheço do apelo, para dar-lhe parcial provimento, apenas no que diz respeito à possibilidade de progressão do regime prisional, para permitir ao apelante o direito de migrar de regime penitenciário, nos termos do art. 112 da Lei de Execução Penal, mantendo incólume o *quantum* da pena aplicada na sentença *a quo*.

É como voto.

Fortaleza, 02 de dezembro de 2008

PROCESSO 2006.0007.5162-6/1

APELAÇÃO CRIMINAL

APELANTES: ANTÔNIO FRANCISCO VIEIRA, TIAGO CARLOS OLIVEIRA E LUZIMAR PINTO DE SALES

APELADO: A JUSTIÇA PÚBLICA

COMARCA: UBAJARA

RELATORA: DESA. MARIA SIRENE DE SOUZA SOBREIRA

EMENTA: PENAL. PROCESSO PENAL. CRIMES DE ROUBO MAJORADO, ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR (ANTERIOR À EDIÇÃO DA LEI 12.015/09) E TRÊS ESTUPROS, TODOS PRATICADOS SUCESSIVAMENTE. MÉRITO CONDENA-TÓRIO. AUTORIA E MATERIALIDADE.

1. Não remanescem dúvidas acerca da autoria delitiva e da materialidade dos delitos. A dinâmica dos fatos se deu de modo que os três acusados, todos confessos, em concurso de pessoas, praticaram contra a vítima, inicialmente, o delito de Roubo (um deles na condição de partícipe na modalidade de auxílio e os demais como co-autores) e, em seguida, praticaram os delitos de Atentado Violento ao Pudor (com redação anterior à Lei 12.015/09), através do constrangimento à prática de sexo oral, e, em seguida, cada um dos acusados estuprou a vítima. Versão da vítima e confissões que autorizam a conclusão inequívoca de que os apelantes foram os autores dos delitos. Mérito condenatório mantido quanto à autoria e materialidade.

ROUBO MAJORADO. PARTICIPAÇÃO DO RÉU ANTÔNIO FRANCISCO. 1. Considerou-se que a participação de Antônio no delito de Roubo restou comprovada em razão de que ele mesmo confessou que forneceu a arma do crime. Neste sentido, em seu interrogatório, o apelante afirmou que não apenas forneceu a faca utilizada no Roubo, mas que também incentivou que os

outros acusados praticassem o delito. **Condenação mantida.**

ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. ASPECTOS RELACIONADOS AO CONCURSO DE PESSOAS. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA DOS CO-RÉUS QUE TERIAM SUPOSTAMENTE APENAS ASSISTIDO AO TERCEIRO RÉU CONSTRANGER A VÍTIMA À PRÁTICA DE SEXO ORAL. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 29, §2º DO CÓDIGO PENAL. 1. No caso dos autos, os co-réus Luzimar e Tiago alegaram que sua participação teria sido de menor importância na medida em que não teriam praticado nenhuma ação nuclear relacionada ao delito de Atentado Violento ao Pudor. **2.** Considerou-se, neste ponto, que a ação dos co-réus não apenas foi importante dentro do fluxo causal, mas essencial ao próprio cometimento do delito. Com efeito, os dois co-réus foram responsáveis por arrastar a vítima, constrangendo-a ilegalmente, até o local onde se encontrava o terceiro co-réu que obrigou-a, em seguida, à prática do sexo oral. Ademais, um deles estava com uma arma em punho, além do que a presença dos co-réus *in loco* reduzem a possibilidade de defesa da vítima. Por essas circunstâncias, considerou-se os co-réus como co-autores do aludido delito, tornando-se impossível a aplicação da participação de menor importância (art. 29, §2º do Código Penal). **ENTRADA EM VIGOR DA NOVA LEI 12.015/09, QUE FUNDIU, EM UMA MESMA FIGURA TÍPICA, OS DELITOS QUE ANTERIORMENTE ERAM DEFINIDOS COMO ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. RETROATIVIDADE PARA BENEFICIAR. POSSIBILIDADE DE CONTINUIDADE DELITIVA. 1.** Quanto à prática do delito de Atentado Violento ao Pudor,

após a entrada em vigor da nova Lei 12.015/09, há que se operar a retroatividade no sentido de considerar a prática do delito sob a epígrafe do Estupro (art. 213, do Código Penal), já que, atualmente, as condutas que antes eram definidas como Atentado Violento ao Pudor passaram a também constituir o delito de Estupro na forma do art. 213 do Código Penal. 2. A retroatividade, neste caso, deve ocorrer porque possibilita a *continuidade delitiva*, já que a antiga discussão jurisprudencial e doutrinária acerca da possibilidade ou não de aplicar a exasperação do art. 71 do Código Penal àqueles delitos perdeu notável espaço com a edição da Lei 12.015/09, já que esta Lei tornou-os crimes acima aludidos em crimes da mesma espécie, possibilitando, por conseguinte, a exasperação. 3. Contudo, o fato de ter havido junção das duas figuras típicas não significa que o tipo penal deve ser classificado atualmente como crime de ação múltipla, o que faria com que aquele que pratica sexo oral e depois mantém coito vaginal praticasse apenas um delito, o de estupro. Na verdade, a alteração legislativa ainda permite que, neste caso, se considere a prática de dois delitos, só que desta feita sob a mesma capitulação legal (art. 213 do Código Penal). **TRÊS ESTUPROS PRATICADOS DE FORMA SUCESSIVA POR CADA UM DOS CO-RÉUS. CONCURSO DE PESSOAS. EXISTÊNCIA DE TRÊS CRIMES PARA CADA UM DOS DENUNCIADOS, E NÃO DE APENAS UM A TÍTULO DE AUTORIA PARA CADA UM DELES. DEFINIÇÃO DOUTRINÁRIA DO DELITO DE ESTUPRO. CRIME PRÓPRIO. POSSIBILIDADE DE CO-AUTORIA.** 1. Os apelantes sustentaram, no abono de suas postulações, que a condenação deveria necessariamente recair apenas com relação aos delitos em que cada um *estuprou* a vítima,

praticando com ela conjunção carnal. 2. Contudo, o delito de estupro não é um delito de *mão própria*, que não comporta co-autoria. Ao contrário, o delito de Estupro (art. 213 do Código Penal) é um delito classificado como próprio, cabendo, assim, perfeitamente co-autoria. Assim, se um agente pratica estupro na presença intimidadora de um terceiro e, em seguida, este terceiro passa a estuprar a vítima, havendo uma espécie de troca nas condutas, haverá a prática de dois delitos, e não de um só. Não é apenas aquele que pratica a conjunção carnal ou o ato libidinoso diverso que é autor do delito de estupro, mas também aquele que, de modo decisivo, contribui, inclusive com sua presença intimidadora no local, para o *constrangimento* da vítima. 3. Neste sentido, aplicou-se entendimento jurisprudencial consolidado no âmbito do Tribunal de Justiça de São Paulo, em aresto que possui o seguinte teor: “Se dois réus se revezem na prática do crime de estupro (ou atentado violento ao pudor), um cometendo o ato sexual enquanto o outro vigia a ofendida, e depois trocam as posições respectivas, haverá a prática, para cada réu, de dois crimes sexuais (um como autor, outro como partícipe), incidindo a causa de aumento deste art.216, I, mas admitindo-se a continuidade delituosa (TJSP, RJTJSP 76/232).”

DESVIO SUBJETIVO DE CONDUTA OU PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA DOS CO-RÉUS EM RELAÇÃO AOS DELITOS QUE NÃO EXECUTARAM MATERIALMENTE. INOCORRÊNCIA. 1. Impossível a aplicação do desvio subjetivo de conduta tendo em vista que todos os acusados confessam no Inquérito e em Juízo que sabiam de tudo que se passava e, portanto, de todos os crimes que iriam e que foram de fato praticados, o que impede, por si só, o reconhecimento do dolo

no sentido de querer praticar crime mais grave.

2. Quanto à participação de menor importância, aplica-se o mesmo entendimento do delito relacionado ao constrangimento à prática do sexo oral. Ora, se os co-réus foram os responsáveis por constranger ilegalmente a vítima, arrastando-a até o local em que a ação foi perpetrada, há que se considerar, dentro de uma lógica na causação do resultado, como imprescindíveis as condutas destes co-réus, inclusive na modalidade de co-autoria, já que houve constrangimento inequívoco, com realização do verbo nuclear previsto no art. 213 do Código Penal. CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 226, I DO CÓDIGO PENAL. SUPOSTO *BIS IN IDEM* EM RAZÃO DE JÁ HAVER CONDENAÇÃO PELAS PARTICIPAÇÕES OU CO-AUTORIAS NOS DELITOS PRATICADOS POR CADA UM DOS RÉUS. INOCORRÊNCIA. 1. Ao contrário do que sustenta a defesa, houve inequivocamente 4 (quatro) crimes sexuais distintos, consumados no exato instante em que a vítima foi constrangida ora a manter a prática de atos diversos de conjunção carnal ora obrigada a praticar o próprio coito vaginal em si. Em cada uma dessas vezes ocorreu um único delito em que concorreram 2 (duas) ou mais pessoas para sua prática, o que, abstratamente atrai a subsunção do art. 226, I, do Código Penal ao presente caso. 2. A acusação que recai contra cada um dos acusados não traduz *bis in idem* em relação a esta majorante, haja vista que são fatos diferentes, e por cada um deles a condenação recai na medida de suas respectivas culpabilidades. 3. Sob tal enfoque, o que o art. 226, I, do Código Penal estabelece é um maior desvalor da ação, que resulta da concorrência de mais de 2 (duas) pessoas para a prática de crimes sexuais, o que reduz consideravelmente a capacidade de reação da vítima e torna ainda mais

reprovável a ação delituosa. A única exigência que se faz para a sua configuração, na esteira do posicionamento de Nelson Hungria, é que os que concorreram para a prática do delito estejam presentes no local do fato no momento da conjunção carnal, reduzindo as possibilidades de defesa da vítima e agregando um maior desvalor na ação, que é exatamente o que ocorreu no caso dos autos. 4. Não há falar, portanto, em *bis in idem* entre o modo em que os agentes concorreram para o delito e a própria participação deles como co-autores com a presença *in loco*, o que atrai a aplicação da majorante do art. 226, I do Código Penal.

CONCURSO DE CRIMES. SENTENÇA QUE APLICA O CONCURSO MATERIAL EM RELAÇÃO A TODOS OS CRIMES. ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. SENTENÇA REFORMADA NESTE ASPECTO PARA POSSIBILITAR A EXASPERAÇÃO DA PENA EM RELAÇÃO AOS QUATRO DELITOS SEXUAIS PRATICADOS DE FORMA CONTINUADA. 1. Na sentença lavrada pelo MM. Juiz de Direito titular da Comarca de Ubajara, todas as penas aplicadas individualmente por cada um dos delitos aqui amplamente analisados foram integralmente somadas, aplicando-se o chamado concurso material de crimes (ART. 69 do Código Penal). Aqui reside a ilegalidade que faz com que a sentença mereça ser reformada, já que, pelas circunstâncias de lugar, tempo e modo de execução, os 4 (quatro) delitos sexuais devem inequivocamente ser tidos como uma continuação um do outro. 2. Nesta toada, prescreve o art. 71 do Código Penal que: “Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subseqüentes

ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.”. Aplicando-se a nova Lei 12.015/09 e seguindo a diretriz assentada nos tópicos antecedentes, ou seja, considerando possível, na conjuntura jurídica atualmente em vigor, a aplicação de continuidade delitiva aos crimes que antes consubstanciavam estupro e atentado violento ao pudor e que, atualmente, configuram tão-somente estupro, tem-se que analisar a concorrência de 4 (quatro) crimes, já que o delito de Roubo não é da mesma espécie e, por conseguinte, não comporta continuidade delitiva. 3. Assentadas estas premissas, considerou-se uma das penas aplicadas em 7 (sete) anos e 6 (seis) meses e, na conformidade da redação do art. 71 do Código Penal, e exasperou-lhe em dois terços (em razão da quantidade de crimes), no que resultou em uma pena de 11 (onze) anos de reclusão pelos delitos sexuais, que, somada à pena de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses pelo delito de Roubo Majorado (art. 157, §2º, I e II do Código Penal), resulta em uma pena final de 16 (dezesesseis) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, a serem cumpridos em regime inicialmente fechado.

RECURSOS CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS, APENAS PARA MODIFICAR A PENA, FAZENDO INCIDIR A CONTINUIDADE DELITIVA (ART. 71 DO CÓDIGO PENAL).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos acima identificados ACORDA a Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade de votos, em conhecer dos recursos e dar-lhes parcial provimento, fazendo incidir a continuidade delitiva em relação aos crimes sexuais praticados

pelos acusados, mantendo, contudo, a sentença nos demais tópicos, tudo nos termos do voto da Desembargadora Relatora.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Apelação Criminal interposta por Antônio Francisco Vieira, Tiago Carlos Oliveira e Luzimar Pinto de Sales desafiando sentença de fls. 141/148 que os condenou à pena total de 33 (trinta e três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão pela suposta prática de Roubo Majorado (art. 157, §2º, I e II do Código Penal), Atentado Violento ao Pudor em concurso (art. 214 c/ c art. 226, I do Código Penal) e três Estupros em concurso (Art. 213 c/c art. 226, I c/c art. 29, todos do Código Penal, com redação anterior à lei 12.015/09), ora a título de autoria ora a título de participação.

Segundo narra a denúncia, no dia 05 de abril de 2006, a turista norte-americana J. T. T. visitava o Parque Nacional de Ubajara e, após conversar com um guia turístico, resolveu descer a trilha ecológica sozinha, seguindo para a Cachoeira do Cafundó. Antes de chegar à cachoeira, cruzou com dois homens (Tiago e Luzimar, ora apelantes) para os quais perguntou as horas. Ao chegar à Cachoeira, a turista sentou-se no local e ficou sozinha a apreciar o ambiente, quando foi surpreendida com a presença do acusado Tiago, que, juntamente com Luzimar, e utilizando-se de uma faca fornecida pelo acusado Antônio, passaram a lhe exigir quantias em dinheiro e a lhe determinar que entregasse os seus pertences, inclusive sua máquina fotográfica. Depois de consumado o roubo, os denunciados saíram do local e a vítima de imediato tentou retornar à cidade, mas, no meio do caminho de volta, foi novamente surpreendida pelos acusados Tiago e Luzimar, que passaram a arrastá-la até a presença do acusado Antônio. Lá chegando, Antônio exigiu que a vítima retirasse sua roupa e que nele praticasse sexo oral. Sem alternativa, já que estava sendo ameaçada pela faca de Tiago, que a colocava em seu pescoço, e pela presença ameaçadora dos três acusados, a vítima praticou sexo oral no apelante Antônio, e, logo depois, este mesmo acusado passou a estuprá-la. Depois de consumado o estupro pelo acusado Antônio, a vítima foi estuprada por Tiago e, logo depois que este ejaculou, foi estuprada novamente pelo último acusado, o Luzimar.

O apelante Antônio Francisco Vieira, em suas razões de fls. 154/161, sustenta inicialmente que o magistrado, ao prolatar a sentença condenatória, “*não observou as condições subjetivas do réu. O acusado não possuía antecedentes, que não os da presente acusação*”. Em seguida, passa a alegar que não teve qualquer participação no Roubo que fora efetivamente praticado pelos acusados Tiago e Luzimar, tendo o magistrado se baseado tão-somente na

delação dos outros dois acusados. No horizonte de sua construção argumentativa, e invocando a Teoria do Domínio do Fato, o apelante sustenta que somente poderia ser acusado por uma autoria de crime de Estupro, e não três, já que nos outros dois estupros o acusado não tinha o domínio do fato. Neste sentido, afirma que *“não teve participação nos atos praticados pelos outros dois acusados, visto que não agiu immobilizando, ameaçando ou utilizando de qualquer meio que pudesse constranger diretamente a vítima para que Luzimar e Tiago praticassem a conjunção carnal com a mesma.”* (fl. 159). Sob o arrimo destas considerações, pugna o apelante, inicialmente, por sua absolvição em relação ao delito de Roubo Majorado, na forma do art. 386, IV do Código de Processo Penal; requer, ainda, que seja absolvido de dois estupros, já que praticou apenas um estupro na qualidade de autor material; que seja aplicada a pena no mínimo legal, já que é portador de condições subjetivas favoráveis; e, por fim, requer que se considere a atenuante de confissão espontânea (art. 65, III, “d” do Código Penal).

Já os acusados Tiago Carlos Oliveira e Luzimar Pinto de Sales, que arrazoaram em uma mesma peça (às fls. 163/171 dos autos) suas irresignações em relação ao édito condenatório sobredito, iniciam a suas argumentações com uma análise da conduta de Luzimar no tipo penal de atentado violento ao pudor. Às suas impressões, a conduta de Luzimar no referido delito é absolutamente irrelevante, tendo em vista que tomou parte apenas no roubo e no estupro, mas não no atentado violento ao pudor. Segundo sustentam, o delito previsto no art. 214 do Código Penal teria ocorrido mesmo que Luzimar não estivesse de corpo presente, tendo em vista que quem portava a faca era Tiago e que, em nenhum instante, Luzimar ameaçou ou agrediu a vítima. Segundo entendem, *“tudo o que LUZIMAR fez foi justamente não fazer nada para que o atentado violento ao pudor fosse impedido, contudo tal conduta não é punível”* (fl. 166). Alegam, ainda, que outra conduta não lhe era exigível, já que se desistisse da ação delituosa naquele instante arriscaria sua própria vida, pois os outros dois acusados, em suas defesas, poderiam vir inclusive a matá-lo. Em relação a esta circunstância, consideram, por fim, que a sua omissão não era penalmente relevante, tendo em vista que não tinha o domínio do fato. A seguir, os apelantes passam a esgrimir uma tese alternativa, a saber: a de que a participação de Luzimar foi dolosamente distinta (art. 29, §2º do Código Penal). Ao que se colhe das razões, os apelantes sustentam que Luzimar não sabia da real intenção de Antônio, e quando levou a vítima até Antônio quis apenas exaurir o Roubo anteriormente praticado e que fora devidamente confessado. Alegam, ainda, em sede de tese alternativa, que a sua participação foi de menor importância, na forma do art. 29, §1º do Código Penal. Por fim, questionam a condenação por

três estupros, quando, em verdade, às suas instâncias, a condenação somente poderia recair em relação a cada um deles por estupro na qualidade de autor material com a incidência da majorante de concurso de pessoas (art. 226, I do Código Penal). Segundo defendem, houve um *bis in idem*, já que pelo concurso de pessoas já foram punidos com a incidência da referida causa de aumento de pena prevista no art. 226, I do Código Penal. Diante destas alegações, pugnam os recorrentes: a) pela reforma da sentença, absolvendo o acusado Luzimar em razão de sua participação absolutamente irrelevante no delito de atentado violento ao pudor praticado por Antônio; b) “*absolvição por participação dolosamente diversa voltada para o crime de roubo (já exaurido) ou para o de mero estupro, nos termos do art. 29, §2º-CP – uma vez que por ambos já foi condenado -, sem a majorante da parte final deste parágrafo, em razão do at. 617-CPP (non reformatio in pejus);*” (fl. 170) c) aplicação da minorante de participação de menor importância, caso se entenda de modo distinto; e por fim d) que sejam absolvidos pela prática de dois dos três estupros, já que o concurso de pessoas já é punido no art. 226, I do Código Penal, e, caso se entenda de modo distinto, que deixe, pelo menos, de aplicar esta majorante.

Os recursos foram contra-arrazoados às fls. 182/189 e 172/181, respectivamente, oportunidade em que o Ministério Público oficiante na origem pugnou pela manutenção da sentença.

Instada a se manifestar a Procuradoria Geral de Justiça, em parecer da lavra da Procuradora Vera Lúcia Correia Lima (fls. 196/203), assentou, inicialmente, a jurisprudência desta Corte no sentido de se emprestar importância à palavra das vítimas, para em seguida afirmar que a participação de Antônio no delito de Roubo restou perfeitamente comprovada, vez que há relatos no sentido de que forneceu a faca utilizada como instrumento da prática do crime e que foi o mentor intelectual de toda a atividade delituosa. Quanto ao atentado violento ao pudor, se pronunciou no sentido de que o crime se consumou no momento da prática do sexo oral, e que, em relação aos três estupros majorados, não houve qualquer *bis in idem*. Em síntese, opinou pelo desprovimento dos recursos em todos os termos.

É o relatório.

VOTO

Primeiramente, registre-se que os recursos interpostos preenchem os requisitos genéricos e específicos necessários à suas respectivas aptidões formais de admissibilidade, razão pela qual deles conheço.

Os autos cuidam, conforme pude relatar, de crime grave perpetrado

contra a vítima norte-americana J. T. T., que realizava turismo na cidade de Ubajara, quando veio a ser surpreendida pela ação dos ora apelantes, que contra ela praticaram um delito de Roubo, Atentado Violento ao Pudor e 3 (três) estupro, todos eles sucessivamente.

O deslinde das postulações veiculadas na apelação por eles interposta, como se pôde observar no relatório, depende de uma real delimitação dos fatos praticados a partir de uma análise aprofundada das provas produzidas durante a instrução, esforço cognitivo que, no caso dos autos, se justifica ainda que confessos sejam os três réus, tendo em vista que a determinação objetiva de cada uma das condutas eventualmente praticada pelos acusados influenciará na conclusão final do julgamento das apelações respectivas.

Com efeito, estruturarei a argumentação jurídica que doravante passo a desenvolver de modo que, à medida em que for analisando as provas em relação a cada um dos fatos, passarei a fazer um exame das teses defensivas veiculadas nas apelações de que ora cuidamos, para, por fim, finalizar com as conclusões recomendadas por meu convencimento.

1) ANÁLISE DAS PROVAS

Conforme pude ressaltar no relatório, a persecução penal subjacente à apelação em berlinda diz respeito à prática de delitos ocorridos no dia 05 de abril de 2006 na cidade de Ubajara contra a vítima norte-americana J. T. T.

Na oportunidade em que foi ouvida em juízo, a vítima narrou com detalhes ação delituosa perpetrada contra sua pessoa. No que diz respeito às suas declarações, é de bom alvitre ressaltar que esta Corte possui inúmeros precedentes no sentido de emprestar-lhes especial valor probatório, especialmente em decorrência da clandestinidade em que esses crimes normalmente são praticados, sobretudo quando guardam total compatibilidade com os demais elementos de prova.¹

1.1) Da versão apresentada pela vítima em juízo

Ouvida em juízo às fls. 98/99, a vítima afirma que estava de passeio no Parque Nacional e, em virtude de um problema no bondinho do Parque, resolveu ir até as cachoeiras a pé. No caminho, encontrou-se com três homens – exatamente os três acusados –, os quais inicialmente lhe perguntaram pelas horas, ao que prontamente a vítima respondeu. Ao chegar à Cachoeira do Cafundó, a vítima narra que resolveu meditar, mas foi surpreendida em determinado momento por dois homens – os apelantes Luzimar e Tiago –, que passaram a lhe tomar os

pertences de assalto. A vítima segue afirmando que toda a execução do delito foi perpetrada por Tiago com a anuência de Luzimar, sendo que o primeiro portava uma faca. Depois de entregar sua bolsa e sua câmera fotográfica, os assaltantes saíram do local. Minutos após, buscando retornar da trilha, a vítima foi novamente surpreendida pelos dois acusados Luzimar e Tiago, que desta feita passaram a chamá-la por assovios. Não tendo a vítima respondido aos chamados, os acusados passaram a arrastar a vítima à força a um local que, naquele instante, ela desconhecia. No caminho, a vítima relata que os acusados conversavam sobre a existência de uma espécie de “chefão”, referindo-se exatamente ao acusado Francisco. Pouco tempo depois a vítima chegou à presença do terceiro acusado, exatamente o Francisco. Logo que chegou, a vítima foi obrigada a praticar sexo oral em Francisco, sob a ameaça intimidadora de Tiago e Luzimar e sob a influência do medo que a faca de Tiago a fazia sentir. Neste contexto, narra que foi, seguidamente, estuprada por cada um dos ora apelantes, primeiro Francisco, depois Tiago e, por último, Luzimar. Esta é, em linhas gerais, a versão que se extrai do depoimento prestado pela vítima em juízo.

Os acusados, por sua vez, confessaram a autoria do delito em juízo, narrando detalhes da infração por eles praticada. Para fins de delimitação da versão de cada um deles em relação aos crimes, passo a analisar cada um dos delitos separadamente.

1.2) Do delito de Roubo praticado em concurso de pessoas (art. 157, §2º, I e II, c/c art. 29 do Código Penal) – Análise das Versões dos acusados e das teses defensivas em relação a este delito

Antônio Francisco Vieira assumiu, em seu interrogatório de fls. 64/65, que tinha conhecimento que Tiago e Luzimar iriam assaltar a vítima. Mesmo tendo apenas observado o plano dos dois, Francisco confessou que forneceu a faca que foi utilizada no delito de Roubo.

Tiago Carlos Oliveira, por seu turno, afirmou em seu interrogatório (fls. 66/66v) que foi Antônio que chamou os dois para cometer o crime de Roubo, para tanto fornecendo a arma do crime, qual seja a faca por ele utilizada. Confessa que, de fato, ele e o acusado Luzimar foram os autores do Roubo perpetrado contra a vítima – confirmando assim sua versão.

Luzimar Pinto de Sales, do mesmo modo, confirma todas as declarações prestadas pela vítima. Confirma que, de fato, desejava roubá-la e que o acusado Francisco forneceu a arma do delito, exatamente a faca utilizada por Tiago.

As defesas técnicas de Tiago e Luzimar não fazem qualquer tipo de

postulação absolutória ou relacionada à redução de pena em relação ao delito de Roubo. Quanto à prática deste delito, somente se irressigna o acusado Antônio Francisco Vieira.

Segundo o apelo interposto por este último acusado, a autoria do delito deve recair, necessariamente, sobre os outros dois acusados, tendo em vista não apenas o fato de que eles confessaram, mas também a circunstância de que eles tentaram incriminá-lo.

Em que pese o esforço defensivo, me parece muito simples o destribe desta objeção recursal. Ora, como se sabe, o concurso de pessoas pode se materializar sob as formas de autoria ou participação, esta última podendo, ainda, ser dividida em instigação, auxílio ou induzimento, segundo a mais abalizada dogmática jurídico-penal.

Parece-me que embora não haja provas no sentido de que o acusado tenha executado o delito de roubo enquanto autor material, não há dúvidas de que ele auxiliou os outros dois acusados para a sua prática, na medida em que forneceu a arma do crime (uma faca). Do mesmo modo, pelas provas que foram descritas alhures, pode-se perceber que atuação do apelante Francisco também se subscreve na modalidade de instigação.

Ora, do interrogatório do acusado Antônio Francisco Vieira se pode observar textualmente a seguinte afirmação, *verbis*: “*Que quando a vítima sentou-se próximo à cachoeira o declarante e os dois outros réus combinaram roubar a vítima. Que o declarante ficou apenas observando. Que entregou porém a sua faca para que Tiago fizesse o roubo.*” (fl. 64)

Percebe-se, assim, sem maiores dúvidas, que há uma inequívoca participação do acusado Antônio Francisco Vieira em relação ao delito de Roubo, consubstanciada não apenas no auxílio que prestou ao fornecer a arma com que os outros dois assaltantes ameaçaram a vítima, mas também porque os instigou à prática daquela infração penal, razão pela qual me parece que a sua condenação deve ser mantida em relação a este crime.

1.3) Do delito de Atentado Violento ao Pudor em concurso de pessoas (art. 214, c/c art. 29 do Código Penal) – Análise das Versões dos acusados e das teses defensivas em relação a este delito

Conforme pude mencionar quando expus a versão da vítima, logo depois que ela foi assaltada, os ora apelantes Luzimar e Tiago a levaram à presença do apelante Francisco. Logo quando chegou à sua presença, a vítima foi obrigada a nele praticar sexo oral, e é acerca desta conduta específica que passo a tecer as considerações vindouras.

Sob o aspecto probatório, não há quaisquer dúvidas no sentido de que o sexo oral fora praticado, já que o próprio acusado afirma textualmente em seu interrogatório que “(...) *mandou que a vítima praticasse sexo oral com ele (...)*” (fl. 64). Este fato também é confirmado por Luzimar, que afirmou “(...) *que Antônio tirou sua roupa e mandou a vítima chupar seu pênis (...)*” (fl. 65) e por Tiago, que declarou que “(...) *o declarante ficou observando a vítima fazer sexo oral com Antônio (...)*” (fl. 66).

Em relação à prática deste delito, apenas Luzimar Pinto de Sales e Tiago Carlos Oliveira manifestara-se contrariamente à sua condenação. Segundo ele, sua participação no delito teria sido irrelevante, e o delito teria ocorrido mesmo que não estivesse de corpo presente. Continua afirmando que apenas Tiago, que estava com uma faca na mão ameaçando a vítima, e Antônio, que era o autor material do delito, é que deveriam ser condenados.

Contudo, a tese defensiva se descaracteriza de modo singelo se considerarmos que a conduta de Luzimar, ao contrário do que sustenta, foi absolutamente relevante para a prática do delito. Isto se deve ao fato de que foi ele, juntamente com Tiago, quem arrastou de modo violento a vítima levando-a para o local onde Antônio se encontrava. Em outras palavras, Luzimar inequivocamente participou, na qualidade de co-autor, da execução do delitivo em questão, já que, não fosse essa atuação sua e de Tiago, a vítima sequer teria chegado à presença de Antônio.

Entretanto, há que se fazer uma observação importante, no que se refere à aplicação da lei penal no tempo, já que uma recente Lei veio a modificar toda a realidade jurídica relacionada aos crimes sexuais. Trata-se da Lei 12.015/09 que, dentre outras coisas, fundiu, como se verá, a figura do Estupro com o Atentado Violento ao Pudor.

Como se sabe, a lei penal se aplica aos fatos que ocorreram durante o seu império, podendo, inclusive, vir a regular tais fatos ainda que tenha sido revogada, propriedade a que se denomina *ultra-atividade*.

Com efeito, somente nos casos em que uma nova lei venha a *beneficiar* o agente é que se pode cogitar de aplicação retroativa de seus efeitos, atenuando-se o famoso brocardo *tempus regit actum*.

Essa propriedade legal nada mais é do que uma consequência jurídica intrínseca à aplicação do princípio da irretroatividade da lei penal, prevista no figurino constitucional no art. 5º, XL da Constituição da República, *verbis*: “XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”

Ora, em relação à prática do sexo oral como caracterizadora do delito de Atentado Violento ao Pudor, a citada Lei 12.015/09, que entrou em vigor no dia 01 de agosto de 2009, revogou expressamente o art. 214 que previa o mencionado delito. Esclareça-se, contudo, que a conduta não deixou de ser crime.

O que a nova lei trouxe de novidade em relação aos tipos penais sexuais, é que, atualmente, todos os atos libidinosos, sejam eles de conjunção carnal ou diversos da conjunção carnal, são considerados como sendo a figura típica Estupro (art. 213 do Código Penal). Houve uma espécie de fusão das condutas abstratamente consideradas como crime de estupro e atentado violento ao pudor em apenas uma delas: a de estupro.

Portanto, segundo a nova redação prevista na Lei 12.015/09, quando alguém pratica atos diversos da conjunção carnal e depois prossegue na ação delituosa apenas mantendo conjunção carnal, o único crime que será praticado, segundo a atual conjuntura jurídica em vigor, será o delito de estupro, conforme a atual redação contida no art. 213 do Código Penal, *verbis*: “Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”.

Essa inovação legislativa possui uma consequência importante no âmbito do concurso de crimes. Antes, havia uma dissidência jurisprudencial no sentido de que os delitos de Estupro e Atentado Violento ao Pudor não comportavam a chamada *continuidade delitiva*, já que, embora do mesmo gênero, não eram da mesma espécie.

Atualmente, contudo, a prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal e a prática desta conjunção carnal constituem, inequivocamente, uma mesma figura típica, de modo que, atualmente, resta superada aquela discussão jurisprudencial.

Em outras palavras, resta possível, segundo a atual redação emprestada ao art. 213 do Código Penal brasileiro, a chamada *continuidade delitiva*.

Neste mesmo sentido, posicionou-se Marcelo Bertasso em artigo intitulado *A revogação do atentado violento ao pudor e a continuidade delitiva no crime de estupro*², em que o autor sustenta o que se segue:

Até então, tínhamos dois crimes bem distintos no CP: estupro e atentado violento ao pudor. O primeiro consistia em “constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça”, ao passo que no segundo descrevia a conduta de “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal”.

No estupro, portanto, a conduta era a prática de conjunção carnal (coito vaginal) e a consequência lógica disso é que somente mulheres poderiam ser vítimas desse delito. No atentado violento ao pudor, ao reverso, previa-se o cometimento de qualquer ato libidinoso que não se enquadrasse na hipótese de conjunção carnal (sexo oral e anal, por exemplo).

A partir da Lei nº 12.015/2009, as duas descrições típicas foram fundidas na previsão do art. 213, que manteve o *nomem iuris* de

estupro. Eis a nova conduta delituosa: “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”. Em princípio, pode-se pensar que a alteração não é relevante. Houve fusão de dois crimes que em muito se assimilavam e tinham as mesmas penas, ampliando-se o espectro de incidência da norma do art. 213, de modo que, a partir de agora, homem também pode ser vítima do crime de estupro, que engloba não mais apenas a conjunção carnal, mas “outros” atos libidinosos.

Assim, quem constrange alguém a praticar sexo oral, pratica, doravante, estupro, e não mais atentado violento ao pudor. (...).

Há uma consequência relevantíssima da fusão dos tipos penais e que passa inicialmente despercebida: a possibilidade de aplicação da regra do art. 71 do Código Penal, que prevê a figura do crime continuado.

Até então, a jurisprudência dominante rechaçava maciçamente a possibilidade de reconhecimento de continuidade delitiva entre os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, por não considerá-los da mesma espécie (um dos principais requisitos estabelecidos no art. 71).

Recentemente, inclusive, o plenário do STF foi chamado a decidir sobre a questão e confirmou a jurisprudência da corte, entendendo que “não há falar em continuidade delitiva dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor” (STF, Pleno, HC 96.942/RS, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 18/06/2009).

A partir da alteração legislativa, o panorama mudou. Antes não se reconhecia a continuidade entre tais delitos por estarem eles previstos em artigos diferentes (a despeito da similitude entre as condutas, bem ressaltada pelo Min. César Peluso no julgamento acima mencionado).

Agora, havendo previsão de ambas as condutas em um mesmo delito, é inegável que a situação é diferente, porque, tem-se, em tese, o mesmo crime, mesmo que em uma conduta o agente constranja uma mulher a conjunção carnal e em outra constranja homem a praticar sexo oral.

Com isso, pode-se afirmar que, a partir da Lei nº 12.015/2009, tornou-se possível o reconhecimento da continuidade delitiva entre as condutas de constrangimento a conjunção carnal e constrangimento a ato libidinoso diversos. Em outras palavras, passou-se a admitir que o que antes se considerava atentado violento ao pudor seja considerado apenas uma continuação do que antes se considerava estupro.

O que importa aqui esclarecer é que o delito praticado pelos acusados (ora a título de participação ora a título de autoria) deve ser considerado, segundo a nova redação do art. 213 do Código Penal, como sendo crime de estupro, e não

mais de Atentado Violento ao Pudor, cuja consequência principal é, seguramente, a possibilidade de se aplicar a continuidade delitiva, que será mais a frente analisada, já que isto os beneficia.

Outra ponderação há de ser feita neste ponto, e esta é seguramente ainda mais relevante para a análise do caso concreto. Trata-se de analisar se, com a fusão dos tipos penais de Estupro e Atentado Violento ao Pudor, a figura típica prevista no art. 213 do Código Penal passou a traduzir um tipo penal incriminador de *conteúdo variável*. Isso significaria, basicamente, que quem obriga à prática de sexo oral e, logo depois, de coito vaginal, praticaria um único crime, o que nos levaria a reconhecer a chamada *abolitio criminis*.

Contudo, esta não me parece ser, nem a princípio, a melhor solução. A controvérsia é mais uma vez muito bem exposta por Marcelo Bertasso, desta feita em artigo intitulado *A revogação do crime de atentado violento ao pudor e seus reflexos no concurso com o crime de estupro – inexistência de crime único*³, em que o autor inicia questionando se “(...) ao fundir as duas condutas em um só crime, a Lei nº 12.015/2009 não teria transformado o crime de estupro em tipo penal de ação múltipla ou conteúdo variável? Se sim, as condutas daquele que, no mesmo contexto, constrange a vítima a manter com ele conjunção carnal e, logo depois, outro ato libidinoso, não constituiriam crime único?”. Para responder a esta pergunta o autor desenvolve o seguinte raciocínio:

Crimes de ação múltipla ou conteúdo variável são aqueles em relação aos quais a lei prevê mais de uma forma de cometimento. Exemplo clássico é o crime de tráfico de entorpecentes, que pode ser cometido de diferentes maneiras, seja armazenando, tendo em depósito ou transportando o entorpecente (ou cometendo outra das diversas condutas previstas no art. 33 da Lei nº 11.343/2006).

A se considerar que o novo delito do art. 213 do Código Penal é crime de ação múltipla, ter-se-ia a conclusão de que na situação retratada haveria crime único, uma vez que há sólido entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de que, em delitos da espécie, basta que o agente pratique uma das condutas descritas no tipo penal para consumir o delito, sendo que a prática, no mesmo contexto, de outras condutas previstas no mesmo tipo não configura concurso de delitos, sendo hipótese de crime único. (...)

Embora a tese, do ponto de vista jurídico, seja sustentável, entendo que ela gera um incontornável problema lógico e mesmo moral. Isso porque, a prosperar esse entendimento, tem-se a situação prática de que o agente, após constranger a vítima a com ele praticar conjunção carnal, pode, no mesmo contexto, constrangê-la a praticar outro ato libidinoso sem ser punido por isso – e o contrário também valeria, ou seja, infringir a norma inicialmente constrangendo a vítima

a manter ato libidinoso e podendo, depois, constranger a conjunção carnal. É dizer, após praticar um dos atos criminosos, o autor do fato teria portas abertas para cometer a outra figura típica sem ser punido por ela.

Juridicamente, penso que a situação pode ser bem resolvida, rechaçando-se a tese do “delito único”. É que os crimes de ação múltipla ou conteúdo variável são aqueles aos quais a lei prevê mais de um “núcleo do tipo”, ou seja, estabelece mais de um verbo escrevendo a conduta criminosa (casos do tráfico de entorpecentes e da receptação, por exemplo).

Ocorre que o tipo penal do art. 213 do Código Penal prevê apenas um “núcleo do tipo”, a saber, o verbo “constranger”. O que varia é o complemento verbal, que pode ser duplo – a manter conjunção carnal ou a realizar outro ato libidinoso. Pode-se sustentar, porém, que o complemento verbal não integra o núcleo do tipo, de modo que a conduta configuradora do delito é apenas uma e não variável. Segundo essa interpretação, portanto, se o agente constrange a vítima a com ele manter conjunção carnal e depois a constrange a praticar outro ato libidinoso – mesma vítima e mesmo contexto fático -, comete dois estupro em continuidade.

Parece-me que esta deve ser a exata solução que se deve emprestar para o destribe do caso concreto em epígrafe. Ainda que tenha havido uma fusão nos tipos penais, a prática de sexo oral e, logo depois, a prática de conjunção carnal, ambas não consentidas, traduzem a prática de 2(dois) crimes de estupro.

Feitas estas considerações, passo a analisar as questões jurídicas que envolvem a prática dos sucessivos delitos de Estupro praticados por cada um dos co-réus.

1.4) Dos delitos de estupro praticados seguidamente em concurso de pessoas (art. 213, c/c art. 29 do Código Penal) – Análise das Versões dos acusados e das teses defensivas em relação a este delito

Dando prosseguimento a análise dos fatos que subjazem às postulações veiculadas na presente apelação, há que se analisar os 3 (três) estupro praticados contra a vítima logo após a prática do sexo oral por parte do Apelante Antônio Francisco Vieira.

Os três acusados confessam que, cada um deles, estupro a vítima logo depois de ela ter praticado sexo oral com o apelante Francisco. Assim, não há quaisquer dúvidas acerca da autoria delitiva neste caso.

Contudo, os apelantes sustentam diversas teses relacionadas ao *concurso de pessoas* que merecem uma atenção particular.

Inicialmente, Antônio Francisco sustentou em suas razões que “*não teve participação nos atos praticados pelos outros dois acusados, visto que não agiu imobilizando, ameaçando ou utilizando de qualquer meio que*

pudesse constranger diretamente a vítima para que Luzimar e Tiago praticassem a conjunção carnal com a mesma.” (fl. 159). A partir desta construção, o apelante sustenta que não detinha o *domínio do fato* e, portanto, não poderia ser acusado de tais delitos.

Em que pese esta argumentação, parece-me que o caso demanda solução distinta. É bom sublinhar, inicialmente, que o crime de estupro é dogmaticamente classificado como um *crime próprio*, ou seja, comporta a co-autoria e participação.

Neste contexto, a chamada *teoria do domínio do fato*, que foi desenvolvida pelo alemão Hans Welzel, preocupa-se tão-somente com a distinção, que havia no âmbito da dogmática penal alemã, de autor segundo teorias *objetivas* ou *subjetivas*. A teoria do domínio do fato vem a surgir, no contexto da definição de autoria, como forma de solucionar a dicotomia que existia em relação às teorias objetivas e subjetivas relacionadas à autoria.

Neste sentido, Nilo Batista pontua, com relação a esta teoria, que “*só pode interessar como co-autor quem detenha o domínio (funcional) do fato; desprovida deste atributo, a figura cooperativa poderá situar-se na esfera da participação*”⁴

O domínio funcional do fato não se confunde com a realização *material* da conduta típica (no caso, o estupro). Se tal fosse verdade, não haveria co-autoria nos crimes de estupro, haja vista que, *a priori*, há apenas um estuprador que mantém conjunção. Contudo, caso outros contribuam na *execução material do delito*, há que considerá-los, de igual modo, como co-autores.

O que se considera importante é o domínio funcional do fato, ou seja, dentro da ação inserida dentro de uma globalidade, a ação do autor deve ser de tal modo relevante que ele possa interferir no fluxo causal.

Ainda que tal se considerasse, é bem verdade que a chamada Teoria do Domínio do Fato somente tem sido utilizada para a solução dos casos de autoria mediata, não solucionáveis pelas convencionais teorias acerca da autoria.

Contudo, no presente caso, a própria teoria *restritiva de autor*, que ademais é a que foi adotada pelo Código Penal, por si só, já resolve a problemática em questão.

Sob tal ângulo, não há dúvidas que o envolvimento de Antônio nos estupros que se sucederam pode lhe ser atribuído a título de co-autoria, já que sua presença *in loco*, de modo ameaçador à resistência da vítima, caracteriza inequivocamente a execução do verbo nuclear *constranger* de que trata o art. 213 do Código Penal.

Ora, é inequívoco que a presença intimidadora de três homens, em conjunto, representam uma ameaça à própria integridade física de uma mulher, de modo que também executam a ação *constranger*, especialmente inserida nas circunstâncias do caso concreto.

É justamente com este fundamento que o Código Penal consagra a seguinte redação em relação ao concurso de pessoas, *verbis*: “Art. 29 - *Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade*”.

Portanto, acerca desse argumento levantado pela defesa técnica de Antônio Francisco, não me parece que deva prosperar, tendo em vista que houve, de sua parte, uma inequívoca concorrência pessoal em relação aos delitos praticados pelos outros dois co-réus.

Já no que diz respeito às alegações de Luzimar Pinto de Sales e Tiago Carlos Oliveira, rememoro que foram basicamente três as teses levantadas: a primeira no sentido de que houve participação dolosamente distinta de Luzimar em relação aos crimes; a segunda no sentido de que a participação deles foi de menor importância e; por fim, a última no sentido de que houve *bis in idem* na aplicação do art. 226, I do Código Penal, já que deveriam apenas ser punidos pelos estupros que cada um deles praticou com esta causa de aumento uma única vez.

As três teses defensivas são facilmente superáveis. Quanto à arguição do chamado *desvio subjetivo de conduta* tenho por absolutamente impraticável sua aplicação na espécie, por impossibilidade fática e jurídica que adiante passo a expor.

Conforme a redação do art. 29, §2º do Código Penal, *Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave.*

Ora, todos os apelantes confessaram o delito e, em nenhum momento, negaram que sabiam do que efetivamente estavam participando. Aliás, é quase contra intuitivo sustentar o desvio subjetivo de conduta nestas circunstâncias, haja vista que os acusados presenciaram todo o percurso do *iter criminis*, desde o planejamento (em que combinaram de assaltar a vítima) até o último instante, em que cada um deles presenciou os comparsas, um a um, estuprando a vítima norte-americana. Por conseguinte, como se poderia sustentar que algum deles quis participar de crime menos grave? Todos conheciam as circunstâncias que envolveram o fato e com a elas anuíram. Portanto, não há fundamento para a aplicação daquela minorante.

No que diz respeito à segunda tese levantada, não me parece merecer melhor sorte. Conforme pude expor quando analisamos o constrangimento à prática do sexo oral, a conduta dos acusados Luzimar e Tiago não apenas foi importante dentro do curso causal, mas pode ser tida como essencial.

Se fôssemos aplicar o chamado *processo hipotético de eliminação de Thyrén*, dúvidas não restariam que, excluindo a conduta de Luzimar e Tiago, a vítima não teria sido levada ao local em que o crime foi praticado. Em outras palavras, dentro do caminho causal, a ação de Luzimar e Tiago foi essencial para o cometimento do delito, já que foram eles os responsáveis por arrastar a vítima até o local do fatídico.

Por isso, também aqui me parece ser inaplicável a causa de aumento de pena consistente na participação de menor importância prevista no art. 29, §1º do Código Penal.

Por fim, no que toca à suposta existência de *bis in idem* na aplicação

da causa de aumento prevista no art. 226, I do Código Penal, de igual modo não há qualquer fundamento válido a se ratificar. Houve inequivocamente 4 (quatro) crimes sexuais distintos, consumados no exato instante em que a vítima foi constrangida ora a manter a prática de atos diversos de conjunção carnal ora obrigada a praticar o próprio coito vaginal em si. Em cada uma dessas vezes ocorreu um único delito em que concorreram 2 (duas) ou mais pessoas para sua prática.

Com efeito, a acusação que recai contra cada um dos acusados não traduz *bis in idem*, haja vista que são fatos diferentes, e por cada um deles a condenação recai *na medida de suas respectivas culpabilidades*.

Sob tal enfoque, o que o art. 226, I, do Código Penal estabelece é um maior *desvalor da ação*, que resulta da concorrência de mais de 2 (duas) pessoas para a prática de crimes sexuais, o que reduz *a capacidade de reação da vítima*. A única exigência que se faz para a sua configuração, na esteira do posicionamento de Nelson Hungria, é que os que concorreram para a prática do delito estejam *presentes no local do fato* no momento da conjunção carnal, *reduzindo as possibilidades de defesa da vítima e agregando um maior desvalor na ação*, que é exatamente o que ocorreu no caso dos autos.

O recorrente, com esta tese, pois, sincretiza o concurso de pessoas, que apenas influencia na aplicação da pena (na culpabilidade), com o *desvalor da ação* expresso na majorante do art. 226, I do Código Penal, que recai sobre a conduta, que integra a tipicidade e, portanto, o próprio conceito analítico e dogmático de delito.

À luz de tais reflexões, a conclusão inevitável é que, além de que deve ser mantida a majorante do art. 226, I do Código Penal, deve ser confirmada a conclusão no sentido de que todos os acusados praticaram os 5 (cinco) delitos que foram objeto da persecução penal em berlinda, nos exatos termos em que sentenciados na origem.

A condenação em relação a cada um destes crimes, portanto, deve ser mantida. O que deve ser analisado, a partir deste instante, é a aplicação equivocada do *concurso de crimes* materializada na sentença ora guerreada.

2) DO CONCURSO DE CRIMES

Na sentença lavrada pelo MM. Juiz de Direito Fábio Medeiros Falcão de Andrade, titular da Comarca de Ubajara, todas as penas aplicadas individualmente por cada um dos delitos aqui amplamente analisados foram integralmente somadas, aplicando-se o chamado concurso material de crimes.

Parece-me que aqui reside a ilegalidade que merece ser reformada por parte desta Corte, já que, pelas circunstâncias de lugar, tempo e modo de execução, os 4 (quatro) delitos sexuais devem inequivocamente ser tidos como uma continuação um do outro.

O próprio Tribunal de Justiça de São Paulo já consignou este entendimento no seguinte aresto: “*Se dois réus se revezem na pratica do crime*

de estupro (ou atentado violento ao pudor), um cometendo o ato sexual enquanto o outro vigia a ofendida, e depois trocam as posições respectivas, haverá a pratica, para cada réu, de dois crimes sexuais (um como autor, outro como participe), incidindo a causa de aumento deste art.216, I, mas admitindo-se a continuidade delituosa (TJSP, RJTJSP 76/232).”

Nesta toada, prescreve o art. 71 do Código Penal que: *Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.*

Aplicando-se a nova Lei 12.015/09 e seguindo a diretriz assentada nos tópicos antecedentes, ou seja, considerando possível, na conjuntura jurídica atualmente em vigor, a aplicação de continuidade delitiva aos crimes que antes consubstanciavam estupro e atentado violento ao pudor e que, atualmente, configuram tão-somente estupro, teremos que analisar a concorrência de 4 (quatro) crimes, já que o delito de Roubo não é da mesma espécie e, por conseguinte, não comporta continuidade delitiva.

Conforme expus no início do relatório, a sentença estabeleceu o seguinte: 33 (trinta e três) anos e 6 (seis) meses de reclusão pela suposta prática de Roubo Majorado (art. 157, §2º, I e II do Código Penal), Atentado Violento ao Pudor em concurso (art. 214 c/c art. 226, I do Código Penal) e três Estupros em concurso (Art. 213 c/c art. 226, I c/c art. 29, todos do Código Penal, com redação anterior à lei 12.015/09), ora a título de autoria ora a título de participação. As penas que foram aplicadas em relação aos crimes sexuais foram todas elas de 7 (sete) anos de 6 (seis) meses de reclusão que, somadas aos 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão pelo delito de Roubo .

Feita esta afirmação, há que se considerar uma destas penas e exasperá-la, na conformidade da redação do art. 71 do Código Penal. Por terem havido 4 (quatro) crimes, considero razoável que a exasperação ocorra no máximo previsto em lei, ou seja, no patamar de dois terços.

Utilizando-me da pena de 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão pelos crimes de Estupro, exaspero-lhe, portanto, em dois terços, no que resulta em uma pena de 11 (onze) anos de reclusão pelos delitos sexuais, que, somada à pena de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses pelo delito de Roubo Majorado (art. 157, §2º, I e II do Código Penal), resulta em uma pena final de 16 (dezesseis) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, a serem cumpridos em regime inicialmente fechado.

3) DISPOSITIVO

DO EXPOSTO, conheço do apelo, dando-lhes parcial provimento no sentido apenas de aplicar o concurso de crimes previsto no art. 71 do Código

Penal (continuidade delitiva) em relação aos crimes sexuais, reformando a sentença para aplicar a pena final de 16 (dezesesseis) anos e 4 (quatro) meses, a serem cumpridos em regime inicialmente fechado, na forma do art. 157, §2º, I e II, c/c art. 29, ambos do Código Penal e art. 213, c/c art. 71, c/c art. 29, todos do Código Penal.

É como voto.

Fortaleza, 28 de setembro de 2009.

EMENTA: PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO. ESTUPRO COM VIOLÊNCIA PRESUMIDA. VÍTIMA MENOR. SENTENÇA CONDENATÓRIA. ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE PROVAS. IMPROVIMENTO. I - Condenado pelo crime de estupro contra menor, o apelante alega a inexistência de provas contundentes para sua condenação, requerendo, portanto, sua absolvição. II - Condenação baseada na prova dos autos, mormente na palavra da vítima. Jurisprudência dominante. (STJ: “Nos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, a palavra da vítima tem grande validade como prova, especialmente porque, na maior parte dos casos, esses delitos, por sua própria natureza, não contam com testemunhas e sequer deixam vestígios”. HC 68719/SP. 5.a. Turma. Rel. Min. Gilson Dipp. Julg. em 24.jul.2007. DJU I, 04.jun.2007, p. 397). III – (...).IV - Apelação improvida. (APELAÇÃO CRIMINAL 2004.0007.9472-8/1 - Órgão Julgador: 2ª CÂMARA CRIMINAL; Relator: Des. JOÃO BYRON DE FIGUEIREDO FROTA) EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL - APELAÇÃO - ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR - VIOLÊNCIA PRESUMIDA - PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO - AUSÊNCIA DE LESÕES - IMPOSSIBILIDADE - VALOR DA PALAVRA DA VÍTIMA - RECURSO IMPROVIDO - DECISÃO UNÂNIME. A prova da alegação de que o réu não cometera o delito incumbe à defesa - inteligência do art. 156 do CPP. Assim não procedendo, deixou o acriminado de exercer, a contento, o mister que lhe é atribuído. A alegação do apelante de que não houve lesões na menor e, por conseguinte, deveria ser absolvido não merece qualquer alento, tendo em vista que se inexistiu penetração na criança impossível se consubstanciar lesões. Entretanto, independente da falta de lesões, o delito pode ser configurado, pois o mesmo engloba todo ato que serve de desafogo à concupiscência. Ademais, sabe-se que a palavra da vítima em crimes contra os costumes, geralmente efetivados às escondidas, é dotada de elevado coeficiente probatório, mormente quando coadunada aos demais testemunhos constantes nos fólios. (APELAÇÃO CRIMINAL 2003.0006.5307-7/0 - Orgão Julgador: 2ª CÂMARA CRIMINAL; Relator: Des. PEDRO REGNOBERTO DUARTE)

²Disponível em <http://mpbertasso.wordpress.com/2009/08/10/a-revogacao-do-atentado-violento-ao-pudor-e-a-continuidade-delitiva-do-crime-de-estupro/> acesso em 14 de setembro de 2009.

³Disponível em <http://mpbertasso.wordpress.com/2009/08/15/a-revogacao-do-crime-de-atentado-violento-ao-pudor-e-seus-reflexos-no-concurso-com-o-crime-de-estupro-inexistencia-de-crime-unico/> acesso em 14 de setembro de 2009.

⁴BATISTA, Nilo. Concurso de Agentes. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1979, p. 77.

PROCESSO Nº 2008.0006.7275-7/1

AÇÃO: APELAÇÃO CRIME

ORIGEM: ARA ÚNICA DA COMARCA DE PARACURU

APELANTE: FRANCISCO GECILDO ALVES DE SOUSA

APELADA: A JUSTIÇA PÚBLICA

RELATORA: DESA. MARIA ESTELA ARAGÃO BRILHANTE

EMENTA: PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIME. ROUBO MAJORADO. RÉU PATROCINADO POR ADVOGADO DIVERSO DO INDICADO NO INTERROGATÓRIO JUDICIAL. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. RECURSO PROVIDO.

1. Integra o princípio do devido processo legal, com os consectários do contraditório e da ampla defesa, o direito do acusado, em qualquer processo, de escolher livremente a defesa técnica de sua confiança.

2. No âmbito do processo penal há a necessidade de que se garanta ao réu o pleno exercício do seu direito de defesa, que deve ser efetivo, real, e não apenas formal.

3. Apelo conhecido e provido para anular o processo-crime a partir da defesa prévia, com a expedição de alvará de soltura em favor do recorrente.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação nº. 2008.0006.7275-7/1, de Paracuru, em que é apelante Francisco Gecildo Alves de Sousa e apelada a Justiça Pública.

Acordam os Desembargadores integrantes da 2ª Câmara Criminal

do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, em conhecer do recurso e dar-lhe provimento para anular o processo a partir da defesa prévia, com a expedição de alvará de soltura em favor do recorrente, nos termos do voto da Relatora.

FRANCISCO GECILDO ALVES DE SOUSA foi denunciado como incurso nas penas do art. 157, § 2º, inciso II, do Código Penal, pela prática do crime de roubo majorado em concurso de pessoas.

Processado e julgado, o acusado foi condenado nos termos da denúncia, à pena de 5 (cinco) anos e 8 (oito) meses de reclusão, para ser cumprida em regime inicial fechado (fls. 61 *usque* 65).

Inconformado, o sentenciado interpôs recurso de apelação, com fulcro no art. 593, inciso I, do Código de Processo Penal, arguindo, preliminarmente, a nulidade da sentença, sob o argumento de cerceamento de defesa, porquanto o advogado nomeado não arrolou testemunhas nas alegações prévias, prejudicando sobremaneira sua defesa. Na matéria de fundo, alega inexistência de prova para sustentar o decreto condenatório, razão pela qual pugna pela absolvição (fls. 69 a 75).

Contrarrazões do Ministério Público às fls. 77 *usque* 80, posicionando-se pelo acolhimento da preliminar arguida, com a conseqüente nulidade do feito desde a defesa prévia e, no mérito, caso rejeitada a preliminar, manifesta-se pela manutenção da sentença combatida.

Em parecer de fls. 89 até 92 a Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo provimento do recurso, em atenção ao princípio do contraditório e da ampla defesa.

Por sucessão, o feito me foi redistribuído em 05/05/2009 (fl. 154), vindo concluso para apreciação.

Às fls. 168 a 171 repousa pedido formulado pela Defensoria Pública atuante no mutirão carcerário, no sentido de que seja concedido, de ofício, *habeas corpus* em favor do apelante, em razão da ausência de fundamentação para manutenção da sua prisão cautelar, tendo o representante da Procuradoria-Geral de Justiça também ali atuante opinado pela inclusão do feito em pauta para julgamento (fls. 172 *usque* 174).

É o relatório.

A preliminar de nulidade arguida no recurso merece acolhimento. Explico.

Verifica-se dos fólios que o ora recorrente, quando do seu interrogatório judicial (fl.45/v), indicou como advogada a Dra. Josely Leite Lima. Não obstante, foi intimado para apresentar defesa prévia o Dr. José Jean Pereira de Alencar (certidão de fl. 46/v), advogado nomeado para acompanhar o interrogatório, o qual apresentou a defesa preliminar sem ao menos arrolar qualquer testemunha (fl. 47).

É ressabido que integra o princípio do devido processo legal, com os consectários do contraditório e da ampla defesa, o direito do acusado, em qualquer processo, de escolher livremente a defesa técnica de sua confiança.

Ademais, observa-se da acurada leitura do fascículo processual que mesmo a advogada indicada pelo réu, que participou da audiência de instrução, em nenhum dos depoimentos das testemunhas ouvidas (fls. 54 *usque* 56) fez qualquer questionamento, demonstrando efetivo prejuízo à defesa do acusado.

No âmbito do processo penal há a necessidade de que se garanta ao réu o pleno exercício do seu direito de defesa, que deve ser efetivo, real e não apenas formal, como bem ressaltou a Promotora de Justiça em suas contrarrazões recursais (fl. 78).

Em casos deste jaez, assim vêm decidindo os Tribunais Pátrios, inclusive esta Corte, conforme observa-se dos seguintes arestos, *verbis*:

HABEAS CORPUS. CRIME DE ROUBO TENTADO. PACIENTE PATROCINADO POR ADVOGADO DIVERSO DO INDICADO NO INTERROGATÓRIO JUDICIAL. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. 1. Em homenagem ao princípio da ampla defesa, o acusado tem o direito de constituir advogado de sua confiança para atuar no processo-crime a que responde. 2. Patente o constrangimento ilegal quando o patrocínio da causa do Paciente é feito por causídico diverso do nomeado verbalmente quando do interrogatório, e o advogado que o defende, além de não indicar testemunhas na defesa prévia, sequer suscita a tese de inocência, defendida pelo acusado quando do seu interrogatório, em alegações

finais. 3. Ordem concedida para anular o processo-crime desde a defesa prévia, com a expedição da alvará de soltura em favor do Paciente. (STJ, HC 70.850/MG, 5ª Turma, Relatora Ministra LAURITA VAZ, j. 15/04/2008, DJe 12/05/2008).

EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. NULIDADE DO PROCESSO DESDE O DESPACHO QUE DESCONSTITUIU OS DEFENSORES CONSTITUÍDOS PELO PACIENTE, NOMEANDO-LHE DEFENSOR DATIVO. 1. Não pode o magistrado, sem a aquiescência do réu nomear-lhe defensor dativo, desconstituindo sem fundamentação os advogados constituídos pelo réu. 2. A escolha do advogado pelo réu é a projeção mais vigorosa do princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa. 3. Constrangimento ilegal caracterizado. Ordem concedida. (TJ/CE – HC 2003.0004.1673-3, 1ª Câmara Criminal, Relatora. Des. Mariza Magalhães Pinheiro – DJ 21/12/2004, p. 33).

Dessarte, restando evidenciado prejuízo à defesa do recorrente, o acolhimento da preliminar de nulidade arguida é medida imperiosa, decretando-se, em consequência, a nulidade do feito a partir da defesa prévia, restando prejudicado o exame da matéria de fundo.

Por fim, com a nulidade ora reconhecida e considerando que o apelante encontra-se preso há mais de 1 (um) ano e 8 (oito) meses, concedo-lhe, de ofício, *habeas corpus* diante do evidente excesso de prazo na formação da culpa resultante da necessidade de se renovar a instrução criminal.

ISSO POSTO, acolhendo o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, conheço o recurso e dou-lhe provimento, para anular o processo-crime desde a defesa prévia, assim como, de ofício, concedo-lhe *habeas corpus*, para que aguarde em liberdade o deslinde do feito, se por outro motivo não deva permanecer preso.

É como voto.

Fortaleza, 23 de novembro de 2009

Habeas Corpus

PROCESSO Nº2008.0023.6443-0/0 PETIÇÃO DE HABEAS CORPUS
COMARCA: PACAJUS
IMPETRANTE: FRANCISCO NISTRO CARVALHO BASTOS
PACIENTE: FRANCISCO EURIAN DE OLIVEIRA SOUSA
IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA COMARCA
RELATOR: DES. EYMARD DE AMOREIRA

EMENTA: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO EM FLAGRANTE. PORTE ILEGAL DE ARMA DE USO PERMITIDO. LIBERDADE PROVISÓRIA SONEGADA PELA AUTORIDADE COATORA.

1. O populista Estatuto do Desarmamento, que em vão foi promulgado a pretexto de diminuir a criminalidade, com centenas de milhares de armas dos cidadãos recolhidas e destruídas, sem, contudo, tenha alcançado a sua finalidade, ao revés, tudo indicando ter aumentado consideravelmente a criminalidade em nosso país, a exemplo do aumento dos incontáveis seqüestros e assaltos armados.

Bem a propósito, Cesare Beccaria, que viveu no século XVIII, portanto há mais de 200 (duzentos) anos, em sua consagrada obra “Dos delitos e das penas”, já falava sobre a norma e as falsas idéias de sua utilidade, notadamente aquelas proibitivas do porte de arma, deixou assim, vivamente escrito, verbis:

“ [...] As leis que proíbem o porte de arma são leis de tal natureza: elas desarmam somente os não inclinados nem determinados aos delitos; enquanto aqueles que têm coragem de violar as leis mais sagradas da humanidade e as mais importantes do código, como respeitarão as menores e puramente arbitrárias, cujas contravenções devem ser tão fáceis e impunes, e cuja precisa execução tira a liberdade pessoal, caríssima ao homem, caríssima ao legislador esclarecido, e submete os inocentes a todas as vicissitudes dos réus? Estas

*leis pioram as condições dos assaltados, melhorando a dos assaltantes; não diminuem os homicídios, mas os aumentam, porque é maior a segurança em assaltar os desarmados que os armados. Elas se chamam leis remediadoras, mas temerosas dos delitos, que nascem da impressão desordenada de alguns fatos particulares, não da meditação racional dos inconvenientes e vantagens de uma lei universal [...] Finalmente, é a idéia falsa de utilidade a que, sacrificando a coisa ao nome, separa o bem público do bem de todos os particulares”.*¹

2. Fato é que, o art. 5º, inciso LXVI da Constituição Federal e o parágrafo único do art. 310, da Lei Adjetiva Penal, lembram que todo agente infrator possui o direito público subjetivo à concessão da liberdade, desde que o fato perpetrado não seja passível à decretação da prisão preventiva, nos moldes do artigo 312 do Código de Processo Penal, cuja hipótese resta afastada, até porque o paciente teria até o dia 31 de dezembro próximo para fazer a entrega de sua arma de fogo e receber a indenização devida.

3. Ordem concedida. Decisão unânime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de petição de habeas corpus, nº 2008.0023.6443-0/0, de Pacajus, em que é impetrante o advogado Francisco Nistro Carvalho Bastos, paciente Francisco Eurian de Oliveira Sousa, sendo impetrado o Juiz de Direito da 2ª Vara da comarca.

Acorda a Turma, por unanimidade de votos, em conhecer do *writ* e conceder-lhe a ordem, nos termos do voto do Relator.

Francisco Eurian de Oliveira Sousa, qualificado nos autos, foi surpreendido por policiais da força pública conduzindo na cintura um revólver calibre 38, municiado, razão pela qual foi autuado em flagrante de delito por infração ao artigo 14 do Estatuto do Desarmamento, fato ocorrido naquele município no dia 03 de julho último; ensejando, desta forma, que o advogado nominado aviasse a presente ordem de habeas corpus, alegando para o seu êxito que, apesar do crime ser afiançável, em duas oportunidades teve seu pedido indeferido pela autoridade apontada coatora, razão por que pede a concessão da ordem.

Informações da autoridade dita coatora, dando conta da situação e marcha do processo (fs. 29).

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça às fs. 33/35, opinando pelo não conhecimento da ordem.

É o relatório.

O paciente, costureiro de profissão, estabelecido naquele município, teve contra si lavrado auto de prisão em flagrante por conduzir à ilharga um revólver calibre 38, por isso denunciado nas penas do art. 14 do Estatuto do Desarmamento.

A esse respeito tenho entendido que qualquer modalidade de prisão, a qual não penda para os requisitos da prisão preventiva, deve ser revogada, a consideração do direito público subjetivo divulgado de forma ímpar pela nossa Carta Republicana.

Na hipótese em tablado há de ser vista a prisão do paciente sob dois aspectos: Primeiro, o artigo 32 do Estatuto do Desarmamento apregoa que os possuidores e proprietários de armas de fogo poderão entregá-las, espontaneamente, mediante recibo e, presumindo-se de boa-fé serão, inclusive, indenizados, com o prazo de entrega, este mais uma vez prorrogado, agora, até o dia 31 de dezembro de 2008, conforme estatuído na Medida Provisória nº 417/2008, a qual foi transformada na Lei nº 11.706, de 19 de junho de 2008. Segundo, o art. 21 do Estatuto do Desarmamento, o qual vedava expressamente a liberdade provisória aos crimes previstos nos artigos 16, 17 e 18, foi alvo da ADI nº 3112, tendo o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarado sua inconstitucionalidade, no dia 02 de maio de 2007.

Ora, o populista Estatuto do Desarmamento, que em vão foi promulgado a pretexto de diminuir a criminalidade, com centenas de milhares de armas dos cidadãos recolhidas e destruídas, sem, contudo, ter alcançado a sua finalidade, ao revés, tudo indicando ter aumentado consideravelmente a criminalidade em nosso país, a exemplo do crescimento dos incontáveis seqüestros e assaltos armados.

Bem a propósito, *Cesare Beccaria*, que viveu no século XVIII, portanto há mais de 200 (duzentos) anos, em sua consagrada obra “Dos delitos e das penas”, já falava sobre a norma e as falsas idéias de sua utilidade, notadamente aquelas proibitivas o porte de arma, deixou assim, vivamente escrito, *verbis*:

“ [...] As leis que proíbem o porte de arma são leis de tal natureza: elas desarmam somente os não inclinados nem determinados aos

delitos; enquanto aqueles que têm coragem de violar as leis mais sagradas da humanidade e as mais importantes do código, como respeitarão as menores e puramente arbitrárias, cujas contravenções devem ser tão fáceis e impunes, e cuja precisa execução tira a liberdade pessoal, caríssima ao homem, caríssima ao legislador esclarecido, e submete os inocentes a todas as vicissitudes dos réus? Estas leis pioram as condições dos assaltados, melhorando a dos assaltantes; não diminuem os homicídios, mas os aumentam, porque é maior a segurança em assaltar os desarmados que os armados. Elas se chamam leis remediadoras, mas temerosas dos delitos, que nascem da impressão desordenada de alguns fatos particulares, não da meditação racional dos inconvenientes e vantagens de uma lei universal. [...] Finalmente, é a idéia falsa de utilidade a que, sacrificando a coisa ao nome, separa o bem público do bem de todos os particulares”.²

Na hipótese em questão, a Magistrada apontada coatora, em suas informações acrescenta que o “paciente resolveu colocar a arma no cós da calça e ir até aonde sua genitora trabalhava numa festa na Cohab, para ver se tudo estava sob controle, uma vez que a mesma já tinha sido assaltada”. Disse mais, perante a autoridade policial “[...] que responde a um processo na comarca de Maracanaú, por infração ao art. 121 do CPB.”

Fato é que, o art. 5º, inciso LXVI da Constituição Federal e o parágrafo único do art. 310, da Lei Adjetiva Penal, lembram que todo agente infrator possui o direito público subjetivo à concessão da liberdade, desde que o fato perpetrado não seja passível à decretação da prisão preventiva, nos moldes do artigo 312 do Código de Processo Penal, cuja hipótese resta afastada, até porque o paciente teria até o dia 31 de dezembro próximo para fazer a entrega de sua arma de fogo e receber a indenização devida.

Por estas razões é que concedo a ordem impetrada em dissensão com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça que opinou pelo não conhecimento da ação.

É como voto.

Fortaleza, 16 de setembro de 2008.

¹Beccaria, Cesare, Dos Delitos e das Penas. Trad. Marcilio Teixeira, RJ, Ed. Rio, 1979, pp. 104/105.

²Beccaria, Cesare, Dos Delitos e das Penas. Trad. Marcilio Teixeira, RJ, Ed. Rio, 1979, pgs 104/105.

Nº 2008.0029.5099-1/0 PETIÇÃO DE HABEAS CORPUS

COMARCA: CARIDADE

IMPETRADO: WASHINGTON LUÍS TERCEIRO VIEIRA JÚNIOR

PACIENTE: JOÃO LOPES DA COSTA

IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA COMARCA

RELATOR: DES. EYMARD DE AMOREIRA

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. PROCESSO QUE SE ARRASTA HÁ MAIS DE 500 DIAS SEQUER CONCLUÍDA A INSTRUÇÃO CRIMINAL. PEDIDO DE EXTENSÃO DO BENEFÍCIO CONCEDIDO A UM DOS CÓ-REUS ACOLHIDO. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO PARA ESTENDER O FAVOR DA LIBERDADE AO TERCEIRO AGENTE APRISIONADO PELO MESMO PROCESSO. INTELIGÊNCIA DO § 2º DO ART. 654 DO CPP.

1. Estando o paciente padecendo no cárcere em face de um interminável procedimento criminal, inclusive já repudiado por esta egrégia Primeira Câmara, não há como lhe negar o pedido de extensão. Sobre o tema extensão do benefício em habeas corpus, outro não é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, verbatim: É extensível ao co-réu, em idêntica situação fática e jurídica, o favor legal da continuidade delitiva que foi reconhecida ao outro acusado. Os efeitos benéficos decorrentes da concessão do habeas corpus podem ser estendidos a co-réus, alheios a impetração do writ desde que presentes as circunstâncias referidas no artigo 580 do Código de Processo Penal. Essa norma excepcionalmente aplicável ao processo de habeas corpus persegue um claro objetivo: dar efetividade, no plano processual penal, à garantia da equidade (STF - HC - 68.570-6 - Rel. Celso de Mello - DJU, DE

**21.8.92, PG. 12.784)”.
2. De sorte que, sem qualquer hesitação, com espeque no art. 580 do Código de Processo Penal, estendo o benefício ao paciente João Lopes da Costa, bem assim, na forma do § 2º do art. 654 do Código de Processo Penal, concedo habeas corpus de ofício a pessoa de Alexandre Gomes de Oliveira também constrangido pelo mesmo processo.**

3. Decisão unânime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de petição de *habeas corpus*, nº 2008.0029.5099-1/0, de Caridade, em que é impetrante o advogado Washington Luís Terceiro Vieira Júnior, paciente João Lopes da Costa, sendo impetrado o Juiz de Direito da comarca.

Acorda a Turma, por unanimidade de votos, em conhecer da ação e conceder a ordem impetrada, nos termos do parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça.

João Lopes da Costa, qualificado nos autos, na companhia de Francisco Evaldo Martins Barbosa e Alexandre Gomes de Oliveira, foram presos e autuados em flagrante de delito no dia 14 de março de 2007, no momento em que transportavam pouco mais de 09 (nove) quilos de cocaína, em plena praça pública daquela comarca, motivo pelo qual foram denunciados nas penas do art. 33, c/c art. 40 da Lei nº 11.343/06.

O advogado impetrante, de par do lapso temporal de mais de 500 (quinhentos) dias sem que a instrução criminal tenha sido concluída, vem nesta sede, com fundamento no art. 580 do Código de Processo Penal, requerer a extensão do benefício concedido ao também flagranteado Francisco Evaldo Martins Barbosa, nos autos do *habeas corpus* nº 2008.0016.0254-0, cuja ordem foi concedida em 19 de agosto de 2008, sob a relatoria da Des. Mariza Magalhães Pinheiro.

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça às fs. 41/43, opinando pela concessão da ordem.

Às fs. 87, adormece ofício emanado do Gabinete da Des. Mariza Magalhães Pinheiro, a qual comunica à Secretaria Judiciária que entrou em “gozo” de licença médica pelo prazo de 30 (trinta) dias, razão pela qual os autos me foram distribuídos.

É o relatório.

Pelo que contém as informações de fs. 49/50, datada de 11 de novembro de 2008, o Ministério Público reiterou o pedido das diligências imprescindíveis para apuração da autoria e da materialidade do delito.

No dia 19 de agosto de 2008, data do julgamento do *habeas corpus*, nº 2008.0016.0254-0/0, a situação permaneceu inalterada, aguardando a conclusão da instrução criminal, situação que até hoje perdura.

Assim é que, estando o paciente padecendo no cárcere em face de um interminável procedimento criminal, inclusive já repudiado por esta egrégia Primeira Câmara, não há como lhe negar o pedido de extensão.

Sobre o tema extensão do benefício em *habeas corpus*, outro não é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, *verbatim*:

“O habeas corpus é meio idôneo para se alcançar a extensão prevista no artigo 580 do CPP. Existência de identidade de situação - STF-RHC 51.478- Rel. Bilac Pinto - DJU de 2.1.74. pg. 5.

É extensível ao co-réu, em idêntica situação fática e jurídica, o favor legal da continuidade delitiva que foi reconhecida ao outro acusado. Os efeitos benéficos decorrentes da concessão do habeas corpus podem ser estendidos a co-réu, alheios a impetração do writ desde que presentes as circunstâncias referidas no artigo 580 do Código de Processo Penal. Essa norma excepcionalmente aplicável ao processo de habeas corpus persegue um claro objetivo: dar efetividade, no plano processual penal, à garantia da equidade (STF - HC - 68.570-6 - Rel. Celso de Mello - DJU, DE 21.8.92, PG. 12.784)”.

De sorte que, sem qualquer hesitação, com espeque no art. 580 do Código de Processo Penal, estendo o benefício ao paciente João Lopes da Costa, bem assim, na forma do § 2º do art. 654, do Código de Processo Penal, concedo *habeas corpus* de ofício ao também constrangido pelo mesmo processo, a Alexandre Gomes de Oliveira, expedindo-se os competentes alvarás de soltura clausulados.

É como voto.

Fortaleza, 21 de janeiro de 2009

PROCESSO Nº: 2009.0003.3326.8/0
TIPO DE PROCESSO: *HABEAS CORPUS* CRIME
COMARCA: FORTALEZA-CE
IMPETRANTE: ANASTÁCIO JORGE MATOS DE SOUSA MARINHO
PACIENTE: FRANCISCO DEUSMAR DE QUEIROS
AUT.COATORA: JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DA COMARCA DE MARACANAÚ-CE
RELATOR: DES. FRANCISCO GURGEL HOLANDA

EMENTA: *HABEAS CORPUS* – PROCESSO PENAL - TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL – NULIDADE DO PROCESSO – PROVA EMPRESTRADA – DESCRIÇÃO GENÉRICA DA CONDOTA DELITIVA – CRIME DE AUTORIA COLETIVA – AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

- 1. Transcrições apostas na denúncia, retiradas de outros procedimentos acusatórios, configura verdadeira prova emprestada, cuja utilização é permitida desde que assegurado o contraditório e a ampla defesa.**
- 2. É idônea, nos crimes de autoria coletiva, a peça acusatória que contenha a exposição clara e objetiva, ainda que mínima, dos fatos tidos como delituosos, como é o caso dos autos.**
- 3. Dos autos emergem a existência de provas da materialidade e indícios de autoria.**
- 4. Ordem conhecida, porém denegada.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos relativos à ordem de *habeas corpus* nº 2009.0003.3326-8/0, oriundo da Comarca de Fortaleza/CE, impetrado pelo advogado Anastácio Jorge Matos de Sousa Marinho, tendo como paciente FRANCISCO DEUSMAR DE QUEIROS, e autoridade apontada como coatora, o Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Maracanaú-CE.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por maioria, em conhecer da ordem, mas para negar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de *Habeas Corpus*, com pedido de liminar, impetrado pelo advogado Anastácio Jorge Matos de Sousa Marinho, em favor de FRANCISCO DEUSMAR DE QUEIROS, por meio do qual requer o trancamento da ação penal, contra o mesmo instaurada.

Assevera que o paciente foi denunciado pela suposta prática do delito tipificado no artigo 121, §2º, incisos I e IV c/c artigo 29 (homicídio qualificado) e artigo 288 (formação de quadrilha), todos do Código Penal.

Sustenta que as acusações formuladas contra o paciente são genéricas e partem de suposições inadmissíveis, vez que não há descrição individualizada da sua conduta delitiva.

Afirma, em segundo, que a ação carece de justa causa penal, eis que não há nos autos provas suficientes a descrever o fato delitivo que foi imputado ao paciente.

Alega, por fim, que a peça acusatória encontra fundamento em interceptação telefônica não autorizada pelo julgador monocrático, configurando ilicitude da prova, além de inobservância do procedimento para tal ato, eis que não foram juntadas aos autos as mídias, ou mesmo realizada a degravação.

Por tais fundamentos, requereu, liminarmente, a concessão da ordem e, no mérito, sua confirmação para que seja reconhecida a nulidade da prova de interceptação telefônica e trancada a ação penal, em relação ao paciente, em trâmite na instância monocrática.

Com a inicial vieram os documentos de fls. 30/808.

Liminar indeferida às fls. 812/813.

As judiciosas informações foram prestadas e repousam às fls. 815/816.

Instada a se manifestar, a douta Procuradoria Geral de Justiça exarou o parecer de folhas 818/829, opinando pelo não conhecimento da ordem ou, caso não seja este o entendimento desta Câmara, pela sua denegação.

É o relatório.

VOTO

Busca, o impetrante, trancar a ação criminal nº 2002.0000.8950-5, ante alegada nulidade da prova, ausência de descrição individualizada da conduta delitiva do paciente e ausência de justa causa para a ação penal.

Compulsando os presentes fólhos, verifica-se que o *writ* em análise não merece deferimento, vez que não há a ocorrência de constrangimento ilegal, conforme demonstração a seguir.

No tocante ao pedido de reconhecimento de nulidade do processo, pela suposta ilicitude da prova colhida, entendo não merecer razão ao impetrante.

Observo, na denúncia anexada às fls. 33/50, que o promotor, ali denunciante, transcreveu trechos retirados de depoimentos testemunhais constantes em inquéritos policiais nos quais se apura crimes de homicídio com suposto envolvimento de “grupo de extermínio”, e trechos outros de relatórios formulados pela Diretoria de Inteligência da Polícia Federal.

Ao contrário do que alega o impetrante, tais transcrições apostas na denúncia não tem origem em interpretações de policiais ou mesmo de membro do Ministério Público sobre conversas gravadas em interceptação telefônica não autorizada pela justiça, mas em provas retiradas de outros procedimentos acusatórios, configurando, assim, verdadeira prova emprestada.

Conceitua-se referido tipo de prova como aquela colhida em um processo e, depois, transportada documentalmente para outro, objetivando produzir efeitos neste último.

A admissibilidade desse proceder, tranquilamente aceita pelos tribunais pátrios, está condicionada como sói à limpa marcha processual, à observância dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Nesse sentido é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, abaixo colacionado:

“...Os precedentes desta Corte aceitam a utilização de prova emprestada no processo penal, desde que seja possibilitada às partes, dentre outras cautelas, a oportunidade de sobre ela se manifestarem, em obediência à garantia constitucional do contraditório.” (STJ, HC 103510/RJ, Rel. Ministra JANE SILVA, DJ 19.12.2008)

No caso sob análise, observo que a utilizada prova emprestada, espaço na peça inaugural da ação penal, implica, obrigatoriamente, entendermos que o contraditório e a ampla defesa serão exercidos oportunamente. Sobre ela, ao longo de todo o trâmite do feito acusatório, o insurgente será, vale supor por comezinho etc., chamado a agir.

Diante disso, não há o que falar em nulidade do processo em decorrência de ilicitude da prova, na forma reclamada.

Quanto ao argumento de ausência de descrição da conduta criminosa praticada pelo paciente, entendo que tal manifestação não deve ser acolhida, já que, na denúncia, consta a descrição dos fatos, com riqueza de detalhes,

consignando passagens elucidativas retirados de outros procedimentos policiais, tal qual já salientado, apontando todos os envolvidos, dentre os quais o paciente, e totalizando 12 (doze) acusados.

Ademais, extraio do referido documento que a inclusão do paciente na peça acusatória se deu, não pelo simples fato de ser Diretor-Presidente do grupo Empreendimentos Paque Menos S.A., mas pela robusta carga indiciária a dar brilhos de um seu bem aparente pleno conhecimento e até domínio dos fatos relacionados à persecução penal e praticados por “seguranças armados”, contratados para prestação de “serviços” em estabelecimentos comerciais do paciente, decerto, não à sua revelia, mas anuência patronal.

Os tribunais pátrios tem assentado entendimento no sentido de considerar idônea, nos crimes de autoria coletiva, a peça acusatória que contenha a exposição clara e objetiva, ainda que mínima, dos fatos tidos como delituosos, como assim é o caso dos autos, senão vejamos:

“...Não deve ser declarada a inépcia de denúncia que, em crimes societários ou de autoria coletiva, descreve, mesmo que minimamente, a conduta imputada ao denunciado, permitindo-lhe o pleno exercício da ampla defesa e do contraditório. Demonstrado que o recorrente era sócio da empresa com poderes de gerência e administração, conforme o contrato social, não há que se falar em falta de justa causa para a ação penal..”(STJ, RHC 19076/MG, Rel. MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, 6ª TURMA, DJ 22/06/2009)

Superada esta questão, passo a analisar a terceira alegação do impetrante, qual seja, a falta de justa causa penal.

Segundo entendimento doutrinário e jurisprudencial, a concessão de *habeas corpus*, com a finalidade de trancar processo criminal é possível apenas quando patente a falta de justa causa para a ação penal.

Preleciona Mirabete que “o deferimento do *habeas corpus* para trancar ação penal é medida excepcional. Somente deve o juiz ou tribunal conceder a ordem quando manifestamente indevida a investigação ou o ajuizamento da ação”.

Corroborando tal entendimento segue posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. FALSIDADE IDEOLÓGICA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. INOCORRÊNCIA.

I - O trancamento de ação por falta de justa causa, na via estreita do *writ*, somente é viável desde que se comprove, de plano, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade ou ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito, hipóteses não ocorrentes na espécie. (Precedentes).

II – *Omissis*.

III - *Writ* denegado. (STJ. 5T. HC 55841 / SP. Rel. Ministro FELIX FISCHER. DJ 11.12.2006 p. 396)”

Nessa linha de raciocínio, verifica-se que uma simples análise dos autos é suficiente para vislumbrar a ocorrência de justa causa para a instauração e regular prosseguimento da ação atacada.

De fato, existem elementos suficientes para a persecução penal, tendo em vista que há, nos autos, prova da materialidade e indícios da autoria delitiva, sobretudo quando se analisa os termos da denúncia, senão vejamos:

fls. 35: “... Depreende-se dos respectivos procedimentos administrativos, originário da delegacia de Pajuçara – Maracanaú e do que, efetivamente, em data de 21 de Fevereiro de 2002, por volta das 18:00hs, em sítios da Travessa Joaquim Carneiro, defronte ao numeral 283 – Pajuçara, neste Município, foi assassinado mediante uso de arma de fogo a pessoa de nome FRANCISCO EDUARDO MAGALHÃES LUZ, logo após este praticar um furto na Farmácia Pague Menos de Pajuçara.

(...)

A morte de FRANCISCO poderia ter sido encarado como fato isolado, não fosse a firme intervenção do titular da 2ª Promotoria do Júri de Fortaleza, que já conhecendo de outros derramamentos de sangue ocorridos nas cercanias da rede de Farmácias Pague Menos, resolveu solicitar a colaboração do Departamento de Polícia Federal no Estado do Ceará, ...”

fls. 36: “...Muito embora a lei do silêncio já persistisse quando das investigações da polícia civil (funcionários da farmácia, comerciantes

e vizinhos não colaboravam), já se conseguia extrair dos procedimentos inquisitoriais algumas assertivas que convergiam na direção da quadrilha formada por policiais militares (ativos e inativos), organizada para executar seres humanos e perpetrar os mais diversos tipos de transgressores penais, liderada pelo então Capitão CASTRO.”

fls. 46: “...Como assegurado na prova recolhida pela gerência da ordem pública, os “seguranças” observavam um sistema de rodízio através de prévia escala disciplinada pelos denunciados JUCELY ALENCAR BARRETO e MILTON SOARES MONTEIRO JÚNIOR em conjunto com as empresas de seguranças mencionadas na peça denunciatória, com indicação de horários e locais em que os “assassinos” trajados de seguranças deveriam desenvolver suas “atividades profissionais”, realidade esta impossível de ser desconhecida do denunciado FRANCISCO DEUSMAR QUEIROZ, Diretor Presidente da rede de Farmácia Pague Menos. Com efeito, contratos de prestação de serviços de segurança foram desenvolvidos com as empresas apontadas como envolvidas nos homicídios, cujos instrumentos passaram pelo crivo da assessoria da presidência do grupo de drogarias, situação que nos oferece maior certeza de que o delatado tinha pleno conhecimento e domínio das práticas delitivas, tendo se estabelecido nexo de causa e efeito entre a intenção delituosa e o evento correlato, respondendo todos, solidariamente, pelos atos praticados,....”.

Destarte, a ação penal em foco não merece ser trancada, vez que não observo uma flagrante ausência de justa causa, conforme exige a jurisprudência pátria, para a persecução penal, e nem há ao objetivo supra e desejado pelo suplicante, os demais vícios apontados por este.

Isto posto, CONHEÇO da presente ordem, mas para NEGAR-LHE PROVIMENTO, em consonância com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça.

É como voto.

Fortaleza, 13 de julho de 2009

PROCESSO Nº 2008.0040.0867.3/0
TIPO DE PROCESSO: *HABEAS CORPUS* CRIME
COMARCA: FORTALEZA/CE
IMPETRANTE(S): RICARDO FERREIRA VALENTE
PACIENTE(S): JOSÉ CLÁUDIO VIANA DE SOUSA
AUT. COATORA: JUÍZO DO JUIZADO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER DA COMARCA DE FORTALEZA/CE
RELATOR: DES. FRANCISCO GURGEL DO AMARAL

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. PROCESSO PENAL. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

- 1. O *habeas corpus* somente deve ser utilizado como meio para trancamento da ação penal, quando evidente a falta de justa causa para a persecução penal, o que não restou demonstrado pelo impetrante.**
- 2. Dos autos emergem a existência de provas da materialidade e indícios de autoria.**
- 3. A autoridade coatora agiu de acordo com os ditames legais, adotando procedimento compatível com o ordenamento pátrio.**
- 4. É plenamente possível a decretação de prisão preventiva pelo descumprimento de qualquer das medidas protetivas de urgência imposta, desde que presentes os requisitos legais, não significando dizer que a mera advertência ao agressor configure algum constrangimento ilegal.**
- 5. Ordem denegada.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos relativos a ordem de *habeas corpus* nº 2008.0040.0867-3/0, oriundo da Comarca de Fortaleza/CE, impetrado pelo advogado, Ricardo Ferreira Valente, tendo como paciente J O S É CLAUDIO VIANA DE SOUSA, e autoridade apontada como coatora, a Juíza de Direito do Juizado da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de Fortaleza/CE.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, em conhecer do *Habeas Corpus*, mas para denegá-lo, em conformidade com o voto do eminente Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de *Habeas Corpus* impetrado pelo advogado Ricardo Ferreira Valente, em favor de JOSÉ CLAUDIO VIANA DE SOUSA, por meio do qual requer o trancamento da ação penal contra este, instaurada.

Alega, em síntese, que o paciente está sendo processado no Juizado da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, Comarca de Fortaleza, sob a acusação de praticar o delito previsto no artigo 147 do Código Penal (ameaça), em face de sua ex-esposa, sra. Maria Isalberi Leite Muniz Viana de Souza.

Ressalta que não há justa causa para a ação penal, vez que embasada em falsas acusações da vítima.

Aduz, por fim, que o paciente está sofrendo restrição no seu direito de ir e vir, em razão da proibição de frequentar seu ambiente de trabalho, conforme determinação da autoridade indicada como coatora, sofrendo grave prejuízo vez que desempenha suas atividades laborais no mesmo estabelecimento da vítima.

Por tais razões, requereu, em sede liminar, a concessão de salvo-conduto, e no mérito, pleiteou a concessão da presente ordem a fim de que seja reconhecida a ausência de justa causa penal, com o conseqüente trancamento da ação penal.

Com a inicial vieram os documentos de fls. 35/397.

Pleito liminar indeferido, fls. 401/402.

As judiciosas informações foram prestadas e repousam às fls. 426/432.

A douta Procuradoria Geral de Justiça, com atribuição de oficiar no processo, exarou o parecer de folhas 434/439, opinando pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

Busca o impetrante trancar a ação criminal nº 2008.0038.5991-2, ante a ausência de justa causa para a ação penal, a qual, na sua ótica, funda-se em falsas acusações.

Compulsando os presentes fólhos, verifico que o *writ* em análise não merece deferimento, vez que não há a ocorrência de constrangimento ilegal, conforme, ver-se-á.

Segundo o entendimento doutrinário e jurisprudencial, a concessão de *habeas corpus*, com a finalidade de trancar processo criminal, somente é possível quando patente a falta de justa causa para a ação penal.

Preleciona Mirabete que “o deferimento do habeas corpus para trancar ação penal é medida excepcional. Deve o juiz ou tribunal conceder a ordem quando manifestamente indevida a investigação ou o ajuizamento da ação”.

Corroborando tal entendimento segue posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. FALSIDADE IDEOLÓGICA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. INOCORRÊNCIA.

I - O trancamento de ação por falta de justa causa, na via estreita do *writ*, somente é viável desde que se comprove, de plano, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade ou ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito, hipóteses não ocorrentes na espécie. (Precedentes).

II – *Omissis*.

III - *Writ* denegado. (STJ. 5T. HC 55841 / SP. Rel. Ministro FELIX FISCHER. DJ 11.12.2006 p. 396)”

Nessa linha de raciocínio, verifico que uma simples análise dos autos é suficiente para vislumbrar a ocorrência de justa causa para a instauração e o regular prosseguimento da ação atacada.

De fato, existem elementos suficientes para persecução penal, tendo em vista que há nos autos prova da materialidade e indícios da autoria delitiva, sobretudo quando se analisam as informações do julgador, senão vejamos:

fl. 430: “... Trata-se o presente feito de Pedido de Providências Protetivas decorrente do B.O. Nº 303-10104/2008, cuja pretensão da promovente consubstancia-se nas garantias da Lei nº 11.340/06 (providência acautelatória), que visam proteger não somente os direitos da mulher, mas sim, a própria instituição familiar.

Verifica-se pelos elementos fáticos contidos nos autos que a promovente MARIA ISALDERI LEITE MUNIZ VIANA DE SOUZA sofreu, em tese, o crime de AMEAÇA, previsto o art. 147 do Código Penal, por parte do seu marido JOSÉ CLAUDIO VIANA DE SOUSA, restando, pois, configuradas a urgência e a necessidade de aplicação das medidas protetivas por ela solicitadas.”.

Destarte, a ação penal em foco não merece ser trancada, vez que não se observa uma flagrante ausência de justa causa, conforme exige a jurisprudência pátria, para a persecução penal.

Por fim, cumpre analisar o pedido de expedição de salvo-conduto.

A Constituição Federal, norteadada pelo princípio da igualdade, considerando a existência de grupos ditos de minoria ou hipossuficientes, garante que as leis não devem ser elaboradas e aplicadas indistintamente a todos os indivíduos, posto que esses grupos necessitam de proteção especial para que alcancem a igualdade processual.

Nessa linha de raciocínio, a Lei Maria da Penha, como é conhecido o comando normativo que estabelece o procedimento para apuração de infrações penais cometidas com violência doméstica ou familiar contra a mulher, é um exemplo de implementação da isonomia, sobretudo porque justificada pela situação de vulnerabilidade em que se encontram as mulheres vítimas.

Caracterizada a violência doméstica contra a mulher, ao procedimento estabelecido pela Lei nº 11.340/2006, deve a conduta ser submetida.

Posto isso, da exegese do artigo 12 da lei Maria da Penha, retira-se que para a determinação de medidas protetivas, não é necessário a oitiva prévia do agressor ou mesmo de qualquer testemunha, desde que, de plano, se constate a ocorrência da agressão, senão vejamos:

“Art. 12. Em todos os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, feito o registro da ocorrência, deverá a autoridade policial adotar, de imediato, os seguintes procedimentos, sem prejuízo daqueles previstos no Código de Processo Penal:

I – ouvir a ofendida, lavrar o boletim de ocorrência e tomar a representação a termo, se apresentada;

II – colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e de suas circunstâncias;

III – remeter, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, expediente apartado ao juiz com o pedido da ofendida, para a concessão de medidas protetivas de urgência;

(...)”

Em assim dispondo, referido comando normativo objetivou o resguardo da integridade física da mulher vitimada por violência doméstica, sobretudo para evitar a repetição das condutas, inclusive a níveis mais graves.

No caso em epígrafe, a autoridade coatora agiu de acordo com os ditames legais, adotando procedimento compatível com o ordenamento pátrio.

Ademais, é plenamente possível a decretação de prisão preventiva pelo descumprimento de qualquer das medidas protetivas de urgência impostas, desde que presentes os requisitos legais, não significando dizer que a mera advertência ao agressor configure algum constrangimento ilegal.

O Código de Processo Penal dispõe, em seu artigo 313, inciso IV, que “*Em qualquer das circunstâncias previstas no artigo anterior, será admitida a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.*”

Dessa maneira, as razões do writ não merecem acolhimento.

Isto posto, considerando haver justa causa para a persecução penal, CONHEÇO da presente ordem, mas para NEGAR-LHE PROVIMENTO, em consonância com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça.

É como voto.

Fortaleza, 17 de agosto de 2009.

Recurso Crime em Sentido Estrito

Nº 2000.0219.1016-3/1 RECURSO CRIME EM SENTIDO ESTRITO

COMARCA: ICÓ

RECORRENTE: JUIZ DE DIREITO DA VARA ÚNICA

RECORRIDOS: FCO. LEÂNIO DE ALMEIDA MACIEL

FCO. WALSUELO DE MENDONÇA BORGES

LEONÍSIO MENDONÇA PEREIRA

JOSÉ CASSIANO DA SILVA JÚNIOR

LUÍS CLÁUDIO LIMA

RELATOR: DES. EYMARD DE AMOREIRA

EMENTA: RECURSO CRIME EM SENTIDO ESTRITO *EX OFFICIO* – PENAL – PROCESSUAL – INCURSÃO NA CAÇA DE FORAGIDO DA JUSTIÇA. POLICIAIS MILITARES RECEBIDOS A BALA PELO AGENTE INFRATOR - REAÇÃO OPORTUNA AMPARADA PELO ART. 23, III DO CÓDIGO PENAL NACIONAL. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA - INTELIGÊNCIA DO ART. 411, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.

1. Trata-se de recurso crime em sentido estrito, interposto de ofício, sob os auspícios do art. 574, inciso II, do CPP, objetivando submeter a apreciação desta Instância Superior a decisão que absolveu liminarmente os policiais militares recorridos, em cuja incursão tombou sem vida o foragido da Justiça Francisco Rodrigues da Silva.

2. Infere-se dos autos, que os recorridos, em cumprimento a uma ordem judicial, dirigiram-se ao Sítio Morada Nova, onde se encontrava a vítima, que era procurada da Justiça pela prática de diversos crimes. Os policiais cercaram a casa do Sítio e, antes mesmo de lhe darem voz de

prisão, esta começou a atirar nos policiais, mas no revide, tombou sem vida.

3. Recurso improvido. Decisão unânime

Vistos, relatados e discutidos estes autos de recurso crime em sentido estrito, nº 2000.0219.1016-3/1, de Icó, em que é recorrente o Juiz de Direito da Vara Única e são recorridos Francisco Leânio de Almeida Maciel e outros.

Acorda a Turma, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso ex officio, mas para lhe negar provimento, nos termos em que opinou a douta Procuradoria Geral de Justiça.

O representante do Ministério Público com assento junto a Vara Única da comarca de Icó, denunciou os Policiais Militares Francisco Leânio de Almeida Maciel, Francisco Walsuelo de Mendonça Borges, Leonisio Mendonça Pereira, José Cassiano da Silva Júnior e Luís Cláudio Lima, nas penas do art. 121, *caput*, do Código Penal Nacional, isso porque no dia 15 de outubro de 1999, os recorridos numa ação policial, objetivando prender, por determinação judicial, Francisco Rodrigues da Silva, que se encontrava homiziado no Sítio Morada Nova, naquele município, quando foram recebidos a bala e, em cuja incursão dos militares, tombou sem vida a vítima.

Submetidos ao regular sumário de culpa, com a prudência do contraditório e da ampla defesa, o Ministério Público em coro com a defesa dos acusados, requereu a improcedência da denúncia, tendo em vista que os mesmos agiram na forma do art. 23, inciso III do Código Penal, que trata da excludente de ilicitude, daqueles que agem no exercício regular do direito.(fs. 279/283 e 284/286).

Sentenciando, o douto Magistrado *a quo*, com fundamento no artigo 411, do Código de Processo Penal, absolveu sumariamente os recorridos, interpondo recurso *ex officio* da decisão (fs. 296/299).

Nesta Superior Instância os autos foram com vista à douta Procuradoria Geral de Justiça que, com o parecer de fs. 313/315, opinou pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

Trata-se de recurso crime em sentido estrito, interposto de ofício,

sob os auspícios do art. 574, inciso II, do CPP, objetivando submeter a apreciação desta Instância Superior a decisão que absolveu liminarmente os policiais militares recorridos, em cuja incursão tombou sem vida o foragido da Justiça Francisco Rodrigues da Silva.

A materialidade delitiva se acha consubstanciada no auto de exame cadavérico de fs.43, e a autoria assumida pelos recorridos.

Como visto, infere-se dos autos, que os recorridos, em cumprimento a uma ordem judicial, dirigiram-se ao Sítio Morada Nova, onde se encontrava a vítima, que era procurada da Justiça pela prática de diversos crimes. Os policiais cercaram a casa do Sítio e, antes mesmo lhe darem voz de prisão, esta começou a atirar nos policiais, mas, diante do revide, tombou sem vida.

As testemunhas, a uma só voz, especialmente José César Lima, declarou: *“que contra a vítima havia mandado de prisão preventivo, que os policiais foram ao local e foram recebidos à bala, que durante o tiroteio a vítima restou atingida; que são atribuídos à vítima crimes de homicídio e roubo na modalidade assalto, que segundo teve notícia, o depoente, a vítima reagiu contra os policiais utilizando-se de dois revólveres; que posteriormente conversou com os acusados acerca do ocorrido; que mesmo assim não saberia informar quais os acusados participaram do tiroteio...”* (fs.180).

O Magistrado em sua memorável decisão, assim registrou, *verbis*: *“Vale ressaltar o depoimento da testemunha Vicente Pereira de Sousa, às fs. 275, afirmando “que quando a vítima cruzou com o depoente levava um revólver nos quartos e tinha deixado o outro lá no alpendre onde estava deitado. Diante do quadro fático acima desenhado, é fácil perceber que os acusados agiram sob o amparo da excludente do estrito cumprimento do dever legal”* (fs.298).

Por tais considerações, presentes os requisitos da excludente de ilicitude do exercício regular de direito, a que alude o art. 23, inciso III, c/c art. 25, do Código Penal Nacional, nego provimento ao recurso interposto de ofício, para manter a bem lançada decisão recorrida, nos termos em que opinou a parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça.

É como voto.

Fortaleza, 19 de fevereiro de 2008

Nº 2005.0019.4714-3/1 - RECURSO CRIME EM SENTIDO ESTRITO
COMARCA: CATARINA
RECORRENTE: LUÍZA PEREIRA DE SOUSA
RECORRIDA: A JUSTIÇA PÚBLICA
RELATOR: DES. EYMARD DE AMOREIRA

EMENTA: RECURSO CRIME EM SENTIDO ESTRITO. PENAL. PROCESSUAL. CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA. CRIANÇA ASFIXIADA PELA PRÓPRIA MÃE, LOGO APÓS O PARTO, SOB A INFLUÊNCIA DO ESTADO PUERPERAL. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. DESPRONÚNCIA. IMPOSSIBILIDADE À MINGUA DE SUSTENTAÇÃO FÁTICA E JURÍDICA.

1. O despacho regrado é de conteúdo declaratório e nele se cuida da viabilidade da acusação, tendo como pré-requisitos apenas elementos que convençam o Juiz da existência do crime e de indícios que o réu seja o autor, encerrando mero juízo de admissibilidade, competindo ao Tribunal do Júri, juízo natural dos crimes dolosos contra a vida, o encargo de julgar o réu pronunciado, acatando ou não o que ficou estabelecido naquela decisão. Nesse sentido, pacífico é o entendimento do Excelso Pretório, *verbis*: “STF: Para a decisão de pronúncia, mero juízo de admissibilidade da acusação, basta que o juiz se convença, dando os motivos de seu convencimento, da existência do crime e de indícios de que o réu seja autor” (RT 553/423). No mesmo sentido, STF- RTJ 690/380.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de recurso crime em sentido estrito, nº 2005.0019.4714-3/1, de Catarina, em que é recorrente Luíza Pereira de Sousa e recorrida a Justiça Pública.

Acorda a Turma, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso, mas para lhe negar provimento, assim como opinou a douta Procuradoria Geral de Justiça.

Pronunciada pelo Juiz de Direito da comarca de Catarina para submeter-se a julgamento popular como incurso nas sanções do *caput* do art. 123, do Código Penal Nacional, eis que Luíza Pereira de Sousa, de alcunha “Lília”, qualificada nos autos, manifestou sua inconformação interpondo o presente recurso crime em sentido estrito, objetivando sua despronúncia, a conta da negativa de autoria.

Segundo consta dos autos, no dia 08 de setembro de 2005, por volta das 21h, no Sítio Veados, naquele município, a recorrente deu à luz a uma criança do sexo masculino, e, logo após o parto, matou-a asfixiada (fs.29).

Contra-razões da parte *ex-adversa* às fs.124/126, requerendo o improvimento do recurso.

Despacho de sustentação exarado às fs. 137.

Nesta Superior Instância os autos foram com vista à douta Procuradoria Geral de Justiça que, com o parecer de fs. 141/144, opinou pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

No caso dos autos, esquadrinhando os pressupostos autorizadores da pronúncia do recorrente, quais sejam, a comprovação da materialidade do delito e indícios suficientes de que tenha sido ela a autora da infração penal incriminada, verifica-se ser de total pertinência a decisão do Magistrado *a quo* que optou por sua subjugação ao crivo do Tribunal Constitucional do Júri, como doravante passarei a demonstrar.

Com efeito, consta dos autos que a recorrente, logo após dar à luz a uma criança do sexo masculino, estrangulou-a, conforme dá conta o auto de exame cadavérico de fs. 29.

Assim, o anseio da recorrente na fase processual de que se cuida, afigura-se inviável, na medida em que sua despronúncia, amparada pela ausência de prova de que tenha praticado o delito, à vista dos indícios de sua conduta, tal como narrado na denúncia, implicaria grave malferimento da competência constitucional reservada ao Tribunal do Júri, a quem cabe dirimir sobre os delitos contra a vida.

Ademais, não se perca de vista que a recorrente sequer apontou em suas razões os motivos, com respaldo na prova, justificadores da ilação despronunciatória pretendida, cingindo-se apenas a historiar, resumidamente, o desencadear dos autos, mas ignorando os firmes aspectos pontuais da prova revelados pelo titular da ação penal, reconhecidos na decisão hostilizada.

É sabido, ainda, que para a prolação de uma decisão pronunciatória são necessários, tão-somente, prova da materialidade do crime e indícios suficientes de sua autoria, ambos presentes na hipótese dos autos, sem que deles se possa cogitar nenhuma excludente de ilicitude ou culpabilidade. Nesse sentido, pacífico é o entendimento do Excelso Pretório, *verbis*:

“STF: Para a decisão de pronúncia, mero juízo de admissibilidade da acusação, basta que o juiz se convença, dando os motivos de seu convencimento, da existência do crime e de indícios de que o réu seja autor” (RT 553/423). No mesmo sentido: STF- RTJ 690/380.

Nestas condições, nego provimento ao recurso, para manter a decisão recorrida, nos termos do parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça.

É como voto.

Fortaleza, 21 de janeiro de 2009

Nº 2007.0008.0196-6/0 RECURSO CRIME EM SENTIDO ESTRITO
COMARCA: TEJUÇUOCA - VINCULADA
RECORRENTE: ROBERTO SOUSA SILVA
RECORRIDA: A JUSTIÇA PÚBLICA
RELATOR: DES. EYMARD DE AMOREIRA

EMENTA: RECURSO CRIME EM SENTIDO ESTRITO. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. ACUSADO REVEL CITADO POR EDITAL. SUSPENSÃO DO PROCESSO E DA PRESCRIÇÃO. PRODUÇÃO ANTECIPADA DAS PROVAS CONSIDERADAS URGENTES. DESPACHO SEM FUNDAMENTAÇÃO QUE PASSA AO LARGO DO ART. 225 DO CPP. NULIDADE ABSOLUTA.

1.A prova urgente há sempre de levar em conta as condições das testemunhas reportadas no art. 225 do Código de Processo Penal, segundo o qual “se qualquer testemunha houver de ausentar-se, ou, por enfermidade ou velhice, inspirar receio de que ao tempo da instrução criminal já não exista, o Juiz poderá, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, tomar-lhe antecipadamente o depoimento”.

2.Ademais, o réu, citado por edital, se não comparecer, nem constituir advogado, não será processado enquanto durar sua ausência, suspende-se o curso do processo e o prazo prescricional, sendo defeso ao Magistrado a nomeação de defensor dativo e levar a cabo a instrução criminal até a sentença de pronúncia, sob pena de malferir o princípio da ampla defesa e do contraditório, como reiteradamente tem enfrentado a questão o Supremo Tribunal Federal, *verbis*: “EMENTA: AÇÃO PENAL. Processo suspenso. Prova. Produção antecipada. Inquirição de testemunhas. Inadmissibilidade. Revelia. Réu revel citado por edital. Não comparecimento por si nem por advogado constituído. Prova não

**urgente por natureza. Deferimento em grau de recurso. Ofensa ao princípio do contraditório (art. 5º, LV, da CF). Recurso provido. Inteligência dos arts. 92, 93 e 366 cc. 225, todos do CPP. Se o acusado, citado por edital, não comparece nem constitui advogado, pode o juiz, suspenso o processo, determinar produção antecipada de prova testemunhal, apenas quando esta seja urgente nos termos do art. 225 do Código de Processo Penal.(STF – RHC 83709 – SP – 1ª T.Rel. p/o ac. Min. Cezar Peluso – DJU 01.07.2005).
3.Recurso provido. Decisão unânime.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de recurso crime em sentido estrito, nº 2007.0008.0196-6/0, de Tejuçuoca, em que é recorrente Roberto Sousa Silva e recorrida a Justiça Pública.

Acorda a Turma, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso e dar-lhe provimento, para declarar nulo pleno jure o processado, a partir da decisão que determinou a produção antecipada das provas (fs.42), nos termos em que opinou a douta Procuradoria Geral de Justiça.

Roberto Sousa Silva, qualificado nos autos, interpôs o presente recurso crime em sentido estrito contra sentença de pronúncia exarada pelo Juízo da comarca vinculada de Tejuçuoca, que o pronunciou pelo crime previsto no artigo 121, § 2º, incisos II e IV, do Código Penal Nacional, isso porque no dia 04 de setembro de 2003, por volta das 18h, na localidade Vila São Joaquim, naquele município, a golpes de faca, levou a óbito a pessoa de Antônio Vieira Luna, para em seguida, desaparecer do distrito da culpa.

Requeru, em síntese, para o sucesso de sua pretensão, a nulificação da decisão, ao argumento de que o Juiz não observou o preceito contido no art. 366 do CPP, haja vista que o recorrente foi citado por edital, não comparecendo à audiência de interrogatório, no entanto, teve suspenso o feito, sem, contudo, suspender o prazo prescricional.

Recurso devidamente contra-arrazoado pelo Ministério Público que, na condição de *custos legis*, requereu a nulificação do processado na forma requerida pelo recorrente (fs.73).

Despacho de sustentação exarado às fs. 88.

Nesta Superior Instância os autos foram com vista à douta Procuradoria Geral de Justiça que, com o parecer de fs.96/100, opinou pelo provimento do recurso.

É o relatório.

Pelo visto, no relato supra, o recurso persegue como preliminar a desconstituição da decisão pronunciatória, ao argumento de que o Juiz prolator não observou o preceito contido no art. 366 do CPP, na medida em que determinou a suspensão do processo, sem no entanto, suspender o prazo prescricional, mas que antes, “fossem apuradas as provas urgentes” (fs.42).

Ora, prova urgente há sempre de levar em conta as condições das testemunhas reportadas no art. 225 do Código de Processo Penal, segundo a qual “se qualquer testemunha houver de ausentar-se, ou, por enfermidade ou velhice, inspirar receio de que ao tempo da instrução criminal já não exista, o Juiz poderá, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, tomar-lhe antecipadamente o depoimento”.

De par, ainda do art. 366 do CPP, descuidou-se o Magistrado que, para dar prosseguimento ao feito, no que toca as provas consideradas urgentes, a decisão haverá sempre de ser fundamentada, apontando a necessidade no caso concreto.

Ademais, o réu, citado por edital, se não comparecer, nem constituir advogado, não será processado enquanto durar sua ausência, suspende-se o curso do processo e a prescrição, sendo defeso ao Magistrado a nomeação de defensor dativo e levar a cabo a instrução criminal até a sentença de pronúncia, sob pena de malferir o princípio da ampla defesa e do contraditório, como reiteradamente tem enfrentado a questão o Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

EMENTA: AÇÃO PENAL. Processo suspenso. Prova. Produção antecipada. Inquirição de testemunhas. Inadmissibilidade. Revelia. Réu revel citado por edital. Não comparecimento por si nem por advogado constituído. Prova não urgente por natureza. Deferimento em grau de recurso. Ofensa ao princípio do contraditório (art. 5º, LV, da CF). Recurso provido. Inteligência dos arts. 92, 93 e 366 cc. 225, todos do CPP. Se o acusado, citado por edital, não comparece nem constitui advogado, pode o juiz, suspenso o processo, determinar produção antecipada de prova testemunhal, apenas quando esta seja urgente, nos termos do art. 225 do Código de Processo Penal. (STF – RHC 83709 – SP – 1ª T.Rel. p/o ac. Min. Cezar Peluso – DJU 01.07.2005).

Pelo antevisto, não resta dúvidas que, em sendo o processo matéria de ordem pública, impõe-se rigoroso cumprimento do contraditório e da ampla defesa, constitucionalmente assegurados.

À luz destas considerações, restando provada a nulidade absoluta que o caso encerra, dou provimento ao recurso, para declarar nulo *pleno jure* o processado, a partir da decisão que determinou a produção antecipada da prova (fs.42), nos termos em que opinou a douta Procuradoria Geral de Justiça.

É como voto.

Fortaleza, 03 de novembro de 2008

PROCESSO Nº: 2008.0027.0388-9/1

TIPO DE PROCESSO: RECURSO CRIME EM SENTIDO ESTRITO

COMARCA: FORTALEZA

RECORRENTE(S): LARA FRANÇA DA ROCHA

RECORRIDO(S): JUSTIÇA PÚBLICA

RELATOR: DES. FRANCISCO GURGEL HOLANDA

EMENTA: PROCESSO PENAL - TRIBUNAL DO JÚRI – HOMICÍDIO QUALIFICADO – PRONÚNCIA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – ALEGAÇÃO DE NULIDADES REJEITADAS - COMPROVADA MATERIALIDADE DELITIVA E EXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DE AUTORIA DO AGENTE PRONUNCIADO.

DAS PRELIMINARES

1. O Tribunal do Júri é o competente para apreciar o pedido de exclusão da qualificadora, salvo quando a mesma for manifestamente improcedente, o que não é o caso sob análise.

2. Documentos de titularidade da vítima, juntados aos autos por seus familiares, não configura prova ilícita.

3. Não há cerceamento de defesa, pela ausência de oportunidade de manifestação da recorrente sobre a réplica ministerial, sobretudo porque a defesa terá toda a fase instrutória perante o Tribunal do Júri para fazê-lo.

DO MÉRITO

1. Analisando os pressupostos permissivos da pronúncia da recorrente, quais sejam, a comprovação da materialidade do delito, bem assim os indícios suficientes de que seja ela a

autora do crime, verifica-se ser de total pertinência a decisão do magistrado *a quo* que optou pela subjugação da acusada ao crivo do Tribunal Constitucional do Júri.

2. Ademais, a sentença de pronúncia é de conteúdo declaratório e nela se cuida da viabilidade da acusação, tendo como pré-requisito apenas elementos que convençam o Juiz da existência do crime e de indícios que a ré seja a autora, encerrando mero juízo de admissibilidade. Nesse sentido (STF – RTJ 690/380).

3. Nessa consideração, há de se aplicar a lição da doutrina e jurisprudência pátrias, segundo a qual, sendo a prova colacionada controversa, a ponto de não permitir ao julgador um juízo de valor estreme de qualquer dúvida, como na hipótese, não há que se admitir a despronúncia, a pretexto da ausência de dolo no fato.

5. Recurso improvido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de recurso crime em sentido estrito, nº 2008.0027.0388-9/1, de Fortaleza, em que é recorrente LARA FRANÇA DA ROCHA.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, em conhecer do recurso, porém, para negar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito interposto pela defesa de LARA FRANÇA DA ROCHA (fls. 384/406) contra decisão que a pronunciou nas sanções do art. 121, § 2º, I, III e IV, do Código Penal Brasileiro (homicídio triplamente qualificado).

Narra a denúncia, que na madrugada do dia 23 de julho de 2008, por volta das 04:30 horas, na Rua João Lobo Filho, nº 320, apto. 101 - B, Bairro de Fátima, a sra. Iracema Carvalho Lima foi vítima de homicídio triplamente qualificado por parte da filha, ora recorrente, utilizando-se de substância combustível (gasolina).

Aduz a recorrente, em preliminares, impossibilidade de inclusão da qualificadora de emprego de fogo, posto que a mesma não restou demonstrada no primeiro laudo cadavérico que embasou a denúncia.

Afirma que as provas são ilícitas, vez que produzidas com quebra de sigilo de correspondência e bancário, e que não foi oportunizado à defesa, falar sobre a réplica ministerial, configurando verdadeiro cerceamento de defesa.

No mérito, a recorrente pugna pela sua despronúncia.

O Ministério Público e o assistente de acusação ofertaram contrarrazões, onde pugnaram pela improcedência do recurso, com a conseqüente manutenção da pronúncia.

Às fls. 506/507, consta despacho de sustentação do MM. Juiz de Direito da 3ª Vara do Júri da Comarca de Fortaleza/CE, onde diz manter a decisão de pronúncia e determina a subida dos autos a este Egrégio Tribunal de Justiça.

Nesta Superior Instância, os autos foram com vista à douta Procuradoria Geral de Justiça, que, em seu parecer de fls. 512/523, opinou pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

Inicialmente, cumpre analisar os pedidos preliminares do recorrente.

Quanto ao de exclusão da qualificadora, entendo que o pleito não deve prosperar, vez que o Tribunal do Júri é, bem antes, originariamente, o competente para apreciar referido ato, salvo quando a mesma for manifestamente improcedente, o que não se configura no caso sob análise.

Observo, folheados os autos, que há dados, inclusive fotos, a demonstrarem ter havido a utilização de fogo na prática delitiva. É o que destaco dos documentos de fls. 32 e 49.

No que tange ao pedido de reconhecimento da ilicitude das provas, este também resta prejudicado, sobretudo porque foram utilizados documentos de titularidade da vítima, juntados aos autos por familiares desta, qual se vê às fls. 39/40.

Assim, não há falar em quebra de sigilo bancário ou telefônico da recorrente.

Não fosse só isso, deveras suficiente, alie-se o fato dos referidos documentos não terem sido valorados na prolação da decisão de pronúncia, na medida em que esta se baseou em fontes independentes, obstando, também por isso mais, o reconhecimento da nulidade como pleiteada.

Por fim, entendo que não há cerceamento de defesa da recorrente, em razão da ausência de oportunidade para se manifestar sobre a réplica ministerial, sobretudo porque a defesa terá toda a fase instrutória, perante o Tribunal do Júri, para fazê-lo.

Superadas as preliminares, passo a analisar o mérito.

A sentença de pronúncia é apenas juízo de admissibilidade. Possui conteúdo meramente declaratório, cuidando tão somente da viabilidade da acusação, bastando para a sua prolação, que o Magistrado reconheça, motivadamente, a materialidade do crime e indícios suficientes de autoria, cabendo ao Tribunal do Júri a decisão final sobre a procedência ou não das imputações que pairam sobre o acusado.

A Doutrina e a Jurisprudência pátria são uníssonas em afirmar que deve o juiz ficar adstrito à existência da prova da materialidade do delito e de indícios suficientes de autoria, deste, evitando, neste estágio processual, o exame mais aprofundado da prova.

“Para a decisão de pronúncia, mero juízo de admissibilidade da acusação, basta que o juiz se convença, dando os motivos de seu convencimento, da existência do crime e de indícios de que o réu seja o autor” (RT 553/442).

No mesmo sentido STF: (TJ 690/380).

A sentença de pronúncia, portanto, como decisão sobre a admissibilidade da acusação, constitui juízo fundado de suspeita, e não o juízo de certeza que se exige para a condenação, eis porque não se aplica, no caso, o princípio do *in dubio pro reo*, resolvendo-se, pois, em favor da sociedade, as eventuais incertezas propiciadas pela prova.

O fato é que caberá ao Tribunal do Júri a apreciação de todo o arcabouço probatório para a emissão do juízo de valor sobre o caso. A pronúncia não é condenação e sim admissão, sendo atribuída, constitucionalmente, aos juízos leigos, a tarefa de julgar as teses conflitantes apresentadas pela acusação e defesa.

No caso *sub oculi*, há indícios suficientes de autoria e a materialidade delitiva restou sobejamente comprovada nos fólios, sobretudo perante os depoimentos das testemunhas e o exame de corpo de delito. As qualificadoras descritas na denúncia não devem ser excluídas, uma vez que as provas acostadas aos autos são suficientes à pronúncia da acusada e com elas.

Não há, como se vê, ambiente processual para amparar a tese argüida pela defesa, lembrando que o conteúdo da decisão pronunciatória não há de influenciar o julgamento do Tribunal do Júri, pois é de conteúdo meramente declaratório, nela se cuidando apenas da viabilidade da acusação. Na verdade, perante o Tribunal do Júri é que a recorrente terá ampla oportunidade de apresentar suas teses, pois àqueles juízes é que é dada a missão de julgá-lo.

Conclusivo, então, que o recurso em sentido estrito manejado pela recorrente, após o que foi esclarecido, carece de procedência, dada à ausência de argumentos a amparar seus acolhimentos.

Diante do exposto, é o presente para tomar conhecimento do recurso interposto, porém, para negar-lhe provimento em conformidade com o parecer da Douta Procuradoria de Geral Justiça.

É como voto.

Fortaleza, 10 de agosto de 2009

Discurso

Evocação de Uma Saudade



Caríssimos amigos,

O cidadão Wilton Machado Carneiro era um homem singular, melhor dizendo, singularíssimo, aqui cabendo plenamente a expressão superlativizada. Não nasceu pronto e acabado como os personagens do contista russo Gogol, que surgem literariamente, já ostentando cartolas e fraques.

Fez-se, ao compasso do destino e das coisas do mundo, criança nascida em lar humilde, dos confrontos com as vicissitudes da vida à iniciação do labor em plena adolescência no exercício de funções auxiliares na escrivania extrajudicial do crime – Cartório Girão - , no antigo prédio do Fórum Clóvis Beviláqua da Praça da Sé, onde se notabilizou pelo aprumo da conduta funcional, o zelo e a refinada educação sempre brindante aos superiores hierárquicos, colegas e ao público em geral.

O salto para a carreira magistratura, mercê de forte vocação e apelo encorajador de todos, consumou-se em 1971, quando, participando de certame habilitador, logrou aprovação e nomeação para o cargo de Juiz substituto da Comarca de Boa Viagem.

A correção de seu desempenho na árdua função de julgador fê-lo merecedor de encômios e manifestações afetivas de seus jurisdicionados, motivando a obtenção da cidadania por decreto e título da edilidade, que o consagrou no relicário da eterna amizade do povo de Boa Viagem.

Em etapa seguinte da carreira, viu-se promovido para a Comarca de Tianguá, então unidade jurisdicional de 2ª entrância, onde mesmo vivenciando situações críticas, decorrentes do mal da política partidária, afrontosa e grassante, soube impor a impávida justiça de que era legítimo representante e cumpriu com exemplar desvelo o seu mister.

Restaram-lhe, mesmo assim, grandes e fortes amizades, máxime com os cartorários tianguaenses. A merecida promoção levou-o na categoria de terceira entrância ao serrano tugúrio da Comarca de Maranguape, onde lidou por mais de seis anos até a chegada desejada aos sítios jurisdicionais da Capital do Estado.

Até então, o nosso perfilado encontrava-se imune à movimentação na carreira por merecimento, sempre aguardando o galardão maior do tempo, a antiguidade, que sempre o distinguiu como ungido e eleito.

Com as mesmas vestes do tempo em acúmulo, viu-se investido nas altas funções de Desembargador da nossa Corte de Justiça, em memorável sessão plenária de posse, realizada no último dia 26 de novembro.

Muito embora, por designação substitutiva, já tivesse integrado as bancadas julgadoras da Egrégia Casa, quis o destino convocá-lo para o momento supremo de encantamento e revelação da verdade, na madrugada do dia 2 para o dia 3 de dezembro, data esta que, coincidentemente, marcaria as suas primícias com as funções plenas de Desembargador, e que os desígnios divinos lhe reservaram para iniciação nos segredos e mistérios da vida eterna.

Voltemos às nossas afirmações iniciais de que o Wiltinho, como era por todos chamados, era uma pessoa singular.

Sábio, pois possuía a verdadeira sabedoria da vida, deixava que o tempo operasse os seus desígnios irreversíveis, não erguia barreiras ou desvios, não encurtava caminhos, e fazia concreta a afirmação de Shakespeare de que “o tempo é muito lento para os que esperam”.

Esperou todas as acontecimentos, sereno, calmo, tranqüilo e benevolente, era assim a sua forma de agir, tanto na vida pública, como nas fainas jurisdicionais, o que veio a lhe dar relevo e marca por sua sobriedade, tranqüilidade e lhaneza no trato, demonstrando forte educação social.

Para os que dele se aproximavam, principalmente familiares e amigos mais íntimos, a maneira simples de ser não afetava os seus zelos e cuidados com elegância pessoal.

Vaidoso, era zeloso de seu vestuário, sempre se apresentando de maneira elegante e harmoniosa. Do mesmo lado da moeda, lia com desembaraço e opcionava em cardápios de restaurantes finos por pratos e iguarias de excelência, demonstrando o seu pendor pela boa gastronomia. Da mesma forma fazia quando, de bermudas e camisa de malha, freqüentava o restaurante do Mercado São Sebastião e ali, entre feirantes e usuários, degustava uma suculenta panelada, um bom prato de buchada ou de pirão de carneiro.

Oh, amigo Wiltinho, que saudade! Aceite esta minha manifestação feita com alma e coração, muito embora reconhecendo uma graduação bem menor de amizade, se comparado o seu afeto com o nosso comum amigo Aziz Jereissati. Sem nenhum vestígio de ciúme, amigo. Antiguidade é posto, ele bem merecia e retribuía o seu apreço pessoal.

Ao olhar para a bancada que você ocuparia, assalta-me um sentimento forte, o mesmo que levou Sérgio Bittencourt a prantear seu pai Jacob

do Bandolim e lavrar em versos musicados um dos mais comoventes momentos de nossa expressão popular: “naquela mesa está faltando ele, e a saudade dele está doendo em mim”.

Em seus momentos de confiança, não rebuscava em afirmar preferir ser amado a ser respeitado, muito embora o respeito lhe fosse reconhecido como essencial para a preservação do viver social. Na exaltação do amor como a melhor expressão dos sentimentos humanos, ele amou sem avareza ou somitismo de alma toda a sua numerosa família, seus amigos, seus colegas e seus funcionários (assim mesmo seus, possessivamente expressados), pois os tinha como fraternos amigos e dedicava-lhes grande e imensurável afeição e cuidados.

A presença do Desembargador Wilton Machado Carneiro como membro de nossa Corte, assemelhou-se, em fulgurância e instantaneidade, ao aparecimento astronômico do cometa Halley, luminoso, incandescente, em sua vistosa cauda astral, rápido e subitâneo, restando na retina de cada um dos observadores o resplandecer de suas luzes, com seu rastro afastando-se na escuridão da abóboda celeste.

Wilton vive. Está entre nós, observa-nos, procura entender com a leitura de nossas tristes expressões faciais o que estaria a ocorrer; colhe, ao final, em seu espírito, que o estamos invocando pelo exercitamento benigno e amoroso de nossa memória.

Assim, entendemos que ele vive em nós, em nossas memórias, pois, em verdade, somente morrem os que são silenciados pelo esquecimento.

Na beleza poética do dizer de M. Gonzales Prado em seu poema “Quem são os mortos”, o mistério da morte revela-se:

“A vida não é a vida que vivemos.
A vida é a honra, é a recordação.
Por isso, há mortos que na vida vivem
E homens que vivem na vida mortos”.

Ao ser arauto da morte e da dor de um Magistrado, é forte a relembração de um texto de Eduardo Juan Couture, escrito em homenagem a H. F. Stone, membro da Suprema Corte norte-americana, falecido no exercício de suas funções julgadoras.

“A morte de um grande Juiz é um episódio bem mais grave do que a morte de qualquer outro cidadão. A ele se deu, em vida, mais poderes do que a qualquer outro homem do ordenamento humano. A nada lhe foi dado dispor da liberdade, da propriedade e da honra dos demais na larga medida que a ele foi dado e, muito menos, fazê-lo em nome da Justiça, que só a ele incumbe interpretar. Ele pode decidir sobre tudo quanto lhe fora proposto: dar e quitar o poder dos governantes, julgar sobre a validade das leis e decidir para o povo qual é a sua Constituição, porque a Constituição é aquela que os juízes dizem que é. Porém, quando um juiz morre em exercício de tais poderes, e que os tem honrado durante toda a sua vida, não acontece nada trágico nem desesperado, pelo contrário, se recebe a sensação de alívio. Haver tido o fogo na mão e não haver se queimado; ter tido o segredo nos lábios e tê-los calado; haver tido a tentação do pecado e não haver sucumbido; haver sido sóbrio frente à concupiscência; humilde ante a sensualidade do poder; virtuoso diante da grandeza; e morrer assim, sem nenhum desfalecimento, sem nada que reprovar-se, é a *virtus moriendi* do antigo e profundo sentido dos estóicos, nesse dia haverá ocorrido algo grave; porém, nada mais.”

Des. Francisco de Assis Filgueira Mendes

ÍNDICE ALFABÉTICO**JURISPRUDÊNCIA CÍVEL****APELAÇÃO CÍVEL**

Cirurgia – dano estético e moral – serviço médico – obrigação de meio – responsabilidade de médico e de estabelecimento hospitalar – procedimento médico adequado ao quadro clínico do paciente – dano inexistente.....100.

Contrato de câmbio – falência – restituição de adiantamentos – coisa de terceiro em poder da falida - súmulas nº 36, 133 e 307 do STJ e 417 do STF.....31/32.

Contrato de seguro de vida – cancelamento – inexistência de requerimento ou aceitação por parte da segurada – impossibilidade – rescisão unilateral cabível somente nas hipóteses legais.....51/52.

Danos morais – inscrição indevida em cadastro de inadimplentes – citação da empresa ré em pessoa que não detém poderes para representá-la – situação não informada no ato – validade – teoria da aparência.....131/132.

Direito de família – reconhecimento de união estável – requisitos – ausência de comprovação de vida em comum com aparência de casamento – impossibilidade.....112.

Indenização – participação culposa aferível nos termos do Art. 945, do C.Civil – aplicação da teoria da causa eficiência ou preponderante – distribuição racional do direito na medida da participação culposa do agente.....58/60.

Inquérito policial – divulgação pela imprensa – mera narração dos fatos – ausência da intenção de atingir a honra ou imagem do noticiado – dano moral inexistente.....37/38.

IPTU – execução fiscal – certidão de dívida ativa – presença de créditos prescritos e não prescritos – indeferimento da inicial – vício sanável – possibilidade de substituição do título executivo.....127.

Laudo médico – divulgação errônea de resultado – acusação de ser o paciente portador do vírus da aids – danos morais – caracterização – responsabilidade solidária dos laboratórios envolvidos.....	88.
Responsabilidade civil – fornecimento de informação inverídica – conduta que tem ligação com o prejuízo suportado pelo consumidor – reparação devida dos danos materiais sofridos.....	140.
Responsabilidade extrapatrimonial – recusa de recebimento de cheque para pagamento de serviço de transporte – exercício regular de direito – dano moral – incorrência.....	106.
Restauração de autos – processamento no tribunal – falta de concordância expressa de um dos requeridos – não contestação – assistência simples – perda de prazo – inteligência do Art.1.065, <i>caput</i> , e seu § 2º, c/c Arts. 803, 191 e 52 do CPC.....	118.
Servidor inativo – representação de cargo comissionado adicionada aos proventos – vantagem pessoal – mudança de simbologia – regra do Art. 40, § 8º, da Constituição Federal – inaplicabilidade.....	95/96.
Servidor público – aposentadoria – horas extras – incorporação para todos os fins legais – comprovação do fato constitutivo do direito não rechaçado pela contraparte – inovação recursal – impossibilidade.....	82.
Servidor público – demissão <i>ex officio</i> – princípio da legalidade – inobservância – inexistência de motivação – ato nulo.....	147/149.
Servidor público militar – indenização de representação – diferença de percentual – sucessão de leis – direito adquirido – prescrição parcial – declaração <i>ex officio</i>	43/44.

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Ação popular – propositura por integrante da Advocacia Geral da União – ato da administração pública municipal – exercício da advocacia privada em causa própria – impossibilidade – vedação legal.....	175/176.
Exceção de pré-executividade – título que se pretende nulo - não comprovação	

de plano – necessidade de dilação probatória – alegação de afronta ao Art. 93, IX, da Constituição Federal – existência de fundamentação mesmo concisa.....165.

Execução – decisão prolatada anteriormente a vigência das Leis n.ºs. 11.232/05 e 11.382/06 – penhora – valor inferior ao montante da dívida – possibilidade.....159.

Sentença meritória – alegação de irregularidade de sua intimação – inocorrência – aplicação do instituto da deserção pelo juízo de 1º grau na interposição do recurso de apelação – confirmação – intimação dirigida, em carta registrada, ao endereço constante no processo.....170.

AÇÃO RESCISÓRIA

Suposta afronta a literalidade de dispositivos constitucionais – julgado cuja inteligência está desconectada do texto legal - inocorrência – ação rescindenda que não faz as vezes de recurso, nem se presta para reexame de fatos e reavaliação de provas.....187.

MANDADO DE SEGURANÇA

Arrendamento mercantil internacional – importação de aeronave – dúvida acerca da incidência de ICMS – inocorrência de circulação do bem – ausência de transferência interpessoal de propriedade – impossibilidade de cobrança do tributo.....197.

Fornecimento de medicamento – ilegitimidade ativa do MP – falta de interesse de agir – inadequação da via eleita – litisconsórcio passivo necessário entre as autoridades coatoras e a União Federal – rejeição.....215/217.

Honorários advocatícios – pagamento parcelado via precatório – alegação de retenção de parcelas e liberação condicionada ao recolhimento do IR - sanção política – não configuração.....207/208.

Pensão por montepio – militar reformado – direito à reversão do benefício do cônjuge falecido para as filhas com qualquer estado civil – inteligência da Lei estadual n.º 10.972/84 – possibilidade – lei vigente à época do óbito do instituidor primitivo.....229.

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL**APELAÇÃO CRIME**

Atentado violento ao pudor – agente padrasto da vítima – vítima menor de 14 anos – ação penal pública incondicionada, na forma do Art. 225, § 1º, II, do Código Penal – presunção de violência – crime hediondo – progressão de regime – possibilidade.....254.

Furto tentado – *res furtiva* devolvida à vítima – inexistência de dano relevante – princípio da insignificância – aplicabilidade.....242.

Homicídio qualificado – motivo fútil e surpresa – conselho de sentença afastou uma qualificadora – julgamento consentâneo com uma das versões emergentes das provas – anulação de julgamento – impossibilidade.....250.

Peculato – transmutação para apropriação indébita – correta tipificação penal – *emendatio libelli* – correção da medida - impossibilidade de cerceamento de defesa – princípio da *juria novit curia*.....246.

Roubo majorado em concurso de pessoas – réu patrocinado por advogado diverso do indicado no interrogatório judicial – nulidade – cerceamento de defesa – demonstração de prejuízo.....282.

Roubo majorado, atentado violento ao pudor (anterior à edição da Lei nº 12.015/09) e três estupro – ações criminosas sucessivas – mérito condenatório – autoria e materialidade.....259/265.

Tráfico de drogas – tipificação criminal – necessidade de droga pronta para consumo imediato – transporte de matéria-prima para o preparo do tóxico – outra modalidade criminal – adequação típica requisitando o aditamento da denúncia – *reformatio in pejus* indireta – impossibilidade.....239/241.

HABEAS CORPUS

Crime de ameaça – processado no juizado da violência doméstica e familiar contra a mulher – trancamento de ação penal – não demonstração de evidente falta de justa causa para a persecução penal - impossibilidade – denegação.....302.

Porte ilegal de arma de uso permitido – prisão em flagrante – liberdade provisória sonegada – fato perpetrado não passível de decretação da prisão preventiva – concessão.....289.

Prisão em flagrante – tráfico de drogas – ocorrência de excesso imotivado de prazo – instrução criminal não concluída – extensão do benefício concedido a um dos co-réus – acolhimento.....293/294.

Trancamento de ação penal – nulidade do processo – prova emprestada – descrição genérica da conduta delitiva – crime de autoria coletiva – ausência de justa causa penal – inexistência – denegação.....296.

RECURSO CRIME EM SENTIDO ESTRITO

Crime de homicídio – absolvição sumária – cumprimento de ordem judicial de prisão – policiais militares recebidos a bala pelo infrator – reação oportuna amparada pelo Art. 23, III, do CP – excludente de ilicitude.....309/310.

Homicídio qualificado – pronúncia – alegação de nulidades rejeitadas - comprovada materialidade delitiva e existência de indícios de autoria do agente pronunciado.....317/318.

Infanticídio – despronúncia – impossibilidade – comprovação da materialidade do delito e indícios suficientes da autoria – pertinência da pronúncia.....312.

Sentença de pronúncia – acusado revel citado por edital – suspensão do processo e da prescrição – produção antecipada das provas consideradas urgentes – despacho sem fundamentação – nulidade absoluta.....314/315.



Esta obra foi composta em
Times New Roman e impresso em papel 24 kg.
Impressão e acabamento no Parque Gráfico do
Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em
Fortaleza/CE, Junho de 2009.