



Tribunal de Justiça do Estado do Ceará

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

**Volume 35 - 2010
Julho/Setembro**

ISSN 2175-0874

R. Jurisp. Trib. Justiça Est. Ceará, Fortaleza, v.35, p. 1 - 389, 2010

Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará
Volume 35.2010
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

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 - Cambéa - Fortaleza - CE
CEP: 60.830-120 Fone: (85) 3207.7104
www.tjce.jus.br
e-mail: jurispru@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
Desembargador Antônio Abelardo Benevides Moraes
Desembargador Francisco de Assis Figueira Mendes
Desembargador Lincoln Tavares Dantas
Desembargador Celso Albuquerque Macêdo
Desembargador Francisco Lincoln Araújo e Silva
Desembargador Francisco Sales Neto
Desembargadora Maria Estela Aragão Brilhante
Desembargadora Maria Náilde Pinheiro Nogueira
Desembargador Haroldo Correia de Oliveira Máximo
Desembargador Francisco Pedrosa Teixeira
Desembargadora Vera Lúcia Correia Lima
Desembargador Francisco Auricélio Pontes
Desembargador Francisco Suenon Bastos Mota
Desembargador Clécio Aguiar de Magalhães
Desembargador Francisco Barbosa Filho
Desembargador Paulo Camelo Timbó
Desembargador Emanuel Leite Albuquerque
Desembargadora Sérgia Maria Mendonça Miranda
Desembargador Jucid Peixoto do Amaral
Desembargador Manoel Cefas Fonteles Tomaz

**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 Figueira Mendes
Desembargador Lincoln Tavares Dantas
Desembargador Celso Albuquerque Macêdo
Desembargador Francisco Lincoln Araújo e Silva
Desembargador Francisco Sales Neto
Desembargadora Maria Nailde Pinheiro Nogueira
Desembargadora Vera Lúcia Correia Lima
Desembargador Francisco Auricélio Pontes
Desembargador Francisco Suenon Bastos Mota
Desembargador Clécio Aguiar de Magalhães
Desembargador Francisco Barbosa Filho
Desembargador Emanuel Leite Albuquerque
Desembargadora Sérgia Maria Mendonça Miranda
Desembargador Jucid Peixoto do Amaral
Desembargador Manoel Cefas Fonteles Tomaz

1ª CÂMARA CÍVEL

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

Desembargador Fernando Luiz Ximenes Rocha - Presidente
Desembargador Francisco Sales Neto
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 Figueira 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 Suenon Bastos Mota - Presidente
Desembargador Clécio Aguiar de Magalhães
Desembargador Francisco Barbosa Filho

6ª CÂMARA CÍVEL

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

Desembargador José Mário Dos Martins Coelho - Presidente
Desembargadora Sérgia Maria Mendonça Miranda
Desembargador Jucid Peixoto do Amaral
Desembargador Manoel Cefas Fonteles Tomaz

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 Estela Aragão Brilhante
Desembargador Haroldo Correia de Oliveira Máximo
Desembargador Francisco Pedrosa Teixeira
Desembargador Paulo Camelo Timbó

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 Francisco Pedrosa Teixeira

2ª CÂMARA CRIMINAL

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

Desembargadora Maria Estela Aragão Brilhante - Presidente
Desembargador Haroldo Correia de Oliveira Máximo
Desembargador Paulo Camelo Timbó

Sumário

Jurisprudência Cível

Apelação Cível.....	13/237
Agravo de Instrumento.....	241/285
Ação Direta de Inconstitucionalidade.....	289/309

Jurisprudência Criminal

Apelação Penal.....	315/347
Habeas Corpus.....	351/369
Recurso Crime em Sentido Estrito.....	373/375
Ação Penal Originária.....	379/383
Índice Alfabético.....	385/389

Jurisprudência Cível

Apelação Cível

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2000.0132.0400-0/1 DA 25ª VARA CÍVEL DE FORTALEZA.

APELANTE: FRANCISCO VANDICK ALENCAR.

APELADAS: MARIA MARTA MOREIRA DO NASCIMENTO E RAIMUNDA ALVES DA SILVA.

RELATORA: DESA. MARIA IRACEMA DO VALE HOLANDA.

EMENTA: CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. ATAQUE DE ENXAME DE ABELHAS. MORTE DAS VÍTIMAS. RESPONSABILIDADE DO PROMOVIDO CONFIGURADA. REDUÇÃO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO. SENTENÇA REFORMADA EM PARTE.

1. Trata o caso de apelação cível interposta, em ação de indenização por danos morais e materiais, por meio da qual se discute a responsabilidade de apicultor por ataque de abelhas que vitimou os filhos das apeladas.

2. Diante do potencial lesivo e letal das abelhas, aqueles que se propõem a sua criação devem tomar as medidas possíveis e necessárias para minimizar os riscos da atividade, nos termos do Art. 1527 do CC/1916 (vigente à época).

3. Constatando-se que estas não estavam bem guardadas ou, no mínimo, não eram conservadas pelo seu proprietário de forma a evitar toda sorte de resultado lesivo, deve-se reconhecer a sua responsabilidade quanto ao fato ocorrido.

4. Na esteira do posicionamento firmado pelo STJ e por esta Corte de Justiça, a pensão mensal deve corresponder a 2/3 de todos os rendimentos auferidos pelos *de cujus* até a data em que estes completariam 25 anos, idade presumida em que constituiriam as suas próprias famílias, reduzindo-se a partir de então tal proporção para 1/3, até a data em que atingiriam os 65 anos.

5. O valor arbitrado a título de danos morais foi fixado em patamar que exorbita a justa medida para a hipótese, motivo pelo qual será reduzido para o montante de R\$

5.000,00 (cinco mil reais) para cada uma das apeladas, respeitando-se a necessária razoabilidade e as especificidades do caso.

- Apelação conhecida e parcialmente provida.
- Sentença reformada em parte.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível nº 2000.0132.0400-0/1, em que figuram as partes acima indicadas. Acorda a 4ª Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer da apelação interposta, para dar-lhe parcial provimento, fixando danos morais em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) para cada uma das apeladas e, por maioria, vencido o Desembargador Lincoln Tavares Dantas, no que concerne à fixação dos danos materiais, nos termos do voto da Relatora.

Fortaleza, 19 de agosto de 2009.

RELATÓRIO

Tratam os autos de Apelação Cível interposta com o objetivo de desconstituir sentença proferida pelo Juízo da 25ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza que decidiu pela procedência da ação.

O caso/a ação originária: Maria Marta Moreira do Nascimento, mãe de Paulo Moreira do Nascimento, falecido, e Raimunda Alves da Silva, genitora do *de cujus* Antônio Alves da Silva, promoveram ação de indenização por danos morais e materiais em face de Francisco Vandick Alencar. Para tanto, aduziram que, no dia 29 de junho de 2001, seus filhos dirigiram-se para a Fazenda Vitória, no Município de Cascavel, de propriedade do réu, a fim de realizar o transporte de determinada quantia de carvão vegetal e, ao chegarem lá, foram subitamente atacados por um enxame de abelhas proveniente de apiário localizado na própria fazenda. Em função da intensidade do ataque, ambos vieram a óbito na mesma data. Desta maneira, pugnaram as autoras pela condenação do promovido, a fim de que este fosse responsabilizado pelo fato, indenizando-as moral e materialmente.

Em contestação (fls. 65/70), o Sr. Francisco Vandick Alencar alegou, preliminarmente, a ilegitimidade ativa das promoventes. No mérito, aduziu culpa exclusiva das vítimas, uma vez que estas adentraram no imóvel sem qualquer autorização, assumindo, assim, os riscos oriundos de tal ato. Afirmou, ainda, que

não havia qualquer elemento capaz de comprovar que o enxame de abelhas era efetivamente do apiário existente na fazenda, uma vez que não fora realizada inspeção pericial no local. Por fim, contestou os parâmetros utilizados para o cálculo das indenizações, afirmando não serem estes razoáveis.

A preliminar de ilegitimidade ativa arguida pelo réu foi indeferida à fl. 99 dos autos, não tendo ocorrido a interposição de qualquer recurso.

A Sentença: às fls. 246/257, a magistrada da 25ª Vara Cível de Fortaleza decidiu pela procedência da ação. Transcrevo o dispositivo da sentença:

“Face ao exposto, julgo procedente o pedido, condenando a parte promovida a pagar danos materiais a título de lucros cessantes, a autora Maria Marta Moreira do Nascimento, o valor em R\$ 113.100,00; a autora Raimunda Alves da Silva, em R\$ 159.900,00; Condeno ainda a título de danos morais puros, não no valor requerido, mas em 100 (cem) salários mínimos, para cada autora, totalizando em 200 (duzentos) salários mínimos”.

A apelação: às fls. 259/263, o Sr. Francisco Vandick Alencar aduziu, em síntese, que não havia sido comprovado o nexo de causalidade entre o evento danoso e a sua possível culpa, devendo, portanto, a sentença ser totalmente reformada.

Contrarrazões: às fls. 266/267, pugnando pela manutenção do decisório proferido pelo juízo *a quo*.

É o relatório.

Revisão feita pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Lincoln Tavares Dantas.

VOTO

O caso versa sobre pleito indenizatório decorrente de ataque de enxame de abelhas que acabou por levar à morte os filhos das promoventes, ora apeladas. No presente feito discute-se: 1) a responsabilidade do proprietário da fazenda acerca do acontecido; e 2) o *quantum debeatur*. Por partes e em tópico segue este voto.

01. QUESTÃO DE ORDEM – preclusão da preliminar de ilegitimidade ativa *ad causam* (princípio do *tantum devolutum quantum appellatum*)

Compulsando os autos, constata-se que o apelante, quando de sua contestação, arguiu preliminar de ilegitimidade ativa *ad causam* sob o argumento de que as promoventes, por serem ascendentes dos *de cujus*, não teriam direito de representá-los em juízo. A magistrada de primeira instância rejeitou tal alegação nos seguintes termos (fl. 99):

“... sobre a preliminar arguida de legitimidade ativa, indefiro-a, vez que o promovido não provou se tinha algum sucessor sem ser as autoras”. (*sic*)

Da leitura pormenorizada das razões do apelo, observa-se claramente que esta matéria não foi devolvida para o segundo grau de jurisdição.

Desta forma, em virtude do princípio do *tantum devolutum quantum appellatum*, o Tribunal só pode conhecer a matéria *efetivamente impugnada* no recurso de apelação, consequência do princípio devolutivo, e expresso no Art. 515 do CPC (*Art. 515. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada*).

Enfim, fica impedida esta Relatora de, em Segundo Grau, analisar as matérias que não tenham sofrido impugnação, pois sobre elas incidira o instituto da preclusão, restando superadas.

Neste sentido vem se posicionando este egrégio Tribunal de Justiça como se extrai do seguinte excerto jurisprudencial:

“PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA DE PRESTAÇÕES CONDOMINIAIS. MATÉRIA SUSCITADA SOMENTE EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME PELA INSTÂNCIA *AD QUEM*. PRINCÍPIO DO *TANTUM DEVOLUTUM QUANTUM APPELLATUM*. SENTENÇA MANTIDA. 1. Ressalvadas as questões de ordem pública, que devem ser conhecidas de ofício e a qualquer tempo e grau de jurisdição, é vedado ao Juízo *ad quem* se pronunciar sobre matéria deduzida somente em sede de apelação, sob pena de ofensa ao princípio dispositivo e seu efeito devolutivo, assim como ao instituto da preclusão (CPC, arts. 2º, 128, 300, 302, 460 e 473). 2. Consoante preceitua o art. 515, do Código de Processo Civil, somente serão apreciadas as questões suscitadas e discutidas durante a primeira instância, quando devolvidas para a apreciação deste Tribunal *ad quem*, sob pena de ofensa ao princípio *tantum devolutum quantum appellatum*. 3. Apelação Cível conhecida e

improvida”. (TJCE; APC 2006.0003.1483-8/1; 1ª CÂMARA CÍVEL; Des. RAUL ARAÚJO FILHO, julgado em 23/06/2008; DJ de 08/07/2008)

Questão superada.

02. MÉRITO

2.1 – DA RESPONSABILIDADE DO APELANTE.

Diante do potencial lesivo e letal das abelhas, aqueles que se propõem a sua criação devem tomar as medidas possíveis e necessárias para minimizar os riscos da atividade, sob pena de responsabilidade, nos termos do Art. 1527 do CC/1916 (vigente à época), *in verbis*:

“Art. 1.527 - O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar:

I - que o guardava e vigiava com cuidado preciso;

II - que o animal foi provocado por outro;

III - que houve imprudência do ofendido;

IV - que o fato resultou de caso fortuito, ou força maior.”

O proprietário da fazenda, Sr. Francisco Vandick Alencar, ao explorar a atividade de criação de abelhas, tinha o dever de cercar-se de todos os cuidados possíveis para evitar que referidos insetos atacassem quem deles viesse a se aproximar, posto serem estes agressivos, cujo comportamento e reações não podem ser facilmente previstos.

Entretanto, não foi isso o que efetivamente aconteceu, conforme se depreende da farta prova testemunhal constante nos autos:

“... Que durante esse tempo nunca chegou a ser advertido por alguém do mencionado sítio acerca desse apiário, sobretudo a respeito das cautelas que deveria tomar quando se encontrasse no recinto da propriedade.” (trecho das declarações prestadas pelo Sr. Ozanan Crispim Vieira, vulgo “Sandoca”, no Inquérito Policial nº 121/2001 – fls. 36/37)

* * * * *

“... Que pelo que ficou sabendo, as vítimas não foram devidamente informadas a respeito da retirada do mel naqueles dias que

antecederam a citada ocorrência.” (trecho das declarações prestadas pela Sra. Maria Lucimar Soares de Freitas no Inquérito Policial nº 121/2001 – fls. 40/41)

* * * * *

“... que no local das abelhas não tem nenhum aviso da presença de apiário na área...” (trecho do depoimento do Sr. Antônio Bento Lopes – fls. 111/112)

* * * * *

“... que não sabia que próximo ao local de pegar carvão existia abelhas... que não existia nenhuma placa na fazenda e principalmente no local, avisando sobre as abelhas...” (trecho do depoimento do Sr. José Valter da Silva – fl. 240)

Como se observou, de modo quase unânime as testemunhas informaram que não havia sinalização ou qualquer outro tipo de advertência no local, circunstância que aponta para a culpa do apelante pelo ocorrido.

O próprio demandado, ao prestar esclarecimentos acerca do acontecido, admitiu a inexistência de providências no sentido de advertir aqueles que adentrassem na fazenda quanto ao risco materializado na existência de abelhas, que estavam sendo submetidas ao processo de extração de mel, fato que as torna ainda mais agressivas e perigosas:

“... Que o declarante não sabe dizer se são tomadas algumas medidas preventivas com relação à entrada de pessoas na fazenda quando vai ser feita a “batida” do mel, nem quais são essas medidas.” (trecho das declarações prestadas pelo Sr. Francisco Vandick Alencar, no Inquérito Policial nº 121/2001 – fls. 48/49).

* * * * *

“... que no local do apiário, não tem indicação de placas de proibição de entrada na fazenda por conta das abelhas...” (trecho do depoimento pessoal do Sr. Francisco Vandick Alencar – fls. 104/105).

Deste modo, conclui-se que os insetos não estavam bem guardados ou, no mínimo, não eram conservados pelo seu proprietário de forma a se prevenir toda sorte de resultado lesivo.

O apelante, em seu depoimento, aduziu que não havia necessidade de indicar a presença das abelhas no local, pelo fato de que “a fazenda é propriedade privada” (trecho de fl. 105).

Neste ponto, faz-se necessário colacionar o posicionamento firmado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que, em brilhante voto, que em tudo e por tudo se adequa às especificidades do caso em apreço, bem delimitou a responsabilidade daqueles que exercem a atividade apiária. Veja-se:

“AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. ATAQUE DE ABELHAS SILVESTRES. MORTE DA VÍTIMA. RESPONSABILIDADE POR FATO OU GUARDA DE ANIMAIS. Tendo os réus, por conta e risco seu, colocado caixa de abelhas para aliciar abelhas silvestres e coletarem mel, nas proximidades da divisa com a propriedade da vítima, que disso não tinha conhecimento, culminando atacado por um enxame e morrendo de choque anafilático pouco depois, respondem pelos danos daí advindos, por não terem guardado e vigiado devidamente os insetos. Desimportante ao desate da lide o fato de que a vítima adentrou poucos metros a propriedade alheia, para indicar o correto caminho da patola que limpava o mato. Imprudência da vítima não caracterizada, porquanto não lhe era dado prever o perigo, já que a caixa se escondia sob mato fechado, sem qualquer admoestação. Em contrapartida, desidiosos os réus, por não terem se acautelado e prevenido o risco, sempre possível, em se tratando de insetos cujo potencial reativo era desconhecido. DANOS MATERIAIS. Devem os réus reembolsar à autora as despesas com o enterro do falecido e túmulo. Indevido o ressarcimento das despesas com o inventário, que não dizem diretamente com o ilícito. DANOS MORAIS. DANO *IN RE IPSA*. QUANTIFICAÇÃO. Fixada a indenização em R\$ 20.000,00, acentuando-se o aspecto pedagógico da condenação, e na ausência de elementos que indiquem a situação financeira dos réus, que se apresentam como pequenos agricultores. SENTENÇA MODIFICADA. APELO PARCIALMENTE PROVIDO.” (TJRS; Apelação Cível Nº 70010778850, Décima Câmara Cível, Relatora: Des. Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira, Julgado em 27/04/2006) (destacamos)

Corroborando com a tese ora defendida, veja-se o seguinte posicionamento do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, em caso símile, a respeito da matéria:

“INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. ATAQUE DE ANIMAL. - Aqueles que possuem animais têm o dever de precaver-se para que permaneçam sempre em locais seguros e dos quais não possam escapar e atacar transeuntes. - As circunstâncias do evento e os transtornos de saúde infligidos ao Autor são típicos de sofrimento moral, cuja reparação deve ser atribuída à Ré.” (19990110913518APC, Relator GETÚLIO MORAES OLIVEIRA, 2ª Turma Cível, julgado em 17/04/2006, DJ 29/05/2006 p. 194) (destacamos)

Finalmente, cumpre esclarecer que não prospera a alegativa de “invasão” da propriedade, como parece ser o argumento central da defesa.

As vítimas não eram invasores, que teriam burlado sistemas de segurança ou mesmo cercas divisórias, para, por sua conta e risco, entrarem na propriedade do requerido e culminarem, por uma fatalidade, atingidos pelo enxame.

Os *de cujus* eram, na verdade, “ajudantes de caminhão”, que, como em outras oportunidades, apenas auxiliariam no carregamento da carga de carvão vegetal adquirida junto ao preposto do proprietário da fazenda.

Logo, plenamente caracterizada a responsabilidade do Sr. Francisco Vandick Alencar pelo ocorrido, devendo o dano ser reparado.

2. 2– DO QUANTUM DEBEATUR.

2.2.1 – Do dano material.

No que concerne ao pleito de redução dos danos materiais, assiste razão ao apelante, posto que a indenização foi fixada em R\$ 113.100,00 (cento e treze mil e cem reais) para a Sra. Maria Marta Moreira do Nascimento e em R\$ 159.900,00 (cento e cinquenta e nove mil e novecentos reais) para a Sra. Raimunda Alves da Silva, valores que exorbitam dos ditames jurisprudenciais.

Conforme os debates doutrinários e jurisprudenciais sobre a pensão prevista no inc. II do Art. 1537 do CC/1916 (vigente à época), deve-se considerar o que a vítima efetivamente contribuiria para seus dependentes, considerando seus gastos pessoais. Nestes termos, firmou-se o entendimento de que a quantia mensal deve corresponder a 2/3 de todos os rendimentos auferidos pelo falecido

até a data em que este completaria 25 anos, idade presumida em que constituiria a sua própria família, reduzindo-se a partir de então tal proporção para 1/3, até a data em que atingiria os 65 anos.

Este é o posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça como se depreende do excerto jurisprudencial que segue transcrito:

“CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. QUEDA DE TREM. MORTE DE PASSAGEIRO QUE VIAJAVAM EM ESCADA DA LOCOMOTIVA. CULPA CONCORRENTE. DANOS MORAIS E MATERIAIS DEVIDOS. REGIMENTO INTERNO, ART.257. I. Admissível a concorrência de culpa em transporte ferroviário, quando verificado comportamento aventureiro da vítima, a dificultar, consideravelmente, a eficiência do serviço de fiscalização da empresa transportadora. Redução do valor, em face da concorrência de culpas, à metade. II. Danos morais e materiais devidos, estes, na esteira de precedentes jurisprudenciais, em 2/3 do salário mínimo até a idade em que o de cujus completaria 25 anos, reduzida para 1/3 a partir de então, em face da suposição de que constituiria família, aumentando suas despesas pessoais com o novo núcleo formado, de acordo com tabela utilizada pela Previdência Social. III. Prestações vincendas garantidas, a critério da ré, ou pela formação de capital, ou mediante caução. IV. Recurso especial conhecido em parte e parcialmente provido” (STJ; REsp 746894/SP, julgado em 15.08.2006, publicado no DJ de 18.09.2006. p. 327). (destacamos)

No caso dos autos, não restou comprovado quanto cada uma das vítimas auferia mensalmente. Deste modo, adotar-se-á como parâmetro o salário mínimo nacional.

Percebe-se, contudo, que o Sr. Paulo Moreira do Nascimento, na data do ocorrido, contava com 36 (trinta e seis) anos de idade e o Sr. Antônio Alves da Silva, com 24 (vinte e quatro) anos, devendo-se, deste modo, observar a idade de cada um deles para aplicação dos limites acima referidos.

2.2.2 – Do dano moral.

A dificuldade na mensuração da extensão do *quantum debeatur*, em casos que tais, é de complexa aferição. Em verdade, é impossível tarifar em dinheiro o sentimento íntimo de dor de uma pessoa, mas a compensação monetária se presta a suavizar, nos limites das forças humanas, os males injustamente produzidos.

Convém recordar, entretanto, que a fixação do *quantum* pertinente à condenação civil deve observar a orientação que a jurisprudência dos Tribunais têm consagrado no exame do tema, notadamente no ponto em que o magistério jurisprudencial, pondo em destaque a dupla função inerente à indenização civil por danos morais, enfatiza, quanto a tal aspecto, a necessária correlação entre o caráter punitivo da obrigação de indenizar, de um lado, e a natureza compensatória referente ao dever de proceder à reparação patrimonial, de outro.

Definitiva, sob tal aspecto, a lição de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA (“Responsabilidade Civil”, p. 55 e 60, itens ns. 45 e 49, 8ª ed., 1996, Forense), cujo magistério assim discorre:

“Quando se cuida do dano moral, o fulcro do conceito ressarcitório acha-se deslocado para a convergência de duas forças: ‘caráter punitivo’ para que o causador do dano, pelo fato da condenação, se veja castigado pela ofensa que praticou; e o ‘caráter compensatório’ para a vítima, que receberá uma soma que lhe proporcione prazeres como contrapartida do mal sofrido.

(...)

O problema de sua reparação deve ser posto em termos de que a reparação do dano moral, a par do caráter punitivo imposto ao agente, tem de assumir sentido compensatório. (...). Somente assumindo uma concepção desta ordem é que se compreenderá que o direito positivo estabelece o princípio da reparação do dano moral. A isso é de se acrescentar que na reparação do dano moral insere-se uma atitude de solidariedade à vítima (Aguiar Dias).

A vítima de uma lesão a algum daqueles direitos sem cunho patrimonial efetivo, mas ofendida em um bem jurídico que em certos casos pode ser mesmo mais valioso do que os integrantes de seu patrimônio, deve receber uma soma que lhe compense a dor ou o sofrimento, a ser arbitrada pelo juiz, atendendo às circunstâncias de cada caso, e tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido. Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva. Mas é certo que a situação econômica do ofensor é um dos elementos da quantificação, não pode ser levada ela ao extremo de se defender que as suas más condições o eximam do dever ressarcitório”.

Ainda sobre o tema, qual seja, de que o valor fixado não deve ser tão expressivo, sob pena de representar enriquecimento sem causa, nem tão diminuto, a ponto de se tornar irrisório, transcrevo julgados da Superior Corte de Justiça:

“O valor de uma indenização por dano moral deve ser estipulado levando-se em conta as condições pessoais dos envolvidos, para se evitar que a quantia a ser paga pareça mais um ‘prêmio’ ao ofendido, indo muito além da recompensa ao desconforto, por desproporcional ao padrão econômico da vítima” (STJ – 4ª Turma, Rel. Min. César Asfor Rocha – J. 22/01/2001) (grifei)

“O arbitramento da condenação a título de dano moral deve operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao porte empresarial das partes, suas atividades comerciais, e, ainda, ao valor do negócio, 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, notadamente à situação econômica atual, e às peculiaridades de cada caso”. (STJ – Resp. nº 173.366 – SP – 4ª T. Rel. Min. Sávio Figueiredo Teixeira – DJU 3/5/1999).

Isso posto, percebo que, na sentença atacada, o MM. Juízo fixou a indenização em patamar que exorbita a justa medida para a hipótese. Na referida decisão, o arbitramento do dano, no valor correspondente a 100 (cem) salários mínimos em relação a cada uma das vítimas, mostrou-se excessivo, motivo pelo qual a sentença guerreada deve ser reformada, reduzindo-se tal quantia para o montante de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) para cada uma das apeladas.

Tal redução tem por finalidade observar as peculiaridades do caso em apreço, considerando-se, inclusive, as condições financeiras do apelante, que não foram suficientemente demonstradas durante a instrução probatória. Ao contrário, colhe-se dos autos que o Sr. Francisco Vandick Alencar é aposentado e encontrava-se com a saúde comprometida, conforme depoimento de fls. 48/49.

DISPOSITIVO

Assim, por todo o exposto, conheço da apelação interposta, para dar-lhe parcial provimento, reformando a sentença recorrida somente para reduzir os valores arbitrados a título de indenização por danos morais e materiais, nos termos anteriormente fixados.

É como voto.

Fortaleza, 19 de agosto de 2009.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2005.0009.1216-8/1 DE FORTALEZA

RELATOR: DES. RÔMULO MOREIRA DE DEUS

APELANTE: MARIA EDITE MUNIZ SALDANHA

APELADO: ESTADO DO CEARÁ

RELATOR: DES. RÔMULO MOREIRA DE DEUS

EMENTA: CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. INCLUSÃO DO MARIDO COMO DEPENDENTE DE SERVIDORA PÚBLICA JUNTO À PREVIDÊNCIA SOCIAL. PRELIMINARES INCONSISTENTES. CONDIÇÕES DA AÇÃO DELINEADAS. APLICAÇÃO DO POSTULADO ISONÔMICO. PREVISÃO NO ORDENAMENTO EM VIGOR. CONSENSO JURISPRUDENCIAL.

1. A servidora pública é co-legitimada para pleitear em juízo a inscrição de seu marido como dependente junto à Previdência Social, pois é ela a titular da relação jurídico-estatutária da qual decorrem os direitos dos dependentes, que aderem aos benefícios e serviços do sistema previdenciário não por vínculo originário, mas derivado, em razão do status funcional e da filiação obrigatória da funcionária segurada.

2. Contra-senso alegar carência de interesse processual se a providência pleiteada faz-se necessária à fruição de um direito legalmente previsto, mas que esbarra com a renitência do poder público em não o reconhecer. Preliminares infundadas e por isso rejeitadas.

3. Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, sendo inadmissível exigir-se apenas ao marido a comprovação de invalidez ou dependência econômica para fins previdenciários, agravando-lhe a situação com base em desequiparação arbitrária inconciliável com a igualdade jurídica entre os gêneros plasmada na Constituição Federal.

4. A legislação previdenciária em vigor no Estado do Ceará, pós-Constituição de 88, reporta-se ao cônjuge supérstite para fins de dependência presumida, sem discriminá-lo se marido ou mulher, consolidando, de uma

vez por todas, a inteligência e o objetivo de uma clara e irreversível transição para um modelo social que repudia a discriminação de gênero, ao mesmo tempo em que consagra a prática afirmativa e republicana da igualdade.

5. Posição invariável do Tribunal.

6. Apelo provido para julgar procedente a demanda. Honorários arbitrados em R\$ 1.000,00, sem condenação dos promovidos ao pagamento de custas processuais, pois Estado e suas respectivas autarquias estão legalmente dispensados de fazê-lo, a teor de norma isentiva expressa no Regimento de Custas – Lei n. 12.381/94, art. 10, inciso I.

7. Unanimidade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Desembargadores integrantes da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, na conformidade da ata de julgamento, por deliberação unânime, em conhecer e dar provimento ao apelo da autora para declarar procedente a pretensão deduzida, condenados os promovidos ao pagamento de honorários fixados em R\$ 1.000,00 (mil reais), excluídas da condenação as custas processuais, ante a existência de dispositivo legal isentivo, tudo nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 03 de novembro de 2009.

RELATÓRIO

Trata-se de ação movida por servidora pública a fim de incluir o marido como dependente junto à previdência estadual, pretensão que restou indeferida na instância *a quo*, fixado o entendimento de que inexistiria previsão legal específica a tutelar o direito vindicado (f. 101-104).

A Segurada apelou (f. 105-110), insistindo na igualdade ditada pelo texto constitucional (arts. 5º, I e 201, V, CF), além de ressaltar que o ordenamento local garante ao cônjuge a percepção de benefícios previdenciários, sem discriminá-lo se varão ou virago, conforme se lê nos arts. 331, §2º, III, da Constituição Estadual e 6º, parágrafo único, I, da Lei do SUPSEC (LC n. 12/99).

Recurso contra-arrazoado (f. 112-123), vendo-se que o parecer ministerial é pelo provimento da apelação.

É o breve relatório.

VOTO

Há preliminares suscitadas em contra-razões, todavia, sem consistência jurídica, a começar pela arguição de ilegitimidade ativa da parte autora.

A servidora pública é co-legitimada para pleitear em juízo a inscrição de seu marido como dependente junto à Previdência Social, pois é ela a titular da relação jurídico-estatutária da qual decorrem os direitos dos dependentes, que aderem aos benefícios e serviços do sistema previdenciário não por vínculo originário, mas derivado, em razão do status funcional e da filiação obrigatória da funcionária segurada.

E é justamente a titularidade da relação jurídico-funcional que termina por conferir à Autora apelante legitimidade ordinária individual, habilitando-a processualmente para agir em defesa de um direito que também lhe diz respeito, afinal, é a própria legislação local que lhe confere a prerrogativa de formalizar a inscrição de seus dependentes perante a instituição previdenciária, instruindo-a com a documentação adequada (art. 9º, §1º, Lei n. 10.776/82).

Na diretiva, precedentes deste Tribunal, transcritos no que interessa:

“A legitimidade ativa da autora decorre do fato de ser com esta a relação jurídica originária da dependência pretendida e é tanto com esta como com o pretenso beneficiário que se instaura o conflito.” (ED 2007.0017.4334-0/3, Relator Des. Lincoln Tavares Dantas, 4ª Câmara Cível, j. 01.04.2009, DJ 24.04.2009);

“Cuida-se de demanda referente à extensão de benefícios securitários ao cônjuge varão, em razão da condição estatutária de sua consorte. Legitimidade desta para tomar parte no pólo ativo da relação processual, configurando espécie de litisconsórcio facultativo unitário ativo.” (Ap. n. 2006.0029.7175-5/1, Relator Des. José Mário dos Martins Coelho, j. 08.06.2009, DJ 24.06.2009).

Portanto, rejeita-se a preliminar de ilegitimidade ativa.

Também não tem cabimento jurídico a suposta falta de legitimação passiva.

A Secretaria do Planejamento e Gestão – órgão governamental do primeiro escalão administrativo – é quem gerencia, na atualidade, o SUPSEC,

sistema único de previdência do funcionalismo civil e militar, dos agentes públicos e membros de Poder (cf. Lei Complementar n. 62/2007), daí a razão de ser da presença do Estado no polo passivo da demanda, cujo atendimento – diga-se de passagem – repercutirá inevitavelmente nos cofres públicos, certo que o custeio da assistência à saúde dos servidores e seus dependentes é bancado integralmente pelo Tesouro Estadual.

No ponto, alerta recolhido dos anais desta Turma, pela pena do Desembargador José Arísio Lopes da Costa, para quem “tendo o Estado do Ceará substituído o IPEC, na função previdenciária, através do SUPSEC, sua integração se faz necessária à lide, a considerar que o pedido autoral, uma vez atendido, exercerá influência patrimonial de monta sobre sua esfera jurídica” (Ap. Cível 2006.0022.1528-4/1, DJ 04.08.2008).

No rumo, precedente explicativo igualmente pinçado da jurisprudência local:

“Ao instituir o novo e atual Sistema Único de Previdência próprio dos servidores públicos estaduais, regidos por normas de direito administrativo, o Estado do Ceará atribuiu à Administração Direta a competência para gerir o SUPSEC, afastando a autarquia estadual, o IPEC, responsável pelo sistema anterior. [...] Com a evolução ocorrida na legislação de regência do novo sistema, desde a época de propositura da presente ação até hoje, o IPEC foi gradualmente perdendo ou esgotando aquela competência residual para a apreciação de pleitos relativos a obrigações e débitos previdenciários concernentes ao período anterior à instituição do SUPSEC. Presentemente, com a edição da Lei Estadual n. 13.875, de 07 de fevereiro de 2007, o IPEC perdeu completamente a legitimidade para figurar no pólo passivo de demandas previdenciárias, pois, por vontade estatal, passou a ser denominado de ISSEC – Instituto de Saúde dos Servidores do Estado do Ceará, ficando responsável, exclusivamente, pelo atendimento à saúde dos servidores públicos estaduais, cabendo, a partir de então, à administração direta (Coordenadoria Previdenciária da Secretaria de Planejamento e Gestão – SEPLAG) responder pelas prestações previdenciárias de qualquer período, principalmente as reconhecidas em lide onde o próprio Estado figurou, desde o início, no pólo passivo. Na hipótese, como visa o promovente a sua inclusão como dependente de ex-servidor estadual tanto para fins previdenciários quanto para fins de assistência médico-hospitalar, não há dúvidas de que tanto o IPEC, atualmente denominado de ISSEC, quanto o Estado do Ceará possuem legitimidade passiva.” (TJCE, Ap. Cível n. 2000.0106.5191-9/1, 1ª Câmara Cível, Rel. Des. Raul Araújo Filho, DJ 28.09.09).

Nesses termos, descarta-se a ilegitimidade passiva do Estado.

No que concerne à ausência do interesse de agir, o certo é rejeitá-la, pois o fato de a legislação em vigor permitir a inscrição *post mortem* não elide o interesse do segurado em promovê-la ainda em vida, sobretudo porque tal providência é condição essencial e imprescindível para acesso dos dependentes aos serviços de assistência à saúde prestados pela rede credenciada, conforme expressa exigência legal (Art. 9º, caput, Lei n. 10.776/82).

No tópico, decisão proferida pela Segunda Câmara Cível desta Corte, cujos fundamentos foram confirmados pelo STJ (REsp 1117004, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ 01.07.2009), convindo transcrevê-los no suficiente:

“[...] O fato de o benefício previdenciário ser devido independentemente de inscrição ou de ser esta exigível somente quando do requerimento de benefício não retira a legitimidade do ente estatal nem suprime o interesse de agir na medida em que garante ao dependente o reconhecimento de sua qualidade de segurado, podendo o interesse de agir limitar-se à declaração da existência ou inexistência de determinada relação jurídica (CPC, art. 4º), inclusive a de natureza estritamente previdenciária, a determinar a presença do Estado do Ceará no pólo passivo da demanda.” (AI 2008.0007.4668-8/0, Rel. Des. Gizela Nunes da Costa, DJ 07.05.2008).

Na esteira desse raciocínio, não há que se falar em ausência de interesse de agir.

Superadas as preliminares, a matéria de fundo não enseja inéditas considerações.

Em sucessivos julgamentos, este Tribunal declarou inadmissível condicionar a inscrição do marido, para fins previdenciários, à comprovação de dependência econômica ou estado de invalidez, requisitos que não são exigíveis à mulher, configurando fator de *discrímen* incompatível com o preceito da isonomia que se inscreve nos quadros da sociedade igualitária proclamada desde o preâmbulo da Constituição de 88.

Acentue-se que a legislação previdenciária em vigor no Estado do Ceará não faz mais qualquer distinção entre marido e mulher para fins de pensões estatutárias, vendo-se que a Lei Complementar n. 12/99 e o Decreto n. 25.820/2000 reportam-se ao cônjuge, sem discriminá-lo se marido ou mulher, consolidando, de uma vez por todas, uma clara e irreversível transição para um modelo social que repudia a discriminação de gênero, ao mesmo tempo em que consagra a prática afirmativa e republicana da igualdade.

Esse o quadro, óbvia a percepção de que a sentença vacilou na

aplicação do direito, conferindo-lhe interpretação defasada, dissociada da realidade jurídica atual e da elaboração jurisprudencial prevalecente, isso sem contar o desprezo aos valores plasmados pela Lei Maior, sob cujo influxo todo e qualquer esforço interpretativo há de pautar-se.

Os julgados desta Corte confirmam a verdade do que dito:

“CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. INCLUSÃO DO MARIDO COMO DEPENDENTE DE SERVIDORA PÚBLICA JUNTO À PREVIDÊNCIA SOCIAL. PRELIMINARES INFUNDADAS. PRESENÇA DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO. POSTULADO ISONÔMICO. PREVISÃO NA LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA EM VIGOR. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. 1. A inscrição como dependente previdenciário é requisito de acesso aos benefícios e serviços assistenciais à saúde, figurando como partes legítimas para compor o polo passivo de pretensões que tais o Estado e a autarquia previdenciária. 2. Sendo manifesta a resistência do poder público em incluir o marido da servidora como dependente previdenciário, contra-senso alegar ausência de interesse processual ou impossibilidade jurídica do pedido, sobretudo ante a singela razão de que a inclusão pretendida faz-se essencial e imprescindível para a fruição dos serviços de assistência à saúde prestados pela rede credenciada do Estado. Preliminares infundadas e por isso rejeitadas. 3. Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, sendo inadmissível exigir-se apenas ao marido a comprovação de invalidez ou dependência econômica para fins previdenciários, agravando-lhe a situação com base em desequiparação arbitrária inconciliável com a igualdade jurídica entre os gêneros plasmada na Constituição Federal. 4. A legislação previdenciária em vigor no Estado do Ceará, pós-Constituição de 88, reporta-se ao cônjuge supérstite para fins de dependência presumida, sem discriminá-lo se marido ou mulher, consolidando, de uma vez por todas, a inteligência e o objetivo de uma clara e irreversível transição para um modelo social que repudia a discriminação de gênero, ao mesmo tempo em que consagra a prática afirmativa e republicana da igualdade. 5. Posição invariável do Tribunal definida por iterativos precedentes, sedimentado o entendimento de que é inadmissível condicionar a inscrição do marido, para fins previdenciários, à comprovação de dependência econômica ou estado de invalidez, requisitos que não são exigíveis à mulher, configurando fator de desigualação erigido em critério de discrimen incompatível com o preceito da isonomia. 6. Apelo provido para julgar procedente a ação. Honorários arbitrados em R\$ 1.000,00, sem condenação dos promovidos ao pagamento de custas processuais, pois Estado e suas respectivas autarquias estão legalmente dispensados de fazê-lo, a teor de norma isentiva expressa no Regimento de Custas - Lei n. 12.381/94, art. 10, inciso I. 7.

Unanimidade.” (Ap. Cível n. 2000.0089.7533-8/1, de minha relatoria, julgada em 08.06.2009);

“APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO SUPERINTENDENTE DO INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DO ESTADO DO CEARÁ - IPEC. INCLUSÃO DE MARIDO COMO DEPENDENTE DE SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL. RESTRIÇÃO IMPOSTA PELO ART. 7º, INCISO I, DA LEI ESTADUAL Nº 10.776/1982. DISPOSITIVO NÃO RECEPCIONADO PELA HODIERNA ORDEM CONSTITUCIONAL. OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. 1. Não foi recepcionada pela ordem constitucional hodierna, por ofensa ao princípio da isonomia, a restrição imposta pelo art. 7º, inciso I, da Lei Estadual n. 10.776/1982, que limita a inclusão como dependente de servidora pública apenas ao marido que comprove sua condição de invalidez e dependência econômica 2. Mencionada exigência, não imposta às esposas dos servidores públicos, também não se coaduna com o art. 331, §1º, inciso II, alínea “a”, da Constituição Estadual, o qual assegura, dentre outros benefícios, pensão por morte do segurado em favor do cônjuge supérstite, companheiro ou companheira, sem limitar o benefício em razão de gênero, invalidez ou dependência econômica, como o fez a Lei Estadual n. 10.776/1982. 3. Do mesmo modo, a Lei Complementar Estadual n. 12/1999, regulamentada pelo Decreto Estadual n. 25.821/2000, indica o cônjuge supérstite, o companheiro ou a companheira, dentre os dependentes do Sistema Único de Previdência Social dos Servidores Públicos. 4. “É firme o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que afronta o princípio constitucional da isonomia lei que exige do marido, para fins de recebimento de pensão por morte da mulher, a comprovação de estado de invalidez.” (STF, Primeira Turma, RE 414.263 AgR/MG, Relator Ministro Carlos Britto, julgado em 10.02.2009, DJe 13.03.2009. No mesmo sentido: STF, Segunda Turma, RE 551.112 AgR/MG, Relator Ministro Cezar Peluso, julgado em 30.09.2008, DJe 14.11.2008.) 5. Evidenciada a ilegitimidade da decisão administrativa do Superintendente do Instituto de Previdência do Estado do Ceará, que indeferiu o pedido de inscrição de dependente para usufruto dos benefícios oferecidos pela mencionada entidade autárquica. 6. Recurso conhecido e provido.” (Ap. Cível n. 2006.0016.8936-3/1, Rel. Des. Celso Albuquerque Macêdo, julgada em 29.06.2009);

“CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. APELAÇÃO CÍVEL. INSCRIÇÃO DE MARIDO COMO DEPENDENTE DE SERVIDORA PÚBLICA JUNTO AO ÓRGÃO PREVIDENCIÁRIO. VALIDADE. DECRETO ESTADUAL N. 25.821/2000. SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL. ART. 194 e 201, “V”, DA CF/88. ENTENDIMENTO DOMINANTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA ALENCARINO. Definindo o art. 194, da Carta Política, a seguridade social como um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade destinado a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social, financiada por uma fonte única de custeio, incabível dissociar essas ações, sob pena de incorrer em bitributação. A auto-aplicabilidade do art. 201, V, da Augustina Carta de 1988, cuja norma resguarda a pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes. Isso significa que o citado preceito constitucional detém eficácia plena e aplicabilidade imediata, não dependendo, pois, de norma infraconstitucional para surtir efeitos. A inscrição de marido de segurada como dependente não transgredir qualquer norma constitucional e, atualmente, é amparada pelo que disciplinam os arts. 6º e 7º, do Decreto Estadual n. 25.821/2000, bem como pelo princípio isonômico estabelecido na Constituição Federal. Apelo conhecido e provido.” (Ap. Cível n. 2005.0020.1730-1, Rel. Des. Lincoln Tavares Dantas, julgada em 08.04.2009).

Os precedentes exaurem o assunto e dispensam comentários, sendo de rigor a reforma da decisão *a quo*, a fim de reconhecer a procedência do pedido da Servidora apelante, no sentido de incluir o marido como dependente previdenciário, inclusive para fins assistenciais, afinal, ilógico e injurídico exorcizar discriminações em prol do varão para fins de pensão por morte e ao mesmo tempo persistir na restrição de gênero para alijá-lo das prestações e serviços em matéria de saúde.

Ante o exposto, dá-se provimento ao apelo da autora para julgar procedente a ação, condenando-se os promovidos ao pagamento de honorários arbitrados em R\$1.000,00 (mil reais), a serem rateados igualmente entre os vencidos, excluída da condenação o pagamento de custas processuais, ante a existência de norma isentiva em favor do Estado e suas autarquias – Lei n. 12.381/94, art. 10, inciso I.

Fortaleza, 03 de novembro de 2009.

Nº 2005.0014.3369-7 – APELAÇÃO CÍVEL
COMARCA - FORTALEZA
APELANTE - DIAGEO BRANDS BV
APELANTE - DIAGEO BRASIL LTDA
APELADO - GAC IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA
RELATOR - DES JOSÉ MÁRIO DOS MARTINS COELHO

**EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL -
PROPRIEDADE INDUSTRIAL DE MARCA -
IMPORTAÇÃO PARALELA - LEGALIDADE**

1. O registro validamente expedido assegura ao seu titular o direito de uso exclusivo da marca em todo o território nacional, mas não constitui óbice à livre concorrência entre produtos autênticos da mesma marca de origens diversas.

2. Se a função moderna da marca é distinguir produtos e serviços entre si, a importação paralela de produtos autênticos em nada afeta os direitos do proprietário da marca.

3. A aplicação da técnica da interpretação conforme a Constituição ao art. 132, inciso III, da Lei 9.179/96, enseja a conclusão de que só é vedada a importação paralela de produtos contrafeitos, que imitam, reproduzem ou falsificam fraudulentamente outros de marca registrada.

4. Apelação Improvida. Sentença Confirmada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos da Apelação Cível Nº 2005.0014.3369-7, acordam os Desembargadores da 1ª Câmara Cível, por unanimidade, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do eminente Desembargador Relator.

Fortaleza (CE), 24 de junho de 2008

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta por DIAGEO BRANDS

BV e DIAGEO BRASIL LTDA, em que é apelada GAC IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA, impugnando sentença formalmente única proferida pelo Juiz de Direito da 4ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza que, a um só tempo, julgou procedentes os pedidos formulados pela ora apelada, nos autos do processo N° 2005.0015.3787-5, e improcedentes os pleitos veiculados pelas ora apelantes, nos autos do processo N° 2005.0014.3369-7.

As partes litigam sobre o direito de comercialização, no mercado brasileiro, de produtos identificados por marcas de propriedade das apelantes, mas importados pela apelada diretamente de terceiros que os distribuem em outros países.

Aduzem os recorrentes, como causa de pedir a reforma da sentença emanada do juízo de primeiro grau, que são titulares exclusivos dos direitos de propriedade e de exploração comercial, no mercado interno, dos produtos identificados pelas marcas “JOHNNIE WALKER”, “WHITE HORSE” e “BLACK & WHITE”, direitos esses que estariam sendo reiteradamente violados pela importação ilegal dos mencionados produtos realizada pela apelada, posto que adquiridos diretamente de terceiros em outros países e internalizados sem o consentimento dos proprietários das marcas no Brasil, os ora apelantes.

A decisão recorrida concluiu que *“a norma jurídica do art. 132 da LPI visa, apenas, proteger os direitos de propriedade do titular da marca, mas não tendo em mira o produto por ele colocado no mercado – evento tal que faz esgotar os direitos sobre a marca – mas, sim, visando impedir a importação paralela, que só ocorre quando a mercadoria é objeto de contrafação”*. A sentença impugnada inferiu, pois, que a ordem jurídica vigente não tutela pretensão do titular dos direitos de propriedade intelectual sobre determinada marca, para o específico fim de impedir a importação de produtos genuínos, pelo só e único fundamento da ausência do consentimento do proprietário da marca.

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

É o breve relatório.

VOTO

DIAGEO BRANDS BV e DIAGEO BRASIL LTDA impugnam, mediante o recurso de apelação *sub examine*, sentença proferida pelo Juiz de Direito da 4ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza que, decidindo simultaneamente as ações 2005.0014.3369-7 e 2005.0015.3787-5, julgou procedentes os pedidos

veiculados por GAC IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA e improcedentes os pedidos contrapostos veiculados pelas ora apelantes, na ação conexa.

Os recorrentes, aduzindo que a apelada estaria promovendo a importação ilegal de produtos identificados por marcas de sua exclusiva propriedade, para o mercado brasileiro, postularam a condenação da recorrida na obrigação de não fazer, consistente na cessação imediata da importação, distribuição e comercialização dos mencionados produtos, bem assim a reparação de danos materiais, a serem fixados em liquidação de sentença, na forma do art. 210, da Lei 9.276/96.

A apelada, de sua vez, ao promover a ação conexa, postulou a condenação da segundo apelante na obrigação de não fazer, consubstanciada na imediata cessação da recusa de vender-lhe os produtos de suas marcas, em igualdade de condições das vendas realizadas aos demais clientes. Requereu ainda a declaração judicial do direito de importar produtos identificados pelas marcas registradas no Brasil em nome das apelantes, bem assim a condenação dessas a indenizarem os lucros cessantes, assim considerados aqueles não auferidos no período em que a apelada esteve impedida de comercializar os produtos identificados pelas marcas de propriedade das recorrentes, a partir de março de 2004, com base na média das compras dos referidos produtos realizadas pela apelada, nos 12 (doze) meses anteriores à interrupção da importação, mediante o arbitramento do lucro em 30% (trinta por cento).

Princípio pela apreciação do agravo retido, que impugnou a decisão de indeferimento da contradita de testemunha, por haverem os apelantes assim expressamente requerido, quando da interposição do recurso de apelação.

Consta dos autos que na audiência realizada no dia 09 de abril de 2007, as apelantes contraditaram a testemunha Reginaldo Sobreira Lucena, arrolada pela recorrida, mas o pleito foi indeferido pelo juiz da causa, sob o fundamento da extemporaneidade.

Sucedê que a documentação do depoimento da referida testemunha dá a conhecer, de modo inequívoco, que a contradita foi formalizada somente após ultimadas as perguntas formuladas pelo juiz e pelo advogado da apelada. Efetivamente, está consignado no respectivo termo, *verbis*: “*Passada a palavra à advogada das promovidas, esta nada perguntou, porém se manifestou que queria contestar a testemunha pelo fato da testemunha ser amiga do proprietário da empresa promotora*”. (fls 660/661)

Ora, o art. 414, § 1º, do Código de Processo Civil, dispõe que a prova ou a confissão dos fatos que fundamentam a contradita implicam, a critério do juiz, a dispensa da testemunha ou sua inquirição sem o prévio compromisso de dizer a verdade. Parece óbvio, portanto, que a oportunidade para a contradita da

testemunha é até o início do depoimento, na medida em que seu “*propósito é justamente evitá-lo, ou quando menos excluir o compromisso*”, no dizer de Antônio Carlos Marcato. É possível, todavia, que o motivo do impedimento ou da suspeição da testemunha venha ser conhecido apenas no curso do depoimento. Em tal hipótese, deverá ser requerida de imediato a interrupção e a invalidação da inquirição, sob pena de preclusão.

A contradita, por conseguinte, conforme denota NELSON NERY JUNIOR possui uma etapa procedimental própria para sua argüição.

O festejado processualista ao discretear sobre a matéria, aponta “o momento final para a argüição da contradita”, nele vislumbrando a exurgência da preclusão, ressaltando que “*A contradita deve ser levantada logo após a qualificação da testemunha, podendo ser argüida até o momento imediatamente anterior ao início do depoimento. Iniciado este, estará preclusa a faculdade de contraditar a testemunha*”(Conf. NÉLSON NERY JÚNIOR, CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL COMENTADO E LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE, ampliada e atualizada, Revista dos Tribunais, ed. 2007,pg. 645. No mesmo sentido RT 637/162, JTA, 33/272).

Por tais razões, demonstrada a intempestividade da contradita da testemunha, conheço do agravo retido, entretanto para negar-lhe provimento.

Passo, sem mais proêmos, à apreciação do mérito da apelação.

Os fundamentos da apelação consistem na argüição de que a sentença recorrida realizou interpretação equivocada do art. 132, inciso III, da Lei 9.279/96; não analisou a existência e os efeitos do contrato de distribuição exclusiva, negou aplicação ao art. 195, inciso III, da Lei 9.279/96, ao permitir a importação por terceiros de produtos com marca registrada no território nacional, sem autorização do titular e, por fim, condenou indevidamente os apelantes ao pagamento de lucros cessantes.

Prefacialmente cumpre consignar que a prova documental que instrui os autos autoriza ter como incontroverso o fato de que a primeira apelante é a proprietária das marcas “*JOHNNIE WALKER*”, “*WHITE HORSE*” e “*BLACK & WHITE*” no Brasil, bem assim que a segunda apelante, por força de disposição contratual, é a distribuidora exclusiva dos produtos identificados por tais marcas no mercado brasileiro.

Dito isso, convém notar que, no Brasil, foi a Constituição Federal mesma que erigiu a propriedade privada à condição de direito individual fundamental (art. 5º, XXII) e princípio da atividade econômica (art. 170, II). A proclamação constitucional de que a propriedade deverá assegurar sua função social (CF, art. 5º, XXIII, e art. 170, III), todavia, não prescinde de que a lei explicita o conteúdo e os limites do direito de propriedade.

Eis a razão por que, no contexto da ordem jurídica vigente, a aquisição do direito de propriedade das marcas, enquanto sinais visualmente perceptíveis que identificam e distinguem um produto ou serviço de outro idêntico, semelhante ou afim, de origem diversa, efetua-se mediante a concessão do respectivo registro no órgão competente, conforme prescrevem os Arts. 2º, inciso III, 122 e 123, da Lei 9.279/96. Dito por outras palavras, o conteúdo dos direitos de propriedade da marca é exatamente aquele que lhe deu a referida lei, observados, obviamente, os parâmetros e os limites constitucionais.

Sucedem que, embora o registro validamente expedido assegure a seu titular o uso exclusivo da marca em todo o território nacional, bem assim o direito de defender a integridade material e a reputação da marca, é defeso ao proprietário do registro, por força de disposição expressa de lei, “*impedir a livre circulação de produto colocado no mercado interno, por si ou por outrem com seu consentimento*”. (Lei Nº 9.279/86, Art. 132, III)

A rigor, bem examinado tudo quanto se contém nos autos, percebe-se que a solução da controvérsia ora posta à apreciação deste órgão colegiado restringe-se a dar resposta a duas indagações fundamentais. Se as normas que regulam o direito de propriedade industrial no Brasil vedam ou não a importação de produtos genuínos por terceiros, sem o consentimento do proprietário, no território nacional, da marca que os identifica, bem assim se a cláusula do contrato de distribuição formalizado entre o titular do registro e o licenciado a usar a marca, que lhe atribui a exclusividade da distribuição dos produtos identificados pela marca de propriedade do licenciante, no mercado interno, é oponível a terceiros, especificamente para o fim de impedi-los de importar tais produtos, ainda que genuínos.

Cumpra, pois, examinar o fenômeno da importação paralela, que consiste na introdução em determinado mercado nacional, por terceiro que não seja o proprietário, cessionário ou licenciado da marca, de produtos legítimos provenientes do exterior, sem o consentimento do titular do registro atributivo da propriedade da marca no mercado nacional.

Para uma apreensão mais exata do que seja a importação paralela, é de grande utilidade o conceito de Cláudia Marins Adiers, *verbis*:

“O termo importação paralela refere-se ao fenômeno pelo qual os produtos, ostentando uma marca genuína devidamente registrada, fabricados em um determinado país pelo titular da marca, seus afiliados ou licenciados, são importados sem o consentimento do titular da marca no mercado local. Assim, tais produtos irão competir diretamente com aqueles comercializados pelo fabricante ou distribuidor legalmente autorizados para tal, fazendo concorrência

entre a mesma marca, pois, ambos são produtos genuínos, protegidos pelo Direito de Marca e não produtos contrafeitos” (As importações Paralelas à Luz do Princípio de Exaustão do Direito de Marca e dos Aspectos Contratuais e Concorrenciais, *in* Aspectos Polêmicos da Propriedade Intelectual, Editora Lumen Juris, 2004, pág 39/40)

É oportuno ter presente que, atualmente, a marca tem a função precípua de distinguir produtos e serviços entre si, objetivo que em nada é afetado ou prejudicado pelo fenômeno da importação paralela de produtos ou serviços originais. De fato, tanto os produtos importados quanto aqueles distribuídos no mercado interno pelo licenciado local ou diretamente pelo proprietário nacional da marca são autênticos, com a única diferença de serem de origem diversa.

No particular, tenho para mim que a norma positivada no art. 132, inciso III, da Lei 9.279/96, não possui o significado que pretendem atribuir-lhe os apelantes, consistente em erigir o consentimento do titular da marca no território nacional como condição para toda e qualquer importação por terceiros dos produtos por ela identificados. Parece-me que uma interpretação sistemática do direito e a aplicação da técnica da interpretação conforme a Constituição, ensejará a inevitável conclusão de que só é vedada a importação paralela de produtos contrafeitos, isto é, de produtos que imitam, reproduzem ou falsificam fraudulentamente outro de marca que esteja tutelado pelo direito de propriedade industrial. Eis a solução que me parece mais consentânea com o texto constitucional. Mediante adequada ponderação, torna-se assim possível tutelar simultaneamente o direito de propriedade da marca e assegurar a máxima eficácia ao princípio da livre concorrência, enquanto princípio geral da atividade econômica, consideradas as circunstâncias do caso concreto.

Em tal contexto, resta evidente que a estipulação de cláusula de exclusividade territorial em favor do licenciado ou distribuidor, não constitui meio juridicamente idôneo de impedir a livre concorrência entre produtos autênticos de uma mesma marca, sob o fundamento de tutelar o direito de propriedade. De fato, uma interpretação conforme a constituição da legislação brasileira de propriedade industrial permite inferir que o proprietário da marca, também ao realizar a primeira venda do produto autêntico no mercado externo, não mais poderá impedir que o comprador comercialize-o, inclusive para destinatários de outros países, ainda que nestes existam distribuidores exclusivos, pois é mais que evidente que o produto não perderá a condição de genuíno, quer seja comercializado inicialmente no mercado interno pelo distribuidor local, quer seja importado por terceiro diretamente de outro país.

A propósito, convém atentar para o magistério de Paula A

Forgioni, a quem este aspecto não passou despercebido, *verbis*:

“porque terceiros não estão obrigados aos termos do contrato celebrado entre o fornecedor e o seu distribuidor, nele não é possível disciplinar as vendas realizadas por ‘adquirentes de segundo grau’, ou seja, a mercadoria entra na área protegida não porque houve venda direta ou atuação invasiva de outro distribuidor, mas porque um adquirente, que comprou o bem de outro concessionário da mesma marca, revende-o no território reservado. (...) Esse fenômeno costuma ser chamada de comercialização paralela de produtos e, quando envolve contratos internacionais de distribuição, importação paralela. ‘Trading across borders by intermediates’ é a idéia central. Mas sua coibição eficaz por intermédio do contrato de distribuição enfrenta dificuldades porque não é dado ao fornecedor e ao distribuidor determinarem negocialmente a vedação de negociação de um produto pelo adquirente de segundo grau”. (Contrato de Distribuição, RT, 2005, p. 215/216) (1)

Mais adiante, ao discorrer sobre a importação paralela no direito brasileiro, tendo presente a norma inserta no art. 132, inciso III, da Lei 9.279/96, acrescentou a autora:

“uma vez importado o bem, quer pelo fabricante: ou por seu distribuidor autorizado, é garantida a sua livre circulação, que não poderá ser impedida pelo titular da marca. Em estando o produto no mercado interno, na hipótese de o território exclusivo de um distribuidor ser invadido por produtos comercializados por terceiros (que não são partes da relação contratual), nem o fornecedor, tampouco o distribuidor, poderão tomar medidas destinadas a coibir tal prática.” (ob.cit., pag 247)

Por fim, para demonstrar a correção de seus argumentos, deu a conhecer um exemplo que é absolutamente elucidativo, a saber:

“uma conhecida fabricante de perfumes apontou dois distribuidores “exclusivos”: um atuando na Argentina e outro no Brasil. O preço do perfume X na Argentina equivale a US\$ 100,00, enquanto no Brasil o preço é de US\$ 70,00, porque é mais acirrada a concorrência com outras marcas igualmente famosas. Um agente econômico brasileiro (desde que, por óbvio, respeite todas as regras incidentes sobre a importação e, mesmo com isso, obtenha vantagens com o negócio) pode adquirir os produtos no Brasil e revendê-los na Argentina, a um preço de US\$ 90,00.

(...)

Assim, ao contrário do que se pode pensar, nosso ordenamento tutela de forma expressa a importação paralela, de sorte que devem ser consideradas ilegais todas as cláusulas apostas nos contratos de distribuição que procurem coibi-la, direta ou indiretamente. Não podemos olvidar que a garantia da comercialização paralela é uma eficaz maneira de se erodir o poder de mercado derivado das garantias próprias aos direitos de propriedade industrial.

O consentimento do titular da marca a que se refere o art. 132 requer que o produto comercializado em território brasileiro não seja contrafeito (caso em que o titular da marca teria direito de impedir a comercialização); a marca foi regularmente aposta no produto adquirido fora do território por um terceiro alheio às relações da rede de distribuição. A Lei de Propriedade Industrial não concede ao titular da marca o poder de impedir que o produto colocado regularmente no mercado venha a ser comercializado por agente econômico não integrante de sua rede de distribuição.” (ob. cit. pags 247/248) (grifos inexistentes no original)

A essa mesma conclusão alcança a visualística de LUCAS ROCHA FURTADO, ao emitir os seus comentários à Lei 9.279, de 14 de maio de 1966, assinalando que o mencionado diploma legislativo inscreve em seu artigo 132, “uma série de situações que não serão aplicáveis os direitos do titular da marca”. Na particularidade do inciso III, do suso referido artigo 132 ao vedar ao titular da marca “*impedir a livre circulação de produto colocado no mercado por si ou por outrem com seu consentimento, ressalvado o disposto nos §§ 3º e 4º do artigo 68*”; o autor assinala que esta hipótese diz respeito à exaustão do direito do titular do registro da marca. E dilargando o seu alvitre, explicita:

“Conforme analisado no capítulo concernente às patentes, quando o titular de determinado registro lança certo produto no mercado em relação àquele bem por ele reproduzido desaparece qualquer direito do seu titular. Situação idêntica ocorrerá em relação aos direitos conferidos pelo registro da marca. Quando o próprio titular da marca tiver fabricado o produto, a partir de sua primeira comercialização, desaparece qualquer direito do titular em relação à marca lançada naquele produto”. (*In Sistema de Propriedade Industrial no Direito Brasileiro, Brasília Jurídica, 1ª. Edição, 1996, pgs. 128/129*)

Em tema desse naipe, surge o princípio cognominado doutrina da

primeira venda *FIRST SALE DOCTRINE*, de inspiração anglo-saxônica, mui bem difundido no Brasil por ELIZABETH K.FEKETE, em obra das mais aplaudidas, pelo ineditismo do assunto abordado. Ali se consagra o princípio de que “as importações paralelas são o fato, a exaustão ou esgotamento de direitos é o princípio jurídico destinado a disciplina-lo” (A implementação do princípio da exaustão de direitos no MERCOSUL diante do contexto da globalização, *apud* ANTONIO FONSECA, IMPORTAÇÃO PARALELA DE MEDICAMENTOS, *In* Revista de Informação Legislativa, Senado Federal, a.39, Brasília, n. 154 abr/jun.2002).

Não se ignora, entanto, que se não for atribuído ao proprietário dos direitos da marca o poder jurídico de impedir que terceiros importem produtos genuínos identificados por sua marca, estarão o licenciado e/ou o cessionário locais expostos à concorrência de produtos identificados pela mesma marca, igualmente legítimos, com a única diferença de serem eles originários do exterior e, por conseguinte, serão inevitáveis perdas comerciais causadas pela divisão do mercado com o importador paralelo. Na prática, a importação paralela tornará absolutamente inócua a cláusula contratual que atribuiu a exclusividade da distribuição dos produtos identificados por determinada marca, no mercado nacional. Todavia, o só fato de um produto legítimo e genuíno ser originário do exterior e importado de terceiro, que não o titular ou o licenciado da marca no mercado local, não implica violação a quaisquer direitos de propriedade industrial. Desse modo, a importação paralela qualifica-se como atividade inequivocamente tutelada pelo princípio constitucional da livre concorrência. E sendo assim, eventuais perdas comerciais para o titular da marca que sejam decorrentes da importação paralela serão uma contingência natural do exercício da atividade econômica em um mercado globalizado.

Inexiste, pois, no contexto da ordem positiva vigente, fundamento jurídico apto a impedir a importação paralela de produtos genuínos, pois a tanto não se prestam as normas que regulam a propriedade industrial no Brasil, nem a cláusula contratual de exclusividade de distribuição é oponível aos eventuais importadores.

Convém acrescentar, ainda a propósito da matéria em digressão, a pertinente observação de Cláudia Marins Adiers, de que a Lei 9.279/96 “*em momento algum faz menção explícita sobre a proibição das importações paralelas, nem tampouco sobre o caráter territorial da exaustão do direito, relegando para uma interpretação do artigo 132, inciso III*” a definição sobre a matéria. (ob.cit. pag 54/55)

Neste compasso, a ilustre ensaísta também se agrega às inteiras ao contexto da teoria da exaustão de direitos de propriedade industrial, o que

bem demonstra sua inserção na doutrina pátria, já se revelando de vasta aceitação e extensa aplicação na atualidade, com o escopo de evitar a utilização dos direitos de propriedade industrial como instrumento de controle e segregação dos mercados nacionais, segundo a qual “*os direitos decorrentes de uma marca, relativamente a um dado produto ou serviço, apenas aproveitam ao respectivo titular até o momento em que este coloca pela primeira vez esse objeto concreto no mercado, ou quando alguém o faz com o seu consentimento. Introduzido este no comércio, ostentando legitimamente a marca do titular, cumpre-se a função do Direito de Propriedade Industrial e, conseqüentemente, esgotam-se os direitos do titular relativamente a tal produto*”. (Adiers, ob. cit. pag 58) É indisfarçavelmente, a recepção plena do *first sale doctrine* no direito brasileiro.

A importação paralela, desse modo, não viola qualquer direito do proprietário ou do licenciado da marca, pela só e singela razão de que nenhum aspecto do direito de propriedade industrial será ofendida, pois é certo que permanecerão absolutamente íntegros e autênticos todos os sinais visualmente perceptíveis que identificam e distinguem o produto de outro idêntico, semelhante ou afim, com a única diferença de terem origem diversa.

Sob o aspecto dos direitos de marca, portanto, a importação paralela é absolutamente legal, na medida em que não constitui, nem se equipara à reprodução ou imitação ilícita de produtos identificados por marca registrada.

É, conseqüentemente, revestida de amplo resguardo na catalogação de direitos do Documento Maior da República, a importação paralela de produtos autênticos identificados por determinada marca, para comercialização no mercado interno quando tais produtos já tenham sido comercializados no Brasil, inclusive pelo próprio importador, quando razões de mercado impedem ou dificultam a continuidade de sua aquisição diretamente do distribuidor exclusivo local, a exemplo da obtenção de melhores preços ou condições mais favoráveis no mercado externo, por restar evidenciado que tal prática não implica qualquer ofensa aos direitos do proprietário nacional da marca, tais como definidos na Lei de Propriedade Industrial, a multicitada Lei. 9279/96. Demais disso, é certo que a própria Constituição da República assegura “a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização dos órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”. Desse modo, força é concluir que a importação paralela de produtos autênticos é atividade econômica lícita e inequivocamente tutelada pelo princípio da livre concorrência.(CF, Art. 170, IV).

Vale mencionar por amoldar-se ao tema, a intelecção de ANTONIO FONSECA, em seu anteriormente mencionado artigo doutrinário,

ao enunciar, com inteira propriedade, *verbis*, que:

A importação paralela atua contra o exercício arbitrário do direito de importação conferido ao titular da patente. Essa faculdade não poderá ser usada como forma de discriminação arbitrária, limitação injustificada ao comércio ou ainda, à liberdade do comprador na escolha da fonte de fornecimento(...) A defesa da importação paralela significa assegurar ao importador a liberdade de procurar o menor preço, sem restrições indevidas. O direito de importar, como faculdade inerente à patente, não poderá ser exercido senão como um equivalente jurídico da preferência na introdução do produto no mercado, assegurando-se ao titular uma vantagem competitiva em relação aos rivais” (V. op e aut cits).

Os recorrentes, aduzindo que a apelada estaria promovendo a importação ilegal de produtos identificados por marcas de sua exclusiva propriedade, para o mercado brasileiro, postulou a condenação da recorrida na obrigação de não fazer, consistente na cessação imediata da importação, distribuição e comercialização dos mencionados produtos, bem assim a reparação de danos materiais, a serem fixados em liquidação de sentença, na forma do art. 210, da Lei 9.276/96.

A apelada, de sua vez, ao promover a ação conexa, postulou a condenação da segundo apelante na obrigação de não fazer, consubstanciada na imediata cessação da recusa de vender-lhe os produtos de suas marcas, em igualdade de condições das vendas realizadas aos demais clientes. Requereu ainda a declaração judicial do direito de importar produtos identificados pelas marcas registradas no Brasil em nome das apelantes, bem assim a condenação dessas a indenizarem os lucros cessantes, assim considerados aqueles não auferidos no período em que a apelada esteve impedida de comercializar os produtos identificados pelas marcas de propriedade das recorrentes, a partir de março de 2004, com base na média das compras dos referidos produtos realizadas pela apelada, nos 12 (doze) meses anteriores à interrupção da importação, mediante o arbitramento do lucro em 30% (trinta por cento).

Sumariamente, os fundamentos da apelação consistem na argüição de que a sentença recorrida realizou interpretação equivocada do art. 132, inciso III, da Lei 9.279/96; não analisou a existência e os efeitos do contrato de distribuição exclusiva, negou aplicação ao art. 195, inciso III, da Lei 9.279/96, ao permitir a importação por terceiros de produtos com marca registrada no território nacional, sem autorização do titular e, por fim, condenou indevidamente os apelantes ao pagamento de lucros cessantes.

Prefacialmente, cumpre consignar que a prova documental que instrui os autos autoriza ter como incontroverso o fato de que a primeira apelante é a proprietária das marcas “JOHNNIE WALKER”, “WHITE HORSE” e “BLACK & WHITE” no Brasil, bem assim que a segunda apelante, por força de disposição contratual, é a distribuidora exclusiva dos produtos identificados por tais marcas no mercado brasileiro.

Dito isso, convém notar que, no Brasil, foi a Constituição Federal mesma que erigiu a propriedade privada à condição de direito individual fundamental (art. 5º, XXII) e princípio da atividade econômica (art. 170, II). A proclamação constitucional de que a propriedade deverá assegurar sua função social (CF, art. 5º, XXIII, e art. 170, III), todavia, não prescinde de que a lei explicita o conteúdo e os limites do direito de propriedade.

Eis a razão por que, no contexto da ordem jurídica vigente, a aquisição do direito de propriedade das marcas, enquanto sinais visualmente perceptíveis que identificam e distinguem um produto ou serviço de outro idêntico, semelhante ou afim, de origem diversa, efetua-se mediante a concessão do respectivo registro no órgão competente. Dito por outras palavras, o conteúdo do direito de propriedade será exatamente aquele que lhe der a lei, observados, obviamente, os parâmetros e os limites constitucionais. (Lei 9.279/96, Arts. 2º, III, 122 e 123)

Sucedo que, embora o registro validamente expedido assegure a seu titular o uso exclusivo da marca em todo o território nacional, bem assim o direito de defender a integridade material e a reputação da marca, é defeso ao proprietário do registro, por força de disposição expressa de lei, “*impedir a livre circulação de produto colocado no mercado interno, por si ou por outrem com seu consentimento*”. (Lei Nº 9.279/86, Art. 132, III)

A rigor, bem examinado tudo quanto se contém nos autos, percebe-se que a solução da controvérsia ora posta à apreciação deste órgão colegiado restringe-se dar resposta a duas indagações fundamentais. Se as normas que regulam o direito de propriedade industrial no Brasil vedam ou não a importação de produtos genuínos por terceiros, sem o consentimento do proprietário da marca que os identifica no território nacional, bem assim se a cláusula do contrato de distribuição formalizado entre o titular do registro e o licenciado a usar a marca, que lhe atribui a exclusividade da distribuição dos produtos identificados pela marca de propriedade do licenciante, no mercado interno, é oponível a terceiros, especificamente para o fim de impedi-los de importar tais produtos, ainda que igualmente genuínos.

Cumpra, pois, examinar o fenômeno da importação paralela, que consiste na introdução em determinado mercado nacional, por terceiro que não seja o proprietário, cessionário ou licenciado da marca, de produtos legítimos

provenientes do exterior, sem o consentimento do titular do registro atributivo da propriedade da marca no mercado nacional.

Para uma apreensão mais exata do que seja a importação paralela, é de grande utilidade o conceito de Cláudia Marins Adiers, *verbis*:

“O termo importação paralela refere-se ao fenômeno pelo qual os produtos, ostentando uma marca genuína devidamente registrada, fabricados em um determinado país pelo titular da marca, seus afiliados ou licenciados, são importados sem o consentimento do titular da marca no mercado local. Assim, tais produtos irão competir diretamente com aqueles comercializados pelo fabricante ou distribuidor legalmente autorizados para tal, fazendo concorrência entre a mesma marca, pois, ambos são produtos genuínos, protegidos pelo Direito de Marca e não produtos contrafeitos” (As importações Paralelas à Luz do Princípio de Exaustão do Direito de Marca e dos Aspectos Contratuais e Concorrenciais, *in* Aspectos Polêmicos da Propriedade Intelectual, Editora Lumen Juris, 2004, pag 39/40)

É oportuno ter presente que, atualmente, a marca tem a função precípua de distinguir produtos e serviços entre si, objetivo que em nada é afetado ou prejudicado pelo fenômeno da importação paralela de produtos ou serviços originais.⁽¹⁾

No particular, tenho para mim que a norma positivada no art. 132, inciso III, da Lei 9.279/96, não possui o significado que pretendem atribuir-lhe os apelantes, consistente em erigir o consentimento do titular da marca no território nacional como condição para toda e qualquer importação por terceiros dos produtos por ela identificados. Parece-me que uma interpretação sistemática do direito e a aplicação da técnica da interpretação conforme a Constituição, ensejará a inevitável conclusão de que só é vedada a importação paralela de produtos contrafeitos, isto é, de produtos que imitam, reproduzem ou falsificam fraudulentamente um bem de outrem que é tutelado pelo direito de propriedade industrial. Eis a solução que me parece mais consentânea com o texto constitucional. Mediante adequada ponderação, seria possível tutelar simultaneamente o direito de propriedade da marca e o princípio da livre concorrência, enquanto princípio geral da atividade econômica, de modo a assegurar a um e a outro a máxima eficácia possível, diante das circunstâncias do caso concreto.

Em tal contexto, resta evidente que a estipulação de cláusula de exclusividade territorial em favor do licenciado ou distribuidor, não constitui meio juridicamente idôneo de impedir a livre concorrência, sob o fundamento de tutelar o direito de propriedade da marca. De fato, de acordo com uma interpretação

conforme a constituição da legislação brasileira de propriedade industrial, o proprietário da marca, também ao realizar a primeira venda do produto autêntico no mercado externo, não mais poderá impedir que o comprador comercialize-o, inclusive para destinatários de outros países, ainda que nestes existam distribuidores exclusivos, pois é mais que evidente que o produto não perderá a condição de genuíno, quer seja comercializado pelo distribuidor local, quer por terceiro que exerça atividade mercantil exportadora em outro país.

A propósito, convém atentar para o magistério de Paula A Forgioni, a quem este aspecto não passou despercebido, *verbis*:

“porque terceiros não estão obrigados aos termos do contrato celebrado entre o fornecedor e o seu distribuidor, nele não é possível disciplinar as vendas realizadas por ‘adquirentes de segundo grau’, ou seja, a mercadoria entra na área protegida não porque houve venda direta ou atuação invasiva de outro distribuidor, mas porque um adquirente, que comprou o bem de outro concessionário da mesma marca, revende-o no território reservado. (...) Esse fenômeno costuma ser chamada de comercialização paralela de produtos e, quando envolve contratos internacionais de distribuição, importação paralela. ‘Trading across borders by intermediates’ é a idéia central. Mas sua coibição eficaz por intermédio do contrato de distribuição enfrenta dificuldades porque não é dado ao fornecedor e ao distribuidor determinarem negocialmente a vedação de negociação de um produto pelo adquirente de segundo grau”.
(Contrato de Distribuição, RT, 2005, p. 215/216)

Mais adiante, ao discorrer sobre a importação paralela no direito brasileiro, tendo presente a norma inserta no art. 132, inciso III, da Lei 9.279/96, acrescentou a autora:

“uma vez importado o bem, quer pelo fabricante: ou por seu distribuidor autorizado, é garantida a sua livre circulação, que não poderá ser impedida pelo titular da marca. Em estando o produto no mercado interno, na hipótese de o território exclusivo de um distribuidor ser invadido por produtos comercializados por terceiros (que não são partes da relação contratual), nem o fornecedor, tampouco o distribuidor, poderão tomar medidas destinadas a coibir tal prática.” (ob.cit., pag 247)

Por fim, para demonstrar a correção de seus argumentos, deu a conhecer um exemplo que é absolutamente elucidativo, a saber:

“uma conhecida fabricante de perfumes apontou dois distribuidores “exclusivos”: um atuando na Argentina e outro no Brasil. O preço do perfume X na Argentina equivale a US\$ 100,00, enquanto no Brasil o preço é de US\$ 70,00, porque é mais acirrada a concorrência com outras marcas igualmente famosas. Um agente econômico brasileiro (desde que, por óbvio, respeite todas as regras incidentes sobre a importação e, mesmo com isso, obtenha vantagens com o negócio) pode adquirir os produtos no Brasil e revendê-los na Argentina, a um preço de US\$ 90,00.

(...)

Assim, ao contrário do que se pode pensar, nosso ordenamento tutela de forma expressa a importação paralela, de sorte que devem ser consideradas ilegais todas as cláusulas apostas nos contratos de distribuição que procurem coibi-la, direta ou indiretamente. Não podemos olvidar que a garantia da comercialização paralela é uma eficaz maneira de se erodir o poder de mercado derivado das garantias próprias aos direitos de propriedade industrial.

O consentimento do titular da marca a que se refere o art. 132 requer que o produto comercializado em território brasileiro não seja contrafeito (caso em que o titular da marca teria direito de impedir a comercialização); a marca foi regularmente aposta no produto adquirido fora do território por um terceiro alheio às relações da rede de distribuição. A Lei de Propriedade Industrial não concede ao titular da marca o poder de impedir que o produto colocado regularmente no mercado venha a ser comercializado por agente econômico não integrante de sua rede de distribuição.” (ob. cit. pags 247/248) (grifos inexistentes no original)

Não se ignora que, se não for atribuído ao proprietário dos direitos da marca o poder jurídico de impedir que terceiros importem produtos genuínos identificados por sua marca, estarão o licenciado e/ou o cessionário locais expostos à concorrência de produtos igualmente legítimos, com a única diferença de serem eles originários do exterior e, por conseguinte, serão inevitáveis perdas comerciais causadas pela divisão do mercado com o importador paralelo. Na prática, a importação paralela tornará absolutamente inócua a cláusula contratual que atribuiu a exclusividade da distribuição dos produtos identificados por determinada marca, no mercado nacional. Todavia, o só fato de um produto legítimo e genuíno ser originário do exterior e importado de terceiro, que não o titular ou o licenciado da marca no mercado local, não implica violação a quaisquer direitos de propriedade industrial. Desse modo, a importação paralela qualifica-se como atividade inequivocamente tutelada pelo princípio constitucional da livre concorrência e eventuais perdas comerciais para o titular da marca que dela sejam decorrentes serão uma contingência natural do exercício da atividade econômica em um

mercado globalizado.

Inexiste, pois, no contexto da ordem positiva vigente, fundamento jurídico apto a impedir a importação paralela de produtos genuínos, pois a tanto não se prestam as normas que regulam a propriedade industrial no Brasil, nem a cláusula contratual de exclusividade de distribuição é oponível aos eventuais importadores.

Convém acrescentar, como bem observou Cláudia Marins Adiers, que a Lei 9.279/96 “*em momento algum faz menção explícita sobre a proibição das importações paralelas, nem tampouco sobre o caráter territorial da exaustão do direito, relegando para uma interpretação do artigo 132, inciso III*”. (ob.cit. pag 54/55)

O equívoco dos apelantes, que embora tenham logrado êxito no ônus de provar a propriedade da marca e a existência de contrato de exclusividade de distribuição, está na interpretação que reputam ser a correta do art. 132, inciso III, da Lei 9.279/96, como se fez consignar na sentença recorrida, precisamente por desviarem “*o foco da norma proibitiva, cujo destinatário exclusivo é o titular da marca, para alcançar também o que adquire, mediante importação regular, o produto colocado no mercado externo*”, bem assim em invocarem “*o direito de impedir a livre circulação de produto que não mais lhe pertence, como se a colocação do produto no mercado externo fosse feita sob ‘condição’ de o mesmo não ser vendido para empresas importadoras nacionais*”.

O vislumbre é distorcido. Como facilmente se conota, os apelantes têm por olvidado que o artigo 132,III, da Lei 9.229/66, faz remissão ao artigo 68 e §§ 3º e 4º, deste diploma, e nesse contexto é que se pode com exatidão inferir o momento da exaustão do titular da marca em controlar ou dividir o mercado pela patente, fazendo uso desse direito, em época prevista pela legislação reguladora da matéria. Nesse tocante, oportuno ceder a palavra, mais uma vez ao Prof. ANTONIO FONSECA, no estudo aqui reproduzido, quando dilucida com clarividência as incertezas sobre o tema em enfoque, *verbatim* :

“A importação paralela fundada na licença compulsória:
A importação paralela é facultada ao licenciado, nos termos do § 3º do art. 68 da LPI, no período que antecede à fabricação local, e a terceiros, nos termos do § 4º do mesmo dispositivo e está subordinada a :
. ordem administrativa ou judicial de licença compulsória;
. limitação de tempo;
. circulação prévia do produto promovida pelo titular ou por terceiro com seu consentimento.”

Aduz, ainda,

“ O Brasil não tem experiência na aplicação da licença compulsória, que é um instrumento extremo, disponível para remediar uma falha de mercado. Licença compulsória é uma categoria de intervenção do Estado na liberdade de mercado. No estado de direito, a restrição dessa liberdade deve ser justificada em gênero e grau, isto é, o tipo da medida intervencionista deve ser administrada na extensão adequada à reparação da falha de mercado e à política pública que pretende servir. Trata-se de medida difícil de aplicar por diversas razões. Os seus pressupostos legais envolvem conceitos econômicos nem sempre compreensíveis pelas autoridades incumbidas de aplicar a lei. A imposição da medida está sujeita a recursos processuais que postergam sua efetividade.” (...)

Mais adiante, arremata o percuciente articulista, admitindo na espécie importação paralela, que ela

“... decorre de duas hipóteses básicas (a) meramente de um fato de mercado e de (b) uma ordem judicial ou administrativa de licença compulsória. Na primeira hipótese, fundada no art. 43, inciso IV, da LPI, o simples fato de colocação do produto no mercado interno, pelo titular ou terceiro como seu substituto basta para autorizar a importação paralela. Na segunda hipótese a licença compulsória poderá ser motivada por abuso de direito ou de poder econômico, ou ainda, nos casos de emergência nacional ou interesse público.”

Finalizando neste passo, o assunto, enfatiza o autor:

“ A colocação no mercado nacional, pois, dispensa a licença compulsória para viabilizar a importação paralela. O contrário é verdadeiro. Não tendo sido o produto colocado no mercado nacional, a importação paralela depende de licença compulsória, seja por abuso ou interesse público. (op. e aut cit p. 38)

Dito isso, aflora uma outra questão, consistente em saber se efetivamente houve recusa da DIAGEO BRASIL LTDA em vender à apelada GAC.

É ponto pacífico que as empresas Diageo rechaçam a imputação do ilícito, quando negam expressamente, ter havido recusa em vender. Entretanto, o fato encontra-se inexoravelmente demonstrado e provado por *confissão anteriormente feita* quando em petição dirigida ao juízo da 4ª. Vara Cível, assim consignaram as ora apeladas, “ Na verdade as Rés não desejam mais vender seus produtos para a Autora.(fs. 567,item 9, do vol.

II). A recusa é repetida na mesma petição: “A Autora almeja obrigar as Rés a lhe venderem seus produtos com desconto e a prazo, sem que as Rés sequer desejem mais ter a Autora como cliente”(Cf item 15).

Por configurada se tem a confissão judicial quanto à recusa em vender, que tem lugar “... quando a parte admite a verdade de um fato, contrário ao seu interesse e favorável ao adversário”(CPC, art. 348).

Pela confissão as empresas Diageo reconhecem como verdadeiro o fato alusivo à *recusa em vender*, que é fonte da causa de pedir e do pedido da ação ordinária proposta pela parte apelada.

Assim sendo, o fato confessado refletiu, diretamente, em relação à posição das empresas Diageo, enquanto rés na referida ação ordinária proposta pela Gac, pois como ensinam Néson Nery e Rosa Nery, “o objeto da confissão são os fatos capazes, eventualmente de dar procedência ao pedido da parte contrária“ (CPC Comentado, 9ª. Ed. Pg. 572).

A prova do fato que tem repercussão na norma jurídica funciona na tríade dos elementos etiológicos da responsabilidade civil, como o “nexo de causalidade” que liga o “ato ilícito” ao “dano”, surgindo daí a figura do abuso de direito que se consuma sempre que o exercício de um direito tenha por mira não o exercício de um interesse legítimo de seu titular, porém como meio de trazer a este uma vantagem, mas sim tendo por escopo apenas ocasionar prejuízo a outrem, como denotou o inolvidável Pedro Batista Martins, em “*O abuso de direito e o ato ilícito*” (Forense, Rio 1997).

A recusa em vender encontra óbice intransponível nas disposições da legislação pátria regedora do assunto. Visto por outro ângulo, tem-se que o fato *recusa em vender* tem repercussão constitucional, como já se mencionou anteriormente. Em síntese tais dispositivos constitucionais devidamente conjugados, repercutem no estadear de normas informadoras da livre concorrência, e como preleciona EROS ROBERTO GRAU, (in A ordem econômica na Constituição de 1988, 6ª. Ed. Malheiros, p, 244 e ss.) tais princípios informativos se justapõem congeminaados à livre concorrência, entendida como livre jogo de forças do mercado, na disputa da clientela, supõem o poder econômico desigual entre os agentes do mercado; essa desigualdade, a lei não rejeita, porém reprime o “abuso do poder econômico” do qual é manifestação, por igual, a recusa em vender.

Com efeito, para responder à indagação lançada acima, de conformidade com a documentação colacionada nestes autos, a Gac importou, por aproximadamente 15 (quinze) anos, os produtos licenciados aqui no Brasil, em nome da Diageo Brasil.

Tais importações foram realizadas em grande quantidade e às claras, inclusive com selos expedidos pela Receita Federal. Desse fato, na pior das hipóteses, tinha conhecimento o representante da Diageo no Brasil, que aqui no Ceará, cuida de seus interesses e das relações com a clientela. Durante todos esses anos nunca houve repulsa da Diageo Brasil ao fato, mas ao contrario, silêncio, consentimento tácito, tanto que a Gac se abastecia

das duas fontes (externa e interna) concomitantemente. Consoante admitem em vários momentos de seus postulatórios nos autos, as bebidas produzidas e comercializadas pelas empresas apeladas são líderes de mercado, é fácil deduzir que a *recusa em vender* produziu ao longo desses anos um prejuízo à apelada, em forma de lucros cessantes, corolário do próprio ilícito.

Nessa conformidade, no regime de competitividade que informa a economia de mercado, que tem como ingredientes principais a informação diuturna acerca da concorrência, a proteção da marca, etc., devem ser levadas a descrédito as afirmações das empresas apelantes, afirmativas estas que repousam na assertiva de que nada sabiam das importações da apelada, mormente quando esta empresa manteve estreito e duradouro relacionamento comercial com a DIAGEO BRASIL. Não bastasse isso, na dita ação ordinária ajuizada pela empresas Diageo alegaram elas de ter a ré-apelada importado os produtos sem autorização da titular da marca, isto é de fazer importação paralela, fato que foi contestado. Todavia, na audiência de instrução e julgamento, desistiram as autoras, ora apelantes (empresas Diageo) de produzir a prova do fato alegado. Como sabido, o ônus da prova incumbe a quem alega, quanto ao fato constitutivo do seu direito (CPC, artigo 33, inciso I).

Para relembrar a lição de *ELIZABETH FEKETE*, que os apelados procuram reproduzir, sem no entanto atentar que a autora no tema em digressão, assevera ela em tintas feéricas, bastar para a descaracterização da importação paralela, o *consentimento tácito*, e uma vez impugnado o fato pela ré, incumbia a elas, (autoras-apelantes) fazer prova de tais alegações, não podendo a parte *ex adversa* ser compelida a produzir prova contra seu interesse.

Diante de tais contingências, deflui dos autos que a sentença, em termos de resolução das ações contrapostas, fez a merecida justiça. Os lucros cessantes devem ser apurados desde a origem do fato *recusa em vender* (março de 2004) até a data em que liquidados por arbitramento, mediante perícia, tomando por parâmetro a média de compra dos produtos em questão nos doze meses anteriores a março de 2004, inclusive no mercado externo, vez que recusada a imputação de importação paralela, tudo em homenagem ao princípio da mais justa indenização e da proporcionalidade, com dedução todavia, das despesas operacionais, proporcionais ao custo de comercialização do produto, também a serem objeto de arbitramento.

Forte em tais supedâneos, e ante a presença dos pressupostos recursais intrínsecos e extrínsecos, conheço das apelações, para negar-lhe provimento e manter incólume a sentença recorrida, por seus jurídicos fundamentos.

É como voto.

Fortaleza, 24 de junho de 2008

Nº PROCESSO: 2008.0039.0282-6/1

TIPO DO PROCESSO: APELAÇÃO CÍVEL em Execução Fiscal

ORIGEM: FORTALEZA

APELANTE/EXEQÜENTE: AUTARQUIA MUNICIPAL DE TRÂNSITO E SERVIÇOS PÚBLICOS E DE CIDADANIA DE FORTALEZA - AMC

APELADO/EXECUTADO: JOSÉ CLÁUDIO MENDES DOS SANTOS

RELATOR: DES. RAUL ARAÚJO FILHO

EMENTA CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. COBRANÇA DE CRÉDITO NÃO TRIBUTÁRIO. CRÉDITO DECORRENTE DA APLICAÇÃO DE MULTA DE TRÂNSITO. SENTENÇA TERMINATIVA. EXTINÇÃO, *EX OFFICIO*, DO FEITO POR AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR, DECORRENTE DE SER CONSIDERADO ÍNFIMO O VALOR EXECUTADO. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO DE APELAÇÃO. CABIMENTO. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA (CPC, ART. 267, § 3º). NÃO INCIDÊNCIA DO ART. 34 DA LEI DE EXECUÇÕES FISCAIS (LEI N. 6.830/80). ESPECIFICIDADE DO CASO. LEGISLAÇÃO DE TRÂNSITO. VALORES TUTELADOS. RISCO DE IMPUNIDADE. NECESSIDADE DE PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. GARANTIA DO ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA (CF, ART. 5º, XXXV). PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. FUNÇÃO SOCIAL DAS MULTAS DE TRÂNSITO. SENTENÇA TERATOLÓGICA E ILEGAL. INCONSTITUCIONALIDADE (CF, ART. 2º). CRIAÇÃO DE NORMA JURÍDICA. NULIDADE DA SENTENÇA. APELAÇÃO CONHECIDA E PROVIDA.

1. O art. 34 da Lei n. 6.830/80 – Lei de Execuções Fiscais – estabelece tratamento recursal diferenciado aos casos de sentença proferida em execução fiscal

em que o valor do crédito executado seja igual ou inferior ao de alçada – atualmente equivalente a R\$328,27 (trezentos e vinte e oito reais e vinte e sete centavos), conforme entendimento do eg. Superior Tribunal de Justiça.

2. Nesses casos, contra a sentença proferida, seja na própria execução, seja em sede de embargos à execução, normalmente não se admite a interposição de recurso de apelação, mas apenas de embargos de declaração (CPC, art. 535) e dos denominados embargos infringentes, os quais não se confundem com a espécie recursal, de igual nome, prevista no art. 530 e segs. do Código de Processo Civil. Precedentes do eg. Superior Tribunal de Justiça.

3. Trata-se de exceção ao princípio do duplo grau de jurisdição, justificável por ter como escopo conferir maior celeridade processual à tramitação dos feitos de pequeno valor fiscal ou financeiro, assim como diminuir o volume de recursos dirigidos aos tribunais de segundo grau. Evita-se, com isso, tornar o processo judicial mais dispendioso do que proveitoso para as partes.

4. Na hipótese, porém, havia outros aspectos envolvidos na lide, os quais fugiram à percepção do julgador *a quo*, ao proferir a sentença. Embora o valor inscrito na Dívida Ativa municipal fosse adequado ao de alçada previsto para os embargos infringentes, a discussão principal que emerge da sentença de extinção da execução transborda do aspecto meramente fiscal ou financeiro, afastando a incidência da norma especial do art. 34 da Lei n. 6.830/80, atraindo a via ordinária da apelação (CPC, art. 513) e do duplo grau de jurisdição que, no caso, não pode ser mitigado.

5. Como se tem ação de execução fiscal para a cobrança de crédito decorrente de multa por violação a normas do Código de Trânsito Brasileiro, o interesse público ressoa presente por todos os relevantes valores tutelados nas normas de trânsito.

6. O interesse de agir da autarquia municipal de trânsito não se restringe ao mero aspecto financeiro. Tem,

certamente muito mais, o escopo legítimo de salvaguardar a eficácia e a autoridade das normas de trânsito, que são estabelecidas para proteção de valores da vida superiores, como a própria vida, a saúde e a liberdade das pessoas.

7. Caso não se admitisse a apelação, estar-se-ia deixado à mercê de um único magistrado decidir pela existência, ou não, de interesse de agir da exequente, ora apelante, matéria de ordem pública (CPC, art. 267, § 3º), privando-a, dessa forma, de ter prestada dentro do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV), de forma justa e efetiva, a tutela jurisdicional pleiteada.

8. Na espécie, portanto, forçoso é afastar-se a incidência da norma especial do art. 34 da Lei de Execuções Fiscais, sob pena de configurar-se violação à garantia constitucional de inafastabilidade da tutela jurisdicional e de acesso ao Poder Judiciário, prevista no art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal, assim como ao princípio da razoabilidade (CF, art. 5º, inc. LIV). Entende-se, assim, nessa hipótese excepcional, ser cabível mesmo a apelação, por força da regra ordinária constante do art. 513 do Código de Processo Civil, e não os embargos infringentes.

9. No mérito, acrescenta-se aos fundamentos acima mais uma razão para o conhecimento e a procedência deste recurso, no fato de que a inadmissão desta apelação faria prevalecer entendimento jurisdicional teratológico e manifestamente inconstitucional, com graves ameaças e repercussão negativa para a ordem, a segurança e a saúde públicas.

10. Sem atentar para a função social das multas de trânsito e para os valores que essas penalidades administrativas procuram resguardar – vida, saúde e liberdade –, o julgador *a quo* praticamente criou uma norma isentiva de multas de trânsito, inovando na ordem jurídica, quando não poderiam fazê-lo nem mesmo os legisladores estadual e municipal (CF, art. 22, XI). Tem-se, assim, violação ao princípio da Separação de Poderes (CF, art. 2º).

11. Ao impossibilitar o prosseguimento da execução fiscal extinguindo o feito, *ex officio*, sem resolução do mérito, por ausência de interesse de agir, retirou, na prática, o d. julgador *a quo* a incidência da multa, que, na maioria das infrações previstas no Código de Trânsito Brasileiro, não ultrapassa o valor de um salário mínimo, justamente para que possam os infratores, independentemente de sua classe social, e, conseqüentemente, de sua situação financeiro-econômica, arcar com o pagamento, em observância ao princípio da isonomia (CF, art. 5º, *caput*).

12. Salientem-se também o efeito multiplicador, o caráter eminentemente anti-pedagógico e o risco de impunidade que emergem da decisão recorrida. Tendo os motoristas ciência de que não poderá a autarquia municipal de trânsito cobrar judicialmente os valores decorrentes da aplicação das multas de trânsito, muitos possivelmente se verão animados ao cometimento de novas infrações, de tudo resultando mais acidentes, mais prejuízos materiais e danos pessoais, mais mortes. Ademais, a própria política de trânsito será afetada, já que as receitas públicas oriundas das multas são destinadas à melhoria da fiscalização e da segurança de trânsito e a respectivos projetos de educação de trânsito (CTB, art. 320).

13. Apelação conhecida e provida. Sentença anulada.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº. 2008.0039.0282-6/1, da Comarca de Fortaleza, em que é apelante AUTARQUIA MUNICIPAL DE TRÂNSITO E SERVIÇOS PÚBLICOS E DE CIDADANIA DE FORTALEZA – AMC e apelado JOSÉ CLÁUDIO MENDES DOS SANTOS,

ACORDA a Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, unanimemente, em conhecer da Apelação Cível interposta, dando-lhe total provimento, para, anulando a r. sentença recorrida, determinar o prosseguimento da ação de execução fiscal.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta pela AUTARQUIA MUNICIPAL DE TRÂNSITO E SERVIÇOS PÚBLICOS E DE CIDADANIA DE FORTALEZA – AMC em face da r. sentença de fls. 10/11, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 3ª Vara de Execuções Fiscais e de Crimes contra a Ordem Tributária da Comarca de Fortaleza, em Execução Fiscal ajuizada contra JOSÉ CLÁUDIO MENDES DOS SANTOS, que, ao reconhecer a ausência de interesse de agir do exeqüente, tendo em vista a pequena expressão econômica do valor do débito executado, conforme constante do art. 6º da Decreto municipal n. 12.405/08, extinguiu o processo sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, inc. VI, do Código de Processo Civil.

Em suas razões recursais, aduziu a apelante que não mereceria prosperar a r. sentença recorrida, já que teria realizado todos os procedimentos administrativos para a cobrança do débito em questão, que seria proveniente de multa(s) de trânsito vencida(s) e não paga(s), regularmente inscrito na Dívida Ativa municipal, remanescendo, tão-somente, a via jurisdicional.

Alegou, outrossim, que: a) não poderia o Poder Judiciário limitar a atuação da Administração Pública, impedindo-a de cobrar débitos dos administrados, sob pena de violação ao princípio da separação dos poderes; b) o Decreto municipal n. 12.405/2008, em seu art. 6º, ao remitar os créditos tributários ou não tributários inscritos como Dívida Ativa da Fazenda Municipal que se encontrem em processo de execução, cujo valor consolidado seja igual ou inferior a R\$ 500,00 (quinhentos reais), excluiria, expressamente, os créditos de baixo valor oriundos de multas de trânsito aplicadas pela AMC; e c) o entendimento esposado pelo MM. Juiz *a quo* poderia turbar a ordem e a economia pública municipal, em consequência de seu efeito multiplicador.

Ressaltou, ao final, que, “*a banalização da multa de trânsito advinda da impunidade gerada pela decisão atacada pode trazer prejuízo à sociedade com o aumento crescente de acidentes, já que os condutores, sabedores da ‘remissão judicial’, não são coibidos a pagar multa de trânsito considerada de valor irrisório, caso vingue a tese combatida de que o valor da multa determina o interesse de agir do Estado*” (v. fls. 47).

Com arrimo nesses argumentos, pugnou pela reforma da r. sentença recorrida, “*tendo em vista não estar autorizado o Poder Judiciário a interferir em decisão de matéria de exclusiva competência administrativa, extinguindo os processos de execuções fiscais por alegativa de valor irrisório, sob pena de franca violação ao princípio da separação dos poderes*” (v. fls. 50).

É o relatório.

VOTO

Prima facie, antes de se adentrar no mérito da demanda, é imprescindível que se analise o preenchimento, pela apelante, dos requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade recursal, dentre eles a adequação da via utilizada para impugnação da r. sentença proferida pelo MM. Juiz *a quo*, que extinguiu a ação de execução fiscal em tela sob o fundamento de que, por ser a quantia executada, ou seja, o valor de alçada, ínfimo, não haveria interesse processual da exequente.

Como é cediço, o art. 34 da Lei n. 6.830, de 22 de julho de 1980, que “*dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública*”, denominada de Lei de Execução Fiscal, estabelece tratamento recursal diferenciado aos casos de execução fiscal em que o valor do crédito executado seja igual ou inferior a 50 (cinquenta) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional – ORTN, conforme se afere do seu inteiro teor, abaixo transcrito, *in verbis*:

Art. 34 - Das sentenças de primeira instância proferidas em execuções de valor igual ou inferior a 50 (cinquenta) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTN, só se admitirão embargos infringentes e de declaração.

§ 1º - Para os efeitos deste artigo considerar-se-á o valor da dívida monetariamente atualizado e acrescido de multa e juros de mora e de mais encargos legais, na data da distribuição.

§ 2º - Os embargos infringentes, instruídos, ou não, com documentos novos, serão deduzidos, no prazo de 10 (dez) dias perante o mesmo Juízo, em petição fundamentada.

§ 3º - Ouvido o embargado, no prazo de 10 (dez) dias, serão os autos conclusos ao Juiz, que, dentro de 20 (vinte) dias, os rejeitará ou reformará a sentença.

Como se vê, nesses casos, contra a sentença proferida, seja na própria execução, seja em sede de embargos à execução, não se admite a interposição de recurso de apelação. Admite-se, apenas, o manejo de embargos de declaração (CPC, art. 535) e dos denominados embargos infringentes, que, ressalte-se, não se confundem com aquela espécie recursal, de igual nome, prevista no art. 530 e segs. do Código de Processo Civil.

Os embargos infringentes previstos no art. 34 da Lei de Execuções Fiscais, também conhecidos como embargos infringentes de alçada, devem ser interpostos no prazo de 10 (dez) dias e dirigidos ao mesmo órgão prolator da decisão que se quer impugnar, devolvendo-lhe a apreciação da matéria já analisada.

Tem-se, assim, regra que excepciona o princípio do duplo grau de jurisdição, na medida em que a matéria examinada em Primeira Instância não é

devolvida, para apreciação, a outro órgão jurisdicional, como ocorre com a apelação. Com isso, visa-se conferir maior celeridade processual à tramitação dos feitos de pequeno valor, assim como diminuir o volume de recursos dirigidos aos tribunais de Segundo Grau.

E, de fato, mostra-se razoável essa previsão legal, já que a demora na tramitação processual, com a admissibilidade de revisão da decisão de Primeira Instância pelos tribunais de Segunda Instância, em demandas de pequeno valor econômico, com efeito, poderia tornar o processo jurisdicional mais dispendioso do que proveitoso, prejudicando, dessa forma, além das partes, os demais jurisdicionados, na medida em que acabaria por retardar a solução jurisdicional de conflitos que envolvessem interesses mais relevantes.

Vê-se, assim, que se trata de disposição legal que se coaduna com o ordenamento jurídico pátrio, já que, ao suprimir o duplo grau de jurisdição em demandas de baixo valor econômico, possibilita-se que a tutela jurisdicional, de forma geral, seja prestada de forma mais justa e efetiva.

E lembre-se, ainda, que, mesmo que se atribua ao princípio do duplo grau de jurisdição natureza constitucional, questão essa controvertida, não se pode considerá-lo absoluto, admitindo-se sua flexibilização em determinados casos. É esse, inclusive, o entendimento que tem adotado o Eg. Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL PENAL. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ARTIGO 5º, PARÁGRAFOS 1º E 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. EMENDA CONSTITUCIONAL 45/04. GARANTIA QUE NÃO É ABSOLUTA E DEVE SE COMPATIBILIZAR COM AS EXCEÇÕES PREVISTAS NO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL. PRECEDENTE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Agravo que pretende exame do recurso extraordinário no qual se busca viabilizar a interposição de recurso inominado, com efeito de apelação, de decisão condenatória proferida por Tribunal Regional Federal, em sede de competência criminal originária. 2. A Emenda Constitucional 45/04 atribuiu aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, desde que aprovados na forma prevista no § 3º do art. 5º da Constituição Federal, hierarquia constitucional. 3. Contudo, não obstante o fato de que o princípio do duplo grau de jurisdição previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos tenha sido internalizado no direito doméstico brasileiro, isto não significa que esse princípio revista-se de natureza absoluta.

4. A própria Constituição Federal estabelece exceções ao princípio

do duplo grau de jurisdição. Não procede, assim, a tese de que a Emenda Constitucional 45/04 introduziu na Constituição uma nova modalidade de recurso inominado, de modo a conferir eficácia ao duplo grau de jurisdição.

5. Alegação de violação ao princípio da igualdade que se repele porque o agravante, na condição de magistrado, possui foro por prerrogativa de função e, por conseguinte, não pode ser equiparado aos demais cidadãos. O agravante foi julgado por 14 Desembargadores Federais que integram a Corte Especial do Tribunal Regional Federal e fez uso de rito processual que oferece possibilidade de defesa preliminar ao recebimento da denúncia, o que não ocorre, de regra, no rito comum ordinário a que são submetidas as demais pessoas.

6. Agravo regimental improvido.

(AI 601832 AgR, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 17/03/2009, DJe-064 DIVULG 02-04-2009 PUBLIC 03-04-2009 EMENT VOL-02355-06 PP-01129 RSJADV jun., 2009, p. 34-38)

Admitida a norma especial prevista no art. 34 da Lei n. 6.830/80, cabe referir que o valor limite nela previsto, que vincula o valor de alçada ao índice da extinta Obrigação Reajustável do Tesouro Nacional (ORTN), ainda pode ser encontrado de acordo com os sucessivos índices oficiais que substituíram a ORTN. Assim, deve-se substituí-la pelos índices oficiais que a sucederam, quais sejam, a Obrigação do Tesouro Nacional (OTN), o Bônus do Tesouro Nacional (BTN) e a Unidade Fiscal de Referência (UFIR), conservando-se a paridade das unidades de referência, até o momento de desindexação da economia, com a extinção da UFIR, conforme entendimento consagrado pelo Eg. Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO CIVIL – EXECUÇÃO FISCAL – ALÇADA RECURSAL (ART. 34 DA LEI 6.830/80) – ALÇADA DE 50 ORTN, CORRESPONDENTE A 308,50 UFIR – VERIFICAÇÃO DO VALOR DA EXECUÇÃO À ÉPOCA DA PROPOSITURA PARA FINS DE ALÇADA – REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO (SÚMULA 7/STJ).

1. Somente é cabível o recurso de apelação para as execuções fiscais de valor superior a 50 (cinquenta) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTN.

2. Com a extinção da ORTN, o valor de alçada deve ser encontrado a partir da interpretação da norma que extinguiu um índice e o substituiu por outro, mantendo-se a paridade das unidades de referência, sem efetuar a conversão para moeda corrente, para evitar a perda do valor aquisitivo.

3. 50 ORTN = 50 OTN = 308,50 BTN = 308,50 UFIR = R\$

328,27 (trezentos e vinte e oito reais e vinte e sete centavos) a partir de janeiro/2001, quando foi extinta a UFIR e desindexada a economia.

4. A verificação do valor da execução fiscal, se superior ou não ao patamar estipulado, à época da propositura da ação, demandaria reexame do contexto fático-probatório dos autos, procedimento este vedado por força da Súmula 7/STJ.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no Ag 952.119/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/02/2008, DJ 28/02/2008 p.

1)

Dessa forma, de acordo com o entendimento esposado pelo Eg. Superior Tribunal de Justiça, tem-se que 50 ORTN = 50 OTN = 308,50 BTN = 308,50 UFIR = R\$ 328,27 (trezentos e vinte e oito reais e vinte e sete centavos), valor este a ser considerado a partir de janeiro de 2001, com a extinção da UFIR e a desindexação da economia, para a atribuição do valor de alçada nas ações de execução fiscal.

Logo, a princípio, em demandas ajuizadas a partir de janeiro de 2001 em que o valor do débito executado devidamente atualizado não ultrapasse R\$328,27 (trezentos e vinte e oito reais e vinte e sete centavos), como na hipótese dos autos, em que se executa a quantia atualizada de R\$243,93 (duzentos e quarenta e três reais e noventa e três centavos), não é cabível a interposição da espécie recursal apelação para impugnação da sentença.

É esse, a propósito, o entendimento adotado pelo Eg. Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL - VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC - FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE - INCIDÊNCIA DA SÚMULA 284/STF - EXECUÇÃO FISCAL - VALOR DA CAUSA INFERIOR A 50 ORTN'S - APELAÇÃO - DESCABIMENTO ART. 34 DA LEI N. 6.830/80 - PRECEDENTES STJ.

1. Incide a Súmula 284/STF se o recorrente, a pretexto de violação do art. 535 do CPC, limita-se a fazer alegações genéricas, sem, contudo, indicar com precisão em que consiste a omissão, contradição ou obscuridade do julgado.

2. Das sentenças de primeira instância proferidas em execuções de valor igual ou inferior a 50 (cinquenta) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTN, só se admitirão embargos infringentes e de declaração (art. 34 da Lei 6.830/80).

3. Recurso especial improvido.

(REsp 1008698/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/05/2008, DJe 10/06/2008)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. EXECUÇÃO FISCAL. VALOR INFERIOR A 50 ORTNs. RECURSO DE APELAÇÃO. INADEQUAÇÃO DA VIA PROCESSUAL ELEITA. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. INAPLICABILIDADE. VIGÊNCIA DO ART. 34, DA LEF. VALOR DE ALÇADA. AFERIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. DECISÃO AGRAVADA EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ.

1. A revogação da Lei 6.825/80, que previa o recurso de Embargos Infringentes contra sentenças proferidas nas causas inferiores a 50 ORTNs, pela Lei 8.197/91, não afasta a aplicação do disposto no art. 34, da LEF, por tratar-se de lei especial.

2. Das sentenças de primeira instância proferidas em Execuções de valor igual ou inferior a 50 ORTNs só se admitirão Embargos Infringentes e de Declaração, nos termos do art. 34, da Lei 6.830/80.

3. A interposição de recurso diverso do previsto expressamente em lei específica não configura dúvida objetiva capaz de atrair a incidência do Princípio da Fungibilidade Recursal.

4. *In casu*, o Tribunal Local concluiu, com base na prova dos autos, ser o valor da Execução Fiscal inferior a 50 ORTNs. A revisão deste entendimento demanda reexame de fatos e provas, o que é vedado em sede de Recurso Especial (Súmula 7/STJ).

5. “Não se conhece do Recurso Especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida” (Súmula 83/STJ).

6. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no Ag 892.303/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/08/2007, DJ 11/02/2008 p.

1)

No entanto, *in casu*, embora o valor inscrito na Dívida Ativa municipal executado seja adequado àquele de alçada previsto para os embargos infringentes, a discussão principal que emerge da sentença de extinção da execução transborda do aspecto meramente fiscal ou financeiro, afastando a incidência da norma especial do art. 34 da Lei n. 6.830/80, atraindo a via ordinária do duplo grau de jurisdição.

Realmente, diante da especificidade da hipótese e dos valores jurídicos que se procura resguardar com a propositura da ação de execução de dívida proveniente de infração de trânsito, não se mostra cabível a recusa ao conhecimento e exame desta apelação, diante das graves conseqüências que adviriam de tal proceder.

É que, na espécie, como visto, o MM. Juiz *a quo* reconheceu a ausência de interesse processual da exequente apenas em face do pequeno valor em execução e simplesmente extinguiu não somente esta mas todas as execuções fiscais relativas a infrações de trânsito existentes na Vara de sua titularidade. Extinguiu-as todas, sem resolução do mérito, por considerar irrisório o valor executado, entendendo ser a exequente carecedora de interesse processual (CPC, art. 267, VI).

Não teceu, portanto, quaisquer considerações acerca do mérito do processo, apenas invocou questão de ordem pública, a respeito da qual se pode conhecer de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição (CPC, art. 267, § 3º), razão pela qual se entende que o aparente óbice relativo ao supra transcrito art. 34 da Lei n. 6.830/80 não opera, na hipótese, merecendo ser transposto.

Na espécie, como se tem ação de execução fiscal proposta para a cobrança de crédito decorrente da aplicação de multa por violação às normas do Código Brasileiro de Trânsito, o interesse público ressoa presente por todos os relevantes valores tutelados nas normas de trânsito. Daí o cabimento desta apelação, que enseja o reexame da r. Sentença por esta segunda instância ordinária.

É que, ao contrário do que de forma insensível e apressada entendeu a r. Sentença recorrida, o interesse de agir da Autarquia Municipal de Trânsito, Serviços Públicos e de Cidadania AMC, desde o momento inicial da ação, não se restringe apenas ao aspecto financeiro ou econômico. Tinha e tem a entidade exequente, certamente muito mais, o escopo legítimo de salvaguardar a eficácia e autoridade das normas de trânsito, que, como é cediço, são estabelecidas para proteção de valores da vida superiores como a própria vida, a saúde e a liberdade das pessoas.

E também por isso mesmo, não se mostra condizente com o princípio da razoabilidade (CF, art. 5º, inc. LIV) aplicar-se a norma do art. 34 da Lei n. 6.830/80, que leva em consideração apenas o aspecto fiscal ou financeiro da execução fiscal, para, apenas com ela ou em razão dela, afastar-se a viabilidade da presente apelação, sacrificando-se valores jurídicos da maior expressão.

Ciente da importância das normas de trânsito e das graves estatísticas que os acidentes automobilísticos produzem no país, acarretando a infelicidade para milhares de famílias, todos os anos, estabeleceu o constituinte a competência privativa da União para legislar sobre trânsito, nos termos do art. 22, inc. XI, da Constituição Federal, que diz:

“Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

.....
XI - trânsito e transporte;

.....”

Com efeito, não se pode olvidar que as multas de trânsito, cujos montantes são fixados pelo legislador federal levando em conta os padrões médios de renda do brasileiro, visam, além de punir os infratores, fazer com que eles, tendo em vista as penalidades e medidas que terão de suportar, evitem a reincidência, possuindo, assim, natureza preventiva, repreensiva e pedagógica. Então, quando se aplicam essas penalidades, busca-se, primordialmente, não a aferição de receita por ente público, mas sim manter a eficácia e a autoridade das normas de trânsito, educando os infratores e prevenindo-se novas infrações e acidentes de trânsito.

Dessa forma, a autarquia municipal de trânsito, ao propor a presente execução fiscal, além de ter visado resguardar o interesse público secundário, ou seja, o interesse financeiro-econômico, teve e tem, muito mais, o objetivo de fazer prevalecer o interesse público primário decorrente da função social da aplicação das penalidades por infração às normas de trânsito.

Desse modo, em demandas deste jaez, onde sem atentar para todos os aspectos envolvidos na lide, o julgador prolata sentença terminativa do feito, sem apreciação da questão meritória posta nos autos, a incidência da norma especial do art. 34 da Lei de Execuções Fiscais deve ser afastada. Do contrário, ter-se-ia violação à garantia constitucional de inafastabilidade da tutela jurisdicional e de acesso ao Poder Judiciário, estampada no art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal, com descabida restrição de acesso ao Judiciário a apenas uma única Instância e com infringência ao princípio do duplo grau de jurisdição, o qual, na hipótese, não pode ser mitigado.

Deve-se, por conseguinte, nessas situações fazer prevalecer o comando normativo ordinário constante do art. 513 do Código de Processo Civil, com a admissão do recurso de apelação, observando-se o princípio do duplo grau de jurisdição. Nesse sentido, o seguinte aresto:

EMENTA: TRIBUTÁRIO - AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - VALOR DE ALÇADA - ART. 34 DA LEI - APELAÇÃO CÍVEL - RECEBIMENTO COMO EMBARGOS INFRINGENTES - REJEIÇÃO - CABIMENTO PARA REEXAME DE SENTENÇA TERMINATIVA.

1 - É admissível a interposição de recurso de apelação contra sentença terminativa prolatada em execução fiscal de valor inferior ao disposto no art. 34 da Lei n.º 6.830/80, que só pode ser validamente interpretado como limitador do duplo grau de jurisdição, mas não do próprio acesso ao Poder Judiciário (art. 5º, inc. XXXV, da CR/88).

2 - Recurso provido.
(TJ/MG. AI N. 1.0384.07.057948-5/001(1). Relator: Des.
EDGARD PENNA AMORIM. Julgamento em 07/08/2008.
Publicado em 03/09/2008).

Com efeito, na hipótese dos autos, caso não se admitisse a apelação, estar-se-ia deixado à mercê de um único magistrado decidir pela existência, ou não, de interesse de agir da exequente, ora apelante, matéria de ordem pública (CPC, art. 267, § 3º), privando-a, dessa forma, de ter prestada dentro do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV), de forma justa e efetiva, a tutela jurisdicional pleiteada.

Entende-se, assim, na hipótese, ser cabível mesmo a regra ordinária que trata da apelação e não os embargos infringentes, face à não incidência da norma especial do art. 34 da Lei n. 6.830/80.

Adentrando-se agora no mérito, acrescente-se aos fundamentos acima mais uma razão para o conhecimento e procedência deste recurso, no fato de que a inadmissão desta apelação faria prevalecer entendimento jurisdicional teratológico e manifestamente inconstitucional, com graves ameaças e repercussão negativa para a ordem, a segurança e a saúde públicas.

É que o d. magistrado *a quo*, não atentando para a função social das multas de trânsito e para os valores que essas penalidades administrativas procuram resguardar – vida, saúde e liberdade –, praticamente criou uma norma isentiva de multas de trânsito, inovando na ordem jurídica, quando não poderiam fazê-lo nem mesmo os legisladores estadual e municipal. Tem-se, assim, violação ao princípio da Separação de Poderes (CF, art. 2º).

Com efeito, ao impossibilitar o prosseguimento da execução fiscal extinguindo o feito, sem resolução do mérito, por ausência de interesse de agir, retirou, na prática, a incidência da multa, que, na maioria das infrações previstas no Código de Trânsito Brasileiro, não ultrapassa o valor de um salário mínimo, justamente para que possam os infratores, independentemente de sua classe social, e, conseqüentemente, de sua situação financeiro-econômica, arcar com o pagamento, em observância ao princípio da isonomia (CF, art. 5º, *caput*).

E de outro modo não poderia ter agido o legislador, estabelecendo multas em valores muito elevados, fora das possibilidades do homem médio brasileiro, sob pena de acabar por inviabilizar a função social desempenhada pelas penalidades e medidas administrativas de trânsito, consistentes, como já exaustivamente salientado, na preservação dos direitos à vida e à saúde dos cidadãos e de liberdade de todos (inclusive de locomoção).

E não se diga que a r. Sentença recorrida encontra amparo na

disposição do art. 6º, parágrafo único, do Decreto municipal n. 12.405, de 4 de junho de 2008 (D.O.M. de 10/06/2008), que regulamenta a Lei municipal n. 9.134, de 18 de dezembro de 2006 (D.O.M. de 22/12/2006), a qual “*institui o Programa de Regularização Tributária do Município de Fortaleza (PRORET) e dá outras providências*”.

O art. 6º, *caput*, do Decreto municipal n. 12.405/08, referido pelo d. Julgador *a quo* em sua decisão, estabelece a remissão de créditos tributários ou não, inscritos como Dívida Ativa da Fazenda Pública Municipal, que estejam sendo executados judicialmente, desde que não ultrapassem a quantia de R\$ 500,00 (quinhentos reais). Porém, em seu parágrafo único excetua, exclui, expressamente, os créditos decorrentes da aplicação de multas de trânsito, conforme se afere de sua literalidade:

“Art. 6º. Os créditos tribuários ou não, inscritos como Dívida Ativa da Fazenda Municipal que se encontrem em processo de execução, cujo valor consolidado seja igual ou inferior a R\$ 500,00 (quinhentos reais) serão remitidos, nos termos deste decreto.

Parágrafo Único. Para aplicação deste artigo ficam excluídos os créditos executados ou não, provenientes de multas aplicadas pela Autarquia Municipal de Trânsito, Serviços Públicos e Cidadania de Fortaleza – AMC.” (*grifos não originais*).

Diante de disposição normativa tão clara, não foi certamente com base em tal regra que o d. julgador *a quo* extinguiu a execução fiscal em tela, tratando-se, por conseguinte, de decisão manifestamente contrária à lei, ilegal e, mais, inconstitucional mesmo, já que acabou por produzir norma em sede de atividade jurisdicional.

Lembre-se, por fim, do efeito multiplicador, do caráter eminentemente anti-pedagógico e do risco de impunidade que emergem da decisão recorrida. Tendo os motoristas ciência de que não poderá a autarquia municipal de trânsito cobrar judicialmente os valores decorrentes da aplicação das multas de trânsito, muitos possivelmente se verão animados ao cometimento de infrações, de tudo resultando mais acidentes, mais prejuízos materiais e danos pessoais, mais mortes. Ademais, afetar, outrossim, a própria política de trânsito, já que as receitas públicas oriundas das multas são destinadas à melhoria da fiscalização e segurança de trânsito e a respectivos projetos de educação de trânsito (CTB, art. 320).

Isto posto, pelas razões acima invocadas, conheço da apelação cível, dando-lhe total provimento, para, anulando a r. sentença recorrida, determinar o prosseguimento da ação de execução fiscal.

É como voto.

Fortaleza, 4 de setembro de 2009.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 31-22.2000.8.06.0052/1 (2000.0168.0399-0/1),
ORIUNDA DA 2ª VARA DA COMARCA DE BREJO SANTO.
APELANTE: COMPANHIA DE SEGUROS ALIANÇA DO BRASIL.
APELADAS: FRANCISCA ZAYRA LEITE SOUZA POR SI E
REPRESENTANDO CAROLINY MARIA LEITE DE SOUZA, CYNTHIA
FRANCIELE LEITE SOUZA E CAMILA MARIA LEITE SOUZA.
RELATORA: DESA. MARIA IRACEMA DO VALE HOLANDA.

EMENTA: DIREITO CIVIL. CONTRATO DE SEGURO DE VIDA. CAUSA EXCLUDENTE DO RECEBIMENTO DO PRÊMIO. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. COMETIMENTO DE ATO ILÍCITO. INDENIZAÇÃO INDEVIDA. APELO PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA.

- Cuidam os presentes autos de apelação cível em ação de cobrança, pela qual os autores visam receber o prêmio referente ao seguro de vida feito pelo *de cujos*.

1. PRELIMINAR: de nulidade da sentença. O caso comporta o julgamento antecipado da lide, prevista no Art. 330, I do CPC, tendo em vista que a questão a ser dirimida é unicamente de direito.

- Rejeição.

2. MÉRITO: Conforme ficou comprovado, o segurado encontrava-se armado em uma churrascaria quando entrou em discussão com um dos frequentadores do recinto, também armado, dando início a uma troca de tiros que culminou em sua morte.

- O contrato firmado entre as partes prevê expressamente entre os riscos excluídos os acidentes ocorridos em consequência de atos ilícitos.

- Desta maneira, havendo causa excludente, deve a sentença ser reformada.

- Apelação conhecida e provida.

- Sentença reformada.

- Unânime.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível nº 31-22.2000.8.06.0052/1, em que figuram as partes acima indicadas. Acorda a 4ª Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer do recurso, para rejeitar a preliminar de nulidade da sentença, e, no mérito, dar provimento, nos termos do voto da Relatora.

Fortaleza, 5 de maio de 2010.

RELATÓRIO

Tratam os presentes autos de Apelação Cível interposta com o objetivo de reformar sentença que decidiu pela procedência da ação.

O caso/a ação originária: Francisca Zayra Leite Souza por si e representando Caroliny Maria Leite de Souza, Cyntia Franciele Leite Souza e Camila Maria Leite Souza ingressaram com ação de cobrança, visando receber prêmio de seguro de vida feito por José Francival Laurentino de Souza, que fora assassinado. A Companhia de Seguros Aliança do Brasil, por ocasião de sua contestação (fls. 39/46), alegou que a morte do segurado ocorreu em decorrência da prática de ato ilícito, qual seja, envolvimento em tiroteio, de modo que os beneficiários não tem direito ao pagamento do prêmio.

A sentença: às fls. 109/111, a Magistrada da 2ª Vara da Comarca de Brejo Santo julgou procedente o pedido inicial. Transcrevo a sentença no que interessa:

“Ex positis, utilizando dos fundamentos fáticos e legais comentados, JULGO PROCEDENTE o pedido inaugural, condenando a ré – Aliança Brasil – Companhia de Seguros, ao pagamento junto a Autora do valor referente a indenização especial equivalente a R\$ 60.015,85 (sessenta mil, quinze reais e oitenta e cinco centavos), devidamente corrigidos até a data do efetivo pagamento”.

A apelação: Inconformada com a sentença, a promovida ingressou com o recurso de fls. 119/137, pleiteando, em sede de preliminar, a nulidade da sentença por cerceamento de defesa e, no mérito, repisando os argumentos da contestação.

Contrarrrazões, às fls. 138/151, pugnando pela manutenção da sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça (fls. 193/197), opinando pelo desprovisionamento do apelo.

É o relatório.

Revisão feita pelo Excelentíssimo Senhor Des. Lincoln Tavares Dantas.

VOTO

A controvérsia a ser dirimida no presente recurso trata do direito ao recebimento do prêmio de seguro de vida por parte dos beneficiários em caso de morte do segurado em tiroteio no qual este estava envolvido.

1. Preliminar de nulidade de sentença.

O caso dos autos é de julgamento antecipado da lide, de acordo com o Art. 330, I do CPC. Vale dizer, desnecessária a realização de dilação probatória em caso unicamente de direito. Assim dispõe o dispositivo acima referido:

Art. 330 - O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença:

I - quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência;"

É de farta sabença que estando presentes as condições, é dever do juiz julgar antecipadamente a lide, predominando a sua prudente discricção, examinando se há ou não necessidade da realização de prova em audiência.

No caso ora analisado, não há que se falar em cerceamento do direito de defesa, pois baseou-se o julgador na prova documental existente no processo, não havendo a necessidade da produção de prova testemunhal, nem de depoimentos, tendo o magistrado sido prudente ao indeferir a realização de atos inúteis e procrastinatórios.

Este é o posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, como pode ser observado na ementa que segue transcrita no que importa:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. I - (...); I. II - Não há falar em cerceamento de defesa, se o julgamento antecipado da lide decorreu da circunstância de ter o julgador considerado suficientemente provados os fatos alegados pelas partes. Agravo improvido”. (STJ; AgRg no Ag 746.469/MG, Rel. Min. Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 24.04.2007, DJ 21.05.2007 p. 572).

Este egrégio Tribunal de Justiça partilha do mesmo entendimento, conforme se depreende do excerto jurisprudencial colacionado a seguir:

“CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. ILEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM*. EXAME DE PRELIMINARES E DO MÉRITO PREJUDICADO. SENTENÇA MANTIDA. 1. Quando as questões em discussão não necessitam de demonstração fática, o anúncio do julgamento antecipado não implica em cerceamento de defesa, ainda que, em despacho saneador, tenham sido deferidas as provas requeridas, reveladas irrelevantes ao desfecho do litígio; 2. (...) 3. A carência de legitimidade do autor para pedir ressarcimento de danos causados à coletividade enseja o

juízo de julgamento antecipado da lide por extinção do processo sem resolução de mérito; 4. Sentença mantida; 5. Recurso conhecido, mas improvido.” (TJCE; APC 707640-71.2000.8.06.0001/1; 4ª Câmara Cível; Rel. Des. FRANCISCO Lincoln Araújo e Silva; DJ 01/07/2008) (destacado)

Por tais razões, rejeita-se a preliminar.

2. Mérito

O que se colhe dos autos é que o segurado, José Francival Laurentino de Souza encontrava-se armado em uma churrascaria quando entrou em discussão com um dos frequentadores do recinto, também armado, dando início a uma troca de tiros que culminou no assassinato de seu oponente. O segurado foi preso em flagrante por homicídio (fls. 69/70), vindo a falecer dias depois em razão dos ferimentos decorrentes do tiroteio.

No contrato de seguro se procede a transferência de certos riscos futuros do segurado para a seguradora, devendo tais riscos restarem expressamente consignados na apólice, não sendo possível obrigar a seguradora a indenizar prejuízos resultantes de riscos futuros não previstos no contrato. Esta noção básica foi inclusive prevista no Art. 1.432 do CC/16 (vigente à época):

“Art. 1.432 - Considera-se contrato de seguro aquele pelo qual uma das partes se obriga para com a outra, mediante a paga de um prêmio, a indenizá-la do prejuízo resultante de riscos futuros, previstos no contrato”.

A vida encontrasse dentre os possíveis bens que podem vir a ser objeto de contratos de seguro, dando direito aos beneficiários ao recebimento do valor acordado no caso de ocorrência de um dos riscos previstos, como o caso de morte involuntária. O próprio Código estabelece situações que não se encaixam na ideia de voluntariedade, como a hipótese de morte decorrente de duelo. Confira-se o teor do Art. 1.440 do CC/16:

“Art. 1.440 - A vida e as faculdades humanas também se podem estimar como objeto segurável, e segurar, no valor ajustado, contra os riscos possíveis, como o de morte involuntária, inabilitação para trabalhar, ou outros semelhantes.

Parágrafo único - Considera-se morte voluntária a recebida em duelo, bem como o suicídio premeditado por pessoa em seu juízo”.

O contrato firmado entre as partes prevê expressamente entre os riscos excluídos os acidentes ocorridos em consequência de atos ilícitos, como se observa da cláusula que segue transcrita:

“4. Riscos Excluídos

4.1 (...)

4.2 Além dos riscos mencionados no subitem 4.1, estão, também, expressamente excluídos das garantias IEA e IPA do Seguro:

4.2.1. Os acidentes ocorridos em consequência:

(...)

d) de ato reconhecidamente perigoso que não seja motivado por necessidade justificada e a prática, por parte do Segurado, de atos ilícitos ou contrários à lei”.

Conclui-se, portanto, que, como o evento morte ocorreu em virtude de ato ilícito praticado pelo próprio segurado, os seus beneficiários não fazem jus ao prêmio.

A jurisprudência pátria vem se posicionando neste mesmo sentido, como se extrai do seguinte excerto jurisprudencial:

“SEGURO DE VIDA. GARANTIA ADICIONAL DE INDENIZAÇÃO ESPECIAL POR ACIDENTE. SEGURADO QUE É MORTO AO TENTAR MATAR OUTRA PESSOA. SITUAÇÃO DE RISCO. EXCLUSÃO. 1. Como a morte do segurado ocorreu em virtude de ato ilícito por ele praticado - tentativa de homicídio - os seus beneficiários não fazem jus ao adicional de indenização especial por acidente, que prevê, expressamente, a exclusão da garantia quando o acidente ocorrer em consequência “da prática por parte do segurado, de atos ilícitos ou contrários à lei”. 2. Apelo improvido. Sentença mantida”. (TJDFT; 19980110156826APC, Relator ARNOLDO CAMANHO DE ASSIS, 1ª Turma Cível, julgado em 08/09/2003, DJ 12/11/2003 p. 29) (destacamos)

Diante destas considerações, a reforma da sentença é medida que se impõe.

DISPOSITIVO

Do exposto, conheço da apelação para rejeitar a preliminar suscitada, e, no mérito, dar provimento à apelação, reformando a sentença recorrida, para o fim específico de reconhecer que a morte do segurado se deu em razão de um risco não assumido pela seguradora, de modo que os beneficiários não possuem direito à indenização contratada.

É como voto.

Fortaleza 5 de maio de 2010.

PROCESSO Nº 686-63.2000.8.06.0029/1 (2000.0165.5216-5/1).

APELAÇÃO.

APELANTES: JOSÉ CLEONILDO TAVARES E OUTROS.

APELADA: TELEMAR NORTE LESTE S.A.

RELATOR: DES. FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA.

EMENTA: CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E DO CONSUMIDOR. DANO MORAL. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. TELECOMUNICAÇÕES. SUSPENSÃO DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. ÚNICO TELEFONE PÚBLICO (ORELHÃO) INSTALADO EM LOCALIDADE INTERIORANA. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO NEXO CAUSAL ENTRE O ALEGADO ATO ILÍCITO E O SUPOSTO DANO. APELO CONHECIDO E DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

ACÓRDÃO

Acordam os integrantes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por uma de suas Turmas, unanimemente, em conhecer e negar provimento ao recurso, de conformidade com o voto do Relator.

Fortaleza, 11 de janeiro de 2010.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta por José Cleonildo Tavares e outros, em face da sentença de fls. 307-317, proferida pelo Juízo da 1ª Vara da Comarca de Acopiara (CE), em sede de ação de reparação de danos morais, a qual julgou improcedente o pedido ante a ausência de nexo de causalidade entre o suposto ilícito e o alegado dano aos promoventes, habitantes de Vila Isidoro, Município de Acopiara, em vista dos suscitados acontecimentos, naquela localidade, quando da assunção pela ré Telemar Norte Leste S.A. do serviço de telefonia pública antes prestado por Teleceará.

Em razões recursais de fls. 320-322, argumentam os apelantes

revelar-se o decisório em desconformidade com a norma legal avocada nos autos. Aduzem os suplicantes ser a recorrida a “responsável pela manutenção do telefone ali existente, assumindo a culpa por qualquer falha que ocorra no sistema” além de a prova testemunhal haver revelado que o único telefone público instalado naquela comunidade ficou sem funcionamento durante mais de três (3) meses, o que também ficou consignado no laudo pericial.

Contrarrazões às fls. 326-331.

É o relatório.

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do apelo.

Extraí-se dos autos que os promoventes-apelantes, todos moradores da localidade de Vila Isidoro, no Município de Acopiara (CE), demandaram danos morais contra Telemar Norte Leste S.A., tendo em vista o único telefone público existente naquela comunidade, distante 18 quilômetros da sede do Município, não funcionar corretamente e apresentar constantes defeitos desde sua instalação, quando do fechamento do posto telefônico ali então mantido pela extinta Teleceará.

Em análise à prova constante do caderno processual, a perícia técnica (fls. 210-219) realizada no aparelho telefônico (orelhão) em comento por experto nomeado pelo Juízo — prof. Edson da Silva Almeida, do Centro Federal de Educação Tecnológica do Ceará — concluiu que:

Após análise do material recebido pela Telemar Norte Leste e perícia técnica realizada na localidade de Vila Isidoro, concluiu-se que o telefone de uso público (88) 5561314 é insuficiente para o atendimento das necessidades de comunicação dos habitantes de Vila Isidoro bem como os sítios que a congregam, a região não é atendida pelo sistema de telefonia móvel celular. A população em caso de emergência contrata um carro particular pagando de 30 a 50 reais para transporte até a cidade de Acopiara, os problemas com segurança são resolvidos pelos próprios moradores já que não confiam no TUP [telefone de uso público] para solicitar ambulância, polícia e outros serviços públicos. A localidade é provida de um posto de saúde (figura 3), Escola (figura 4) que funciona manhã, tarde e noite, com um pequeno comércio (figura 5) e de uma estrada carrossal^[sic]. A tecnologia utilizada no sistema de transmissão do TUP [telefone de uso público] em questão é comum a alta incidência de defeitos ocasionados por problemas de alimentação por baterias

e por problemas de componentes eletrônicos.

Os fatos relatados por moradores da localidade demonstram o alto índice de reclamação contra a operadora do serviço de telefonia pública, chegando ao ponto de ser treinado um morador para resetar^[sic] o sistema caso venha a ocorrer defeito.

Devido à necessidade de uso do TUP [telefone de uso público], a comunidade é parceira na manutenção deste equipamento, com os cuidados relatados pelos próprios habitantes, sendo descartado atos de vandalismo. (Fls. 215-216).

Oitivadas em Juízo as testemunhas arroladas, estas asseveraram que:

[...] nasceu na Vila Isidoro e mora lá até hoje; que a distância da Vila Isidoro para a sede do município é de 18 km; que não sabe informar qual a população da Vila Isidoro; que Vila Isidoro tem uma boa estrutura relativa a energia elétrica, água encanada, estrada ligando à sede do município e posto de saúde; que hoje só existe um orelhão, que atende à Vila Isidoro e sua zona rural; que já existiu um posto telefônico funcionando o dia inteiro, lá na Vila Isidoro; que durante 03 ou 04 anos o sistema de telefonia funcionou normalmente; que três funcionários foram demitidos, fecharam o prédio e ficou funcionando apenas o orelhão; que não sabe informar o porquê do fechamento do posto; que este orelhão já não funcionou durante uns 90 dias; que até hoje, de vez em quando, o orelhão dá problema; que alguns habitantes da Vila Isidoro tem que se deslocar até a sede de Acopiara para ligar para a Telemar, quando o orelhão dá problema; que a falta de funcionamento do orelhão traz enormes prejuízos para a população; que este prejuízo afeta o dia-a-dia da população de Vila Isidoro. [...] que o funcionário da Telemar, por diversas vezes, foi até a Vila Isidoro para consertar o aparelho e quando ele dava as costas continuava o mesmo problema; que este funcionário chegou a deixar uma chave com ele (testemunha) e deu umas orientações para ele, caso o aparelho não funcionasse; que com a ausência do sistema telefônico da Vila Isidoro os habitantes tinham que se deslocar até a Vila Santo Antônio, que dista 10 km da Vila Isidoro ou então vir até Acopiara, cuja distância é de 18 km, para falar ao telefone; que ela (testemunha) tem a chave do orelhão e a exibiu aqui na audiência; que ele (testemunha) chegou a programar o

telefone, tentando consertá-lo; que duas ou três vezes o telefone ficava perfeito, mas depois voltava a apresentar defeitos; que depois de 90 dias parado o aparelho telefônico foi substituído; que depois de substituído voltou a funcionar, mas de vez em quando apresenta problemas. [...] que não sabe dizer o nome do funcionário que entregou a chave para ele, mas o conhece de vista; que há cinco ou seis anos recebeu esta chave; que o rapaz que lhe entregou a chave era da Telemar, porque na época em que era a Teleceará o posto funcionava normalmente, quando passou para a Telemar foi que colocaram o aparelho fora do prédio aonde funcionava o posto; que ele não sabe dizer se a chave funciona; que essa chave não funciona mais; que não sabe dizer se existia algum convênio entre a prestadoras de serviços e a prefeitura de Acopiara; que não sabe dizer quem pagava as telefonistas que trabalhavam no posto; que os prejuízos materiais causados pela falta do sistema telefônico na Vila Isidoro, foram os seguintes: 1º — quando o trator da comunidade quebrava, tinham que fretar uma moto até a cidade de Iguatu, cuja distância é de 36 km, para pegar o mecânico; 2º — quando alguém adoecia tinha que se deslocar até Acopiara para pegar uma ambulância e levar o doente para o hospital; 3º — quando as pessoas queriam se comunicar com os parentes teriam de fazê-lo por carta ou se deslocar até o Distrito de Santo Antônio para telefonar; que não existe telefonia móvel na Vila Isidoro. [...] (Testemunha MANOEL JOSÉ ALVES ALBUQUERQUE, fl. 289-289v.).

[...] nasceu e mora até hoje na Vila Isidoro; que a distância entre a sede do município e a Vila Isidoro é de 20 km; que não sabe dizer qual a população da Vila Isidoro; que Vila Isidoro não tem mais posto telefônico, existe só o prédio, mas anteriormente funcionava o posto telefônico na vila; que o posto telefônico da Vila Isidoro funcionou durante quatro anos; que durante esses quatro anos os serviços telefônicos eram perfeitos; que nessa época o serviço telefônico estava a cargo da TELECEARA; que não sabe dizer o porquê do fechamento do posto; que Vila Isidoro ficou com apenas um telefone público para atender a população da vila e também da área rural da vila; que a partir do momento em que o serviço de telefonia passou para a Telemar o telefone público da Vila Isidoro ficou sem funcionar durante 90 dias; que chegavam a via à sede do município para ligar para a Telemar pedindo assistência ao telefone

público da Vila Isidoro; que eram informados por funcionários da Telemar para aguardar; que chegaram a ligar até para Fortaleza, mesmo assim passaram 90 dias sem serviço de telefonia; que em razão disso a comunidade decidiu entrar na justiça para resolver o problema do telefone público. [...] que não sabe dizer se existia algum convênio entre a empresa Telemar e a Prefeitura Municipal de Acopiara; que neste posto trabalhavam telefonistas; que as telefonistas eram pagas pela Prefeitura. [...] (Testemunha EDILZA ALVES DA SILVA, fls. 290-291).

[...] nasceu na Vila Isidoro e mora lá até hoje; que a distância da Vila Isidoro para a sede do município é de 03 léguas; que a média de habitantes por família é de cinco pessoas e a população gira em torno de 600 pessoas; que lá na Vila Isidoro tem escola, energia elétrica, água encanada, estrada ligando à sede do município, posto de saúde e sistema de transporte; que na época em que a Teleceará prestava o serviço de telefonia existia um posto telefônico; que o atendimento do posto era bom; que com a privatização do sistema de telefonia o posto foi fechado e colocaram um aparelho fora do posto telefônico; que quando o aparelho apresentava problemas ele se dirigia até a sede do município ou até a cidade de Iguatu para telefonar pedindo um técnico; que muitas vezes o funcionário da Telemar demorava a ir até a Vila Isidoro para consertar o aparelho; que a população indignada chegou a fazer um abaixo-assinado e apresentou-o na Câmara de Vereadores pedindo o retorno do sistema telefônico anterior, mas nada foi feito; que na parte comercial houve prejuízos; que houve prejuízo, também, relativo à assistência médico hospitalar; porque quando uma pessoa ficava doente não havia como se comunicar para a sede do município pedindo ambulância. [...] (Testemunha VALDETÁRIO ALBUQUERQUE, fl. 292-292v.).

[...] que é funcionário da Telemar; que é supervisor da Telemar; que ele supervisiona telefone público e o próprio cliente; que o aparelho público ele é muito vulnerável, pois está à mercê do mau uso, por exemplo: o um menino, ou qualquer criança, pode, brincando, colocar pedaço de cartão no aparelho e como também o vandalismo; que uma parte dos serviços da Telemar se encontra terceirizado, mas este serviço é supervisionado pelos funcionários da Telemar; que a Telemar dividiu seus serviços assim: com micro-áreas, cujos técnicos

residem nas localidades dessas micro-áreas dando assistência técnica àquele núcleo, por exemplo, aqui em Acopiara tem um técnico residente que presta assistência na sede do município e nas áreas circunvizinhas; que todo telefone público é monitorado e as reclamações são feitas para o 103; que não sabe dizer se este sistema funcionava em 1998; que as reclamações diminuíram e até mesmo o vandalismo diminuiu; que até agora os técnicos da Telemar tem com mais presteza dado assistência ao telefone público da Vila Isidoro. [...] que a população de Vila Isidoro, segundo o senso de 2001, existiam 446 habitantes na zona urbana de Vila Isidoro e na zona rural da vila mais de 2000 habitantes; que existia uma parceria entre a Telemar e a SEINFRA no qual os técnicos primeiro faziam estudos em determinada região para saber se obedecia parâmetros exigidos pela ANATEL para que se instalasse um atendimento coletivo naquela comunidade; que o perfil da Vila Isidoro era de um (01) telefone só e não um atendimento coletivo; que a partir de janeiro deste ano a Vila Isidoro já está dentro dos parâmetros exigidos para o sistema DDD e a Telemar tem até 31.12.2005 para instalar esse serviço na Vila Isidoro, isto após novos estudos. [...] (Testemunha RICARDO CÍCERO SAMPAIO ESMERALDO, fls. 293-293v.).

A prova constante dos fólios revela que o serviço público de telefonia prestado pela ré-apelada em Vila Isidoro, distrito de Acopiara (CE), não é *eficiente* nem *contínuo*, apresentando-se falho, haja vista as interrupções constantes em decorrência da obsolescência da “tecnologia utilizada no sistema de transmissão do TUP [telefone de uso público]”, e pela “alta incidência de defeitos ocasionados por problemas de alimentação por baterias e por problemas de componentes eletrônicos”, razão por que os “moradores da localidade demonstram o alto índice de reclamação contra a operadora do serviço de telefonia pública” (*vide* conclusão do laudo pericial às fls. 215-216).

Ademais, a situação de Vila Isidoro trouxe-me à lembrança uma outra localidade, a fictícia Macondo, existente na afamada obra do colombiano Gabriel García Márquez, *Cem anos de solidão*, povoado “isolado do mundo” e da modernidade, sempre a esperar a chegada de ciganos que periodicamente traziam novas invenções.

A despeito de Macondo, que na ficção demorou gerações para se desenvolver, os promoventes, ora apelantes, moradores de Vila Isidoro, vendo-se sem a possibilidade concreta de comunicação através do único telefone público existente naquela comunidade, constantemente sem serviço, não tardaram em

acorrer ao Judiciário, suscitando dano extrapatrimonial em virtude de uma prestação defeituosa do serviço em comento.

Embora os autos explicitem a ocorrência de vício do serviço, a frustrar a legítima expectativa dos consumidores na prestação de uma atividade pública essencial (telefonia), que a instrução probatória revelou inadequada e ineficaz, evidenciando defeitos que implicaram, inclusive, a suspensão das comunicações na localidade de Vila Isidoro por 90 (noventa) dias, devo considerar que os promoventes, aqui apelantes, José Cleonildo Tavares, Ana Maria Teixeira da Silva, Vanderlan Américo da Silva, Francisco Humberto de Albuquerque e José Arimatéia de Albuquerque não lograram comprovar, no correr da atividade instrutória, quer mediante a prova testemunhal quer por intermédio do laudo pericial, a quais danos morais haveriam sido submetidos.

Os solicitantes em nenhum momento expuseram em que consistiu o proclamado dano, é dizer, quais os percalços atravessados por cada um deles pelo fato de não receberem da ré-apelada um serviço eficiente, adequado e contínuo. Tampouco lograram os recorrentes precisar que circunstâncias danosas redundaram em dano moral particularmente a cada qual deles.

As testemunhas referem, sim, as dificuldades enfrentadas pela população em geral de Vila Isidoro diante da falta de serviço de telefonia durante meses a fio, de terem de se deslocar a outras localidades para contatar familiares ou mesmo solicitar socorro médico ou policial. Conquanto possa compreender os graves problemas que a suspensão do serviço de telecomunicação acarrete aos habitantes de citada povoação, impossível é a condenação da empresa-ré em danos morais por mera suposição de que aos requerentes haja ocorrido prejuízo.

Indispensável, *in casu*, a prova do dano moral; a explicitação de que os promoventes residiam naquela localidade na época do fato danoso; de que eram eles utentes do serviço público de telefonia; de que foram privados de socorro de urgência ou de quaisquer serviços públicos essenciais em vista da relatada suspensão das chamadas no único “orelhão” disponível na Vila.

Nada obstante esteja suficientemente comprovada no caderno processual a exteriorização de um *vício de qualidade*, vale dizer, de um *defeito* capaz de frustrar a legítima expectativa dos consumidores quanto à utilização ou fruição do serviço de telefonia, carecem os fólios de prova do nexos causal, a ilidir, pois, a responsabilidade civil objetiva da ré em face, concretamente, dos autores.

À míngua de constatação da ocorrência de dano aos requerentes em vista da suspensão do serviço de telefonia no único orelhão disponível naquela comunidade, não há como reconhecer-lhes o direito ao ressarcimento pleiteado, o qual não é de ser presumido.

Do exposto, conheço e nego provimento ao apelo.

Defiro a gratuidade judiciária.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº. 1039-38.2004.8.06.0167/1

APELANTE: UNIVERSIDADE ESTADUAL DO VALE DO ACARAÚ - UVA

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL

RELATOR DES. ADEMAR MENDES BEZERRA

EMENTA PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CAUTELAR PREPARATÓRIA. ARGUIÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL PARA CONHECER DA AÇÃO. DESCABIMENTO. PRÉVIA AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PARA DISCUTIR A MESMA MATÉRIA. INEXISTÊNCIA DE LITISPENDÊNCIA. QUESTÃO DE FUNDO RELATIVA À COBRANÇA DE TAXA DE MATRÍCULA EM INSTITUIÇÃO DE ENSINO SUPERIOR. IMPOSSIBILIDADE DE SE EFETUAR A EXAÇÃO. SUBSUNÇÃO À SÚMULA VINCULANTE Nº 12. APELAÇÃO IMPROVIDA.

- Não há falar em incompetência absoluta em favor da Justiça Federal, uma vez que a natureza jurídica da apelante é de Pessoa Jurídica de Direito Público, conforme o art. 222 da Constituição do Estado do Ceará, de modo que, em se tratando de Autarquia Fundacional Estadual, não há como se afastar a competência do Foro Estadual para apreciar as lides em que ela figure como parte. Ademais, a competência da Justiça Federal se encontra disciplinada, em rol exaustivo, no art. 109 da Constituição Federal, nele não constando nenhuma hipótese apta a atrair, para a sua órbita, a discussão travada nesta lide.

- Não há, por outro lado, como acatar a preliminar de litispendência. O prévio ajuizamento da ação civil pública, nº 2002.81.00.013652-2, pelo Ministério Público Federal, não induz à litispendência, uma vez que os presentes autos trazem em seu bojo uma ação cautelar, enquanto na seara federal tramita ação principal.

Pedidos e causas de pedir distintos, portanto.

- Quanto ao mérito, a questão já foi disciplinada pela Súmula Vinculante nº 12 do Supremo Tribunal Federal que assim dispõe: “A cobrança de taxa de matrícula nas universidades públicas viola o disposto no art. 206, IV, da Constituição Federal”. Com efeito, o referido enunciado deve, por imposição do art. 103-A, da Constituição Federal, ser seguido pela apelante, independentemente de provocação do Judiciário.
- Apelação a que se dá improcedência.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação nº. 1039-38.2004.8.06.0167/1, 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 negar provimento ao recurso da autora, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 18 de agosto de 2010.

RELATÓRIO

Em exame, recurso de apelação cível interposto pela UNIVERSIDADE ESTADUAL DO VALE DO ACARAÚ - UVA, contra sentença do MM. Juiz de Direito da 3ª Vara da comarca de Sobral, que julgou procedente Ação de Cautelar de Preparatória para ingresso de ação civil pública proposta pelo apelado em face da apelante.

Na inicial da referida ação (fls. 03/13), o Ministério Público Estadual alega, em suma, que a promovida abriu período para requerimento de matrícula, sendo esta condicionada à efetuação do pagamento de Taxa de Matrícula, com base no art. 6º, IV da Lei Estadual nº 10.933/84. Afirma que a ré iniciou o envio de notificações a todos aqueles que requereram sua matrícula sem o recolhimento da Taxa, ameaçando-os de desligamento do curso, caso não efetuem o pagamento da imposição em cinco dias úteis.

Como *fumus boni juris*, aduz que esta conduta viola a Constituição Federal no que tange ao princípio que estabelece a gratuidade do ensino público

em estabelecimentos oficiais. Argumenta, ainda, que a citada Lei não traz em seu bojo os elementos necessários para a criação desta espécie tributária. O *periculum in mora*, afirma, resta demonstrado na possibilidade de desligamento do curso dos alunos que não pagarem o tributo.

Requer a concessão de medida liminar, *inaudita altera pars*, no sentido de efetivar a matrícula de todos os alunos independente do recolhimento da Taxa de Matrícula, bem como todos os expedientes administrativos para que o corpo discente possa iniciar o semestre letivo em situação regular e que a parte ré se abstenha de promover o desligamento dos alunos de seus respectivos cursos, sob pena de pagamento de multa diária no valor de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais).

Documentos acostados às fls. 14/23.

Liminar indeferida, à fl. 25.

Em contestação, às fls. 26/65, a promovida levantou as seguintes preliminares: a) extinção do processo sem julgamento do mérito pela ocorrência da coisa julgada, uma vez que a possibilidade de cobrança da referida exação já foi objeto de pronunciamento judicial, pela 2ª Vara Cível da comarca de Sobral, em ação ajuizada pelo Diretório Central dos Estudantes; b) litispendência em razão do ajuizamento de ação civil pública pelo Ministério Público Federal questionando a constitucionalidade e legalidade da cobrança desta Taxa por parte da UVA.

No mérito, aduz que a UVA, que até então era uma autarquia, com a edição da Lei Estadual nº 12.077-A, foi transformada em fundação adquirindo a personalidade jurídica de direito privado. Prossegue em sua defesa argumentando que o art. 208 da Constituição Federal restringe a gratuidade ao ensino fundamental, somente. Suscita o art. 219, da Constituição do Estado do Ceará, que lhe confere autonomia financeira. Afirma que a Taxa está regularmente prevista no art. 6º, da Lei 10.933/84.

Juntou documentos, às fls. 66/115.

Réplica às fls. 117/122.

Às fls. 127/130, sentença julgando procedente a demanda, para determinar que a promovida efetive, em 72 horas, a matrícula de todos os alunos, independentemente do pagamento da Taxa, além da proibição, à ré, do desligamento de alunos ou restrição de seus direitos em face do não pagamento da exação. Por fim, determinou, à UVA, a abstenção de cobranças enquanto durar o processo. Fixou multa diária pelo descumprimento.

À fl. 133, a Mm. juíza Joyce Sampaio Bezerril Fontenele, a quem foi distribuída a ação, mas que não proferiu a supracitada sentença de mérito, informou que recebeu o processo concluso para decisão no dia 20 de abril de 2004, sendo

que antes de ultimado o prazo legal para decisão – 48 horas – os autos foram encaminhados para outro magistrado que acabou por exarar a sentença de fls 127/130. Determinou a expedição de relatório informando datas respectivas de todos os atos realizados desde a protocolização da exordial, além de certificar em que circunstâncias o processo foi retirado da mesa de despacho da 3ª Vara da comarca de Sobral e encaminhado ao juízo da 4ª Vara daquela comarca.

Relatório, às fls. 134/135, certificou que, no dia 20 de abril de 2004, o processo foi encaminhado ao Mm. juiz Francisco Eduardo Torquato, da 4ª Vara, em razão do pedido de urgência realizado pelo Ministério Público e de informação prestada pela servidora Teresa Teixeira de Menezes dando notícia de que a Mm. juíza titular da 3ª Vara estaria gozando licença médica, além de que a magistrada que estaria respondendo por esta subunidade judiciária se encontrava em Fortaleza. Ficou registrado, entretanto, que, no dia 26 de abril daquele ano, data da expedição deste relatório, a mesma servidora, Teresa Teixeira de Menezes informou que a prefalada licença médica se iniciou no dia 14, encerrando-se no dia 18 de abril de 2004.

Nas razões do apelo, fls. 137/170, a demandada devolveu os seguintes pontos: a) incompetência em razão da matéria da Justiça Estadual por se tratar de relação envolvendo o acesso ao ensino, objeto de delegação pelo Poder Público Federal; b) litispendência em razão do ajuizamento de ação civil pública, nº 2002.81.00.013652-2, pelo Ministério Público Federal, questionando a constitucionalidade e legalidade da cobrança desta Taxa por parte da UVA, e que já foi julgada pelo TRF da 5ª Região; c) o art. 208 da Constituição Federal restringe a gratuidade ao ensino fundamental, somente; d) suscita o art. 219, da Constituição do Estado do Ceará, que lhe confere autonomia financeira; e) afirma que a Taxa está regularmente prevista no art. 6º, da Lei 10.933/84.

Ao final, pediu o recebimento do recurso em seu duplo efeito, em razão do perigo de decisões contraditórias, haja vista tramitar no TRF da 5ª Região ação com o mesmo objeto cujo acórdão reconheceu a competência da Justiça Federal para conhecer da matéria e entendeu pela legalidade do tributo cobrado pela apelante. Acostou, às fls. 171/172, cópia da decisão supracitada do prefalado Tribunal.

Em decisão, às fls. 174/181, acerca dos efeitos em que o recurso será recebido o Mm juiz titular da 3ª Vara daquela comarca discorreu longamente sobre a possível nulidade da sentença em razão do atropelamento do princípio do juiz natural, para, ao final, receber a apelação em seu duplo efeito.

Contrarrazões do apelado, às fls. 183/187, defendeu a competência

da Justiça Estadual para a ação por se tratar a apelante de Fundação Pública Estadual, integrante da Administração Indireta do Estado do Ceará, sendo mantida com recursos Estaduais. Acerca da litispendência, pugnou pela inexistência de identidade entre as partes. Sobre o mérito, afirma que a interpretação dos arts. 206 e 208 da Constituição Federal deve ser a seguinte: o Estado não é obrigado a fornecer ensino superior, mas, se o fizer, será de forma gratuita. Aduz que o art. 6º, da Lei 10.933/84, prevê a cobrança da Taxa de Inscrição, mas não de Taxa de Matrícula, pois neste último caso não há serviço público a ser custeado, pois o aluno já faz parte do corpo universitário e apenas está escolhendo quais disciplinas irá cursar, além de que a Lei não estabeleceu os elementos básicos do tributo.

À fl. 188, petição do Ministério Público requerendo a juntada da petição de agravo de instrumento contra os efeitos em que a apelação foi recebida. Cópia do recurso, às fls. 189/196. Em razão da prévia distribuição do agravo a esta relatoria, o recurso de apelação me foi, também, redistribuído.

É o relatório.

VOTO

O presente recurso devolveu os seguintes pontos: a) incompetência em razão da matéria da Justiça Estadual por se tratar de relação envolvendo o acesso ao ensino, objeto de delegação pelo Poder Público Federal; b) litispendência em razão do ajuizamento de ação civil pública, nº 2002.81.00.013652-2, pelo Ministério Público Federal, questionando a constitucionalidade e legalidade da cobrança desta Taxa por parte da UVA, e que já foi julgada pelo TRF da 5ª Região; c) o art. 208 da Constituição Federal restringe a gratuidade ao ensino fundamental, somente; d) suscita o art. 219, da Constituição do Estado do Ceará, que lhe confere autonomia financeira; e) afirma que a Taxa está regularmente prevista no art. 6º, da Lei 10.933/84.

Sobre a incompetência absoluta em favor da Justiça Federal, não há maiores considerações a serem feitas para afastar esta preliminar. A natureza jurídica da apelante é de Pessoa Jurídica de Direito Público, conforme o art. 222 da Constituição do Estado do Ceará, de modo que, em se tratando de Autarquia Fundacional Estadual, não há como se afastar a competência do Foro Estadual para apreciar as lides em que ela figure como parte. Ademais, a competência da Justiça Federal se encontra disciplinada, em rol exaustivo, no art. 109 da Constituição Federal, nele não constando nenhuma hipótese apta a atrair, para a sua órbita, a discussão travada nesta lide.

Não há, por outro lado, como acatar a preliminar de litispendência. O prévio ajuizamento da ação civil pública, nº 2002.81.00.013652-2, pelo Ministério Público Federal, não induz à litispendência, uma vez que os presentes autos trazem em seu bojo uma ação cautelar, enquanto na seara federal tramita ação principal. Pedidos e causas de pedir distintos, portanto. Uma última observação sobre a litispendência em ação civil pública, diz respeito à desnecessidade de identidade entre as partes autoras. Isto porque, em se tratando de ações coletivas, dispensa-se a exigência de identidade de partes, uma vez que os diferentes autores representam a mesma coletividade. Sobre o tema, prelecionam Freddie Didier e Hermes Zaneti Jr. (Curso de direito processual civil. Processo coletivo. Volume 4. Editora JusPodivm. Salvador, Bahia. 3 ed. 2008. p. 179):

“Nas causas coletivas, há inúmeros co-legitimados legalmente autorizados a atuar na defesa do mesmo interesse, do mesmo direito, cuja titularidade pertence a um único sujeito de direito (a coletividade). Logo, o que importa para a configuração da identidade de demandas é a precisa correspondência entre o pedido e a causa de pedir, vez que vários são os extraordinariamente legitimados a demandar no interesse do sujeito titular da relação substancial deduzida ...”

Deste modo, ainda que se dispense o requisito da identidade entre as partes, ainda assim, não se pode acatar a preliminar de litispendência, haja visto inexistir coincidência entre pedidos e causas de pedir.

Quanto ao mérito, não há muito o que se falar, haja vista a questão já ter sido disciplinada pela Súmula Vinculante nº 12 do Supremo Tribunal Federal que assim dispõe: “A cobrança de taxa de matrícula nas universidades públicas viola o disposto no art. 206, IV, da Constituição Federal”. Com efeito, o referido enunciado deve, por imposição do art. 103-A, da Constituição Federal, ser seguido pela apelante, ocasionando, assim a improcedência da presente apelação.

À vista do exposto, julgo improcedente a apelação para manter a sentença vergastada em todos os seus termos.

É como voto.

Fortaleza, 18 de agosto de 2010.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2694-32.2002.8.06.0000/0
APELANTE: FEDERAÇÃO DAS CÂMARAS DE DIRIGENTES
LOJISTAS DO ESTADO DO CEARÁ
APELADO: FRANCISCO ÂNGELO DE FRANCESCO FILHO
RELATOR: DES. ADEMAR MENDES BEZERRA

EMENTA CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. AGRAVO RETIDO INTERPOSTO PARA COMBATER DECISÃO QUE ANUNCIOU O JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. IMPROVIMENTO. NOTÍCIA-CRIME COMO CAUSA ENSEJADORA DA REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS. POSSIBILIDADE. DISCUSSÃO ACERCA DA CONDUTA ILÍCITA DO APELADO RELATIVA AO RECEBIMENTO DE CHEQUE DA MECESA E DE SEU RESSARCIMENTO PELA FEDERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. MATÉRIA REFOGE AOS LIMITES DA LIDE. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ DO APELADO. INEXISTÊNCIA. APELAÇÃO IMPROVIDA.

- a decisão acerca do julgamento antecipado da lide é matéria de convencimento do julgador. Existindo razões para fazê-lo, torna-se imperativo, e não facultativo, o dever jurisdicional na espécie, tanto mais, quando a subsidiar dito convencimento avultam provas de natureza documental, suficientes *quantum satis* ao desate da controvérsia, como no caso de que se cuida, inexistindo, por igual, norma processual a tornar cogente a declaração do julgador das razões a que assim chegara.

- Quanto à notícia-crime como causa ensejadora de reparação por danos morais, é assente na doutrina e na jurisprudência que o simples oferecimento, por si só, não é causa suficiente para configurar o dano moral. Para tanto, deve a aquele que ofertou a *notitia* agir com má-fé/abuso de direito ou não haverá dano moral a ser indenizado. Deve-se, portanto, perquirir se houve o abuso ou a má-fé. Da análise dos documentos acostados, vejo que agiu com manifesta má-fé a recorrente que, por motivos escusos, resolveu,

descumprindo promessa feita anteriormente, dar início à investigação criminal contra o apelado. Se havia dúvida quanto ao cometimento do crime de estelionato pelo recorrido, não haveria motivos para assumir tal compromisso em Assembleia Extraordinária da Federação das Câmaras de Dirigentes Lojistas do Ceará. Fica claro que a notícia-crime foi ofertada com outros interesses que não o de apurar irregularidades na administração da FCDL. Eis, portanto, configurada a má-fé do recorrente, apta a ensejar a responsabilidade de indenizar.

- Pretende, ainda, a apelante discutir a existência ou não da conduta ilícita do apelado relativa ao recebimento do cheque da MECESA e de seu ressarcimento pela Federação. Tal matéria refoge aos limites da lide. Veja-se que a *causa petendi* da presente ação é oferta de notícia-crime, pela apelante, com intuito difamatório. A discussão, portanto, deve se restringir à ocorrência do dolo da recorrente. O debate acerca da existência de crime deve se dar em procedimento próprio, o qual, ressalte-se, foi feito por meio da *notitia* e resultou em arquivamento. Deste modo, não é o caso de rediscussão da matéria na esfera cível.

- Por fim, como decorrência lógica da impossibilidade de apreciação da conduta ilícita do apelado nesta seara, não há como se condenar o apelado em litigância de má-fé.

- Apelação a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da Apelação Cível nº 2694-32.2002.8.06.0000/0, em que figuram as partes acima referidas

Acordam os Desembargadores integrantes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, em negar provimento ao apelo, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 25 de agosto de 2010.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta por FEDERAÇÃO DAS CÂMARAS DE DIRIGENTES LOJISTAS DO ESTADO DO CEARÁ, em face de FRANCISCO ÂNGELO DE FRANCESCO FILHO, irresignado com a sentença do juízo da 9ª Vara Cível da comarca de Fortaleza que julgou procedente o pedido deduzido em sede de Ação de Reparação de Danos Morais ajuizada pelo apelado.

Na inicial, da referida ação (fls. 02/18), o promovente, ora apelado, aduz que foi caluniado com o oferecimento, pela promovida, de *notitia criminis*, em seu desfavor, em razão de suposto crime de estelionato. Transcreve a decisão da autoridade policial que, após proceder às investigações de praxe, se posicionou por não indiciar o noticiado. O mesmo se deu com o Ministério Público que pugnou pelo arquivamento do Inquérito Policial. Por fim, a MM. juíza da 4ª Vara Criminal de Fortaleza decidiu por arquivar o feito.

Relata o autor que a acusação consistia no seguinte: quando este era o presidente da Federação das Câmaras de Dirigentes Lojistas do Estado do Ceará, em 1994/1995, promoveu diversos eventos patrocinados por empresas ligadas àquela Federação e, ao realizar a solenidade, cujo patrocinador seria a MECESA, foi acusado, pela ré, de usar de ardil, pagando as respectivas despesas (R\$ 19.200,00) com cheque de sua empresa DE FRANCESCO CALÇADOS. Posteriormente, alegando que a MECESA não honrou o compromisso, foi ressarcido pela Federação, através de cheque assinado por ele – autor –, à época, presidente da entidade. Tal acusação restou infundada, pois aferiu-se que o evento (Décima Convenção Estadual do Com. Lojista) foi pago do próprio bolso do demandante.

Para comprovar a má-fé da demandada, transcreveu trecho da *Notitia Criminis* onde se lê que: “a simples confrontação dos cheques emitidos pela FCDL e pela MECESA, todos no valor de R\$ 19.200,00 a favor de DE FRANCESCO CALÇADOS, o período de emissão dos cheques, o motivo da festa realizada nos salões do Hotel Othon, a que título foram emitidos tais cheques, poderá esta Delegacia facilmente chegar à conclusão de que houve o crime capitulado no art. 171 do CP.” Por outro lado, aduz que, na Assembleia Extraordinária de 27 de outubro de 1995, o representante legal da promovida aprovou as contas do Presidente, ora autor, e se comprometeu a retirar as acusações de estelionato.

Ao final, requereu a condenação da ré ao pagamento de R\$ 190.200,00 a título de danos morais.

Acostou documentos, às fls. 19/43.

Às fls. 52/67, a promovida apresentou sua contestação, alegando, em sede de preliminar, a carência de ação por falta de interesse de agir, uma vez que não está configurada a presença do dolo, indispensável para o sucesso da pretensão autoral. Aduz que ajuizou ação de prestação de contas, nº 97.02.3710-7, tendo esta sido julgada procedente. No mérito, afirma que foi acertado que o

evento, no qual teria havido o locupletamento ilícito, deveria ter sido pago pela MECESA, o que realmente foi feito, mas com emissão de cheque em favor de DE FRANCESCO CALÇADOS para o pagamento da nota fiscal nº 0041, emitida pelo Hotel Othon, local da realização da cerimônia. Após isso, afirma a contestante, a Federação lançou cheque em favor de DE FRANCESCO CALÇADOS, sob a alegativa de tratar-se de ressarcimento do pagamento ao hotel, como se quem tivesse pago fosse a empresa do autor. Aduz que, em razão do exposto, foi ofertada a *notitia criminis*, não havendo, aí, o intuito de caluniar o demandante, mas, tão somente, esclarecer o ocorrido. Segue combatendo o excesso de indenização pleiteada. Defende a fixação do termo *a quo* da indenização na data da propositura da ação, o que gerará reflexos na pretensão honorária. Pugnou pelo reconhecimento da litigância de má-fé.

Juntou documentos, às fls. 68/111.

Réplica, às fls. 113/125. Tentativa de conciliação frustrada, conforme Termo de Audiência, à fl. 129, no qual, também, foi anunciado o julgamento antecipado da lide. Às fls. 131/132, a promovida pediu a reconsideração da decisão interlocutória, arrolou testemunhas e juntou documentos, às fls. 133/146. Posteriormente, às fls. 148/152, interpôs agravo retido para atacar o supracitado *decisum*, sob o argumento de cerceamento de defesa.

Às fls. 156/159, o MM. juiz exarou sentença de mérito, na qual julgou procedente a ação, fundamentando sua decisão na existência de dolo no oferecimento da *notitia criminis*, uma vez que nela a promovida afirmou que “poderá esta Delegacia facilmente chegar à conclusão de que houve o crime capitulado no art. 171 do CP.” Arbitrou a condenação em 200 salários mínimos, acrescidos de juros de 6% ao ano. Ao final, condenou a promovida ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios fixados em 20% sobre o valor da condenação.

Embargos de declaração opostos pelo promovente, às fls. 161/162. O MM. juiz, à fl. 165, decidiu por acolher os embargos, arbitrando a indenização em R\$ 36.000,00 (trinta e seis mil reais), e não em salários mínimos, acrescidos de juros de 6% ao ano, reconhecendo o dolo e a ofensa.

Nas razões do apelo, às fls. 169/185, a recorrente devolveu os seguintes pontos: a) conhecimento preliminar do agravo retido interposto; b) a crença, da apelante, na culpa do apelado - exposta na *notitia criminis* e que serviu como fundamento para MM. juiz *a quo*, para imputar o dolo na conduta da apelante - na verdade prova a inexistência do dolo; c) a interposição da notícia-crime, por si só, não é fato ensejador da responsabilidade civil. O simples arquivamento do inquérito ou da denúncia não são suficientes para caracterizar o ato ilícito de falsa imputação de crime; d) o evento, no qual teria havido o locupletamento ilícito, deveria ter sido pago pela MECESA, o que realmente foi feito, mas com emissão de cheque em favor de DE FRANCESCO CALÇADOS para o pagamento da nota fiscal nº 0041, emitida pelo Hotel Othon, local da

realização da cerimônia. Após isso, afirma a apelante, a Federação lançou cheque em favor de DE FRANCESCO CALÇADOS, sob a alegativa de tratar-se de ressarcimento do pagamento ao hotel, como se quem tivesse pago fosse a empresa do autor; e) litigância de má-fé do apelado.

Apelação recebida em seu duplo efeito, à fl. 187. Sem contrarrazões. Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, às fls. 209/214, improvimento ao agravo retido e da apelação.

É o relatório.

VOTO

O presente recurso devolveu os seguintes pontos: a) conhecimento preliminar do agravo retido interposto; b) a crença, da apelante, na culpa do apelado - exposta na *notitia criminis* e que serviu como fundamento para MM. juiz *a quo*, para imputar o dolo na conduta da apelante - na verdade prova a inexistência do dolo; c) a interposição da notícia-crime, por si só, não é fato ensejador da responsabilidade civil. O simples arquivamento do inquérito ou da denúncia não são suficientes para caracterizar o ato ilícito de falsa imputação de crime; d) o evento, no qual teria havido o locupletamento ilícito, deveria ter sido pago pela MECESA, o que realmente foi feito, mas com emissão de cheque em favor de DE FRANCESCO CALÇADOS para o pagamento da nota fiscal nº 0041, emitida pelo Hotel Othon, local da realização da cerimônia. Após isso, afirma a apelante, a Federação lançou cheque em favor de DE FRANCESCO CALÇADOS, sob a alegativa de tratar-se de ressarcimento do pagamento ao hotel, como se quem tivesse pago fosse a empresa do autor; e) litigância de má-fé do apelado.

O agravo retido, interposto às fls. 148/152, devolveu o cerceamento de defesa em virtude do anúncio do julgamento antecipado da lide. Afirmou a agravante ser necessária a produção de provas testemunhais para o esclarecimento dos fatos controvertidos.

Não merece provimento o agravo. Isto porque a decisão acerca do julgamento antecipado da lide é matéria de convencimento do julgador. Existindo razões para fazê-lo, torna-se imperativo, e não facultativo, o dever jurisdicional na espécie, tanto mais, quando a subsidiar dito convencimento avultam provas de natureza documental, suficientes *quantum satis* ao desate da controvérsia, como no caso de que se cuida, inexistindo, por igual, norma processual a tornar cogente a declaração do julgador das razões a que assim chegara.

Com efeito, os autos estão carreados com provas documentais suficientes ao deslinde da matéria.

Decido, portanto, pelo improvimento do agravo retido.

Ultrapassada esta questão, passo à análise das matérias devolvidas no apelo.

Quanto à notícia-crime, como causa ensejadora de reparação por danos morais, é assente na doutrina e na jurisprudência que o simples oferecimento, por si só, não é causa suficiente para configurar o dano moral. Veja-se, a propósito, julgado desta egrégia Corte:

“Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. INQUÉRITO POLICIAL E QUEIXA-CRIME. EXCLUSÃO DO PÓLO PASSIVO. ILICITUDE AFASTADA. EXERCÍCIO REGULAR DO DIREITO. SENTENÇA MANTIDA.

1.A instauração de Inquérito Policial e de Ação Penal Privada - Queixa-Crime - para apurar fato imputado como criminoso, por si só, não caracteriza ato atentatório à moral, de modo a ensejar reparação.

2.Para haver indenização por dano desta espécie, necessário se faz a comprovação de má-fé ou de abuso de direito, o que não restou demonstrado nos autos.

3.Ademais, a exclusão da apelante do pólo passivo da demanda, logo no início da ação penal, sem oposição da contraparte, afasta a intenção de ofensa à pessoa física da recorrente, caracterizando exercício regular do direito do apelado. Sentença mantida.

4.Recurso conhecido e desprovido. Relator(a): ANTÔNIO ABELARDO BENEVIDES MORAES Apelação cível 809172200280600000 Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Cível Data de registro: 11/05/2007”

Como se vê, ou a apelante agiu com má-fé/abuso de direito ou não haverá dano moral a ser indenizado. Deve-se, portanto, perquirir se houve o abuso ou a má-fé.

Analisando a farta documentação acostada aos autos, vejo, primeiramente, às fls. 88/90, que em 27 de outubro de 1995 foi lavrada a ata da Assembléia Extraordinária da Federação das Câmaras de Dirigentes Lojistas do Ceará, onde se lê:

“2. Retirada de acusações e processos contra a diretoria, cessando as discussões sobre os atos praticados pela Presidência, até esta data, ficando desde já aprovada a sua prestação de contas se comprometendo a cumprir os contratos do SEBRAE e da Prefeitura Municipal e Fortaleza.”

Às fls. 20/22, por outro lado, vê-se que a *notitia criminis* foi ofertada em 10 de janeiro de 1997, data posterior ao compromisso pactuado entre as

partes. Neste documento pode-se ver a convicção da apelante da existência de estelionato levado a cabo pela recorrida.

Mais à frente, vejo que a ação de prestação de contas, ajuizada em desfavor da apelada, foi julgada procedente, conforme sentença, às fls. 101/103, fundamentada no desatendimento das obrigações assumidas na supracitada ata, quais sejam:

“(1) cumprir as contas do SEBRAE e da Prefeitura Municipal e Fortaleza e (2) entrega de livros, com débitos e haveres, a efeito de exame por parte dos membros da Federação, especialmente designados.”

Como se vê, nenhuma menção ao problema do cheque emitido pela MECESA e ao pagamento feito pela Presidência em favor do apelado.

Da análise destes documentos, vejo que agiu com manifesta má-fé a apelante que, por motivos escusos, resolveu, descumprindo promessa feita anteriormente, dar início à investigação criminal contra o apelado. Se havia dúvida quanto ao cometimento do crime de estelionato pelo recorrido, não haveria motivos para assumir tal compromisso na Assembleia. Fica claro que a notícia-crime foi ofertada com outros interesses que não o de apurar irregularidades na administração da FCDL. Eis, portanto, configurada a má-fé do recorrente, apta a ensejar a responsabilidade de indenizar.

Pretende, ainda, a apelante discutir a existência ou não da conduta ilícita do apelado relativa ao recebimento do cheque da MECESA e de seu ressarcimento pela Federação.

Entendo que esta matéria refoge aos limites da lide. Veja-se que a *causa petendi* da presente ação é oferta de notícia-crime, pela apelante, com intuito difamatório. A discussão, portanto, deve se restringir à ocorrência do dolo da recorrente. O debate acerca da existência de crime deve se dar em procedimento próprio, o qual, ressalte-se, foi feito por meio da *notitia* e resultou em arquivamento. Deste modo, não é o caso de rediscussão da matéria na esfera cível.

Por fim, como decorrência lógica da impossibilidade de apreciação da conduta ilícita do apelado nesta seara, não há como se condenar o apelado em litigância de má-fé.

À vista do exposto, conheço do presente recurso de apelação, conquanto preenchidos os seus pressupostos de admissibilidade, para lhe negar provimento, mantendo a sentença vergastada em todos os seus termos.

É como voto.

Fortaleza, 25 de agosto de 2010

APELAÇÃO CÍVEL Nº 3091-91.2002.8.06.0000/0

APELANTE: MUNICÍPIO DE ITAPAJÉ

APELADOS: ANTÔNIO ARAÚJO CRUZ E MARIA RACHEL SALES PEIXE CRUZ

RELATOR: DESEMBARGADOR ADEMAR MENDES BEZERRA

EMENTA ADMINISTRATIVO. INTERDITO PROIBITÓRIO. REVELIA DO PROMOVIDO. SENTENÇA PROCEDENTE. CONFIGURAÇÃO DAS HIPÓTESES VERSADAS NO ART. 501 DO CÓDIGO BEVILÁQUA.

I – O art. 501 do CC de 1916 dispõe que “o possuidor, que tenha justo receio de ser molestado na posse, poderá impetrar ao juiz que o segure da violência iminente, cominando pena a quem lhe transgredir o preceito”.

II – Realizada a audiência de justificação de posse, as testemunhas oitivadas comprovaram a iminência da turbação da posse do imóvel dos recorridos em decorrência das obras de construção de um canal para dragar o leito do rio São Francisco, em Itapajé, sem que houvesse a prévia indenização das benfeitorias consistentes em plantações.

III – Decretada a revelia, deixou o Município apelante de produzir a prova da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo, e, mesmo que se considere que os efeitos da ausência de defesa podem ser relativos, verifica-se, pelos depoimentos testemunhais, que as alegativas formuladas na *appellatio* sucumbem em face da prova produzida.

Recurso conhecido e desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelação cível

nº 3091-91.2002.8.06.0000/0, em que figuram as partes acima indicadas, acordam os Desembargadores integrantes da Segunda Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, conhecer do recurso para negar-lhe provimento, na conformidade do voto do relator.

Fortaleza, 28 de julho de 2010.

RELATÓRIO

O Município de Itapajé interpôs apelação cível (fls. 104/106) visando à reforma da sentença de fls. 95/98 que julgou procedentes os pedidos formulados por Antônio Araújo Cruz e sua esposa Maria Rachel Sales Peixe Cruz em sede de ação de interdito proibitório aforado contra o ora apelante.

Compulsando os autos, verifica-se que os recorridos ajuizaram ação de interdito proibitório alegando que são proprietários de um imóvel denominado Sítio Ferros e que o Município de Itapajé, sem o devido processo de desapropriação, penetrou propriedades vizinhas para o fim de escavar um canal para drenagem do Rio São Francisco e cuja obra está seguindo em direção ao imóvel de propriedade dos autores, deixando um rastro de destruição nas plantações existentes nas margens. Postularam a proteção judicial contra a violência iminente e a expedição do mandado proibitório impondo ao réu a obrigação de não levar adiante a turbação sob pena de multa no valor de quatrocentos e cinquenta mil cruzeiros.

Mandado de citação à fl. 12, certificando-se, ainda, o seu cumprimento.

Audiência de justificação às fls. 14/16.

Contestação às fls. 17/25.

Sentença julgando extinto o processo sem apreciação de mérito (fls. 29/31) por considerar o Município de Itapajé parte ilegítima para figurar no polo passivo da lide.

Recurso apelatório às fls. 32/35.

Contrarrazões às fls. 38/43. O promovido interpôs apelação cível às fls. 44/46, impugnando o percentual de arbitramento dos honorários advocatícios sucumbenciais.

Contra-apelo dos autores às fls. 48/49.

Seguiu-se acórdão proferido pela Segunda Câmara Cível deste Sodalício provendo o recurso para declarar a nulidade do processo (fls. 67/69).

Remetidos os autos à instância de origem, os autores postularam a decretação da revelia do demandado (fls. 75/76). Empós, requestaram o julgamento antecipado da lide (fl. 78).

O Juiz processante decretou a revelia do Município acionado (fl. 88), procedendo a devida intimação (fl. 93 e verso), que nada apresentou em seguida.

Sentença proferida às fls. 95/98 julgando procedentes os pedidos e cominando a sanção pecuniária de quatrocentos e cinquenta mil cruzeiros em caso de transgressão. Honorários advocatícios arbitrados em dez por cento sobre o valor da causa.

Inconformado, o sucumbente interpôs recurso de apelação (fls. 104/106). Sustenta que os autores não demonstraram as suas alegações e que o recorrente não provou que ocorreu a turbação do imóvel descrito na inicial. Defende que praticou apenas obras de desobstrução do leito do rio São Francisco com o objetivo de evitar enchentes no período de chuvas, não intervindo na propriedade dos apelados.

Contrarrazões às fls. 108/111.

Remetidos a esta Corte de Justiça, foram os autos encaminhados à douta Procuradoria Geral de Justiça, cujo opinativo (fls. 123/129) é no sentido de negar provimento ao recurso.

É o relatório.

Inicialmente, cumpre salientar que o recurso em tablado atende aos requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, merecendo conhecimento.

O caso em análise consiste em saber se cabe a proteção possessória invocada por meio do interdito e que se encontra previsto no art. 501 do Código Beviláqua, que assim dispunha:

Art. 501. O possuidor, que tenha justo receio de ser molestado na posse, poderá impetrar ao juiz que o segure da violência iminente, cominando pena a quem lhe transgredir o preceito.

A prova testemunhal colhida em sede de audiência de justificação

de posse comprova os fatos narrados na inicial, senão vejamos trecho da oitiva de Alcides Saraiva Uchoa (fl. 14):

que tem conhecimento pessoal de que a Prefeitura Municipal está construindo um canal no leito do rio São Francisco; que o rio é estreito em algumas partes e o canal chega a ser mais largo do que o leito normal; que as obras do canal já passaram por uma propriedade do depoente e, ontem, pode constatar que as mesmas já estão próximas a propriedade dos autores; que os autores são possuidores da parte de terra que o canal está prestes a invadir; que se os autores não agissem na justiça as obras do canal passariam por sua propriedade; que onde o canal irá passar os autores plantaram capim e alguns pés de bananeiras; (...) que soube que os trabalhos eram administrados pela Prefeitura Municipal;

No mesmo sentido os depoimentos de Maria Niz Maciel e Manuel Pinto Moura (fls. 14-verso e 15).

Nos autos restou patenteado que o Município de Itapajé ficou-se inerte ao mandado de citação, cuja renovação foi determinada pelo acórdão de fls. 67/69, sendo-lhe aplicada a pena de revelia por meio de decisão irrecorrida (fls. 88 e 94).

Portanto, restou silente o réu quanto ao *munus* probatório da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, tal como prescreve o art. 333, I, do CPC.

Os fatos alegados nas razões apelativas não procedem, pois não demonstradas na seara postulatória (defesa) a que teve direito o promovido e, mesmo que se considere que a presunção de veracidade dos fatos alegados pelos autores é relativa, quando cotejada a revelia, verifica-se que a hipótese versada no art. 501 do Código Civil de 1916 restou demonstrada por meio dos depoimentos apresentados na audiência de justificação de posse.

Ex positis, em consonância com o parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça, conheço do recurso voluntário, todavia para negar-lhe provimento.

É como voto.

Fortaleza, 28 de julho de 2010

PROCESSO Nº 3324-28.2009.8.06.0167/1

APELAÇÃO CÍVEL.

APELANTES: ANTÔNIO CLEITON ALMEIDA DE SOUSA E OUTROS.

RELATOR: DESEMBARGADOR FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. REGISTRO DE NASCIMENTO. MODIFICAÇÃO DO NOME MATERNO. INTERESSE DE MENOR. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Os registros públicos são dotados de fé pública, a teor do que dispõe o art. 364 do CPC, havendo presunção de veracidade das informações neles constantes. Em regra, para haver alteração daqueles, devido ao princípio da imutabilidade de tais documentos, é necessária a existência de prova robusta apta a comprovar a necessidade de restauração, suprimento ou retificação dos dados neles constantes.

2. Vislumbra-se previsão normativa no caso apresentado, mesmo que pela via da excepcionalidade insculpida no art. 57 da Lei nº 6.015/1973. O motivo em destaque é colocar em primazia a proteção dos menores, visando resguardá-los de situações constrangedoras, principalmente na futura assunção dos encargos da vida adulta. De outra banda, não há indícios de má-fé no pleito reivindicado, muito menos prejuízos a terceiros, haja vista que os interesses colimados referem-se a crianças e adolescentes.

3. Conforme o disposto no art. 1.109 do CPC, o magistrado não está adstrito a observar o critério da legalidade estrita nos procedimentos de jurisdição voluntária. Faculta-lhe valer-se, de acordo com o caso apresentado, de solução que julgar conveniente e oportuna.

4. Não se pode negar às crianças e adolescentes o direito de modificar o sobrenome da mãe nos seus registros de nascimento, para que deles conste o mais fiel retrato de suas identidades, sem esquecer que uma das expressões de concretude do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana é o direito ao nome,

conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal (REx 248869/SP).

5. Ressalte-se que não se mostra razoável, em nome da segurança jurídica, manter nos registros de nascimento dos recorrentes o nome da genitora destes, constante de extinta relação matrimonial e estranha ao atual seio familiar dos recorrentes, e exigir que estes portem consigo, além de seus documentos pessoais de identificação, a atual certidão de casamento de sua mãe, com a respectiva averbação, para fins de comprovar a filiação materna. O rigorismo jurídico no caso em tela deve ceder ao princípio de maior valor constitucional, que é a dignidade da pessoa humana, por meio do qual deve ser permitida a retificação nos assentamentos dos filhos quando alterada a situação de seus genitores decorrente de dissolução de sociedade conjugal.

6. Recurso provido.

ACÓRDÃO

Acordam os integrantes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por uma de suas Turmas, à unanimidade, em conhecer do apelo e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 26 de julho de 2010.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta por Antônio Cleiton Almeida de Sousa, Leandro Almeida de Sousa, Tânia Almeida de Sousa, Raimundo Nonato Vieira de Sousa Filho e Maria Jaqueline Almeida de Sousa, todos menores de idade, representados e assistidos por sua genitora, Sra. Maria da Conceição de Almeida Sousa, em face da sentença proferida pelo Juízo da 5ª Vara da Comarca de Sobral-CE, que julgou improcedente o pedido de retificação nos assentos de nascimento dos apelantes (fls. 17-18).

Os autores ajuizaram ação de retificação de registro civil perante a 5ª Vara da Comarca de Sobral, (Proc. nº 2009.0017.7148-0), com intuito de retificar o nome da genitora destes em seus registros de nascimento, nos quais ficou consignado o nome de Maria da Conceição de Almeida Ripardo.

Consta à inicial que a mãe dos requerentes, ao convolar núpcias com FRANCISCO VALMIR RIPARDO aos 18.09.1985, passou a assinar MARIA DA CONCEIÇÃO DE ALMEIDA RIPARDO; separada de fato de seu marido, passou a viver maritalmente com RAIMUNDO NONATO VIEIRA DE SOUSA, de cuja relação nasceram os ora apelantes: ANTÔNIO CLEITON ALMEIDA DE SOUSA, nascido aos 08.02.1993, LEANDRO ALMEIDA DE SOUSA, nascido aos 09.08.1994, TÂNIA ALMEIDA DE SOUSA, nascida aos 10.02.1997, RAIMUNDO NONATO VIEIRA DE SOUSA FILHO, nascido aos 11.04.1999, MARIA JAQUELINE ALMEIDA DE SOUSA, nascida aos 01.08.2004, além de outra filha, KEICIANE ALMEIDA DE SOUSA, já maior de idade, os quais foram registrados com o patronímico materno vigente à época de seus nascimentos, MARIA DA CONCEIÇÃO DE ALMEIDA RIPARDO.

Ao divorciar-se do primeiro marido em 2005, a genitora dos requerentes voltou a usar o nome de solteira, Maria da Conceição Ferreira Almeida e, em 22.12.2006, convolou novas núpcias com RAIMUNDO NONATO VIEIRA DE SOUSA e passou a assinar MARIA DA CONCEIÇÃO DE ALMEIDA SOUSA.

Assim, por diferir o nome atual da genitora dos requerentes com aquele constante dos assentos de nascimento destes, pleitea-se a retificação do patronímico materno, para constar em mencionados documentos MARIA DA CONCEIÇÃO DE ALMEIDA SOUSA.

Nos autos foram colacionadas as duas certidões de casamento da representante legal dos promoventes, com a devida averbação do divórcio no primeiro assento matrimonial, bem como as cópias dos registros de nascimento dos autores (fls. 06-12).

O Representante Ministerial com ofício em primeira instância manifestou-se pelo indeferimento do pedido (fl. 16)

Foi julgada improcedente a retificação pleiteada, com fulcro no art. 269, I, do CPC, sob os argumentos de que os requerentes nasceram em datas anteriores ao atual casamento civil da genitora destes com o pai biológico dos menores, e que os assentos registrados correspondem à realidade da época em que foram lavrados, não sendo possível a retroação dos efeitos desse novo matrimônio para constar nos registros o nome atual da genitora dos infantes, além do que a necessária prova da filiação materna deve se dar, sempre que solicitada, pela apresentação da certidão de casamento da mãe dos ora apelantes, que, para isso, deveriam portar consigo esse último documento.

Em sede de apelação, os insurgentes argumentam que a pretensão em tela não é disciplinada em lei, porém, tem respaldo no ordenamento jurídico e em jurisprudências dos Tribunais Superiores; que especificamente no Superior

Tribunal de Justiça há julgamento de procedência de pedido assemelhado (Resp 1069864/DF), fundamentado sob os requisitos do “justo motivo” e da “inexistência de prejuízos para terceiros”, ambos verificados, também, na retificação pleiteada, pois os menores não exercem atividade laboral e a relevância se faz ante o fato de que os registros de nascimento devem corresponder à realidade; e que a permanência do *status quo* nos seus assentos de nascimento ocasionará transtornos e aborrecimentos; pugnando, ao final, pela reforma do *decisum* e o deferimento dos pedidos exordiais.

A Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se (fls. 43-51) pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

Atendidos os pressupostos de admissibilidade, conheço do apelo.

Mister esclarecer, desde logo, não tratar a espécie de retificação de registro por erro nos dados lá contidos, mas modificar o nome da genitora dos apelantes em seus registros de nascimento.

É que à época do nascimento dos apelantes, a mãe destes utilizava nome de enlace matrimonial não mais existente, e que, por ocasião do casamento com o pai biológico dos menores, seria mais razoável excluir a identificação anterior e fazer constar a atual, dado o vínculo familiar com os recorrentes, cuja falta, ademais, poderá acarretar-lhes transtornos na vida adulta, quando em plenos poderes de seus atos civis, por terem de portar, além de seus documentos pessoais de identificação, tal como a carteira de identidade, a certidão de casamento da genitora, para fins de comprovar a real filiação.

Os registros públicos são dotados de fé pública, a teor do que dispõe o art. 364 do CPC^[1], havendo presunção de veracidade das informações neles constantes. Em regra, para haver alteração destes, devido ao princípio da imutabilidade de tais registros, é necessária a existência de prova robusta apta a comprovar a necessidade de restauração, suprimento ou retificação dos dados constantes no documento.

Diante da importância, o Estado protege a permanência do nome, admitindo, porém, que este seja modificado apenas sob determinadas condições a serem analisadas no caso concreto, em vista de propiciar ao indivíduo estabilidade social e diferenciação entre os demais membros da comunidade. Nos ensinamentos de Silvio de Salvo Venosa: *De modo geral, pode ser dito que o nome designativo do indivíduo é seu fator de individualização na sociedade, integrando sua personalidade e indicando, de forma geral, sua procedência*

familiar (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. Vol. I. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 212). No Direito, sob a análise dos aspectos público e privado, é “*pelo lado do Direito Público, [que] o Estado encontra no nome fator de estabilidade e segurança para identificar as pessoas; pelo lado do direito privado, o nome é essencial para o exercício regular dos direitos e do cumprimento das obrigações* (VENOSA, Sílvio de Salvo. *idem ibidem*).

Regina de Fátima Marques Fernandes, ao discorrer sobre o nome civil atrelado ao princípio da imutabilidade, leciona:

a imutabilidade do nome civil é um princípio de ordem pública, em razão de que sua definitividade é de interesse de toda a sociedade, constituindo garantia segura e eficaz das relações de direitos e obrigações correlatas. [...] Mas tal princípio não é absoluto, pois embora o nome não possa ser alterado ao simples arbítrio de seu portador, certos acontecimentos o justificam, havendo previsão neste sentido na legislação vigente, o que possibilita a alteração do nome em situações especiais, conforme previsões dos artigos 56 e 57, caput, da Lei dos Registros Públicos. [...] com a possibilidade de dar-lhe nova composição, modificando-o, ampliando-o ou restringindo-o, sempre com a atenção especial no sentido de manter a valorização do nome de família. (cf. Registro civil de pessoas naturais. Porto Alegre: Norton Editor, 2005, p. 70-75)

Em vista da pretensão de restaurar, suprir ou retificar dados constantes em registros individuais mediante ação própria, a teor do art. 109 da Lei nº 6.015/1973^[2] (Lei dos Registros Públicos), faz-se imprescindível a apresentação de prova dos fatos alegados, isto é, a existência de provas documentais ou testemunhais idôneas a comprovar a situação aduzida pelo interessado.

Pelos documentos carreados aos autos, há de se observar a veracidade das alegações apresentadas na peça exordial, de que: 1º) a genitora dos autores, quando solteira, tinha o nome de Maria da Conceição Ferreira Almeida; 2º) convolveu núpcias com Francisco Valmir Ripardo em 18.09.1985, passando a assinar Maria da Conceição de Almeida Ripardo; 3º) separou-se de fato; 4º) constituiu relação com Raimundo Nonato Vieira de Sousa, desta advindo os ora apelantes, os quais foram registrados pelo pai, mas contendo o nome da mãe conforme o casamento já inexistente de fato; 5º) divorciou-se do primeiro companheiro e casou-se com o segundo, em 22.12.2006, passando a assinar Maria da Conceição de Almeida Sousa.

Não se observa a necessidade de maior dilação probatória, senão a constante nos autos, suficiente para formar o convencimento do magistrado.

O art. 54 da Lei de Registro Públicos^[3] indica quais informações devem estar contidas no assento de nascimento, requisitos indispensáveis para a perfeita identificação e individualização da pessoa, necessários para que os demais documentos de identificação reflitam a verdade do registro assentado, que também deve corresponder à realidade da relação de parentesco, o que corresponde dizer, nos ensinamentos de Maria Helena Diniz, que *O registro de nascimento é uma instituição pública destinada a identificar os cidadãos, garantindo o exercício de seus direitos.* (cf. *Curso de direito civil brasileiro*. Vol. I. 22^a ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 194).

Por seu turno, o art. 16 do Código Civil Brasileiro dispõe que: *Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome.*

O patronímico, nome de família ou sobrenome, comum a todos os membros de uma mesma família, é o sinal que identifica a procedência da pessoa, e pode advir de apelido familiar paterno, materno, ou de ambos, a indicar sua filiação ou estirpe.

Vislumbra-se previsão normativa em favor do pleito ora analisado, mesmo que pela via da excepcionalidade insculpida no art. 57 da Lei nº 6.015/1973:

Art. 57. A alteração posterior de nome, somente por exceção e motivadamente, após audiência do Ministério Público, será permitida por sentença do juiz a que estiver sujeito o registro, arquivando-se o mandado e publicando-se a alteração pela imprensa, ressalvada a hipótese do art. 110 desta Lei.

O motivo em destaque é colocar em primazia a proteção dos menores, visando resguardá-los de situações constrangedoras, principalmente na futura assunção dos encargos da vida adulta.

Deve-se privilegiar o nome da genitora a partir do enlace matrimonial com o pai biológico dos apelantes, e não o nome daquela conforme casamento desde há muito inexistente.

De outra banda, não há indícios de má-fé no pleito reivindicado, muito menos prejuízos a terceiros, haja vista, como já se colocou, os interesses colimados referirem-se a crianças e adolescentes.

Não se pode olvidar, além disso, que a apresentação de documentos da mãe e dos filhos com informações distintas complica a prática dos atos da vida civil, além de gerar transtornos e aborrecimentos. Com a alteração do patronímico materno nos assentos registrados, permite-se o verdadeiro retrato da realidade familiar.

Nesse mesmo raciocínio, não há como negar às crianças e

adolescentes envolvidos o direito de modificar o sobrenome da mãe nos seus registros de nascimento, para que deles conste o mais fiel ambiente da identidade daqueles, sem esquecer que uma das expressões de concretude do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana é o direito ao nome, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

[...] 3. O direito ao nome insere-se no conceito de dignidade da pessoa humana e traduz a sua identidade, a origem de sua ancestralidade, o reconhecimento da família, razão pela qual o estado de filiação é direito indisponível, em função do bem comum maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria. (STF. 2ª T. REx 248869/SP. Relator Ministro MAURÍCIO CORRÊA. DJU 12.0.2004, p. 38)

Ademais, em conformidade com o disposto no art. 1.109 do Código de Processo Civil^[4], o magistrado não está jungido a observar o critério da legalidade estrita nos procedimentos de jurisdição voluntária, sendo-lhe facultado valer-se, de acordo com o caso apresentado, da solução que julgar conveniente e oportuna.

Ressalte-se que não se mostra razoável, simplesmente em obséquio da segurança jurídica, manter nos registros de nascimento dos recorrentes o nome da genitora destes como Maria da Conceição de Almeida Ripardo, constante do registro da extinta relação matrimonial, totalmente estranha ao seio familiar dos apelantes, e exigir que estes portem consigo, além de seus documentos pessoais de identificação, a certidão de casamento de sua mãe, com a respectiva averbação, para fins de comprovar a real filiação materna.

O rigorismo jurídico, no caso em tela, deve ceder a ao princípio de maior valor constitucional, que é a dignidade da pessoa humana, por meio do qual deve ser permitida a retificação nos assentamentos dos filhos quando alterada a situação de seus genitores decorrente de dissolução de sociedade conjugal.

Faz-se oportuno citar arestos referentes a matéria similar à abordada no presente recurso:

APELAÇÃO. REGISTRO CIVIL. ALTERAÇÃO DE NOME DA MULHER. SEPARAÇÃO. REGISTRO DOS FILHOS. ADEQUAÇÃO. O registro civil deve refletir a realidade atual. A alteração do nome da mulher, retornando ao nome de solteira, autoriza a retificação (adequação) no registro de nascimento dos filhos. DERAM PROVIMENTO. POR MAIORIA. (TJRS. 8ª C. Cív. Apelação Cível nº 70011338159. Relator Desembargador RUI PORTANOVA. DJ de 08.06.2005)

APELAÇÃO CÍVEL. RETIFICAÇÃO DO REGISTRO CIVIL DO FILHO PARA ALTERAR O NOME DA GENITORA, MODIFICADO EM DECORRÊNCIA DO DIVÓRCIO. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA VERDADE REAL. AMPARO LEGAL. Mais do que a realidade do momento em que foi feito, deve o registro civil espelhar a verdade real, em consonância com a dinâmica da vida. Nesse norte, possível a alteração do registro civil do filho para averbar a modificação do nome da genitora em decorrência do divórcio. Ademais, o parágrafo único do art. 3º da Lei 8560/92, ao permitir averbação do nome que a mãe vier a adotar com o casamento sepulta qualquer eventual controvérsia acerca do tema e impõe, por simetria, que se permita idêntica averbação pelo divórcio. DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (TJRS. 7ª C. Cív. Apelação Cível nº 70016124034. Relator Desembargador LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS. DJ de 13.09.2006).

[...] Havendo erro no registro civil, deve ser corrigido, para que se ponha em harmonia com o que é certo (Lei de Registros Públicos Comentada. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 217). Se ao tempo do registro de nascimento dos apelantes a genitora já se encontrava separada de fato do ex-cônjuge, e vivia maritalmente com o genitor dos infantes, a fim de que se restabeleça a verdade daqueles registros, a exclusão do patronímico do ex-marido do nome da genitora se impõe. (TJSC, 1ª C. Dir. Civil. Apelação Cível nº 2003027281-0. Relator Desembargador HENRY PETRY JUNIOR. Juiz Prolator SÍLVIO DAGOBERTO ORSATTO. DJ de 26.11.2007)

APELAÇÃO CÍVEL. RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. POSSIBILIDADE. Modificação do registro de nascimento dos apelantes, a fim de retificar o nome da mãe que, após o divórcio, voltou a utilizar o nome de solteira. RECURSO PROVIDO, POR MAIORIA, VENCIDO O DES. REVISOR. (TJRS. 8ª C. Cív. Apelação Cível nº 70010830503. Relatora Desembargadora CATARINA RITA KRIEGER MARTINS. DJ de 19.07.2005)

Do último julgamento acima coligido, destaco a seguinte passagem do voto da Relatora:

Coaduno com o entendimento de que o princípio da continuidade que rege os registros públicos não pode se sobrepor à dignidade da pessoa humana, eis que, sendo uma garantia constitucional, através dela deve ser permitida a retificação nos assentos dos filhos quando modificada a situação jurídica dos genitores. Extinta a sociedade

conjugal e modificado o nome da mãe, não há razão para que os filhos não corrijam seus assentos de nascimento, devendo ser flexibilizada a norma que rege a matéria.

O Superior Tribunal de Justiça, em originário precedente sobre a matéria, assim decidiu:

DIREITO CIVIL. INTERESSE DE MENOR. ALTERAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. POSSIBILIDADE. Não há como negar a uma criança o direito de ter alterado seu registro de nascimento para que dele conste o mais fiel retrato da sua identidade, sem descurar que uma das expressões concretas do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana é justamente ter direito ao nome, nele compreendido o prenome e o nome patronímico. É conferido ao menor o direito a que seja acrescido ao seu nome o patronímico da genitora se, quando do registro do nascimento, apenas o sobrenome do pai havia sido registrado. É admissível a alteração no registro de nascimento do filho para a averbação do nome de sua mãe que, após a separação judicial, voltou a usar o nome de solteira; para tanto, devem ser preenchidos dois requisitos: (i) justo motivo; (ii) inexistência de prejuízos para terceiros. Recurso especial não conhecido. (STJ. 3ª T. REsp 1069864/DF. Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI. DJe 03.02.2009)

Sob a análise dos requisitos previstos pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento encetado, quais sejam, o *justo motivo* e a *inexistência de prejuízos a terceiros*, o caso apresentado perante esta Corte estadual ajusta-se perfeitamente a tais condições com vistas ao seu deferimento.

O primeiro quesito faz-se presente na situação de constrangimento e no dissabor, enfrentados por mãe e filhos ao terem de portar a certidão de casamento com a respectiva averbação para comprovar a filiação materna.

Sob o prisma da segunda condição, não há evidências de que o deferimento da medida acarrete prejuízos a terceiros, por tratar-se de pleito autorizado a menores de tenra idade, sem prática de quaisquer atos de relevo na vida civil.

Do exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento, para reformar a sentença atacada e determinar sejam retificados os assentos de nascimento dos apelantes, passando neles a constar o nome Maria da Conceição de Almeida Sousa como genitora daqueles, mantendo-se inalterados os demais dados.

É como voto.

¹ CPC, Art. 364. O documento público faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, o tabelião, ou o funcionário declarar que ocorreram em sua presença.

² Lei n° 6015/1973, Art. 109. Quem pretender que se restaure, supra ou retifique assentamento no Registro Civil, requererá, em petição fundamentada e instruída com documentos ou com indicação de testemunhas, que o Juiz o ordene, ouvido o órgão do Ministério Público e os interessados, no prazo de cinco dias, que correrá em cartório.

§1° Se qualquer interessado ou o órgão do Ministério Público impugnar o pedido, o Juiz determinará a produção da prova, dentro do prazo de dez dias e ouvidos, sucessivamente, em três dias, os interessados e o órgão do Ministério Público, decidirá em cinco dias.

§2° Se não houver impugnação ou necessidade de mais provas, o Juiz decidirá no prazo de cinco dias.

§3° Da decisão do Juiz, caberá o recurso de apelação com ambos os efeitos.

§4° Julgado procedente o pedido, o Juiz ordenará que se expeça mandado para que seja lavrado, restaurado e retificado o assentamento, indicando, com precisão, os fatos ou circunstâncias que devam ser retificados, e em que sentido, ou os que devam ser objeto do novo assentamento.

§5° Se houver de ser cumprido em jurisdição diversa, o mandado será remetido, por ofício, ao Juiz sob cuja jurisdição estiver o cartório do Registro Civil e, com o seu "cumpra-se", executar-se-á.

§6° As retificações serão feitas à margem do registro, com as indicações necessárias, ou, quando for o caso, com a transladação do mandado, que ficará arquivado. Se não houver espaço, far-se-á o transporte do assento, com as remissões à margem do registro original.

³ Lei n° 6.015/1973, Art. 54. O assento do nascimento deverá conter:

1°) o dia, mês, ano e lugar do nascimento e a hora certa, sendo possível determiná-la, ou aproximada;

2°) o sexo do registrando;

3°) o fato de ser gêmeo, quando assim tiver acontecido;

4°) o nome e o prenome, que forem postos à criança;

5°) a declaração de que nasceu morta, ou morreu no ato ou logo depois do parto;

6°) a ordem de filiação de outros irmãos do mesmo prenome que existirem ou tiverem existido;

7°) os nomes e prenomes, a naturalidade, a profissão dos pais, o lugar e cartório onde se casaram, a idade da genitora, do registrando em anos completos, na ocasião do parto, e o domicílio ou a residência do casal;

8°) os nomes e prenomes dos avós paternos e maternos;

9°) os nomes e prenomes, a profissão e a residência das duas testemunhas do assento, quando se tratar de parto ocorrido sem assistência médica em residência ou fora de unidade hospitalar ou casa de saúde.

⁴ CPC, Art. 1.109. O juiz decidirá o pedido no prazo de dez dias; não é, porém, obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 4743-38.2005.8.06.0001/1, ORIUNDA DA 25ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE FORTALEZA.

APELANTE: SABEMI PREVIDÊNCIA PRIVADA.

APELADO: AURELIANO MARQUES DE ARAÚJO.

RELATORA: DESA. MARIA IRACEMA DO VALE HOLANDA.

EMENTA: CIVIL. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA. AFASTADA. MÉRITO: EMPRÉSTIMO CONDICIONADO A ADESÃO A PLANO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA E SEGURO DE VIDA. CONSUMIDOR QUE NÃO RECEBEU OS DEVIDOS ESCLARECIMENTOS QUANDO DA CELEBRAÇÃO DOS CONTRATOS. NULIDADE. ART. 46 DO CDC. VALORES COBRADOS DE MANEIRA INDEVIDA. DEVOLUÇÃO EM DOBRO. ART. 42, PARÁGRAFO ÚNICO DO CDC. PRECEDENTES. CORREÇÃO MONETÁRIA COM BASE NO INPC. JUROS A PARTIR DA CITAÇÃO. ART. 219 DO CPC. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. SENTENÇA REFORMADA EM PARTE.

- Trata o caso de apelação cível interposta, em ação de anulação de cláusulas contratuais, por meio da qual o autor requereu que a promovida fosse condenada a restituir-lhe valores indevidamente descontados de seu benefício a título de contrato de seguro e previdência privada.

1. Preliminar de ilegitimidade passiva:

- Pessoas jurídicas diversas, quando componentes de um mesmo grupo econômico, possuem legitimidade para figurar no polo passivo da ação quando o autor, equivocadamente, promove ação contra uma delas, ao invés da outra. Aplicação da Teoria da Aparência. Precedentes.

- Preliminar afastada.

2. Mérito

- A celebração dos contratos de seguro e previdência privada firmados entre os litigantes ocorreu sem o devido esclarecimento ao consumidor, tendo a negociação sido conduzida como se tudo não passasse de uma simples operação financeira de mútuo.
- Levando-se em consideração que ao caso em análise devem ser aplicadas as disposições do CDC, deveria a promovida ter cumprido com o seu dever de informar o polo hipossuficiente da relação com o máximo de elementos possíveis para a compreensão do negócio jurídico, sob pena de não vinculação do consumidor aos seus termos, conforme dispõe o Art. 46 do CDC, o que não ocorreu na hipótese.
- Logo, a adesão do promovente aos contratos de seguro de vida e previdência privada encontra-se eivada de nulidade, até mesmo por inexistir manifestação expressa do seu *animus* contratual, devendo os valores recolhidos a este título serem devolvidos de maneira dobrada, nos termos do Art. 42, Parágrafo Único, do CDC.
- Correção monetária fixada com base no INPC e juros incidentes a partir da citação, nos termos do Art. 219 do Código Buzaid.
- Aplicação da sucumbência recíproca, conforme o disposto no Art. 21 do Código de Processo Civil, observando-se, todavia, o Art. 12 da Lei 1.060/50.
- Apelação conhecida e parcialmente provida.
- Sentença reformada somente no que concerne à correção monetária, juros e ônus sucumbenciais.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível nº 4743-38.2005.8.06.0001/1, em que figuram as partes acima indicadas. Acorda a 4ª Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em afastar a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada e, no mérito, conhecer da apelação interposta, para dar-lhe parcial provimento, reformando em parte a sentença recorrida, nos termos do voto da Relatora.

Fortaleza, 19 de maio de 2010.

RELATÓRIO

Tratam os autos de Apelação Cível interposta com o objetivo de desconstituir sentença proferida pelo Juízo da 25ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza que decidiu pela parcial procedência da ação.

O caso/a ação originária: Aureliano Marques de Araújo promoveu ação de nulidade de cláusulas contratuais contra SABEMI Previdência Privada. Para tanto, aduziu ter firmado junto à promovida dois contratos de empréstimo pessoal nos valores de R\$ 2.500,00 e R\$ 1.000,00 a serem pagos em 12 (doze) parcelas mensais e sucessivas descontadas diretamente no seu contracheque. Entretanto, após a realização do acordo, foi o autor surpreendido com a presença de descontos nos seus vencimentos a título de “previdência privada”, parcela sobre a qual não lhe fora dado qualquer esclarecimento quando da contratação dos empréstimos.

Inconformado, buscou o promovente informar-se junto ao escritório da ré, oportunidade na qual foi esclarecido que os empréstimos concedidos tinham como pressuposto a associação do adquirente ao sistema de previdência privada, conforme estabelecido na legislação vigente. Em face disso, pugnou o autor pela anulação de referidas cobranças, uma vez que não teria emitido qualquer consentimento em relação a estas. Requereu, ademais, a devolução, em dobro, das quantias indevidamente descontadas, bem como a condenação da ré no pagamento de danos morais.

Em contestação (fls. 22/35), a promovida alegou, preliminarmente, sua ilegitimidade passiva *ad causam*. No mérito, aduziu a total legalidade das cobranças impugnadas, uma vez que estas estariam sendo realizadas de acordo com as disposições legais atinentes à espécie, não havendo, portanto, nada a ser questionado.

A Sentença: às fls. 54/60, a Magistrada da 25ª Vara Cível de Fortaleza decidiu pela parcial procedência da ação. Transcrevo o dispositivo da sentença:

“Ante todo o exposto, hei por bem JULGAR PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido formulado na exordial, extinguindo o processo nos termos do art. 269, I do Código de Processo Civil, condenado a requerida somente na restituição em dobro dos valores descontados a título de previdência privada e seguro, acrescido de correção monetária e juros legais”. (*sic*)

A apelação: às fls. 80/90, SABEMI Previdência Privada renovou os

argumentos apresentados na contestação, tanto no que concerne à preliminar quanto ao mérito, para, ao fim, pugnar pela total reforma da sentença. Por fim, requereu que, acaso não fosse esse o entendimento, pudesse o *decisum* ser reformado quanto à correção monetária, os juros legais e a fixação da verba de sucumbência.

Contrarrazões: às fls. 93/98, suplicando pela manutenção do decisório proferido pelo juízo *a quo*.

É o relatório.

Revisão feita pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Lincoln Tavares Dantas.

VOTO

Trata o caso de apelação cível interposta, em ação de anulação de cláusulas contratuais, por meio da qual o autor requereu que a promovida fosse condenada a restituir-lhe valores indevidamente descontados de seu benefício a título de contrato de seguro e previdência privada.

1. Preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*. Rejeitada.

Em suas razões, SABEMI Previdência Privada aduziu ser parte ilegítima para figurar no polo passivo da demanda, sob o argumento de que os contratos questionados pelo autor teriam sido celebrados junto a SABEMI Seguradora S/A, pessoa jurídica distinta, que com ela não se confundiria.

Entretanto, tal alegativa não merece prosperar.

Ao caso dos autos deve-se aplicar a Teoria da Aparência, segundo a qual basta que a pessoa com quem se demande aparente ser o real representante da pessoa jurídica contra quem se deveria ter demandado para que, no caso concreto, a ela seja conferida legitimidade aos atos praticados.

Compulsando o caderno processual, constata-se que, ainda que possuíssem CNPJ distintos, o que não restou comprovado, as empresas fazem parte de um único grupo econômico, cujos nomes se confundem e as atividades por elas exercidas, em última análise, são idênticas.

Neste sentido, o entendimento jurisprudencial do TJRS e desta Corte de Justiça, respectivamente:

“DIREITO DO CONSUMIDOR. COMERCIAL E PROCESSO CIVIL. TEORIA DA APARÊNCIA. EMPRESAS DO MESMO GRUPO. ARRENDAMENTO MERCANTIL. ARRENDATÁRIO. AVALISTA. INDENIZAÇÃO. DANO

MORAL. DEVEDOR. INSCRIÇÃO EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. BINÔMIO REPARAÇÃO/PREVENÇÃO.

1. Cuidando-se de empresas integrantes de um conglomerado econômico, aplica-se a teoria da aparência para reconhecer-se a legitimidade passiva de qualquer delas. 2. Aplicando-se ao arrendatário a Lei Consumerista, idêntico tratamento merecerá o avalista, devendo ser indenizado por eventual prejuízo moral. 3. Enquanto pendente discussão do débito em juízo, o credor estará impedido de enviar o nome do devedor ou do avalista para o rol dos inadimplentes. 4. Indispensável que o valor fixado para fins de indenização por dano moral atenda ao binômio reparação/prevenção, porquanto muitos ofendidos deixam de perseguir a tutela jurisdicional e até pagam as quantias exigidas, deixando de confiar na existência de um poder acima da força econômica de seu oponente. Apelo não provido. Unânime.” (TJRS; 20000110818963APC, Relator VALTER XAVIER, 1ª Turma Cível, julgado em 25/08/2003, DJ 10/12/2003 p. 21) (destacamos)

* * * * *

“PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS E MATERIAIS. CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE BEM IMÓVEL. PROIBIÇÃO DE INGRESSO DA PARTE EM SEU APARTAMENTO SOB A ALEGAÇÃO DE INADIMPLÊNCIA. EMPRESAS INTEGRANTES DE UM MESMO GRUPO ECONÔMICO. LEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM*. TEORIA DA APARÊNCIA. MORA DA COMPRADORA. IMPOSSIBILIDADE DE PROIBIÇÃO DE INGRESSO DA PARTE NO IMÓVEL QUE LHE PERTENCE. ESBULHO CONFIGURADO. EXISTÊNCIA DE DANOS MORAIS E MATERIAIS. *QUANTUM* REPARATÓRIO ARBITRADO EM PARÂMETROS RAZOÁVEIS. SENTENÇA MANTIDA. 1. Grupo econômico é definido como sendo o conjunto de empresas que, ainda quando juridicamente independentes entre si, estão interligadas, seja por relações contratuais, seja pelo capital ou pela propriedade, pertencentes a indivíduos ou instituições que exercem o controle efetivo sobre este conjunto de empresas. 2. Quando duas ou mais empresas integrantes de um mesmo grupo econômico realizam atos que impossibilitem ou dificultem à parte saber contra quem ajuizar a ação, tem-se entendido serem as empresas integrantes do grupo envolvidas legitimadas a integrar o pólo passivo da demanda. Aplicação da teoria da aparência. Precedentes do Eg. STJ. 3. Conforme dispõe o art. 475 do Código Civil de 2002, a parte lesada pelo inadimplemento de contrato pode pedir a sua resolução, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos. 4. Em se tratando de contrato de promessa de compra e venda de imóveis, é configurado o esbulho quando a compradora é proibida de adentrar no bem, sob a alegação de que se encontra em mora. 5. Configura dano material

o fato de o promitente vendedor impedir o ingresso do promitente comprador no imóvel negociado durante quatro anos, auferindo o lucro de aluguel durante todo esse período. 6. Resta configurado dano moral quando, em meio a várias pessoas, o promitente comprador de um imóvel é impedido de ingressar no bem, sob a justificativa de inadimplemento de suas obrigações contratuais, mormente quando já se encontram quitadas as prestações em seu valor original. 7. Ao fixar o valor da reparação por danos morais, deve o órgão julgador ter em conta as condições do ofendido, do ofensor e do bem jurídico lesado. A reparação deve proporcionar à vítima satisfação na justa medida do abalo sofrido, sem enriquecimento ilícito, produzindo ao infrator impacto suficiente para dissuadi-lo de igual e semelhante atentado. 8. Mostrando-se razoável e proporcional, o valor fixado a título de danos morais deve ser mantido pela instância revisora. 9. Apelações conhecidas e improvidas.” (TJCE; APC 2005.0022.4606-8/1; 1ª CÂMARA CÍVEL; Relator: Des. RAUL ARAÚJO FILHO; DJ 29/09/2008) (destacamos)

Não é outro o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça.
Confira-se:

“PROCESSUAL CIVIL. LEGITIMIDADE PASSIVA. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. BANCO. ADMINISTRADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO. IDÊNTICO CONGLOMERADO ECONÔMICO. I – Pertencendo a empresa administradora de cartão de crédito ao mesmo conglomerado econômico do banco réu, tem esta legitimidade passiva *ad causam* para responder por dano causado à contratante. II – Recurso especial conhecido e provido.” (REsp 299725/RJ, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 22.03.2001, DJ 25.06.2001 p. 192). (destacamos)

Deste modo, deve ser afastada a preliminar de ilegitimidade passiva arguida pela apelante.

2. Mérito: Da nulidade dos contratos de seguro e previdência privada.

Conforme explicitado no relatório, o litígio ora em análise teve sua origem a partir da contratação de empréstimos realizados pelo autor junto a SABEMI Previdência Privada.

Após autorizar o desconto em folha das parcelas relativas ao acordo celebrado, foi o demandante surpreendido com a cobrança de valores relacionados a contratos de seguro e previdência privada para os quais nunca teria emitido

qualquer consentimento.

A apelante, na tentativa de eximir-se de qualquer responsabilidade, alegou que, ante a sua natureza de instituição de previdência privada, somente poderia fornecer empréstimo aos seus associados, sendo lícita, portanto, a celebração dos contratos, uma vez que, por meio destes, tornou-se o requerente apto a receber o montante pretendido a título de crédito.

Contudo, tal alegativa não merece prosperar.

Pela instrução processual do feito, o que se percebe é que os contratos de seguro e previdência privada foram firmados sem o devido esclarecimento ao Sr. Aureliano Marques de Araújo, tendo a negociação sido conduzida como se tudo não passasse de uma simples operação financeira de mútuo.

Tal conclusão resta corroborada, ademais, pelo fato de que a pessoa indicada como beneficiária em tais pactos foi a mãe do demandante, que já se encontra falecida.

Ora, qualquer pessoa que pretendesse celebrar avença desta natureza, desde que ciente da operação a que estaria aderindo, teria tomado o cuidado de indicar indivíduo apto a gozar das vantagens daí decorrentes, sob pena de tornar-se o contrato inócuo, não podendo, assim, produzir efeitos.

Logo, o que se conclui é que, se ao autor tivessem sido esclarecidas a natureza e a circunstância dos contratos a que estava aderindo, não teria este aceito a proposta.

Levando-se em consideração que ao caso em análise devem ser aplicadas as disposições do Código de Defesa do Consumidor e, a partir da interpretação do princípio da boa-fé contratual, deveria a promovida ter cumprido com o seu dever de informar o polo hipossuficiente da relação com o máximo de elementos possíveis para a compreensão do negócio jurídico, sob pena de não vinculação do consumidor aos seus termos, conforme dispõe o Art. 46 do CDC:

“Art. 46 - Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.” (destacamos)

Assim, conclui-se com absoluta clareza que a adesão do promovente aos contratos de seguro de vida e previdência privada encontra-se eivada de nulidade, até mesmo por inexistir manifestação expressa do seu *animus* contratual, devendo os valores recolhidos a este título serem devolvidos.

2.1. Da devolução dos valores cobrados de maneira indevida.

Em suas razões, aduziu a parte apelante, ainda, inexistirem razões para condenação à restituição de valores eventualmente cobrados de maneira indevida, uma vez que o autor não teria se desincumbido do seu dever de provar a existência de erro no negócio jurídico.

Contudo, entendo que o simples fato de o negócio ter sido realizado sem o consentimento expresso do promovente constitui elemento suficiente para a condenação questionada, nos termos do Art. 42, parágrafo único do CDC, *in verbis*:

“Art. 42. (...) Parágrafo único - O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro ao que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável.” (destacamos)

Transcrevo julgado do STJ que se adequa ao caso em apreço:

“PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO - . FORNECIMENTO DE ÁGUA E ESGOTO CONDOMÍNIO EDILÍCIO - MULTIPLICAÇÃO DO CONSUMO MÍNIMO PELO NÚMERO DE UNIDADES AUTÔNOMAS (ECONOMIAS) - IMPOSSIBILIDADE. DEVOLUÇÃO EM DOBRO DO VALOR COBRADO, COM BASE NO CDC – POSSIBILIDADE. 1. A prestação jurisdicional foi dada em sua plenitude, sendo examinados os pontos agitados pela parte recorrente, ficando afastada a afronta aos arts. 165, 458 e 535, todos do CPC. 2 A Segunda Turma, pacificou o entendimento segundo o qual nos condomínios em que o total de água consumida é medido por um único hidrômetro, é ilegal a cobrança de tarifa mínima com base no número de economias, sem considerar o efetivo consumo de água (REsp 726582/RJ, Rel. p/ Acórdão Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, julgado em 15/09/2009, DJe 28/10/2009). 3. Direito à devolução em dobro reconhecido com base no art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor. 4. Recurso Especial não provido.” (REsp 982.938/RJ, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/12/2009, DJe

10/02/2010) (destacamos)

Esclareça-se, de logo, que não prospera o argumento suscitado por SABEMI Previdência Privada de que o promovente teria renunciado ao direito de repetição do indébito, pois a petição de fls. 52/53 compreende, em verdade, proposta de acordo formulada com o objetivo de pôr fim ao litígio de maneira amigável e, restando tal tentativa infrutífera, não pode referida resolução surtir quaisquer efeitos.

Desta maneira, resta inalterada a sentença neste aspecto, subsistindo o dever da apelante de restituir ao apelado, em dobro, os valores erroneamente descontados de seu contracheque a fim de custear os contratos de seguro e previdência privada celebrados de maneira indevida.

2.2. Da incidência dos juros e da correção monetária.

No que concerne aos juros e à correção monetária, entendo assistir razão à recorrente, uma vez que a sentença não tratou destes pontos de maneira clara.

Logo, quanto ao momento de incidência dos juros, devem estes serem aplicados a partir da citação, conforme estabelecido pelo Art. 219 do CPC, *in verbis*:

“Art. 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.” (destacamos)

Quanto, ao índice de correção monetária a ser utilizado quando da liquidação da sentença, determino que se observe as variações apresentadas pelo INPC durante o período, uma vez que este é o índice que melhor reflete a realidade inflacionária, nos termos da jurisprudência do colendo STJ:

“DIREITO ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. PENSIONISTA DE EX-FERROVIÁRIO DA RFFSA. COMPLEMENTAÇÃO DE PENSÃO. LEI 8.186/91 E DECRETO 956/69. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. NÃO-OCORRÊNCIA. SÚMULA 85/STJ. CORREÇÃO

MONETÁRIA. ÍNDICE. INPC. MULTA PREVISTA NO ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. CARÁTER NÃO-PROTELATÓRIO DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS. RECURSO INTERPOSTO PELO INSS CONHECIDO E IMPROVIDO. RECURSO INTERPOSTO PELA UNIÃO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Os embargos de declaração têm como objetivo sanear eventual obscuridade, contradição ou omissão existentes na decisão recorrida. Não há omissão no acórdão recorrido quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e precisa sobre a questão posta nos autos, assentando-se em fundamentos suficientes para embasar a decisão. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte. 2. Descabida a aplicação da multa processual prevista no art. 538, parágrafo único, do CPC quando os embargos declaratórios não têm caráter protelatório, mas objetivam prequestionar a matéria, requisito indispensável ao acesso às instâncias especiais. 3. A União é parte legítima, juntamente com o INSS, para figurar no polo passivo de demanda na qual se postula o pagamento da complementação de pensão de que tratam a Lei 8.186/91 e o Decreto 956/69. 4. Em se tratando de ação proposta com o fito de obter revisão de benefício previdenciário, relação de trato sucessivo e de natureza alimentar, a prescrição que incide é tão-somente aquela que atinge as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação, não ocorrendo a chamada prescrição do fundo de direito, nos termos da Súmula 85/STJ. 5. Ante a superveniência da Lei 8.186/91, os ferroviários admitidos, sob qualquer regime, até 1969, assim como aqueles que se aposentaram até a edição do Decreto-Lei 956/69, têm direito à complementação da aposentadoria prevista no referido decreto, que se estende aos pensionistas do ex-ferroviário. Precedentes do STJ. 6. O INPC, por ser o índice que melhor reflete a realidade inflacionária, deve ser utilizado para a atualização monetária das parcelas pagas em atraso a servidores públicos. 7. Recurso especial interposto pelo INSS conhecido e improvido. Recurso especial interposto pela UNIÃO conhecido e parcialmente provido para afastar a condenação da multa prevista no art. 538 do CPC e fixar o INPC como índice de correção monetária do débito.” (REsp 1097672/PR, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA,

QUINTA TURMA, julgado em 21/05/2009, DJe 15/06/2009)
(destacamos)

Desta maneira, resta a sentença reformada neste ponto, para o fim de determinar a incidência dos juros legais a partir da citação, nos termos do Art. 219 do CPC, e estabelecer que a correção monetária dos valores cobrados de maneira indevida seja realizada mediante a aplicação do INPC.

2.3. Da verba sucumbencial.

Finalmente, no que diz respeito à verba sucumbencial (custas processuais e honorários advocatícios), verifica-se que a Magistrada sentenciante incorreu em equívoco, uma vez que o simples fato de a parte autora estar litigando sob os benefícios da gratuidade da justiça não lhe isenta do pagamento de custas processuais e honorários advocatícios.

Em verdade, a Lei 1.060/50 é clara ao estabelecer que a cobrança de referidas verbas ficarão suspensas em relação ao hipossuficiente pelo prazo de 5 (cinco) anos, findo o qual estará prescrita tal obrigação:

“Art. 12. A parte beneficiada pela isenção do pagamento das custas ficará obrigada a pagá-las, desde que possa fazê-lo, sem prejuízo do sustento próprio ou da família, se dentro de cinco anos, a contar da sentença final, o assistido não puder satisfazer tal pagamento, a obrigação ficará prescrita.”

Confira-se o posicionamento do STJ a respeito da matéria:

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. CONTRATO DE EMPRÉSTIMO. AÇÃO REVISIONAL. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. HONORÁRIOS. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. CPC, ART. 21. SÚMULA N. 306-STJ I. A compensação da verba honorária a ser paga pelas partes, em face da sucumbência recíproca (art. 21 do CPC), não colide com os preceitos dos arts. 22 e 23 da Lei n. 8.906/1994 (Súmula n. 306-STJ). II. O benefício da gratuidade judiciária não afasta a imposição da sucumbência, e, por conseguinte, da compensação desta, mas apenas possibilita a suspensão do

pagamento, na hipótese de condenação ao pagamento de tal ônus, pelo período de cinco anos. III. Agravo regimental improvido.” (AgRg no REsp 1019852/MG, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 20/11/2008, DJe 15/12/2008) (destacamos)

* * * * *

“RECURSO ESPECIAL - AÇÃO ORDINÁRIA DE CANCELAMENTO DE REGISTRO EM CADASTROS RESTRITIVOS DE CRÉDITO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - CONCESSÃO DE GRATUIDADE DA JUSTIÇA AO AUTOR - SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA NA AÇÃO - COMPENSAÇÃO DA VERBA SUCUMBENCIAL - POSSIBILIDADE - PRECEDENTES DESTA CORTE - RECURSO ESPECIAL PROVIDO. I - A concessão dos benefícios da gratuidade da justiça não colide com a possibilidade de compensação da verba honorária, sendo esta expressamente admitida, nos termos do art. 21 do Código de Processo Civil, quando houver sucumbência recíproca na ação, hipótese ocorrente nos autos; II - Recurso Especial provido.” (REsp 1039536/RS, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/06/2008, DJe 01/08/2008) (destacamos)

Deste modo, deve a condenação sucumbencial ser mantida de acordo com o Art. 21 do CPC, todavia, observando-se a regra contida no Art. 12 da Lei 1.060/50, a fim de que o promovente suporte, igualmente, os ônus processuais.

DISPOSITIVO

Assim, por todo o exposto, afasto a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada e, no mérito, conheço da apelação interposta para dar-lhe parcial provimento, reformando a sentença recorrida nos seguintes pontos: 1) incidência dos juros legais a partir da citação, nos termos do Art. 219 do CPC; 2) aplicação do INPC como índice de correção monetária; 3) condenação do beneficiário da gratuidade da justiça em custas processuais e honorários advocatícios, observando-se, todavia, o Art. 12 da Lei 1.060/50.

É como voto.

Fortaleza, 19 de maio de 2010.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 5450-48.2001.8.06.0000/0, ORIUNDA DA 4ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE FORTALEZA.

APELANTES: GERALDA FELIX DE MENEZES E JOSÉ GONÇALO DE MENEZES.

APELADA: MASSA FALIDA DE THOMAZ POMPEU FIAÇÃO E TECELAGEM S/A.

RELATORA: DESA. MARIA IRACEMA DO VALE HOLANDA.

EMENTA: REINTEGRAÇÃO DE POSSE. COMODATO. COMODATÁRIO CONSTITUÍDO EM MORA. ESBULHO DEMONSTRADO. FIXAÇÃO DE ALUGUEL PELO TEMPO DE ATRASO NA RESTITUIÇÃO DO IMÓVEL. SIMPLES APLICACAO DOS ARTS. 1.252 E 1.254 DO CC/16.

1. A controvérsia a ser dirimida nestes autos diz respeito à reintegração de posse de imóvel objeto de contrato de comodato firmado entre os litigantes e a fixação de aluguel em razão do atraso na restituição.

2. Preliminar de cerceamento de defesa por julgamento antecipado da lide rejeitada.

3. O comodato restou devidamente provado pelo contrato colacionado aos autos, bem como a notificação para devolução do imóvel, de modo que resta suficientemente demonstrado o esbulho. A promovente comprovou o cumprimento dos requisitos da reintegração de posse previsto no Art. 927 do CPC, ou seja, a sua posse, o esbulho praticado pelos réus e a data deste último.

4. Não existe nenhuma irregularidade na fixação de aluguel pelo atraso na restituição do bem, circunstância expressamente prevista no Art. 1.252 do CC/16, aplicável à espécie.

- Apelação conhecida e não provida.

- Sentença mantida.

- Unânime.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível nº 5450-48.2001.8.06.0000/0, em que figuram as partes acima indicadas. Acorda a 4ª Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer da apelação interposta, mas para negar-lhe provimento,

mantendo inalterada a sentença recorrida, nos termos do voto da Relatora.

Fortaleza, 09 de junho de 2010.

RELATÓRIO

Tratam os autos de Apelação Cível interposta com o objetivo de reformar sentença que decidiu pela improcedência da demanda.

O caso/a ação originária: Massa Falida de Thomaz Pompeu Fiação e Tecelagem S/A ajuizou ação de reintegração de posse alegando que mesmo após notificar o comodatário para desocupação do imóvel, este negou-se a entregá-lo, requerendo também a fixação de aluguel em R\$ 200,00 a contar da data da notificação. Geralda Felix de Menezes e José Gonçalo de Menezes apresentaram contestação (fls. 23/25), aduzindo terem direito de retenção do bem em razão das benfeitorias nele realizadas e reconvenção (fls. 28/29), alegando ser o contrato de comodato nulo.

Sentença: às fls. 84/88, o Juízo *a quo* decidiu pela procedência do pedido inicial e pela improcedência da reconvenção. Transcrevo o dispositivo no que interessa:

“Em tais condições, com sustentáculo nos dispositivos legais supra referidos e princípios gerais de Direito aplicáveis a espécie, julgo, por sentença, para que produza seus jurídicos e legais efeitos procedentes o pedido inaugural, consolidando a propriedade e a posse plena e exclusiva do bem descrito na exordial em favor da parte promovente, determinando seja a autora reintegrada na posse do aludido imóvel.

Acolho, ainda, o pleito relativo ao pagamento dos alugueres em atraso, desde 13 de outubro de 1996, devidamente corrigido.

Em razão da ausência de verificação de qualquer fundamento para a anulação do contrato de comodato, julgo, por este ato, improcedente a reconvenção”.

Apelação: às fls. 90/98, os demandados interpuseram recurso, arguindo, em sede de preliminar, a apreciação do agravo retido que discutiu o cerceamento de defesa e, no mérito, requerendo a reforma da sentença pelos mesmos argumentos da contestação e da reconvenção.

Contrarrazões acostadas às fls. 101/105, pugnando pela manutenção do *decisum* proferido pela instância *a quo*.

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça opinando pelo conhecimento e não provimento do recurso, devendo restar inalterado o decisório proferido em 1º grau de jurisdição (fls. 116/121).

É o relatório.

Revisão feita pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Lincoln Tavares Dantas.

VOTO

A controvérsia a ser dirimida nestes autos diz respeito à reintegração de posse de imóvel objeto de contrato de comodato firmado entre os litigantes e a fixação de aluguel em razão do atraso na restituição.

1. Preliminar de cerceamento de defesa – agravo retido.

O caso dos autos é de julgamento antecipado da lide, de acordo com o Art. 330, I do CPC. Vale dizer, desnecessária a realização de dilação probatória em caso unicamente de direito. Confira-se:

“Art. 330 - O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença:

I - quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência”;

É de farta sabença que estando presentes as condições, é dever do juiz julgar antecipadamente a lide, predominando a sua prudente discricção, examinando se há ou não necessidade da realização de prova em audiência.

No caso ora analisado, não há que se falar em cerceamento do direito de defesa, pois baseou-se o julgador na prova documental existente no processo, não havendo a necessidade da produção de prova testemunhal, nem de depoimentos, tendo o magistrado sido prudente ao indeferir a realização de atos inúteis e procrastinatórios.

Este é o posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, como pode ser observado na ementa que segue transcrita no que importa:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. I - (...); I. II - Não há falar em cerceamento de defesa, se o julgamento antecipado da lide decorreu da circunstância de ter o julgador considerado suficientemente provados os fatos alegados pelas partes. Agravo improvido”. (STJ; AgRg no Ag 746.469/MG, Rel. Min. Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 24.04.2007, DJ 21.05.2007 p. 572).

Este egrégio Tribunal de Justiça partilha do mesmo entendimento, conforme se depreende dos excertos jurisprudenciais colacionados:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - PROVA TESTEMUNHAL - INDEFERIMENTO - POSSIBILIDADE - LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ - CERCEAMENTO DE DEFESA - INOCORRÊNCIA - RECURSO DESPROVIDO. 1. Como se sabe, em relação à produção de prova, tem o magistrado a possibilidade de indeferir a realização de audiência para produzi-las, quando os documentos apresentados aos autos possuírem força probante, capaz de formar sua convicção. Princípio do livre convencimento do juiz. 2. Desse modo, não há que se falar em cerceamento de defesa, por ter o juiz *a quo* considerado desnecessária a produção de prova oral, em face da prova coletada aos autos. 3. Agravo de Instrumento conhecido e não provido”. (TJCE; AI 2007.0016.4480-5/0; 3ª CÂMARA CÍVEL; Des. ANTÔNIO ABELARDO BENEVIDES MORAES; julgado em 01/10/2007; publicado em 19/10/2007).

Por tais razões rejeita-se a preliminar.

2. Mérito.

A presente lide é de fácil solução, uma vez que retrata a aplicação praticamente literal de dois dispositivos do Código Civil de 1916, vigente à época, *in verbis*:

“Art. 1.252 - O comodatário constituído em mora, além de por ela responder, pagará o aluguer da coisa durante o tempo do atraso em restituí-la”.

* * * * *

“Art. 1.254 - O comodatário não poderá jamais recobrar do comodante as despesas feitas com o uso e gozo da coisa emprestada”.

No presente caso, o comodato restou devidamente provado pelo contrato de fls. 12/13, bem como a notificação para devolução do imóvel (fl. 10), de modo que resta suficientemente demonstrado o esbulho.

Desta forma, a promovente se desincumbiu de comprovar o cumprimento dos requisitos da reintegração de posse previsto no Art. 927 do CPC, ou seja, a sua posse, o esbulho praticado pelos réus e a data deste último.

Em casos similares este egrégio Tribunal de Justiça já se manifestou no mesmo sentido, como se depreende dos seguintes excertos jurisprudenciais:

“APELAÇÃO CÍVEL. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. COMODATO. CITAÇÃO EM REINTEGRAÇÃO DE POSSE.

SUFICIÊNCIA. CÓDIGO CIVIL ANTERIOR, ART. 1.250. ESBULHO DEMONSTRADO. PROCEDÊNCIA. 1. Dado em comodato o imóvel, mediante contrato escrito, a citação em ação de reintegração de posse evidencia ao comodatário a pretensão do comodante de retomar o imóvel, bastando à desocupação. 2. Não há direito à indenização ou retenção por benfeitorias intrínsecas ao uso do bem dado gratuitamente. 3. Apelação improvida”. (TJCE; APC 5451-33.2001.8.06.0000/0; 4ª CÂMARA CÍVEL; Des. LINCOLN TAVARES DANTAS; julgado em 14/05/2008; DJ de 26/06/2008)

* * *

“CIVIL. MANUTENÇÃO DE POSSE. COMODATO. PEDIDO DE DESOCUPAÇÃO. RESISTÊNCIA. POSSE VICIADA. ESBULHO. IMPROCEDÊNCIA. SENTENÇA MANTIDA. 1.A existência de contrato de comodato com pedido de restituição do bem, impede o deferimento da manutenção de posse, por caracterizado o esbulho. 2.Em virtude do caráter dúplice das ações possessórias (art.922,CPC), precedente é o pedido de reintegração de posse formulado na contestação, presentes os elementos estabelecidos no art. 927 do CPC. 3.Recurso conhecido e desprovido. Sentença mantida”. (TJCE; APC 502450-14.2000.8.06.0001/1; 3ª CÂMARA CÍVEL; Des. ANTÔNIO ABELARDO BENEVIDES MORAES, julgado em 03/08/2007; DJ de 20/08/2007)

Por fim, cabe ressaltar que não existe nenhuma irregularidade na fixação de aluguel pelo atraso na restituição do bem, circunstância expressamente prevista no Art. 1.252 do CC/16, anteriormente citado.

Desta forma, a manutenção da decisão guerreada é medida que se impõe.

DISPOSITIVO

Face ao exposto, conheço do recurso interposto, mas para negar-lhe provimento, mantendo inalterada a sentença recorrida, para o fim específico de determinar a reintegração da posse do imóvel objeto do litígio e considerar regular a fixação de aluguel pelo período de atraso na restituição.

É como voto.

Fortaleza, 09 de junho de 2010

NÚMERO ÚNICO: 7883-49.2006.8.06.0000-0 (2006.0008.6063-8/0)
TIPO DO PROCESSO: APELAÇÃO CÍVEL em AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE
ORIGEM : JUÍZO DE DIREITO DA COMARCA VINCULADA DE PARAMOTI-CE
APELANTES/AUTORES: ALBERTO STEFANI e FRANCISCA MARIA DE ALMEIDA STEFANI
APELADOS/RÉUS: VALDIR ALVES DA COSTA e MARIA DAS GRAÇAS FERREIRA COSTA
ÓRGÃO JULGADOR: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL
RELATOR: DES. CELSO ALBUQUERQUE MACÊDO

EMENTA: DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL EM AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. FORÇA NOVA CONFIGURADA. ESBULHO. IMÓVEL RURAL. COMPRA E VENDA INEXISTENTE. JUÍZO POSSESSÓRIO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO AFASTADA. AUTORES: POSSUIDORES COM JUSTO TÍTULO. PRESUNÇÃO DE BOA-FÉ. RÉUS: POSSE DE MÁ-FÉ. CLANDESTINIDADE E CONSCIÊNCIA DA ILEGITIMIDADE DA POSSE *AB INITIO*. NEGÓCIO JURÍDICO NÃO COMPROVADO. TEORIA DA CAUSA MADURA. APLICABILIDADE. DESOCUPAÇÃO VOLUNTÁRIA. MANDADO DE REINTEGRAÇÃO NA POSSE. *ASTREINTES*. DANOS, FRUTOS E BENFEITORIAS: LIQUIDAÇÃO POR ARTIGOS. PRECEDENTE DO STJ. ÔNUS SUCUMBENCIAIS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA. AÇÃO PROCEDENTE.

1. Vê-se, *in casu*, que a inicial manifesta agastamento em razão da prática do esbulho possessório, pelos apelados, do imóvel denominado “TIGRE”, no município de Paramoti-CE, jamais concentrando, em nenhuma hipótese, circunstâncias pertinentes à celebração de negócio jurídico ou à reivindicação.

2. Historiando-se a lide, verificamos que os recorrentes adquiriram as terras da Fazenda “TIGRE”, onde fixaram moradia por largo período (fl. 26), em 20/11/2000, mediante a Escritura Pública de Compra e Venda de fls. 07/08, devidamente averbada no Cartório Registral (fl. 06), fato este que atrai, em favor dos apelantes, a presunção *juris tantum* de que a posse em discussão fora por eles adquirida de boa fé, nos termos do parágrafo único, do art. 1.201, do CCB.

3. Sabido e ressabido que a ação possessória não é condizente com a recuperação da posse, se pendente a rescisão do contrato de compra e venda, segundo a jurisprudência remansosa do STJ, muito bem sintetizada no REsp 620.787/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 28/04/2009, DJe 27/04/2009, REPDJe 11/05/2009, REPDJe 15/06/2009.

4. Todavia, inexistente, às claras, contrato negocial do referido imóvel, argüido pelos réus, e acatado pelo juízo *a quo*, como fato impeditivo ao direito dos autores-apelantes à reintegração na posse das terras da Fazenda “TIGRE”, por evidente, à míngua de prova testemunhal do prefalado negócio jurídico, incluindo prova documental, com a assinalação do Ministério Público, feita à fl. 245, de que o Sr. VALDIR, apelado, é um barulheiro de propriedades alheias, conforme destaque de fl. 183.

5. Na espécie telada, o imóvel passou à posse do promovido em março de 2004, sendo ponto incontroverso se tratar, a presente reintegratória, de ação de força nova, ou seja, intentada há menos de 1 (hum) ano e 1 (hum) dia da data do esbulho ou da turbação (art. 924, CPC).

6. Sendo assim, pergunta-se: Por que somente em 30 de junho do mesmo ano, foi, o apelado, à presença dos promoventes levando a primeira parcela do pagamento? Se a Sra. FRANCISCA (apelante) não recebeu a primeira prestação, não caberia ao Sr. VALDIR (apelado), honrando o princípio da boa-fé, fazer as

consignações em juízo das importâncias que julgara devidas? E por que passados 06 (seis) anos, este não providenciou o pagamento do imóvel por qualquer forma?

7. No meu sentir, na esteira do entendimento ministerial, muito bem lançado às fls. 238/246 e, ao mesmo tempo, na contramão das razões do juízo singular, resta indubitosa a inexistência de qualquer negócio jurídico a legitimar a posse dos promovidos e, *ipso facto*, a impedir o processamento e o julgamento da presente ação reintegratória, por não se enquadrar, a pretensão dos autores, à exceção de domínio (*exceptio dominii*), cuja discussão é vedada na pendência de processo possessório, de acordo com a nova redação do art. 923, do CPC. A posse, ora disputada, não se dá a título de domínio.

8. Em decorrência, infere-se do acervo probatório que os autores detinham, além da propriedade, a posse do bem em questão, até o momento em que os recorridos, sem permissão, expressa ou tácita, daqueles, adentraram ao imóvel e lá fixaram moradia, comprovados, assim, a posse anterior e o seu esbulho, tendo os promoventes se desincumbido do *onus probandi* exigido pela lei (art. 927, do CPC), ao contrário dos réus, os quais, em momento algum, comprovaram a existência de negócio jurídico capaz de obstar o sucesso da presente demanda ou, mesmo, qualquer outro fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito ora postulado.

9. As circunstâncias dos autos – especialmente, a confissão dos promovidos de que não celebraram nenhum negócio jurídico com os promoventes (fl. 30) e a entrega/recebimento das chaves da fazenda “TIGRE” pelos réus sem a necessária autorização dos autores (fl. 71) - nos fazem presumir que os promovidos não ignoraram que possuíam indevidamente o bem disputado (art. 1.202, do CPC), revelando, assim, que a posse das terras, pelos recorridos, fora adquirida de má-fé desde o momento do esbulho, havido em março de 2004, dada “...a ciência da ilegitimidade do seu direito de

posse,...” conservando essa qualificação até os dias atuais, por força do art. 1.203, do CCB.

10. Desta feita, impõem-se, não só a correção da sentença objurgada, que encerrou equivocada e prematuramente o feito, mas o julgamento de mérito da demanda, com arrimo no art. 515, § 3º, do CPC, acrescido pela Lei Nº 10.352/2001, ao estabelecer que nas hipótese de “... *extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento.*”

11. APELAÇÃO CONHECIDA E PROVIDA.
SENTENÇA REFORMADA. AÇÃO
PROCEDENTE.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que litigam as partes, acima nominadas, ACORDA, a TURMA JULGADORA DA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, por unanimidade de votos, em CONHECER e DAR PROVIMENTO ao recurso, reformando-se, *in totum*, a sentença impugnada, para julgar procedente a demanda, tudo nos termos do voto do Relator, que integra esta decisão.

RELATÓRIO

Trata-se de RECURSO APELATÓRIO (fls. 98/103) interposto por ALBERTO STEFANI e sua mulher, FRANCISCA MARIA DE ALMEIDA STEFANI, contra sentença proferida às fls. 89/92 pelo JUIZ DE DIREITO TITULAR DA 1ª VARA DA COMARCA DE CANINDÉ-CE, em exercício na de PARAMOTI-CE (esta, por sua vez, VINCULADA à de CARIDADE), nos autos da AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE C/C PEDIDO DE IMISSÃO LIMINAR (fl. 02 e seguintes) formulada pelos ora recorrentes em desfavor de VALDIR ALVES DA COSTA e sua esposa, MARIA DAS GRAÇAS FERREIRA COSTA, o qual, considerando a impossibilidade jurídica do pedido, com fundamento no art. 267, VI, do CPC, julgou extinto prematuramente o feito, que gravita em torno de suposto negócio jurídico entabulado verbalmente entre as partes, envolvendo as terras do sítio “TIGRE”.

Nas RAZÕES de apelação, aprimoram que o esbulho ocorreu em março de 2004. A ação correspondente teve início em 15 de julho do mesmo ano. O pedido de reintegração liminar lhes foi negado pelo juízo singular, à míngua de comprovação, no entender daquele magistrado, dos atos de violência em desfavor da posse dos promoventes, bem como da data do suposto esbulho (fls. 17/19 e 24/25).

Salientam, os apelantes, que a manutenção do apelado na posse do imóvel até a rescisão do pacto - que não existiu, nem existe - servirá de estímulo para postergar a posse do imóvel, produzindo prejuízos irreparáveis aos apelantes, à vista de que, no citado imóvel, estão guardados bens móveis, roupas, motores etc.

E, ainda, que foi granjeada uma aventura jurídica concernente a um pacto de compra e venda do imóvel, embora a sarapantada declaração do apelado de haver recebido resposta negativa da Sra. FRANCISCA MARIA DE ALMEIDA STEFANI, esposa de ALBERTO STEFANI, ambos proprietários do mencionado imóvel, de que não trocaria o terreno por um apartamento em Fortaleza, situado na Av. Francisco Sá, pertencente ao ora promovido, Sr. VALDIR ALVES DA COSTA.

Posteriormente, foram engendradas circunstâncias de compra e venda, ora por R\$ 36.000,00 (trinta e seis mil), pagos em 72 (setenta e duas) prestações de R\$ 500,00 (quinhentos reais); ora por R\$ 10.000,00 (dez mil reais), com 06 (seis) meses de carência, condicionados à venda do referido apartamento.

Em infrutífera audiência pública, à época, com representante do Ministério Público, o promovido esmerou proposta de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) para desocupar o imóvel rural, a título de indenização de limpeza e de pintura de algumas de suas dependências; construção de latada de carnaúba, coberta de telhas velhas, denominada de galpão, incluindo plantação de milho (fl. 44).

Ressalta, em adendo, a instrução probatória levada a efeito na instância de origem, com destaque aos documentos ali apresentados e aos vários testemunhos trazidos por ambas as partes.

Sem CONTRA-RAZÕES da parte apelada, conforme certidão de fl. 110.

Autos distribuídos, automaticamente, em 04/05/2006, à então relatora do feito, Des. *Maria Celeste Thomaz Aragão* (fl. 116). Seguiu-se, às fls. 173/175, o indeferimento, pela mencionada Relatora, do pleito de antecipação da tutela recursal, suplicada pelo casal apelante às fls. 123/132. As razões expostas às fls. 177/182 expressam Agravo Regimental da decisão da então Relatora, tendo a Câmara, por unanimidade, negado provimento (fls. 191/195).

Saneado o feito no tocante ao equivocado julgamento do Agravo Regimental pela Quarta Câmara Cível desta Corte, através do acórdão de fls. 228/232, por mim relatado, o processo, após certificação do trânsito em julgado daquele recurso (fl. 234), retomou o seu curso regular, sendo submetido, ato contínuo, à apreciação do *parquet*, o qual opinou pelo conhecimento e provimento do apelo e, ainda, pelo exame imediato do mérito da demanda, com arrimo no § 3º, do art. 515, do CPC (fls. 238/246)

Revistos na forma do art. 34, do Regimento Interno deste Tribunal.
É o RELATÓRIO.

VOTO

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL

CONHEÇO da RECURSO DE APELAÇÃO interposto por ALBERTO STEFANI e sua mulher, FRANCISCA MARIA DE ALMEIDA STEFANI, às fls. 98/103, por observar presentes os pressupostos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade (cabimento, legitimidade recursal, interesse recursal, tempestividade, regularidade formal, inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer e preparo imediato à fl. 104).

MÉRITO

Vê-se, *in casu*, que a inicial manifesta agastamento em razão da prática do esbulho possessório, pelos apelados, do imóvel denominado “TIGRE”, no município de Paramoti-CE, jamais concentrando, em nenhuma hipótese, circunstâncias pertinentes à celebração de negócio jurídico ou à reivindicação.

O novo Código Civil, referindo-se à posse - conjunto de direitos oriundos da correspondente situação, havida, *in casu*, sob o manto da novel legislação civilista – dispõe, em seu art. 1.196, que “*Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.*”, prescrevendo, em seguida, que a aquisição da posse se dará “*...desde o momento em que se torna possível o exercício, em nome próprio, de qualquer dos poderes inerentes à propriedade.*” (art. 1.204, CCB), mantido o mesmo caráter com que foi adquirida, salvo prova em contrário (art. 1.203, CCB).

MARIA HELENA DINIZ, socorrendo-se nos ensinamentos de IHERING, afirma que a posse é a exteriorização ou a visibilidade do domínio, sendo o *corpus* (exteriorização da propriedade) e o *animus* (o modo como o

proprietário age em face do bem de que é possuidor) seus elementos constitutivos¹.

Historiando-se a lide, verificamos que os recorrentes adquiriram as terras da Fazenda “TIGRE”, onde fixaram moradia por largo período (fl. 26), em 20/11/2000, mediante a Escritura Pública de Compra e Venda de fls. 07/08, devidamente averbada no Cartório Registral (fl. 06), fato este que atrai, em favor dos apelantes, a presunção *juris tantum* de que a posse em discussão fora por eles adquirida de boa fé, nos termos do parágrafo único, do art. 1.201, do CCB, *in verbis*:

“O possuidor com justo título tem por si a presunção de boa-fé, salvo prova em contrário, ou quando a lei expressamente não admite esta presunção.”

Nesse sentido, ensina-nos o magistério de CÉSAR FIÚZA que o “... justo título de propriedade será, *a priori*, sempre justo título de posse. Assim é a escritura de compra e venda. Mas a recíproca não é verdadeira: o justo título de posse nem sempre será justo título de propriedade, como ocorre com o contrato de locação.”²

O Código Civil, em seu art. 1.223, prescreve que se perde a posse quando, embora contra a vontade do possuidor, cessar o poder sobre o bem, qual seja, o uso, a fruição, a disposição e a reivindicação, surgindo para o possuidor desvalido o direito de “...ser mantido na posse em caso de turbacão e reintegrado no de esbulho.” (art. 926, CPC).

E, mais. Segundo o art. 1.208, do mesmo diploma, “*Não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância assim como não autorizam a sua aquisição os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência ou a clandestinidade*”.

No tocante ao esbulho possessório, objeto da presente discussão, o citado doutrinador assevera que: “*Esbulho é privação. É subtração. O possuidor esbulhado se vê privado do bem possuído.*”³

Feitos tais balizamentos legislativos e doutrinários, passemos à análise do apelo frente ao que foi decidido pelo juízo monocrático, ao resolver pela extinção prematura do feito, à míngua da possibilidade jurídica do pedido, aquietando na sentença de fls. 89/92, textualmente:

“Com efeito, não cabe na via possessória a discussão da licitude da aquisição do bem, se a negociação é válida ou não, cuja averiguação, se assim entenderem as partes, deverá ser remetida ao juízo petitorio, via anulação do pactuado. Certo nos autos, é que os Requeridos, de boa-fé, receberam a posse do imóvel, sem violência, clandestinidade

ou precariedade, e sem qualquer oposição dos Requerentes, quer direta ou indireta.” (fl. 92 - sic) .

Vejamos.

Tanto os pressupostos processuais, como as condições da ação são exigências ou requisitos preliminares, cuja inobservância impede o Juiz de ter acesso ao julgamento de mérito, segundo a doutrina de Humberto Theodoro Júnior⁴ .

Assim, quanto à possibilidade jurídica do pedido, cuja ausência serviu de fundamento à extinção do processo, sem julgamento meritório, é a mesma consistente na viabilidade do pleito, o qual deverá ser admitido pelo direito objetivo ou não proibido por este. O interesse de agir, por sua vez, diz respeito a que somente pode pleitear a prestação jurisdicional quem tenha necessidade de recorrer ao Judiciário para obter o pronunciamento de um direito violado ou ameaçado. A legitimidade da parte está ligada à titularidade do direito, verificada tanto no pólo ativo, como no pólo passivo.

Na esfera privada, a ação civil se baseia em certos princípios: a) da oportunidade: conveniência da parte, sob pena de assumir o risco sofrido; b) da disponibilidade: a parte poderá desistir, compor-se, transacionar; c) da igualdade das partes (isonomia): preceito constitucional, tendo como consequência o contraditório (art. 5º, LV, da CF/88); d) da assistência judiciária (art. 5º, LXXIV, da CF/88); e) da inafastabilidade do judiciário (art. 5º, XXXV, da CF/88): apreciação de qualquer lesão ao direito individual ; e) da legalidade (art. 5º, II, da CF/88): onde ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Todos os meios legais, incluindo os moralmente legítimos, poderão ser utilizados para provar a verdade dos fatos, tendo o autor a incumbência do ônus da prova quanto ao fato constitutivo do seu direito, enquanto o réu versará sobre a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do promovente da ação pertinente. Especificamente, em se tratando de ação de manutenção ou de reintegração de posse, o art. 927, do CPC, assim prescreve:

“Incumbe ao autor provar:

I - a sua posse;

II - a turbação ou o esbulho praticado pelo réu;

III - a data da turbação ou do esbulho;

IV - a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção; a perda da posse, na ação de reintegração.”

Retornando à demanda, na contestação, os promovidos VALDIR ALVES DA COSTA e sua esposa, MARIA DAS GRAÇAS FERREIRA COSTA,

às fls. 30/33, expressaram, *ab initio*, que:

“... concordam que de fato não celebraram nenhum negócio jurídico com os requerentes...” (Grifo nosso)

Na seqüência, mencionaram que não invadiram o imóvel já referenciado, enaltecendo o suposto testemunho do Sr. FRANCISCO GONÇALVES a quem eram confiadas as chaves da propriedade “TIGRE”, o qual fez a entrega do claviculário aos recorridos, por ordem dos promoventes, à certeza de um acordo verbal de compra e venda entre os litigantes.

Na redargüição, os promoventes - à semelhança do festejado sergipano LAUDELINO FREIRE, sucessor de *Rui Barbosa* na cadeira nº 10 da Academia Brasileira de Letras, quando assinalou: “*Tenho cá uns certos rebates de que isso é falso*” – não acomodaram a reverência do entregador das chaves, que resultou na colocação dos promovidos no esconderijo da mencionada propriedade.

Sabido e ressabido que a ação possessória não é condizente com a recuperação da posse, se pendente a rescisão do contrato de compra e venda, segundo a jurisprudência remansosa do STJ, muito bem sintetizada no REsp 620.787/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 28/04/2009, DJe 27/04/2009, REPDJe 11/05/2009, REPDJe 15/06/2009.

Todavia, inexistente, às claras, contrato negocial do referido imóvel, argüido pelos réus, e acatado pelo juízo *a quo*, como fato impeditivo ao direito dos autores-apelantes à reintegração na posse das terras da Fazenda “TIGRE”, por evidente, à míngua de prova testemunhal do prefalado negócio jurídico, incluindo prova documental, com a assinalação do Ministério Público, feita à fl. 245, de que o Sr. VALDIR é um barulheiro de propriedades alheias, conforme destaque de fl. 183.

A recitação do esbulho reside à fl. 71, quando o Sr. FRANCISCO JOSÉ MATOS LOPES narrou, *in verbis*:

“... que o depoente esclarece que recebeu as chaves da propriedade Fazenda Tigre do Sr. Alberto, uma vez que o depoente pretendia pescar em um açude dentro da propriedade; ... foi procurado pelo Sr. Valdir, que segundo ele, a senhora Francisca havia dito que o depoente entregasse as chaves da propriedade para ele; que sem fazer qualquer indagação entregou as chaves da propriedade para o Sr. Valdir; que as chaves não foram devolvidas; que depois de ter recebido as chaves, o casal requerido passou a morar na fazenda

Tigre;...” (Grifamos)

Aí está a “*última demão (ajuda, auxílio) que faltava ao esplendor de tantas maravilhas*” (Camilo Castelo Branco). Continuando a narrativa, a testemunha registrou:

“... que depois de ter recebido as chaves, o casal requerido passou a morar na Fazenda Tigre; que não ouviu falar que o casal requerente teria autorizado o casal requerido a morar na fazenda Tigre;... que passados alguns dias de ter entregue as chaves ao Sr. Valdir, foi procurado por dona Francisca que perguntou sobre as chaves da propriedade, tendo o depoente dito para ela que tinha entregue as chaves para o Sr. Valdir... a dona Francisca saiu dizendo que ia para a Fazenda Tigre;...” (Grifamos)

No completório da testemunha AILTON COSTA DE ALMEIDA (fl. 26), está escrito:

“... que tem conhecimento que o Sr. Valdir se apossou da propriedade, não sabendo há quanto tempo se deu esse fato; ... que tem conhecimento da existência de um rapaz que toma de conta da propriedade ...; que teve conhecimento que o Sr. Valdir havia pedido as chaves dessa propriedade para olhar; ...; que trabalhou na referida propriedade no ano de 2003 e durante todo aquele ano o casal requerente residiu na referida propriedade;...; que na semana passada, precisamente num domingo, passou na propriedade e verificou que o Sr. Valdir continua morando na propriedade...”. (Destacamos)

Na apoteose de ROSILEIDE COSTA BARRETO, que já morou, a pedido, na Fazenda “TIGRE” (fl. 28/29), houve a seguinte contundência:

“... que a fazenda Tigre é cercada e tem portões com cadeados, não sendo uma área em que as pessoas possam entrar livremente... para se ingressar na fazenda Tigre há necessidade de autorização do proprietário, no caso o Sr. Alberto, da mesma forma como a depoente fez; ... que nunca ouviu nenhum comentário na cidade que os proprietários da fazenda tivessem a intenção de vendê-la; ...”. (Grifos nossos)

E o Sr. FRANCISCO GONÇALVES, detentor das chaves,

referenciado à fl. 30, da contestação, pelo Sr. Valdir? É pessoa inexistente. Pelo menos não prestou depoimento, de vez que o único xarapim de *São Francisco de Canindé*, fazendo uso da autonomasia, é o Sr. FRANCISCO JOSÉ LOPES MATOS, arrolado como testemunha dos promovidos (VALDIR e mulher), por sinal, aquele que mostrou desvelo em atender a um pedido do apelado no tocante à entrega das chaves da propriedade “TIGRE”, sem a necessária autorização dos donos, ora apelantes, conforme acima destacado.

E o negócio jurídico que teria sido realizado, ora em troca de um apartamento; ora por R\$ 36.000,00 (trinta e seis mil), pagos em 72 (setenta e duas) prestações de R\$ 500,00 (quinhentos reais); ora por R\$ 10.000,00 (dez mil reais), com 06 (seis) meses de carência, condicionados à venda do referido apartamento? As testemunhas arroladas prestam desvalimento à bucólica assertiva do ajuste contratual, ainda que de modo verbal, por minguar verdade veraz.

Assim, os posicionamentos eloqüenciais:

“... que não sabe informar se a propriedade estava à venda... não sabe informar se o casal requerente vendeu ao casal requerido ou a outra pessoa propriedade localizada neste município...;” (fls. 26/27); “... que também não tem conhecimento se o casal requerente fez algum negócio envolvendo a fazenda Tigre com o casal requerido... que nunca ouviu nenhum comentário na cidade que os proprietários da fazenda tivessem a intenção de vendê-la...;” (fl. 28/29); “... que não tem conhecimento do valor da compra da propriedade, mas segundo o Sr. Valdir o negócio teria sido em torno de R\$ 20.000,00, valor este parcelado em 10 prestações;...” (fl. 65).

Se as narrações do negócio jurídico já eram mirabolantes, por parte do pseudo-comprador, o testemunho era bombástico, como no caso do Sr. ANTÔNIO CARDOSO MARQUES, narrador de mercância:

“... que no dia 30 de junho do ano passado (depoimento prestado em 2 de junho de 2005) esteve juntamente com o Sr. Valdir na propriedade onde está morando o casal requerente, oportunidade em que o Sr. Valdir iria efetuar o pagamento da 1ª prestação referente ao valor da compra da Fazenda Tigre... que naquela ocasião, além de dona Francisca, estava o Sr. Alberto... estava também o Sr. Haroldo... que o Sr. Valdir afirmou para dona Francisca que iria pagar a primeira prestação do mencionado negócio... a dona Francisca falou que teria se arrependido do negócio da venda da fazenda e não recebeu o dinheiro...” (grifei, fl. 65).

Por vez, HAROLDO (JOSÉ HAROLDO SOARES VIANA), à fl. 69, confirmou a presença, a pedido de VALDIR, por ocasião do pagamento da 1ª prestação, incluindo a recusa da Sra. FRANCISCA em receber o dinheiro, afirmando ela, “...na ocasião que o problema seria resolvido na Justiça;”

Ensinam os mestres que “As regras técnicas existem e são importantes para que o processo seja caracterizado pela lisura, pela transparência, pela eficaz participação das partes, pela controlabilidade dos provimentos, elementos esses que formam a opção filosófica, sociológica e política do sistema jurídico como um todo. São componentes indispensáveis para idéia de que o processo é um instrumento de acesso a ordem jurídica justa, valendo-se aqui da já consagrada expressão de Kazuo Watanabe”.⁵

A professora ADA PELLEGRINI GRINOVER ressalta que o processo não é apenas um instrumento técnico, mas, sobretudo, ético. O professor BARBOSA MOREIRA afirma que o pedido não deve ser certo ou determinado, mas certo e determinado.

Na espécie telada, o imóvel passou à posse do promovido em março de 2004, sendo ponto incontroverso se tratar, a presente reintegratória, de ação de força nova, ou seja, intentada há menos de 1 (hum) ano e 1 (hum) dia da data do esbulho ou da turbação (art. 924, CPC).

Sendo assim, pergunta-se: Por que somente em 30 de junho do mesmo ano, foi, o apelado, à presença dos promoventes levando a primeira parcela do pagamento? Se a Sra. FRANCISCA (apelante) não recebeu a primeira prestação, não caberia ao Sr. VALDIR (apelado), honrando o princípio da boa-fé, fazer as consignações em juízo das importâncias que julgara devidas? E por que passados 06 (seis) anos, este não providenciou o pagamento do imóvel por qualquer forma?

Os autos noticiam caráter conflitoso do Sr. VALDIR (fl. 183). Em adendo, registre-se que os promoventes, inicialmente, buscaram a mediação do Ministério Público para a retomada da posse, oportunidade em que foi feita a proposta de oneração, pelo Sr. VALDIR, de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) para a desocupação do citado imóvel. Em agosto de 2004, conforme fl. 13, os promoventes (STEFANI e FRANCISCA) noticiaram a prática de crime eleitoral, com a colocação de cartazes, sem a devida autorização, dos Srs. JEFFERSON COSTA (candidato à prefeitura de Paramoti) e VALDIR ALVES DA COSTA, nos prédios da mencionada propriedade.

No meu sentir, na esteira do entendimento ministerial, muito bem lançado às fls. 238/246 e, ao mesmo tempo, na contramão das razões do juízo singular, resta indubitosa a inexistência de qualquer negócio jurídico a legitimar a posse dos promovidos e, *ipso facto*, a impedir o processamento e o julgamento da presente ação reintegratória, por não se enquadrar, a pretensão dos autores, à

exceção de domínio (*exceptio dominii*), cuja discussão é vedada na pendência de processo possessório, de acordo com a nova redação do art. 923, do CPC. A posse, ora disputada, não se dá a título de domínio.

Em decorrência, infere-se do acervo probatório que os autores detinham, além da propriedade, a posse do bem em questão, até o momento em que os recorridos, sem permissão, expressa ou tácita, daqueles, adentraram ao imóvel e lá fixaram moradia, comprovados, assim, a posse anterior e o seu esbulho, tendo os promoventes se desincumbido do *onus probandi* exigido pela lei (art. 927, do CPC), ao contrário dos réus, os quais, em momento algum, comprovaram a existência de negócio jurídico capaz de obstar o sucesso da presente demanda ou, mesmo, qualquer outro fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito ora postulado.

As circunstâncias dos autos – especialmente, a confissão dos promovidos de que não celebraram nenhum negócio jurídico com os promoventes (fl. 30) e a entrega/recebimento das chaves da fazenda “TIGRE” pelos réus sem a necessária autorização dos autores (fl. 71) - nos fazem presumir que os promovidos não ignoraram que possuíam indevidamente o bem disputado (art. 1.202, do CPC), revelando, assim, que a posse das terras, pelos recorridos, fora adquirida de má-fé desde o momento do esbulho, havido em março de 2004, dada “...a ciência da ilegitimidade do seu direito de posse...”⁶, conservando essa qualificação até os dias atuais, por força do art. 1.203, do CCB.

Nesse sentido, ensina-nos o Superior Tribunal de Justiça, citando o mestre de Viçosa do Ceará, *in verbis*:

“O insigne Clóvis Beviláqua, em seu “Código Civil dos Estados Unidos do Brasil”, Ed. Rio, comentando os arts. 490 e 491, sustentava:

1. Vício da posse é toda circunstância que a desvia das prescrições da lei. O vício pode ser objetivo ou subjetivo. O primeiro refere-se ao modo de estabelecer a posse, como nos casos de que tratou o artigo antecedente: violência, clandestinidade e precariedade. O segundo refere-se à intenção, à consciência do indivíduo. É a mala fides, é o conhecimento, que o possuidor tem, da ilegitimidade da sua posse, na qual, entretanto, se conserva” (p. 973).

“(...) As circunstâncias capazes de fazer presumir a má fé do possuidor podem variar, mas os autores costumam reduzi-las às seguintes: confissão do próprio possuidor, de que não tem nem nunca teve o título; nulidade manifesta deste; o fato de existir em poder do possuidor instrumento repugnante à legitimidade da sua posse” (p.974). grifou-se.” (REsp 298.368/PR, Rel. Ministro LUIZ

FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/11/2009, DJe 04/12/2009).

Desta feita, impõem-se, não só a correção da sentença objurgada, que encerrou equivocada e prematuramente o feito, mas o julgamento de mérito da demanda, com arrimo no art. 515, § 3º, do CPC, acrescido pela Lei Nº 10.352/2001, ao estabelecer que nas hipótese de “... *extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento.*”

Vale dizer que a construção jurisprudencial em torno da referida norma, que confere competência originária ao tribunal para julgar, desde logo, o mérito da causa, vem se ampliando ao ponto de permitir a aplicabilidade da *Teoria da Causa Madura* aos casos, inclusive, em que a sentença é anulada por ser *extra petita*, podendo o juízo *ad quem* adentrar na análise do mérito da apelação, “... *quando se tratar de matéria exclusivamente de direito, ou seja, quando o quadro fático-probatório estiver devidamente delineado, prescindindo de complementação*”⁷.

“O Tribunal *ad quem* está autorizado a adentrar no mérito da causa, ainda que o processo, na instância de origem, tenha sido extinto sem julgamento do mérito, se se cuidar de demanda envolvendo questão exclusivamente de direito ou estiver em condições de imediato julgamento. Aplicação da Teoria da Causa Madura (art. 515, § 3º, do CPC).” (AgRg no Ag 510.416/RJ, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 04/02/2010, DJe 23/02/2010)

CONCLUSÃO

Nestas condições, considerando o permissivo do § 3º, do art. 515, do CPC, DOU PROVIMENTO ao recurso interposto para JULGAR PROCEDENTE a ação de reintegração de posse da Fazenda “TIGRE”, em Paromoti-CE, proposta pelos ora recorrentes ALBERTO STEFANI e sua mulher, FRANCISCA MARIA DE ALMEIDA STEFANI, por evidenciados, às claras, os requisitos estabelecidos no artigo 927, do CPC, em combinação com o art. 1.210 e seguintes, do CCB, e a posse de má-fé dos apelados VALDIR ALVES DA COSTA e sua esposa, MARIA DAS GRAÇAS FERREIRA COSTA, desde a data do esbulho (março/2004), caracterizado, especialmente, pela clandestinidade e pela consciência da ilegitimidade da posse.

Em decorrência, arrimado na primeira parte dos artigos 924 e 928, ambos do CPC, fixo o prazo de 15 (quinze) dias, a contar da publicação, no Diário da Justiça, da presente decisão, para a desocupação voluntária do imóvel pelos recorridos, estipulando-se, desde já, multa diária (*astreintes*) de R\$ 500,00 (quinhentos reais) por dia de descumprimento desta ordem, a ser computada a partir do 16º (décimo sexto) dia posterior à sua publicação, sem embargo da expedição *in continenti* do competente mandado de reintegração dos apelantes na posse do bem em questão, via carta de ordem à comarca de origem, acaso frustrada a saída espontânea.

Prosseguindo, condeno os recorridos a ressarcir todos os danos causados aos promoventes, desde o momento do esbulho (março/2004) até a restituição, voluntária ou não, do bem em questão, os quais deverão ser apurados através de liquidação por artigos (art. 475-E, do CPC), a ser processada no juízo de origem, à luz do art. 1.216 a 1.222, do CCB, no tocante aos frutos percebidos e às benfeitorias erigidas após a posse do bem pelos réus, consoante jurisprudência do STJ⁸, observada a compensação, no que couber.

Por derradeiro, impõe-se, outrossim, a condenação dos apelados ao pagamento dos ônus sucumbenciais, nos termos do art. 20, do CPC, dentre eles, dos honorários advocatícios, na base de 20% (vinte por cento) sobre o valor atualizado da causa, tudo nos termos do voto deste Relator, que integra esta decisão.

É como voto.

Fortaleza-CE, 24 de maio de 2010.

¹DINIZ, Maria Helena. Código Civil Anotado. São Paulo: Saraiva, 2002, 8ª ed., p. 700/701.

²FIÚZA, César. *Direito Civil - Curso Completo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, 9ª ed., p. 868, item 4.4.

³Ob. cit., p. 881.

⁴In Síntese de Processo Civil, Ione Editora, 2006, Marcos Garcia Hoepfner, p. 36 e seguintes.

⁵Acesso à Justiça e Sociedade Moderna, In Participação e Processo, São Paulo, RT, 1988, p. 128.

⁶DINIZ, Maria Helena. *Ob. cit.*, p. 705.

⁷AgRg no Ag 878.646/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 18/03/2010, DJe 12/04/2010

⁸“A prova insuficiente da realização de benfeitorias por ausência de documentação impõe que antecedentemente ao cumprimento da sentença proceda-se à liquidação por artigos, espécie que comporta dilação probatória, diferentemente do arbitramento que supõe inequívoco an debeatur.” (REsp 298.368/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/11/2009, DJe 04/12/2009)

APELAÇÃO CÍVEL Nº 14219-63.2000.8.06.0167/1

ORIGEM: 5ª VARA DA COMARCA DE SOBRAL.
APELANTE(S): FRANCISCO IVO DE VASCONCELOS
APELADO(S): ALBERTINA VIANA LOPES
RELATOR: DES. FRANCISCO DE ASSIS FILGUEIRA MENDES

EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATO ILÍCITO. DANO MORAL. REPARAÇÃO DE DANOS. VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE. AFRONTA AOS DIREITOS HUMANOS. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA AVILTADA. CONDENAÇÃO INTERNACIONAL DO ESTADO BRASILEIRO PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. CONDENAÇÃO DOS REQUERIDOS NA SEARA CRIMINAL DE PRIMEIRO GRAU. PRETENSÃO DO APELANTE EM AFASTAR SUA RESPONSABILIDADE OU REDUZIR O *QUANTUM* INDENIZATÓRIO. IMPROCEDÊNCIA. ACERVO PROBATÓRIO QUE CONFORTA A RESPONSABILIZAÇÃO. ADOÇÃO DE POSICIONAMENTO DO STJ QUE SOMENTE PERMITE REVISÃO DO VALOR INDENIZATÓRIO QUANDO TENHA ESTE SIDO ARBITRADO IRRISÓRIA OU EXORBITANTEMENTE, O QUE NÃO OCORREU NA ESPÉCIE. VALOR DE R\$ 150.000,00 (CENTO E CINQUENTA MIL REAIS) POR DANOS MORAIS QUE NÃO SE MOSTRA ELEVADO, MORMENTE QUANDO A VÍTIMA SOFREU COM A PERDA DE SEU FILHO, SUBMETIDO A CONDIÇÕES DESUMANAS PELOS ACUSADOS. DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE EVITAR A MORTE PREVISÍVEL. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS DO STJ. INDENIZAÇÃO DEVIDA. ACOLHIMENTO DA PRELIMINAR QUE PUGNA PELA GRATUIDADE

JUDICIÁRIA DO APELANTE.

I. No caso patente, resta evidenciada a aviltante condição a que foi submetido ser humano, merecedor de dignidade por sua simples existência.

II. A dignidade da pessoa humana, fundamento material da Carta de 1988, figura como núcleo ético dos direitos fundamentais e exerce a função de fio condutor dos direitos desta natureza, de modo a imprimir à Constituição unidade axiológica.

III. Sobreprincípios constitucionais violados, com inequívoca afronta aos direitos de personalidade, o que enseja reparação civil por danos morais. Precedentes jurisprudenciais do STJ.

IV. São três os requisitos basilares para a aferição da responsabilidade subjetiva por ato ilícito consagrada no texto do art. 186 do Código Civil, quais sejam, a culpa do agente, o dano decorrente do ato e o nexo de causalidade entre a conduta e o prejuízo suportado pelo lesado, que, no caso em tela, restou configurado pelo intenso abalo sentimental sofrido;

V. Consolidou-se o entendimento, tanto nos tribunais pátrios quanto na doutrina, de que a responsabilidade emana da obrigação de reparar um prejuízo ocasionado pela culpa, pela circunstância legal que a justifique (culpa presumida) ou pela circunstância objetiva;

VI. É ponto pacífico, tanto na doutrina quanto na jurisprudência pátrias, que para a fixação do valor do dano moral, deve o julgador apegar-se ao conteúdo probatório, bem como à realidade fática dos fatos ensejadores do ressarcimento, e não unicamente à condição econômica do réu, arbitrando-o de modo razoável, a fim de que não propicie ao autor captação de vantagem indevida.

VII. A natureza de pessoa física do apelante, bem como o protetório constitucional em derredor do seu direito de acesso à jurisdição, revelam-se aptos a motivar a concessão das benesses da gratuidade judiciária, na medida em que a Lei nº 1.060/50, em seu art. 4º, apenas exige para concessão do benefício aludido a declaração

de pobreza da parte, em que afirma não deter condições de prover as custas do processo e os honorários advocatícios, sem prejuízo próprio ou de sua família, fazendo-se prescindível a comprovação documental de tal condição.

APELAÇÃO CONHECIDA E PARCIALMENTE PROVIDA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível nº. 14219-63.2000.8.0167/1, em que são partes as acima indicadas.

ACORDA a Turma Julgadora da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, sem discrepância de votos, em conhecer da apelação cível, concedendo-lhe provimento parcial.

Fortaleza, 31 de março de 2010.

RELATÓRIO

Cogita-se de Apelação Cível ajuizada por Francisco Ivo de Vasconcelos, em face de Albertina Viana Lopes, com visto a reformar sentença proferida pela MM. Juíza da 5ª Vara da Comarca de Sobral em sede de Ação de Indenização por Danos Morais, que acolheu parcialmente o pleito autoral para condenar a Casa de Repouso Guararapes Ltda, o Sr. Sérgio Antunes Ferreira Gomes e o Sr. Francisco Ivo de Vasconcelos ao pagamento, na modalidade da responsabilidade solidária, à autora, a título de indenização por danos morais, da quantia total de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), com fixação do termo inicial de contagem dos juros com base na Súmula nº 54 da jurisprudência dominante do STJ.

A autora, ora apelada, ajuizou Ação de Indenização por Danos Morais, com escopo de: a) obter indenização no montante de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) de cada um dos requeridos supracitados, decorrente de danos morais advindos da grave violação de direitos humanos impingida ao seu filho Damião Ximenes Lopes, no dia 04 de outubro de 1999, na Casa de Repouso Guararapes, sita na urbe de Sobral, neste Estado, que culminou na ceifa da vida de seu ente querido.

No petitório inicial (v. fls. 02 /59), relata a situação a que seu descendente submeteu-se enquanto cliente do referido nosocômio, recebido

mediante convênio do Sistema Único de Saúde - SUS.

Digna de nota da narrativa autoral a afirmação de que, após a internação do Sr. Damião Ximenes Lopes, no dia 1º de outubro de 1999, na Casa de Repouso Guararapes, com sua integridade física intocada, retornou ao local, apenas na data de 04 de outubro do mesmo ano, por volta da 09:00 horas, com o objetivo de visitá-lo e de informar-se acerca do seu estado de saúde.

Segundo atesta, informaram-lhe da impossibilidade de seu filho receber visitas. Consternada com a dificuldade imposta em encontrar com seu rebento, insistiu em clamar-lhe pelo nome.

Em seguida, consoante a autora, aqui apelada, Damião Ximenes atendeu aos seus apelos orais e surgiu em estado degradante, completamente vilipendiado em sua condição de ser humano, com as mãos em contenção, amarradas para trás, maltrapilho, defecado e urinado em suas vestes, sangrando no rosto, aos prantos e gritando “polícia, polícia, polícia”.

Notou ainda que Damião encontrava-se sedento, ante o fato de que, ao comprar-lhe um refrigerante, ele ingeriu-o com uma sede incomensurável, o que a levou à razoável conclusão de que não lhe forneciam água há bastante tempo.

A genitora, aturdida com os fatos presenciados, requereu as diligências necessárias ao cessamento daquela situação ao Sr. Francisco Ivo de Vasconcelos, médico plantonista da instituição, que, segundo atesta, retrucou às suas súplicas de maneira desrespeitosa: “*deixa morrer, pois quem nasce é para morrer*” e “*Para de chorar, que eu não gosto de choro, pois eu não assisto novela porque novela tem choro*” (sic) (v. fl. 04).

Verbera que se limitou o médico a prescrever medicamento ao interno, sem mesmo o examinar e que, em seguida, dois enfermeiros conduziram-no ao banho, não anuindo que a Sra. Albertina os acompanhasse. Nos momentos posteriores, relata que encontrou seu filho jogado ao chão, despido, ainda de mãos atadas para trás.

Em decorrência de sua impossibilidade de cessar a situação desumana a que submetiam Damião, ela retornou à casa de sua família, na cidade de Varjota, em busca de ajuda familiar, onde recebeu o comunicado de ligação da Casa de Repouso, solicitando sua presença urgentemente.

Acompanhada de sua filha e de sua cunhada, retornou ao local em Sobral onde ocorridos os fatos *supra* descritos. Alhures obteve ciência do falecimento do Sr. Damião Ximenes Lopes.

Na exordial, asseverou que a morte decorreu da negligência do médico plantonista Sr. Francisco Ivo de Vasconcelos em socorrer seu filho Damião, que agonizava, bem como da desídia do Sr. Sérgio Antunes Ferreira Gomes na

administração da Casa de Saúde.

Os fundamentos de seu pleito residem na Carta Magna, na especial proteção conferida aos Direitos de Personalidade, mormente à honra. Por tratar-se de dano de natureza imaterial, aduz que a reparação satisfaz-se com a fixação de responsabilidade por danos morais.

Muniu-se de farta argumentação constitucional, doutrinária e jurisprudencial para justificar a condenação dos requeridos, então apelantes.

A instituição ré, em sua peça contestatória (fls. 69/77, vol. 1), imputa a responsabilidade do ocorrido à Sra. Albertina, genitora de Damião, que, ao seu sentir, abandonou-lhe à própria sorte no nosocômio, sem necessidade de tratamento, visitando-lhe apenas quatro dias depois.

Acrescenta que, caso a apelada tivesse procedido com o zelo de retornar ao local anteriormente, os fatos não ocorreriam, tendo em vista que ela poderia ter adotado medidas preventivas para evitá-los. Em suma, promove verdadeira inversão de responsabilidades.

Por derradeiro, acrescentou que a parte adversa não indicou os funcionários que deram causa ao evento e que ela, também, não empreendeu nenhuma diligência para reverter ou impedir os fatos narrados. Combateu, ademais, o valor pretendido, por reputar-lhe exorbitante.

Contestação do Sr. Sérgio Antunes Ferreira Gomes dormita às fls. 78/87, onde argüiu preliminarmente a inépcia da inicial, ante a ausência de condições da ação. Atesta que o pedido formulado na peça vestibular fora indeterminado e que juridicamente impossível, com conseqüente carência de ação.

No que se refere ao mérito, requereu o Diretor Administrativo a improcedência do pleito autoral diante da ausência denexo causal entre a conduta praticada e o fato imputado.

No contestatório de fls. 88/101, manifestou-se o Sr. Francisco Ivo de Vasconcelos, seguindo a mesma linha de argumentação referente à ausência de nexocausal entre sua conduta e o falecimento do paciente. Ressalta a legalidade do procedimento que adotou, assim como sua compatibilidade de conduta com os métodos usuais de atendimento. Preliminarmente, requereu apenas os benefícios da gratuidade judiciária.

Gratuidade judiciária deferida pela Mm. Juíza *a quo* (v. fl. 102).

Repousante às fls. 106/108 réplica à peça de contestação, ratificadora dos tópicos esposados na inicial e rebatedora de todo o aduzido na peça de defesa, sobretudo da gratuidade judiciária, argüida sua incorreção pela via preliminar.

Audiência de Conciliação designada para o dia 1º de março de 2000, às 11:30 horas, a qual restou infrutífera face à intransigência das partes.

Nesta ocasião, fixou os pontos controvertidos da demanda e deferiu

a ilustre magistrada de piso o pleito formulado pela demandada, Casa de Repouso Guararapes, de produção de prova pericial pós-exumática, com escopo de se perquirir a *causa mortis de* Damião Ximenes Lopes. (v. Termo de Audiência de fls. 120/121. Vol.1).

Quesitos formulados por Francisco Ivo de Vasconcelos, Albertina Viana Lopes, Sérgio Antunes Ferreira, às fls. 122/123; 124/126; 127/143, todas do volume 1, respectivamente.

Inconclusivo Auto de Exame Cadavérico Pós-Exumático, em que há menção apenas à impossibilidade de determinação da *causa mortis*, consta às fls. 186, no vol.1. dos autos.

Contra a produção da prova pericial pós-exumática, deferida na audiência de conciliação insurgiu-se a Sra. Albertina Viana Lopes. Manteve sua decisão a douta magistrada *a quo* (v. Fls. 154/155, vol.1), a qual não se combateu mediante via recursal de agravo.

Pedido de nomeação de auxiliares de perícia pela autora, aqui apelada, e juntada do livro “A Instituição Sinistra: mortes violentas em hospitais psiquiátricos no Brasil”, às fls.183/187, vol.1.

Com arrimo no art. 265, IV, “a” e § 5º do CPC, processo suspenso pelo prazo de 1 (um) ano, tendo-se em vista o aguardo do deslinde final da ação penal em trâmite na 3ª Vara de Sobral, contra o Sr. Sérgio Antunes Ferreira Gomes, apta a influir na decisão de mérito da causa em trâmite na 5ª Vara daquela urbe.

Cópia do relatório elaborado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos sobre os fatos ocorridos, o qual resultou na recomendação ao Estado brasileiro de realizar investigação completa e imparcial dos fatos; de reparar adequadamente os familiares de Damião Ximenes Lopes pelas violações aos direitos humanos, com indenização efetiva; de adotar medidas necessárias para evitar a ocorrência futura de casos similares, fora acostado aos autos às fls. 212/255, vol.2.

Juntada de documentos pela parte autora da inicial às fls. 259/269.

Um dos promovidos, o Sr. Francisco Ivo de Vasconcelos, às fls. 275/277, manifestou-se sobre referida documentação trazida aos autos, impugnando, de maneira genérica, o conteúdo do seu termo de depoimento, colacionado pela apelada.

Aduziu que não prestou as informações alhures contidas e que, a despeito de reputar legítimas as assinaturas dos membros da comissão de sindicância, não o toma por legítimo em decorrência da falta da sua firma.

Aos fólhos 292/295; 300/305; 306/308, vol.2 dos autos, repousa prova oral de depoimento das partes Albertina Viana Lopes, Francisco Ivo de

Vasconcelos e Sérgio Antunes Ferreira Gomes, respectivamente, bem como de depoimento das testemunhas arroladas às fls. 309/316, 361/370, 450/453, 461/467, 564/578 e 652/654, volumes. 2, 3 e 4.

Sindicância instaurada pela Secretaria de Saúde e Assistência Social deu azo à juntada aos autos, às fls. 321/358, de cópias do Relatório de Sindicância Referente ao Processo 002/009, que tramita no âmbito municipal de Sobral.

Consta, às fls. 470/556 (vol. 3), cópia de sentença proferida em 04 de julho de 2006 pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, que, por unanimidade, declarou a violação do Estado brasileiro aos Direitos à vida e à integridade pessoal do Sr. Damião Ximenes Lopes, resguardados pela Convenção Americana.

Nesta mesma esteira, condenou o Estado ao pagamento de indenização em dinheiro aos familiares do *de cujus*, tanto no que pertine aos danos materiais, quanto no que concerne aos imateriais.

Manifestou-se, às fls. 559/563 (vol. 3), o Sr. Francisco Ivo de Vasconcelos, acerca do documento referido anteriormente, reiterando seu pleito inicial pelo indeferimento das pretensões autorais, respaldado na teoria de que, caso condenado à reparação imaterial, ocorrerá o *bis in idem*, eis que o Estado brasileiro já fora condenado nesta indenização.

A Casa de Repouso Guararapes Ltda. apresentou seus memoriais às fls. 664/671 (vol. 4), ressaltando tópicos das provas testemunhais, bem como renovando os argumentos esposados ao contestatório inicial.

Às fls. 674/678 (vol. 4) residem os memoriais de Albertina Viana Lopes, trazendo à baila a idéia de que as provas realizadas na fase instrutória revelaram-se bastantes para comprovar o nexó necessário entre as condutas descritas e as imputadas. Esclareceu que a decisão da corte internacional não acarretaria o *bis in idem*, tendo-se em mira que o motivo daquela indenização distingue-se da ora pretendida.

Julgamento em 1º grau com sentença meritória, proferida no dia 27 de junho de 2008, lançada às fls. 702/737 (vol. 4), acolheu parcialmente o pleito autoral para: a) Condenar a Casa de Repouso Guararapes LTDA., o Sr. Sérgio Antunes Ferreira Gomes, o Sr. Francisco Ivo de Vasconcelos no pagamento à autora, a título de indenização por danos morais, no montante de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais); b) aplicar atualização monetária do valor condenatório pelo INPC (Índice Nacional de Preços ao Consumidor), tendo por termo inicial a data da morte de Damião Ximenes Lopes (04/10/1999); c) incidir juros, determinados pela aplicação da súmula 54 da jurisprudência dominante do STJ, contados, portanto, a partir da ocorrência do evento danoso, fixados no percentual de 0,5% (meio por cento) ao mês, até a vigência do novel Código

Civil, em 11 de janeiro de 2003, e, após esta data, em 1% (um por cento) ao mês; d) responsabilizar solidariamente os demandados, com esteio no art. 942, par. único do CPC; e) cominar as condenações de praxe das custas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) do valor total da condenação.

Sob o invocar da ocorrência de pontos omissos na sentença, mormente no que tange ao ponto alegado de existência de indevido *bis in idem*, ensejado por virtude de nova condenação, opôs o promovido Francisco Ivo de Vasconcelos embargos de declaração, às fls. 754/750, os quais restaram rejeitados às fls. 784/786, todas do vol. 4.

Julgados improcedentes os referidos embargos por entender a douta magistrada *a quo* inexistência do aventado *bis in idem*, uma vez que diversos os fundamentos das duas condenações, acolhendo a advertência da própria Corte Interamericana de Direitos Humanos, que, em sua sentença, advertiu acerca da distinção das relações jurídicas em comento (v. Fls. 546, vol.3 e 786, vol. 4).

Aclaratórios interpostos por Sérgio Antunes Ferreira Gomes e Casa de Repouso Guararapes Ltda. em desfavor de Albertina Viana Lopes às fls. 751/753 (vol. 4), alegando omissão do *decisum* no que reputa à indenização devida pelo Governo Federal à autora. Declaração de intempestividade recursal acostada aos autos às fls. 787 (vol. 4) implicou na sua inapreciação pelo juízo *a quo*.

Juntada de cópia da sentença criminal, prolatada em 29 de junho de 2009 pelo Juízo da 3ª Vara da Comarca de Sobral, a qual condenou os requeridos, ora apelantes, em 6 (seis) anos de reclusão, a serem cumpridos em regime semi-aberto.

Inconformado, interpôs o demandado Francisco Ivo de Vasconcelos o recurso de apelação *sub examine*, cujo teor argumentício segue a mesma linha desenvolvida na contestatória, rogando a reforma da decisão meritória.

O apelatório fora recebido no duplo efeito.

Preliminarmente, insurgiu-se contra a decisão de primeiro grau no que toca à revogação do concessório de justiça gratuita. Assevera carência de elementos comprobatórios de sua suficiência para arcar com os custos do processo sem prejuízo para o sustento de si e de seus familiares.

Aduz que o rito exigido para impugnação da gratuidade judiciária não fora cumprido pela parte adversa, já que o fez em forma de preliminar na réplica à contestação e não em autos apartados.

Ainda em caráter preliminar, discorre sobre a existência de possível *bis in idem* indevido, oriundo da dupla condenação existente para o mesmo caso, quais sejam, a do Estado brasileiro e a dos requeridos neste processo.

No mérito, reforça os argumentos da peça de contestação inicial,

pugnando pela reforma total do julgado ou para que, alternativamente, acolha-se parcialmente o presente apelo, com propósito de reduzir o montante indenizatório à importância de 50 (cinquenta) salários mínimos, no valor vigente à época do fato, devidamente corrigidos.

Em sede de contraminuta, a apelada destacou, dentre outros pontos, a ausência de direito do apelado à justiça gratuita, assim como a inexistência de *bis in idem*, com linha de argumentação extraída da sentença da própria Corte Interamericana. Ao mais, reiterou as teses invocadas na exordial e pugnou pela improcedência do reclamo.

Assoma-se aos argumentos o relato de que fatos concretos, como o fechamento da Casa de Repouso Guararapes Ltda; a condenação do Estado Brasileiro, tanto da União Federal, quanto do Estado do Ceará, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao pagamento de indenização e ao implemento de políticas públicas voltadas para melhoria do atendimento clínico-hospitalar dos portadores de enfermidades mentais, reforçam o nexo existente entre as condutas imputadas e os fatos ocorridos. Pleiteia a manutenção *in totum* do julgado vergastado.

Despacho monocrático de fls. 847/848 reconhece que, a despeito de a matéria tablada versar claramente sobre interesses privados, o envolvimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos acarreta o interesse processual do Ministério Público de atuar como *custos legis*, *ex vi* do art. 82, III do CPC.

Pronunciou-se o douto Ministério Público Estadual, em parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, que dormita às fls. 854/869, pelo conhecimento do recurso sem provimento, bem como, por conseguinte, pela manutenção total do julgado prolatado em primeiro grau.

Dos autos consta, por derradeiro, cópia do documento administrativo 2009.0031.8165-5, oriundo da Presidência deste Sodalício, que informa a esta relatoria o encaminhamento de nova Resolução de lavra da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 21 de setembro de 2009, a qual alertou que a obrigação imposta ao Brasil no parágrafo resolutivo 6º da decisão do Tribunal Internacional de “*garantir em um prazo razoável, que o processo interno destinado a investigar e sancionar os responsáveis pelos fatos deste caso surta seus devidos efeitos*” permanece pendente de cumprimento.

É o relatório.

VOTO

Presentes os requisitos extrínsecos e intrínsecos ao conhecimento

do recurso.

Convém assentar, às primeiras, que, no que atine ao mérito, no vertente caso, assiste razão à apelada. Por oportuno, saliente-se que, em sua maior parte, o *decisum* fustigado se apresenta imerecedor de reforma.

Analisemos, no entanto, em prelúdio, as preliminares suscitadas.

Apenas acerca da preliminar referente à justiça gratuita, inicialmente concedida ao apelante Francisco Ivo de Vasconcelos, e revogada por ocasião da sentença meritória de fls. 702/809, estou em que merecem prosperar os argumentos em favor do apelante, em atenção ao teor argumentício repousante no recurso.

A natureza de pessoa física do apelante, bem como o protetório constitucional em derredor do seu direito de acesso à jurisdição, revelam-se aptos a motivar o provimento concessório do benefício reclamado.

A Lei nº 1.060/50, em seu art. 4º, apenas exige para concessão da assistência judiciária gratuita a declaração de pobreza da parte, afirmando não deter condições de prover as custas do processo e os honorários advocatícios sem prejuízo próprio ou de sua família, fazendo-se prescindível a comprovação documental de tal condição.

A fonte jurisprudencial é rica em tal *ratio*, como se vê das decisões abaixo transcritas, com precedentes uníssonos:

“Para a concessão do benefício da justiça gratuita à pessoa física, basta a simples afirmação da parte de sua pobreza, até prova em contrário.” (STJ – 1ª T., Resp 386.684-MG, Rel. Min. José Delgado, j. p. 26/02/02, deram provimento v. u., DJU 25/03/02, p. 211). Aresto citado Theotonio Negrão *et alli*, in Código de Processo Civil, 38ª edição, p. 1233, editora Saraiva, 2006, São Paulo.
“Para que a parte obtenha o benefício da assistência judiciária, basta a simples afirmação da sua pobreza, até prova em contrário” (RSTJ 7/414).

Verifica-se, pois, a presunção *iuris tantum* de veracidade, a qual poderá ser afastada se houver prova em contrário, não se vislumbrando, na via apelatória em análise, qualquer alicerce documental probatório da suficiência de recursos do agravado.

A via eleita para impugnação à gratuidade judiciária também não se mostrou a adequada para este pleito.

Neste tocante, dispõe o art. 4º, §2º, da Lei 1060/50, que o pedido de impugnação da gratuidade judiciária deve ser procedido em autos apartados, tornando despiciendo tecer maiores comentários sobre a matéria versada.

Ante todo o exposto, deve a gratuidade ser restituída ao apelante.

A segunda preliminar aduzida trata acerca de possível ocorrência

de *bis in idem*, decorrente da condenação do Estado brasileiro pela Corte Interamericana de Direitos Humanos ao pagamento de reparação civil fixado no valor de R\$ 42.500,00 (quarenta e dois mil e quinhentos reais).

Verbera o apelante que, como este valor é devido à Senhora Albertina Viana Lopes, sua condenação por este juízo ensejaria que o mesmo dano fosse reparado em duplicidade.

A matéria aduzida já restou amplamente discutida na instância de piso, revelando-se, em verdade, matéria apreciada exaustivamente na decisão dos aclaratórios de fls. 784/786. Referido *decisum* encontra argumentação precisa para afastar tal preliminar, inexistindo necessidade de reforma.

Cumpra acrescentar que a própria Corte Interamericana de Direitos Humanos também não se quedou omissa sobre a possibilidade de eventual argumentação neste sentido, pronunciando-se, já em sua sentença, favoravelmente à reparação civil ora pretendida, esclarecendo se tratar de relação jurídica distinta desta. *In verbis*:

“em virtude da responsabilidade internacional em que incorreu o Estado, nasce para esse mesmo Estado uma relação jurídica nova que consiste na obrigação de reparar, distinta da recuperação que os familiares da vítima pudessem obter de outras pessoas físicas ou jurídicas. Por conseguinte, o fato de que tramite uma ação civil de reparação de danos contra particulares no foro interno não impede que a Corte ordene uma reparação econômica a favor da senhora Albertina Viana Lopes, pelas violações da convenção Americana. Caberá ao Estado, na sua jurisdição, resolver as conseqüências que possam eventualmente advir da ação civil de reparação de danos que a senhora Albertina Viana Lopes interpôs na jurisdição interna. (Destacou-se) (Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos - cópia na pág. 546).

Bastantes os argumentos trazidos pela corte para justificar a manifestação desfavorável ao pleito autoral. Nesta esteira, carece-se promover incursão nas lições mais preliminares de Direito, quais sejam, nas referentes às noções ínsitas à relação jurídica, a exemplo das teorias dos sujeitos de direito, dos objetos das obrigações e da relação jurídica. Suficiente o escólio de Vicente Ráo para fulminar quaisquer dúvidas:

“*Constituem os primeiros termos da relação, portanto, de um lado o ordenamento jurídico e de outro os sujeitos ativos e passivos. A relação, porém, oriunda desses dois termos, refere-se, necessariamente, a alguma coisa, que lhe confere interesse. Esse quid, entre os dois primeiros termos, é constituído pelo objeto da relação; e, considerada do ponto de vista de sua atinência com este objeto, a relação consiste*

na necessidade, ou faculdade, de se observar um determinado comportamento disciplinado pela norma jurídica. Assim, três elementos estruturais já se configuram, subordinados ao ordenamento jurídico: a) os sujeitos; b) o objeto; c) o comportamento determinado pela norma.

Contudo, esses elementos estruturais apenas conceituam uma idéia, um tipo, definido pelo ordenamento jurídico; não formam, ainda, uma realidade concreta.

Deles advêm a propriedade, o usufruto, o crédito, e não minha propriedade, meu usufruto, meu crédito.

Para que esses esquemas, esses tipos definidos abstratamente pelos códigos e pelas leis, se traduzam em realidade, ainda falta alguma coisa, falta um outro quid, tal o ato ou fato que, por sua aptidão para produzir uma relação jurídica concreta com referência a determinados sujeitos, recebe o nome de ato ou fato jurídico.

(...)

Esses fatos produzem relações jurídicas concretas, individuais, subjetivas, isto é, relações que tem um determinado sujeito ou titular. E eis, assim formado, o quarto e último elemento estrutural da relação jurídica, completando o seguinte quadro: a) os sujeitos; b) o objeto; c) o conteúdo (estes três considerados como elemento elementos genéricos); e d) o ato ou fato jurídico (havido como elemento específico, individualizador dos demais). (Vicente Ráo, O Direito e a Vida dos Direitos, 3. ed. V2., São Paulo: Editora RT, 1991, p. 717/718)

Começamos, postas estas breves notas, a análise destes elementos para proceder à caracterização da relação jurídica em tela como distinta da que percorreu via de jurisdição internacional.

Tomando-se por base, tão-somente, o pólo passivo desta *actio*, deduz-se que, neste caso em comento, na verdade, distintos os sujeitos daqueles do caso *Damião Ximenes vs Estado Brasileiro*. No pólo passivo daquela figura apenas o Estado Brasileiro, inexistente nesta relação processual.

Acerca do objeto, pretende-se aqui a reparação civil que recai sobre os sujeitos passivos desta relação e não sobre o Estado brasileiro em sua omissão, almejada alhures, fato que também a torna distinta.

Já no que tange ao conteúdo, ou seja, prescrição deontica determinada pela norma, o comportamento almejado, o qual restou violado, este decorreu da culpa conhecida como responsabilidade civil aquiliana e não do desrespeito, por parte do Estado, de normas internacionais, quer sejam atinentes à razoável duração do processo, quer sejam referentes ao descumprimento de tratados internacionais (v.g Pacto de San José da Costa Rica).

O fato jurídico, ainda que relacionado ao evento morte de *Damião Ximenes Lopes*, não se resume a tal no caso do processo que tramitou perante o

colendo Órgão Internacional, consubstanciado-se, ali, também na violação da razoável duração do processo, na omissão de vigilância dos nosocômios brasileiros, dentre outros fatos que não pertinem a esta relação jurídica, frise-se, distinta daquela.

Este julgado liga-se ao conceito de ilicitude, imbricado na violação de um dever legal, do qual advieram conseqüências danosas para outrem.

Ocorreu, portanto, desrespeito do ordenamento jurídico pátrio, tanto de normas de ordem pública, calcadas em sobreprincípios constitucionais, tais quais o da dignidade humana, quanto de normas de natureza privada, tais quais as relacionadas ao exercício da função de diretor clínico por Francisco Ivo de Vasconcelos.

Eis por que não se há de cogitar da aventada possibilidade de *bis in idem* suscitada pelo apelante.

Vencidas as preliminares, passaremos a apreciar o mérito.

Afigura-se-nos irreprochável a fundamentação do decreto judicial recorrido.

No mérito, infere-se que se trata o caso em tablado de caracterização indiscutível de responsabilidade civil, com a implicação de necessidade da correta aferição do nexa causal entre a imputação das condutas descritas dos demandados e os resultados danosos produzidos, mesmo que de maneira culposa.

Indiscutível que, nos dias atuais, a responsabilidade civil ainda remonta ao direito civil e à lei processual civil, salvos os casos onde aplicáveis legislação especial (Código de Defesa do Consumidor, Código Brasileiro de Aeronáutica, etc.), o que não ocorre na espécie, eis que o liame prévio existente entre a vítima e o demandado gerou-se pelo internamento de seu filho no nosocômio conveniado com o S.U.S (Sistema Único de Saúde), o que torna inaplicável o CDC.

Destarte, a regra geral disciplinada no art. 927 do Código Civil é que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Assim, faz-se necessário trazer à baila o conceito de ato ilícito, consagrado no art. 186 do mesmo diploma legal, cuja redação dispõe: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Da junção desses dois comandos normativos extrai-se que, para surgir o direito à reparação, torna-se imprescindível a caracterização do elemento da culpa subjetiva do autor do fato imputado como danoso.

A definição de culpa, apesar de não constar em lei, pode ser extraída da doutrina:

“Agir com culpa significa atuar o agente em termos de, pessoalmente,

merecer a censura ou reprovação do direito. E o agente só pode ser pessoalmente censurado, ou reprovado na sua conduta, quando, em face das circunstâncias concretas da situação, caiba afirmar que ele podia e devia ter agido de outro modo” (Carlos Roberto Gonçalves *in* Responsabilidade Civil. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 475) Para Capitant ela consiste no:

“Ato ou omissão constituindo um descumprimento intencional ou não, quer de uma obrigação contratual, quer de uma prescrição legal, quer do dever que incumbe ao homem de se comportar com diligência e lealdade nas suas relações com seus semelhantes”. (*in* Vocabulaire Juridique, *apud* Curso de Direito Civil. vol. V, Freitas Bastos, 2. ed., 1962, p. 197)

Alfim:

“A culpa é a falta de diligência na observância da norma de conduta, isto é, o desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observá-la, com resultado, não objetivado mas previsível, desde que o agente se detivesse na consideração das conseqüências eventuais de sua atitude.” (TJSP, Ap. Civ. 182.307, 2ª C., j. 30.9.69, v.u., rel. Cordeiro Fernandes, RJTJSP X/218 *in* Orlando Gandolfo. Acidentes de trânsito e responsabilidade civil: conceitos de jurisprudência e acórdãos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 134)

Assim, apesar de inexistir na legislação pátria um conceito preciso de culpa, a doutrina, juntamente com as normas legais contidas no Código Civil nos permitem delimitar seus elementos constitutivos e suas formas.

Sintetizando o pensamento doutrinário clássico e a lei civil vigente, o elemento culpa pode subdividir-se em três grandes formas, que findam por englobar as demais, são elas: negligência, imprudência ou imperícia, afinal, descuido, distração, desídia, leviandade, indolência, ou outras formas, de um jeito ou de outro, encontram-se englobadas por uma dessas três formas.

Resumindo os conceitos, a imperícia demanda uma falta de habilidade exigida em determinado momento, e observável no desenrolar normal dos acontecimentos. Já a negligência consiste na ausência da diligência e prevenção, cuidado necessário às normas que regem a conduta humana, ou seja, não são seguidas as normas que ordenam operar com atenção, capacidade, solicitude e discernimento. Finalmente, a imprudência revela-se na precipitação de uma atitude, no comportamento inconsiderado, na insensatez e no desprezo das cautelas necessárias em certos momentos.

Passo, dessarte, à individualização das condutas e das conseqüências danosas delas advindas, com intuito de reconhecer-lhes o nexos causal, assim como de imputar-lhes as responsabilidades naturalmente atribuídas.

A primeira pessoa cuja conduta carece de análise, Francisco Ivo de

Vasconcelos, atuava como médico plantonista na Casa de Repouso Guararapes à data e hora do óbito de Damião Ximenes Lopes.

Imputa-lhe a autora, na exordial, conduta desidiosa no trato do interno falecido. Afirma ela que, ao pugnar ao médico para que tratasse seu filho com dignidade, este se recusou a proceder da maneira adequada ao tratamento de saúde necessário, restringindo-se a prescrever medicação, sem mesmo antes realizar quaisquer exames no paciente.

Ademais, mesmo ciente do possível crítico quadro clínico de Damião Ximenes Lopes, bem como da sua condição de médico plantonista, o Dr. Francisco Ivo de Vasconcelos ausentou-se do nosocômio, relegando o paciente à própria sorte, deixando-o à míngua de cuidados médicos especializados.

Indubitavelmente, caracterizada a conduta desidiosa, negligente, a impor-lhe a responsabilidade civil, de forma culposa, na sua modalidade negligência, nos termos do art. 951 do Código Civil Brasileiro de 2002.

Ao retirar-se de seu local de trabalho, mesmo ciente da possível gravidade do estado clínico de um dos pacientes, admitiu que o resultado previsível, qual seja o agravamento de sua situação de saúde, ocorreria, sem, contudo, adotar quaisquer diligências necessárias para impedir este factível danoso evento.

Inferre-se da instrução processual que, de fato, aconteceu o que possivelmente constatável, o quadro clínico do Sr. Damião Ximenes Lopes agravou-se drasticamente, de molde a culminar na sua morte.

A conduta praticada por Francisco Ivo de Vasconcelos em nada se coaduna com a necessária aos profissionais em seu bom desempenho da função. Com efeito, assevera o Médico e Professor Affonso Renato Meira:

“O profissional de saúde atual, produto formado por sociedades urbano-industrializadas, tendo como alicerce os conhecimentos obtidos através das ciências, com ou sem crença na existência de divindades, não pode e não deve se esquecer de que a verdade científica tem hora, e o dever ético tem lugar. Hora e lugar que variam.

(...)

Posto tudo isso, resta dizer que o profissional de saúde, em cada momento de sua atividade profissional, deve pôr à disposição da sociedade o melhor do seu saber científico e o mais ético do seu comportamento, sem deixar de respeitar os valores inercientes a cada cultura” (MEIRA, Affonso Renato. O Profissional de Saúde, a Cultura e a Bioética. *In* Temas de Saúde Pública: Qualidade de Vida. PINTO, Rosa Maria Ferreira e SILVA, Waldine Viana (org). Santos, SP: Leopoldianum, 2001. pág. 24)

Neste mesmo diapasão, posicionam-se a Enfermeira e Professora

Dorisdaia Carvalho de Humerez, bem como a Assistente Social e Professora Rosa Maria Ferreiro Pinto, nesta ordem:

“Acreditamos que o profissional de saúde poderá estar com a clientela e intervir para que haja saúde mental com qualidade de vida, reconhecendo o sujeito como único onde seja considerada sua identidade e garantida sua participação social e relacional, onde o sofrimento não pode ser negado, mas deve ser acolhido e compreendido, não necessariamente explicado, mas compartilhado, para não ter como única solução o controle de suas ações através do uso de psicofármacos, ou o controle comportamental através da uniformização de desejo, de atitudes, de vida. Há necessidade urgente, de compartilhar com o outro da reconstrução de seus projetos de vida, possibilitando-lhe a transcendência para um futuro com mais sentido.” (de HUMEREZ, Dorisdaia Carvalho, *A Saúde Mental Visando à Melhoria da Qualidade de Vida*. In *Temas de Saúde Pública: Qualidade de Vida*. PINTO, Rosa Maria Ferreiro e SILVA, Waldine Viana (org). Santos, SP: Leopoldianum, 2001. pág. 43)

“Habermas (1983) afirma que as instituições são lugares onde a unidade e a multiplicidade se constroem mutuamente. Esse movimento, porém, pode descaracterizar-se, quando os papéis profissionais tornam-se complexos de comportamentos cristalizados e estereotipados, não permitindo que o exercício profissional estreite relações entre sujeitos e saberes, mas simplesmente estabeleça relações entre papéis profissionais diversificados.

Mas é nas ações e das inter-relações entre sujeitos que o exercício profissional corporifica, se concretiza e se atribui sentido, já que a natureza das práticas individuais é social. O atributo social reverte as práticas profissionais, especialmente no campo da saúde, de um compromisso com a competência.” (PINTO, Rosa Maria Ferreiro. *Prática Profissionais no Campo da Saúde: A Interdisciplinaridade em Questão*. In *Temas de Saúde Pública: Qualidade de Vida*. PINTO, Rosa Maria Ferreiro e SILVA, Waldine Viana (org). Santos, SP: Leopoldianum, 2001. Pág. 229.

No caso em comento, a culpa do médico plantonista seria por omissão, ou seja, ocasionada por um ato omissivo, no caso, o que culminou em um evento danoso à vida de outrem.

A sua ausência do local de trabalho em que atuava como plantonista na hora do óbito de Damião Ximenes Lopes traduz-se como fato determinante para o evento, eis que concorreu diretamente para que esta morte não fosse evitada. Extrai-se, portanto, a ilação de que ocorreu o descumprimento do dever médico de tentar evitar a morte previsível.

Ao sair e relegar o paciente ao alvedrio do acaso, assumiu o médico

o risco de produzir o resultado danoso previsível e, de fato, ocorrido, deixando seu paciente a depender, tão somente, dos eventos aleatórios da natureza para sua sobrevivência, em oposição à conduta médica exigida para o caso em tablado, qual seja a de, ao menos, tentar evitar a morte previsível.

Note-se que seu dever consistia em, no mínimo, pretender, diligenciar, mostrar o intento de, proceder à tenta, empreender, buscar, procurar, experimentar, tentar evitar a morte previsível, jamais sendo exigido que de fato o evitasse. A conduta demandada travestia-se, destarte, em exigência de ato comissivo com diligências mínimas para tentar obstruir a factualidade do evento previsível.

Reforça-se o exposto em relação à omissão médica mediante a acolhida das peças processuais produzidas à época da fase instrutória, que, acrescente-se, já se fizeram bastantes para também firmar o convencimento da douda jurisdicente de piso.

Do parecer da comissão de sindicância do processo 002/99/SMA, que tramita perante à Prefeitura Municipal de Sobral, cuja réplica dormita as fls. 343, 345 e 346, colhe-se, respectivamente:

“Outrossim, há evidências de que o paciente tenha sofrido traumatismos, que se por si só não tenham contribuído para o evento nefasto, certamente sugere uma má assistência ao paciente, uma vez que, como veremos mais à frente, não foi o mesmo colocado em segurança por meio de medidas adequadas de contenção e cuidados que o protegessem” (destacou-se)

(...)

“No prontuário do paciente não constam, nem a evolução do médico assistente nem a do médico plantonista, bem como não consta nenhuma prescrição médica, fato confirmado pela checagem dos medicamentos no Relatório de Enfermagem anexo ao prontuário” (destacou-se)

(...)

“Na evolução médica não consta nenhuma prescrição do quadro intercorrente, discriminando-se apenas a medicação prescrita (aldol + fenergan IM”), faltando detalhar outros cuidados e orientações quanto ao uso da medicação, à comunicação de outros quadros intercorrentes ao plantonista e à contenção do paciente” (destacou-se)

(...)

“Outro fato intrigante é o de que se o paciente vinha apresentando episódios de agressividade às vinte horas e cinqüenta minutos, por que não foi comunicado ao médico plantonista? E por que foi registrado com rasuras que “não foi administrado haldol + fenergan 1 amp 1M de cada”? Mais uma vez somos alçados ao domínio das conjecturas. Teria a enfermagem administrado a medicação citada sem prescrição médica, registrado o fato no livro e, após consumado

o êxito letal, com o fito de ocultar tal irregularidade, acrescentando a palavra “não” ao texto escrito previamente? Ou a enfermagem teria contido o paciente sem que para tal houvesse prescrição médica e deixado de comunicar a intercorrência ao médico assistente? Qualquer que seja a resposta, caracteriza-se, no mínimo, uma má assistência dispensada ao paciente.” (destacou-se)

(...)

Em síntese, pode-se inferir que não há registros fidedignos que atestem assistência adequada ao Sr. Damião Ximenes Lopes, estando os depoimentos, em alguns pontos contraditórios, e que o paciente achava-se, por conta de uma possível e factível falta de cuidados, à mercê de toda sorte de agressões e acidentes que poderiam colocar em risco sua vida. (destacou-se)

Do termo de depoimento do Sr. Francisco Ivo de Vasconcelos, prestado junto à Comissão de Sindicância instituída pela Prefeitura Municipal de Sobral, através da Secretaria de Saúde e Assistência Social Controle e Avaliação, acostado aos autos aos fólhos 260/268, extrai-se o seguinte excerto como elemento de convicção:

O paciente estava delirando, totalmente desorientado, não dizia coisa com coisa, foi nesse momento que eu vi que chorar (sic), e eu voltei para o posto de enfermagem (sic) que fui medicar o paciente, tentando salvação, terminei a medicação era 10:00 horas e quando mais ou menos 11:00 horas saí do hospital, assim que sai logo depois a enfermeira chefe me telefona, a Salete, (sic) que o paciente tinha ido à óbito (...)

(...)

Você medicou e a medicação e a medicação (sic) foi prescrita?

A medicação foi prescrita, Aldol mais Fenegan.

Você não tomou conhecimento se ele estava bem ou não?

Não.

Você saiu mais (sic) ficou de sobreaviso?

Fico de sobreaviso.

(...)

Você examinou esse paciente?

Examinei o paciente no óbito

Mas no momento da queda?

Não, no momento da queda não.

Você tomou conhecimento que o paciente havia caído?

Não, tomei conhecimento que havia caído da cama, uma queda duma cama, somente menos de um metro, não é uma queda que preocupe um adulto (...)

Do seu termo de depoimento, insta reconhecer, mormente em

apreciação dos termos destacados, a desídia patente com que atuou.

Em que pese a tentativa do apelante em sentido contrário, ao tentar desconstituir a validade deste documento, sob o alegar de ausência de sua firma, os membros da comissão de sindicância estavam presentes, e frise-se, dotam o documento de fé-pública com suas assinaturas, que constam das fls. 268/269.

Desta feita, reveste-se de idoneidade referida prova, sem necessidade, ao menos, de possível convalidação, ante sua total validade, decorrente da fé-pública dos agentes que a subscreveram.

Ressalta-se que, caso o apelante tencionasse impugnar o referido documento, deveria utilizar a via própria eleita para tanto, a incidental prevista nos termos dos arts. 390/395 do CPC.

Cumpre esclarecer. À medida que imputa ao conteúdo de seu depoimento a pecha da inveracidade e não impugna, peremptoriamente, as assinaturas constantes do referido documento, quais sejam, as dos membros da comissão de sindicância, aceita a autenticidade do referido, consoante se extrai de sua manifestação que alega que “*jamais prestou as informações ali contidas, máxime no tocante ao inverídico detalhe que fosse o mesmo (Promovido) o diretor clínico do Hospital Casa de Repouso Guararapes*” (destacou-se) (p. 277, v. 2).

Destaque-se que o ponto combatido referente à autenticidade do documento reside apenas na ausência de sua assinatura, reputando por legítimas as assinaturas dos membros da Comissão de Sindicância, que, *per se*, dotam o documento da necessária perfeição. *In verbis*, sua manifestação: “Não obstante o malfeito Termo de Depoimento esteja assinado pelos membros da Comissão de Sindicância, falta-lhe a principal assinatura, no caso a do próprio depoente” (destacou-se) (fl. 276, v.2)

Do exposto, infere-se que inexistente impugnação quanto à autenticidade formal do documento, cingindo-se esta, tão somente, ao seu conteúdo, haja vista sua, já destacada, afirmação de que “*jamais prestou as informações ali contidas*” (p. 277, v. 2).

Nesta mesma esteira, colhe-se da doutrina:

“ A falsificação ideológica (elemento constitutivo do crime de *falsidade ideológica*, previsto no art. 299 do CPP) caracteriza-se por versar sobre o conteúdo intelectual do documento, sem afetar sua estrutura material.

Na falsificação ideológica não há rasura, emenda, acréscimo ou subtração de letra ou algarismo. Há, apenas, uma mentira reduzida a escrito, através de documento que, sob o aspecto material, é de todo verdadeiro, isto é, realmente escrito por quem seu teor indica. No falso ideal, o agente forma um documento até então inexistente,

para, através dele, fraudar a verdade. O documento elaborado pelo falsificador é extrinsecamente verdadeiro, pois quem o escreve é quem efetivamente quem aparece no texto como seu autor; o que há nele de inverídico é o conteúdo ideológico, pois seu texto é falso ou omissivo em relação à realidade que devia consignar.” (destacou-se) (Sylvio do Amaral, *Falsidade Documental*, 3. ed., São Paulo: RT, 1989, págs. 57/58)

O apelante, consoante o demonstrado, atacou apenas o conteúdo do documento, acolhendo como verdadeiras as assinaturas dos Membros da Comissão de Sindicância apostas no vergastado termo. O que faz é afirmar, taxativamente, que jamais prestou tais informações, a induzir a ilação de que falso o ideológico documental.

Não se há de cogitar, a este tempo e grau de jurisdição, de sua manifestação por via deste incidente, agora já precluso. Socorro-me das valiosas lições de Antonio Scarance Fernandes:

“Algumas regras a respeito da apresentação da questão incidental são importantes a fim de que prevaleça a celeridade processual:
a) a necessidade de que a parte, tomando conhecimento de um fato que exigiria a decisão incidental, a solicite desde logo, sob pena de preclusão;
b) havendo manifestação da parte no processo, exclusão da possibilidade de solicitar a solução de uma matéria incidental que surgira antes de seu pronunciamento;” (Antonio Scarance Fernandes, *Incidente Processual. Questão incidental. Procedimento incidental.*, São Paulo: RT, 1991, págs. 137/138)

Corrobora com nosso entendimento, o esposado pelos tribunais pátrios:

PROCESSUAL CIVIL. INCIDENTE DE FALSIDADE. CONTRATO DE MÚTUO. NÃO ARGUIÇÃO NO MOMENTO PROCESSUAL ADEQUADO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. PRECLUSÃO. ASSINATURA DE TESTEMUNHAS QUE SUBSCREVEM O TÍTULO EXECUTIVO, A POSTERIORI, NÃO O TORNA NULO. DÍVIDA REPRESENTADA E GARANTIDA POR NOTA PROMISSÓRIA. PRECEDENTES.

1. A declaração incidental de falsidade pode ser requerida pela parte quando da contestação ou em incidente próprio, após a intimação da juntada do documento suspeito (art. 390 do CPC). O procedimento é, pois, bipartido conforme se dê a apresentação do documento acoimado de falso, não sendo facultado à parte optar por qual destes seguir.

2. Tendo o documento suspeito acompanhado a petição inicial de execução, é nos embargos à execução que se deve impugnar sua veracidade. Portanto, incabível a pretensão da apelante de ver deslindada a questão da falsidade documental por via incidental. A lei processual não cria opção quanto ao procedimento, sendo imperativa a via competente caso entenda o interessado obter a declaração incidental. Precedentes.

3. Ademais, para a validade do documento particular previsto no artigo 585, inciso II, do CPC, não é necessário que as assinaturas das testemunhas sejam apostas concomitantemente à aposição da firma do devedor. Precedentes do STJ.

4. Dívida devidamente representada e garantida por nota promissória - título executivo extrajudicial - nos termos do art. 585, I, do CPC.

5. Apelação desprovida. (TRF1, Apelação Cível, Acórdão Nº 2000.01.00.069967-9 de Tribunal Regional Federal da 1ª Região, de 23 Janeiro 2006 Magistrado Responsável: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. INCIDENTE DE FALSIDADE DOCUMENTAL. ART. 390, CPC. PRECLUSÃO.

1. Trata-se de incidente de falsidade documental instaurado, sob o argumento de que alguns documentos e informações apresentados nos autos da ação “ordinária” pela parte contrária seriam falsos material e ideologicamente e, desse modo, deveriam ser assim reconhecidos.

2. Nos termos do art. 390, do Código de Processo Civil, “o incidente de falsidade tem lugar em qualquer tempo e grau de jurisdição, incumbindo à parte, contra quem foi produzido o documento, suscitá-lo na contestação ou no prazo de 10 (dez) dias, contados da intimação da sua juntada aos autos”.

3. Tal “incidente” representa autêntica ação declaratória incidental “com a finalidade de decidir sobre um fato, qual seja, a autenticidade ou não das alegações e dos documentos acostados. Não se discutindo aqui, a existência ou não de relação jurídica”.

4. O prazo para a arguição da falsidade documental é aquele previsto no art. 390, do Código de Processo Civil, ou seja, o prazo de contestação -caso o documento tenha sido apresentado com a petição inicial -ou o prazo de dez dias após a intimação da juntada do documento.

5. Ultrapassada tal oportunidade, opera-se a preclusão temporal, somente sendo possível postular o reconhecimento da falsidade “incidenter tantum” -como ocorreu no âmbito do recurso de Apelação interposto -ou através de ação declaratória autônoma.

6. Somente a falsidade material -e não a ideológica -pode ser objeto do incidente de falsidade documental 7. Não conhecimento do Incidente de Falsidade. (TRF2 - INCIDENTE DE FALSIDADE: IF 1 RJ 2006.02.01.002204-0, Relator(a): Desembargador Federal GUILHERME CALMON, Julgamento: 13/03/2007, Órgão Julgador: OITAVA TURMA ESPECIALIZADA, Publicação: DJU

- Data::21/03/2007 - Página::110)

Caso se admitisse a impugnação realizada de maneira genérica nos autos, presente aos fólios 275/278, ainda assim não merecia prosperar a linha de argumentação de imprestabilidade do documento guerreado.

Careceu o alegante de apresentação de suporte probatório suficiente para demonstrar seu direito, fazendo-se prudente e necessário imputar-lhe o ônus da prova, de maneira a possibilitar a inferência da situação constitutiva de seu direito.

Neste sentido, aproveita-se o entendimento do colendo STJ:

RESP - PROCESSUAL CIVIL - PROVA - ÔNUS - JUIZ - ESCLARECIMENTO .

O ônus da prova incumbe a quem alega o fato. Assim, ao Autor “quanto ao fato constitutivo de seu direito” (CPC art. 333,I). Não se confunde, entretanto, com a solicitação do juiz feita a qualquer das partes para evidenciar a verdade real. (STJ, RESp 192236/SC, Sexta Turma, Relator Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, D.J 12.04.1999, p.212).

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES. CABIMENTO. DECISÕES DE MÉRITO. NECESSIDADE. DOCUMENTO. JUNTADA. APELAÇÃO. POSSIBILIDADE, DESDE QUE RESPEITADO O CONTRADITÓRIO E INOCORRENTE A MÁ-FÉ. FALSIDADE DE DOCUMENTO. ÔNUS DA PROVA. ARGÜIDOR. PROVA. INICIATIVA DO JUIZ. POSSIBILIDADE. SITUAÇÃO DE CONTRADIÇÃO, OU CONFUSÃO. Na atual sistemática dos embargos infringentes, sem embargo do voto vencido, deve-se exigir, como condição de cabimento do recurso, a existência de dissonância entre o entendimento do juiz de primeiro grau de jurisdição e aquele manifestado pelo órgão colegiado quanto ao mérito da ação. Precedentes. - A juntada de documentos com a apelação é possível, desde que respeitado o contraditório e incorrente a má-fé, com fulcro no art. 397 do CPC. Precedentes. Na espécie, contudo, o banco teve a oportunidade de, no incidente de falsidade, produzir todas as provas que entendesse necessárias com vistas a demonstrar a inidoneidade do recibo de pagamento, mas preferiu quedar-se inerte, dispensando inclusive a prova pericial. Diante disso, operou-se a coisa julgada material, conforme prevista no art. 467 do CPC, de sorte que não cabia às instâncias ordinárias rediscutir tal controvérsia no âmbito do processo principal. - De acordo com o art. 389, I do CPC, “incumbe o ônus da prova quando:

I-se tratar de falsidade de documento, à parte que a argüir”. Tendo, na espécie, ficado patente a inércia da parte na condução do processo,

não pode ela, depois, querer beneficiar-se de sua própria torpeza, travestida de um cerceamento de defesa que jamais existiu. - Os juízos de primeiro e segundo graus de jurisdição, sem violação ao princípio da demanda, podem determinar as provas que lhes aprouverem, a fim de firmar seu juízo de livre convicção motivado, diante do que expõe o art. 130 do CPC. - Não é cabível a dilação probatória quando haja outros meios de prova suficientes para o julgamento da demanda, devendo a iniciativa do juiz se restringir a situações de perplexidade diante de provas contraditórias, confusas ou incompletas. Recurso especial conhecido e provido. (STJ, Terceira Turma, Relatora: Min. Nancy Andrichi, RESp 980191/MS, DJ 10.03.2008)

Ainda que assim não o fosse, como bem reconhecido na sentença meritória de primeiro grau, este documento não se traveste do condão de único elemento apto a formar a convicção deste magistrado, existindo diversos outros acostados ao processo, a exemplo do parecer da Comissão de Sindicância do processo 002/99/SMA, que tramita perante à Prefeitura Municipal de Sobral.

A instância superior infraconstitucional, em entendimento já pacificado, verberou:

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. VIOLAÇÃO AO ART. 535. NÃO-OCORRÊNCIA. AUXÍLIO-ACIDENTE. NEXO CAUSAL. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INVIABILIDADE. VERBETE SUMULAR 7/STJ. AGRAVO IMPROVIDO.

1. É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça o sentido de que não há falar em violação ao art. 535, II, do CPC, quando o Tribunal de origem pronunciou-se de forma clara e precisa sobre a questão posta nos autos, aplicando os fundamentos que entendeu adequados. Não está o magistrado obrigado a abordar todos os pontos levantados no recurso, não podendo a prestação jurisdicional ser considerada omissa tão-somente porque a solução dada à controvérsia é diversa daquela pretendida pela parte recorrente. (...)

4. Agravo regimental improvido. (AgRg no Ag 844.182/DF, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 26.02.2008, DJ 26.05.2008 p.1)

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. ARTIGO 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. OMISSÃO. NÃO OCORRÊNCIA. MULTA. EXCLUSÃO.

1. Não ocorre omissão quando o Tribunal de origem decide fundamentadamente todas as questões postas ao seu crivo.

2. Esta Corte firmou compreensão de que o magistrado não está obrigado a se pronunciar sobre todos os pontos abordados pelas

partes, máxime quando já tiver decidido a questão sob outros fundamentos.

(...)

4. Recurso parcialmente provido. (STJ, RECURSO ESPECIAL Nº 896.412 – PB, Rel. Min. Paulo Galloti)

Impende registrar que o médico, ao afirmar que examinou o paciente apenas no óbito, tornou lícito inferir, em interpretação *a contrario sensu*, que lhe prescreveu medicação sem, ao menos, examinar-lhe em vida.

Ademais, incontestado que o médico ausentou-se da clínica de Repouso, relegando o paciente aos cuidados da própria natureza, que, seguindo seu curso, sem a devida intervenção médica, conduziu ao resultado previsível, morte, em contradição ao dever médico de BUSCAR salvar vidas.

Destarte, no que tange à ausência do médico de seu local de trabalho à hora do óbito do paciente, também este fato não se reveste de único elemento com força probante de molde a formar a convicção deste magistrado, já arrimada em outros elementos bastantes *per se*.

Anote-se que o Sr. Francisco Ivo de Vasconcelos apresentava-se ciente das condições precárias de tratamento oferecidas pela clínica e em nada atuou para reverter a situação cruel à qual os seres-humanos eram submetidos, limitando-se a afirmar que, devido ao fato da constante ausência do Sr. Sérgio Antunes Ferreira Gomes do seu local de trabalho, não buscaria entrar em contato com ele fora da Clínica de Repouso Guararapes para tratar deste assunto ou outros quaisquer outros atinentes ao exercício profissional.

Desta feita, emergem à vista os três requisitos basilares para a configuração da responsabilidade subjetiva por ato ilícito consagrada no texto do art. 186 do Código Civil, quais sejam, a culpa do agente, o dano decorrente do ato e o nexo de causalidade entre a conduta e o prejuízo suportado pelo lesado, que, no caso em tela, restou-se configurado pelo abalo psíquico e pelo imensurável sofrimento experimentado com a morte prematura do seu rebento.

O conteúdo probatório dormitante nos autos elucidado na exordial, de sorte que não se entremostrem suficientes os argumentos trazidos a lume pelo recorrente na tentativa de se escusar da responsabilidade pelos danos suportados pelo recorrido.

Consolidou-se o entendimento, tanto nos tribunais pátrios quanto na doutrina, de que a responsabilidade emana da obrigação de reparar um prejuízo ocasionado pela culpa, pela circunstância legal que a justifique (culpa presumida) ou pela circunstância objetiva.

Neste mesmo diapasão, com a adoção da teoria da culpa pelo ordenamento jurídico pátrio, infere-se correta e devida a indenização pretendida

pela autora da demanda, aqui apelada, em detrimento do médico Francisco Ivo de Vasconcelos, eis que devidamente comprovado nos autos a negligência com que atuou em seu ofício, a impor-lhe responsabilidade subjetiva, consecutória de sua omissão.

Reforça-se o exposto com o escólio de Sérgio Cavalieri Filho:

“Em conclusão: diante das circunstâncias do caso, deve o juiz estabelecer quais os cuidados possíveis que ao profissional cabia dispensar ao doente, de acordo com os padrões determinados pelos usos da ciência, e confrontar essa norma concreta, fixada para o caso, com o comportamento efetivamente adotado pelo médico. Se ele não o observou, agiu com culpa. Essa culpa tem de ser certa, ainda que não necessariamente grave. Essa é a fórmula irreprochável proposta pelo insigne Min. Ruy Rosada de Aguiar Jr. Em seu magnífico artigo sobre a “Responsabilidade civil do médico”, na *RT 718/38*. (FILHO, Sérgio Cavalieri. Programa de Responsabilidade de Civil. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, 393/394.).

Mesmo que não prosperassem os argumentos anteriores, não existem óbices que impeçam o reconhecimento de sua atuação enquanto Diretor Clínico do estabelecimento Casa de Repouso Guararapes. Socorro-me da jurisprudência do Excelso Sodalício guardião da higidez das Leis Federais no Voto do Excelentíssimo Sr. Ministro Barros Monteiro nos EDCL no RESp nº200.831/RJ:

Presente, ainda, a culpa “in vigilando”, pois, ao afastar-se da cama para entregar o bebê ao médico-pediatra, lhe incumbia não só acompanhar o procedimento da auxiliar, como ainda ordenar a retirada do equipamento sobre o leito da paciente.

Afinal, todo o ato cirúrgico achava-se sob as suas ordens.

Em princípio, portanto, o médico-chefe é o responsável pelos atos de outros profissionais que atuam sob o seu comando, mormente no caso dos autos em que o quadro dos acontecimentos, que resultaram na queimadura da autora, se apresenta nebuloso, impreciso, quanto ao móvel que acionou o pedal do bisturi.

Cônsona com tal entendimento acha-se a jurisprudência desta Corte, arremada por sinal no magistério de René Savatier. Confira-se, a propósito, o decidido no Resp n. 53.104-7/RJ, relator Ministro Waldemar Zveiter, de cuja ementa se colhe, no que interessa:

“O médico chefe é quem se presume responsável, em princípio,

pelos danos ocorridos em cirurgia pois, no comando dos trabalhos, sob suas ordens é que executam-se os atos necessários ao bom desempenho da intervenção”.

3. Apega-se, de outro lado, a recorrente à assertiva de que não mantém ou manteve vínculo algum de preposição com a litisdenunciada.

A relação de preposição, entretanto, não possui um alcance tão restrito, tal como defende a ré-recorrente. Quando do julgamento do AgRg no Ag n° 54.523-7/DF, por mim relatado, este órgão fracionário assentou que “o estado de preposição não exige necessariamente a presença de um contrato típico de trabalho”. No voto por mim proferido, evocou-se a monografia encartada na Revista Forense de autoria do Prof. Natal Nader, na qual se extrai o seguinte excerto pertinente à espécie ora debatida:

“Quanto à relação de preposição, não importa, para a sua caracterização, que o preposto seja ou não salariado, e nem se exige que as relações entre preponente e preposto sejam permanentes, podendo elas ser meramente eventuais. Assim, o serviço pode consistir numa atividade duradoura ou num ato isolado, tanto material quanto intelectual. Para haver relação de preposição, é suficiente a existência de um vínculo de dependência, que alguém preste um serviço por conta e sob a direção de outrem, deste recebendo ordens e instruções, sendo indiferente que a relação de dependência revista a figura do mandato ou da locação de serviços, podendo resultar até de um ato de cortesia, como, por exemplo, quanto um proprietário de um carro o empresta a um amigo” (RF vol. 299, pág. 41).

Em outro precedente desta Turma, REsp n° 119.121-SP, sob a relatoria do Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, proclamou-se com supedâneo em escólio do insígne Aguiar Dias que:

“A subordinação, ainda que sem estabelecimento de vínculo empregatício, implica o reconhecimento da preposição, haja vista ser o traço característico de tal instituto a imposição de ordens, com sua respectiva obediência. “ (excerto do voto de S. Ex^a).

Disso tudo se infere que, na hipótese em tela, ocorreu “*latu sensu*” o vínculo de preposição entre a *crirurgiã-chefe* e a *médica-auxiliar*. (destacou-se) (STJ, EDCL no RESp. N° 200.831/RJ, excerto extraído do voto do Relator Excelentíssimo Min. Barros Monteiro, Página 3 de 4).

Da lição destacada, faz-se lícito concluir, pela situação fática em que atuava o médico no nosocômico onde ocorridos os fatos, assim como pelos depoimentos que atestam que ele percebia o valor de 3 (três) salários mínimos (v. Fls. 306/308 declaração de Sérgio Antunes Ferreira Gomes) para o desempenho de função, que ele atuava como Diretor Clínico, a lhe impor a culpa *in vigilando*, assim como a culpa *in eligendo*.

Esta última emana tão somente do desempenho das funções enquanto diretor clínico e, atuando neste mister, ausentou-se da Clínica em um momento de Plantão, em que havia delegado suas tarefas a terceiros, que, consoante se deduz dos autos, não receberam supervisão por sua parte, o que se mostrou decisivo para o evento morte.

De mais a mais, enquanto Diretor Clínico do estabelecimento, exercia poderes de decisão, mormente quanto à escolha de médicos e escala de horários, de molde que exsurge a culpa *in eligendo* a ser-lhe atribuída, já que inexistentes médicos no local, não tendo sido eles eleitos para trabalharem durante o final de semana em que Damião esteve interno.

É que durante todo o final de semana que precedeu o evento danoso, conforme constatado pelo parecer de sindicância já *supra* mencionado, o paciente ficou à mingua de cuidados médicos durante o final de semana, ou, pelo menos, não recebeu os cuidados médicos necessários.

Diante da estarecedora situação fática descrita, convém assentar que a literatura nacional já se ocupou do tema de saúde mental. Nesta mesma esteira, cede que os problemas atinentes à saúde mental, presentes em qualquer sociedade, também aparecem como objeto de atenção no âmbito literário. Ao discorrer acerca de problemas deste jaez, na obra *Primeiras Estórias*, no conto *Darandina*, Guimarães Rosa e ao referir-se a enfermidade e ao tratamento dispensado ao personagem central da trama, mormente no que se refere ao indevido proceder médico, escreve, em suas palavras:

Tive então enfim de entender, ai-me, mísero. - “Como o recapturar?” Pois éramos, o Adalgiso e eu, os internos de plantão, no dia infausto ‘fantástico.

Vindo o que o Adalgiso, com de-curtas, não urgira em cochichar-me: nosso homem não era nosso hóspede. Instantes antes, espontâneo, só, dera ali o ar de sua desgraça - “Aspecto e facies nada anormais, mesmo a forma e conteúdo da elocução a princípio denotando fundo mental razoável...” Grave, grave, o caso.

[...]

Premia-nos a multidão, e estava-se na área de baixa pressão do ciclone. -”Disse que era são, mas que, vendo a humanidade já enlouquecida, e em véspera de mais tresloucar-se, inventara a decisão de se internar, voluntário: assim, quando a coisa se varresse de infernal a pior, estaria já garantido ali, com lugar, tratamento e defesa, que, à maioria, cá fora, viriam a fazer falta...” - e o Adalgiso, a seguir, *iem se culpava de venial descuido, quando no ir querer preencher-lhe a ficha*. - “Você se espanta?” - esquivei-me.

O mesmo ocorreu da ficha do interno Damião, fora recebido sem

ser sequer examinado por médico algum.

Em momento posterior da narrativa, passam os médicos a meramente discordar do tratamento devido, sem aplicar a necessária intervenção demandada. Colho esparsos excertos extraídos deste conto:

Adalgiso, não: - “Ia adivinhar? Não entendo de política” - inconcluía.
- “Excitação maníaca, estado demencial. .. Mania aguda, delirante...
E o contraste não é tudo, para se acertarem os sintomas?” - ele,
contra si consigo, opunha.

E o dr. diretor, dono: - “Há de ser nada!”

Contestando-O, diametral, o professor Dartanhã, de contrária banda aportado: - “Psicose paranóide hebefrênica, dementia praecox, se vejo claro!” - e não só especulativo-teorético, mas por picuinha, tanto o outro e ele se ojerizavam; além de que rivais, coincidentemente, se bem que calvo e não calvo. Toante que o dr. diretor ripostou, incientífico, em atitude de autoridade: - “Sabe quem aquele cavalheiro é?” - e o título declinou, voz vedada

Emendou o mote o professor Dartanhã: mas transitória perturbação, a qual, a capacidade civil, em nada lhe deixará afetada. . .” versando o de intoxicação-ou-infecção, a ponto falara. Mesmo um sábio se engana quanto ao em que crê; - cremos, nós outros, que nossos límpidos óculos limpávamos. Assim cada qual um asno prepalatino, ou, melhor, apud o vulgo: pessoa bestificada.

Sete peritos, oficiais pares de olhos, do espaço inferior o estudavam. - “Que ver: que fazer?” - agora. Pois o dr. diretor comandava-nos em conselho, aqui, onde, prestímosa para nós, dilatava a polícia, a proêmios de casse-têtes e blasfemos rogos, uma clareira precária.

Apenas, não estando à mão de colher, nem sendo de se atrair com afagos e morangos. - “Fazer o quê?” - unânimes, ora tardávamos em atinar.

Tinha-se de protelar. Ou produzir um suicídio reflexivo - e o desmoronamento do problema? O dr. diretor citava Empédocles. Foi o em que os chefes terrestres concordaram: apertava a urgência de não se fazer nada. Das operações de salvamento, interrompeu-se o primeiro ensaio. O homem parara de balançar-se - irrealmente na ponta da situação. Ele dependia dele, ele, dele, ele, sujeito. Ou de outro qualquer evento, o qual, imediatamente, e muito aliás, seguiu-se.

Assim se viu Damião Ximenes, a depender “*dele, ele, dele, ele,*

sujeito. Ou de outro qualquer evento, o qual, imediatamente, e muito aliás, seguiu-se.” Para Damião Ximenes, de fato seguiu-se, sem que ele se prosseguisse, seguiu-se o evento do ápice do infortúnio humano, a vida defenestrada.

Cumpra acrescentar que se depreende do tecido narrativo que o enfoque conferido a família do personagem possuiu, no caso vertente, o mesmo teor do aplicado pela Casa de Repouso Guararapes, o da comunicação tardia:

A família já fora avisada? Não, e melhor, nada: família vexa e vencilha. Querendo-se conquanto as verticais providências, o que ficava por nossa má-arte.

Arremata com peculiar destreza nosso mestre da literatura nacional:

Concluindo. Dando-se que, em pós, desafogueados, trocavam-se pelos paletós os aventais. Modulavam drásticas futuras providências, com o professor Dartanhã, ex-professor, o dr. diretor e o dr. Enéias - alienistas. -”Vejo que ainda não vi bem o que vi...” referia Sandoval, cheio de cepticismo histórico. - “A vida é constante, progressivo desconhecimento.. .” - definiu o dr. Bibobo, sério, entendendo que, pela primeira vez. Pondo o chapéu, elegantemente, já que de nada se sentia seguro. A vida era à hora. Apenas nada disse ó Adalgiso, que, sem aparente algum motivo, agora e sempre súbito assustava-nos. Ajuizado, correto, circunspecto demais: e terrível, ele, não em si, insatisfatório. Visto que, no sonho geral, permanecera insolúvel. Dava-me um frio animal, retrospectado. Disse nada. Ou talvez disse, na pauta, e eis tudo. E foi para a cidade, comer camarões.

Por derradeiro, este trecho denota quão vil se faz o tratamento da vida humana no mister profissional por parcela mínima de profissionais da área da saúde, que mesmo diante das vicissitudes da mente humana, apenas optam por se retirar, por “*comer camarões*” .

Findadas estas notas e, portanto, empós demonstrada a culpa do médico plantonista no óbito, é que surge a necessidade de demonstrar a responsabilidade objetiva da Casa de Repouso pelos danos causados por seu empregado.

Há de se salientar que o critério adotado para a apuração da responsabilidade civil da empregadora dos serviços médicos é o objetivo, fazendo-se necessário, tão somente, a prova do nexos de causalidade existente entre a

conduta dos agentes, seus prepostos, e o dano suportado pela apelada, que deverá comprová-lo, a fim de que possa ser ressarcido pelo prejuízos suportados.

Desta sorte, com base nas provas carreadas aos autos, que atestam o nexos causal existente entre a conduta do médico, empregado da clínica, e o resultado lesivo causado à autora, considerando, ainda, ser objetiva a responsabilidade civil da Casa de Repouso Guararapes Ltda., resta inafastável não somente a responsabilização do apelante pelos danos causados à vítima, mas também da empresa empregadora.

Presentes, assim, os elementos caracterizados do dever de indenizar, notadamente, o evento, o dano e o nexos causal. Tratando-se da Casa de Repouso Guararapes Ltda., não há que se questionar acerca do elemento subjetivo (culpa ou dolo), conforme apregoa sólida jurisprudência:

DIREITO CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. HOSPITAL. FALECIMENTO DE PACIENTE. ATENDIMENTO POR PLANTONISTA. EMPRESA PREPONENTE COMO RÉ. CULPA DOS PREPOSTOS. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. DANOS MORAIS. QUANTIFICAÇÃO. CONTROLE PELA INSTÂNCIA ESPECIAL. POSSIBILIDADE. VALOR. CASO CONCRETO. INOCORRÊNCIA DE ABUSO OU EXAGERO. RECURSO DESACOLHIDO.

I - Nos termos do enunciado nº 341 da súmula/STF, “é presumida a culpa do patrão ou do comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto”.

II - Comprovada a culpa dos prepostos da ré, presente a obrigação desta de indenizar.

III - O valor da indenização por dano moral sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça, recomendando-se que, na fixação da indenização a esse título, o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível sócio-econômico da parte autora e, ainda, ao porte econômico da ré, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso.

IV - No caso, diante de suas circunstâncias, o valor fixado a título de danos morais mostrou-se razoável. (STJ, Quarta Turma, REsp 259816/RJ, Relator: Min. Sálvio Figueiredo Teixeira, Data do Julgamento 22/08/2000, Data da Publicação DJ 27/11/2000.)

Referida presunção não ficou afastada, muito pelo contrário, sobrou confirmada com a comprovação da culpa do Sr. Francisco Ivo de Vasconcelos, amoldando-se a espécie, de veras, ao julgado anterior.

Retome-se o raciocínio desenvolvido acima acerca do

reconhecimento a Francisco Ivo de Vasconcelos da qualidade Diretor Clínico do nosocômio e se demonstrará sua qualidade de empregado.

Caso vencidas as linhas traçadas neste toante, frise-se que, incontestemente, sua condição de contratado da Casa de Repouso Guararapes Ltda., mesmo que sem a função de direção, aproximando ao caso a inteligência dos arts. 932, III e 933 do Código Civil de 2002.

Não cabe guarida, ainda, a possíveis argumentos de que a culpa pela morte adstringe-se exclusivamente ao médico. A uma, ocorre imposição legal de responsabilidade objetiva; a duas, as condições ofertadas pela clínica atuaram de molde determinante no evento.

Tanto é verdade que a precariedade da clínica fazia-se notória, que esta mesma recebeu intervenção e coerção para o seu fechamento após o evento nocivo aqui em comento.

Impassíveis de argumentação contrária as límpidas formulações do Relatório de Sindicância constantes às fls. 323/358 (v.2), *in verbis*:

“A Casa de Repouso Guararapes não oferece condições de funcionamento consoante à legislação sanitária pertinente e (sic) que há evidência de maus tratos, de tortura e de abuso sexual de paciente”

Tome-se como agente formador de convicção, por derradeiro, os incontroversos depoimentos presentes na instrução processual, todos uníssonos em atestar as precariedades de funcionamento presentes na Casa de Repouso Guararapes, a exemplo dos prestados por José Cláudio Aguiar, Geisson Vasconcelos Lira, Francisca Lopes de Souza, assim como do próprio Francisco Ivo de Vasconcelos, às fls. 309/312 (v.2); 464/467 (v.3); 461 (v.3) e 264 (v.2), respectivamente. Todos estes depoimentos também se prestaram de fator para formar a convicção da Magistrada da instância de piso.

No fólio 264, bastante esclarecedoras as palavras do próprio Médico Plantonista:

“Visitamos esta sala que diz que é de intercorrência, parece que essa intercorrência tem 2 leitos e de lado supostamente seria um posto enfermagem; acho que vimos as dos homens. Agora lá se o Damião morreu na segunda-feira, na terça-feira viemos aqui não tinha nada que pudesse tirar qualquer paciente de uma crise, uma parada cardíaco-respiratória, seja de qualquer natureza, uma parada, uma crise hipertensiva, nada, não tinha nada, nenhum aparelho de pressão. Inclusive estava em desuso, tinha muita poeira, portanto, não teria

a menor condição de tirar qualquer paciente de uma parada cardíco-respiratória, nada porque não tinha medicamento, nenhum respirador, aspirador”

Elementos suficientes já foram trazidos à tona para formar a convicção deste magistrado em relação à responsabilidade da Casa de Repouso Guararapes Ltda.

Já devidamente comprovada a responsabilidade das partes *supra* mencionadas, imperioso revelar a situação jurídica na qual se insere Sérgio Antunes Ferreira Gomes, diretor administrativo daquela unidade hospitalar.

Dos autos se constata a total insuficiência técnica na administração da Casa de Repouso Guararapes, tendo-se em vista seu despreparo para exercer tal mister.

Taxativo se fez o próprio médico plantonista, em suas afirmações do descaso de Sérgio Antunes Ferreira Gomes na administração da Casa de Repouso, sobretudo ao afirmar a perene ausência do Diretor Administrativo do local de trabalho.

O desconhecimento dos procedimentos realizados no Hospital, assim como da rotina praticada, dos maus tratos ocorridos e de demais fatos importantes ao bom funcionamento de um estabelecimento desta natureza, evidenciam o descaso no exercício de mister de tamanha importância.

À medida que constatado no seu depoimento o desconhecimento acerca dos quesitos perguntados, mormente no que tange ao controle do hospital e ao conteúdo do depoimento da Sra. Albertina Viana, o convencimento da magistrada se apresentou devidamente motivado sobre a indevida atuação profissional praticada.

Consoante se extrai dos fólios 306/308, esvaem-se da memória do Diretor Administrativo as recomendações feitas pela fiscalização, ou até mesmo, a sua existência.

Impende registrar que ele afirmou a inexistência da abertura de procedimento para apuramento de responsabilidades de seus funcionários em relação ao fato discutido por esta relatoria, o que denota total desconhecimento da realidade precária por qual passava seu estabelecimento.

Como bem ressaltado pela douta magistrada de piso, o desconhecimento da Resolução 1342, de 08 de março de 1991 do Conselho Regional de Medicina que “*CONSIDERANDO que, de acordo com o artigo 15 da Lei nº 3.999, de 15.12.61, os cargos ou funções de chefia de serviços médicos somente podem ser exercidos por médicos habilitados na forma da lei; e que CONSIDERANDO que o Art. 28 do Decreto nº 20.931/32 preceitua*

que qualquer organização hospitalar ou de assistência médica, pública ou privada, obrigatoriamente tem que funcionar com um Diretor Técnico, habilitado para o exercício da medicina, como principal responsável pelos atos médicos ali realizados”, denota o total despreparo para administrativamente gerir o malfadado nosocômio.

Desconhecimento técnico de institutos normativos básicos para o bom desempenho funcional demonstra quão temerária se fazia sua atuação no posto profissional que ocupava.

Sob outro prisma, ilógico, absurdo e inaceitável a inversão de valores promovida por este cidadão. O argumento de que, caso Sra. Albertina o tivesse procurado, a morte do Sr. Damião Ximenes não teria ocorrido, revela-se dotado de requintes de desumanidade para com a mãe que perdera ente querido de seu rebento.

Apresenta-se patente a ilogicidade desta linha argumentatória, o que torna despidendo pronunciar-se de modo detalhado sobre a pretensa inversão de papéis pretendida por Sérgio Antunes Ferreira Gomes.

O zelo desta relatoria em se manifestar sobre as situações jurídicas de Sérgio Antunes Ferreira Gomes e da Casa de Repouso Guararapes Ltda. não é de todo desprezível, mesmo restando elas acobertadas pelo manto da coisa julgada material.

Tal manifestação decorre não somente da emblematicidade do caso, mas, sobretudo, da busca pela segurança jurídica, mormente nos casos em que há patente violação aos direitos humanos, como no caso em tablado. Trata-se de medida acautelatória, para que não se restem dúvidas sobre a seriedade da situação comentada.

A ausência de manifestação nos autos, posteriormente à decisão de fls. 787, propiciou a formação da coisa julgada material para as partes citadas. Neste tocante estamos com Teresa Celina de Arruda Alvim Wambier, que admite que a coisa julgada “*é quase que uma exigência prática imposta pela própria razão de ser do próprio direito, que é a de criar a paz social.*” (Dinamarco, Márcia Conceição Alves, in “Ação Rescisória” – 1ª edição, p. 83, editora Atlas, São Paulo, 2004.)

Neste choque entre os valores trazidos pelo ideário de justiça entre as partes e a paz social, válida se mostra a lição de Teori Albino Zavascki:

“Se à segurança das decisões é relevante a profundidade da cognição, à pacificação social o que importa é a estabilidade das decisões. Ainda quando a prestação jurisdicional não tenha chegado a um resultado justo, mesmo assim é importante que a pendência judicial assumo caráter definitivo e imutável, ou seja que adquira a

qualidade de coisa julgada.

.....

Nessa mesma perspectiva, ensina Cândido Dinamarco que ‘o importante não é o consenso em torno das decisões estatais, mas a imunização delas contra os ataques dos contrariados; e indispensável, para o cumprimento da função pacificadora exercida pelo Estado legislando ou sub specie jurisdictionis, é a eliminação do conflito como tal, por meios que sejam reconhecidamente idôneos. O que importa, afinal, é tornar inevitáveis e prováveis decepções em decepções difusas; apesar de descontentes, as partes aceitam a decisão. Elas sabem que, exauridos os escalões de julgamento, esperança alguma de solução melhor seria humanamente realizável; além disso, ainda que inconscientemente, sabem que necessitam da proteção do Estado e não convém à tranquilidade de ninguém a destruição dos mecanismos estatais de proteção mediante a sistemática desobediência. (...) Eliminar conflitos mediante critérios justos – eis o mais elevado escopo social das atividades jurídicas do Estado.’” (aut. cit. in Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de Outras Formas de Impugnação às Decisões Judiciais – 1ª edição, p. 1043 e 1044, editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001.)

Por todo o exposto, estas partes devem ter sua responsabilidade atrelada ao evento reconhecida, o que culmina no dever de responder arcando com danos morais.

Vale destacar que a responsabilidade dos condenados deve ser compartilhada na modalidade solidária, diante de expressa previsão normativa dos arts. 932, inc. III e 942, par. único do Codex Civil Brasileiro. Estamos em consonância com a jurisprudência:

RESPONSABILIDADE CIVIL. FURTO PRATICADO EM DECORRÊNCIA DE INFORMAÇÕES OBTIDAS PELO PREPOSTO POR OCASIÃO DO SEU TRABALHO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO EMPREGADOR. - O empregador responde civilmente pelos atos ilícitos praticados por seus prepostos (Art. 1.521 do CCB/1916 e Súmula 341/STF).
- Responde o preponente, se o preposto, ao executar serviços de detetização, penetra residência aproveitando-se para conhecer os locais de acesso e fuga, para - no dia seguinte - furtar vários bens.
- A expressão “por ocasião dele” (Art. 1.521, III, do Código Beviláqua) pode alcançar situações em que a prática do ilícito pelo empregado ocorre fora do local de serviço ou da jornada de trabalho.
- Se o ilícito foi facilitado pelo acesso do preposto à residência, em função de serviços executados, há relação causal entre a função exercida e os danos. Deve o empregador, portanto, responder pelos

atos do empregado. (destacou-se) (STJ, Terceira Turma, RESp 623040/MG, Relator Min. Humberto Gomes de Barros, Julgamento: 16/11/2006, D.J. 04/12/2006, pág. 296)

PROCESSO CIVIL. AUSÊNCIA DE OFENSA AO ART. 535 DO CPC. RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR. CABIMENTO. ART. 1.521, III, DO CC/16. SÚMULA 341/STF. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. QUITAÇÃO. ART. 906 DO CC/16.

- Não há ofensa ao Art. 535 do CPC se, embora rejeitando os embargos de declaração, o acórdão recorrido examinou todas as questões pertinentes.

- O empregador responde civilmente pelos atos ilícitos praticados por seus prepostos, a teor do Art. 1.521 do CC/16 combinado com a Súmula 341/STF.

- “O pagamento parcial feito por um dos devedores e a remissão por ele obtida não aproveitam aos outros devedores, senão até a concorrência da quantia paga, ou relevada” - Art. 906 do CC/16. (STJ, Terceira Turma, AgRg no Ag 680405/MG, Relator Min. Humberto Gomes de Barros, Julgamento 04/10/2005, D.J 24/10/2005, p. 320).

Não destoam da doutrina a manifestação jurisprudencial. Consoante Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, em seu comentário ao art. 932 do Código Civil:

“Como se vê, o que nos parece relevante em ambas as situações contidas no inciso III, é a existência de um negócio jurídico celebrado entre o sujeito responsabilizado e o autor material do dano, praticando este último a conduta lesiva, “no exercício do trabalho que lhes compete, ou em razão dele.” (destacou-se)

Deste mesmo modo, reconheço ser devida indenização pelo abalo moral experimentado pela autora em razão da morte de seu filho, submetido pelos condenados a condições desumanas e aviltantes não somente de sua dignidade, situação por si só demasiadamente grave, como também de sua própria existência, fato inaceitável juridicamente que causou dano moral à autora, com significativo abalo em sua psique diante do imensurável sofrimento experimentado por uma mãe ao sepultar, precocemente, membro de sua prole.

Cumpra acrescentar que o intuito da condenação reside tanto em acalantar o ânimo alterado pela morte do filho, como também inibir a repetição desta conduta irregular, quer por Francisco Ivo de Vasconcelos, em sua conduta omissiva, quer pelos demais condenados em sua responsabilidade objetiva, o que

implica que não se aceite valor fixado em montante excessivo, apto a gerar enriquecimento sem causa, nem tampouco, arbitrado em valor ínfimo, de molde a olvidar seu caráter pedagógico.

Constatado o enquadramento da espécie ao dano moral, passo à análise do valor que deve ser fixado a título de indenização.

A indenização referente ao dano moral sofrido pela autora deve se adstringir ao suporte fático em que envolto o evento danoso, não podendo ser fixada em quantia exorbitante, a acarretar enriquecimento desmedido do ofendido, tampouco em valor módico, inexpressivo, inapto a projetar no causador do dano as conseqüências de sua conduta.

O contexto fático revela-se dos mais devastadores possíveis ao ser humano, decorrente da morte de um ente querido, o que, como corolário da gravidade da situação fática, implica a necessidade de fixação de elevada monta.

Nos dias atuais, os fins do Estado rumam para a efetivação dos direitos fundamentais, indissociavelmente unificados ao núcleo ético da dignidade da pessoa humana.¹ Nesta mesma linha de pensamento, posiciona-se Jorge Miranda:

“A constituição confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais. E ela repousa na dignidade da pessoa humana, ou seja, na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado.” (MIRANDA, Jorge. A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais. *in*. Miranda, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (coord.) Tratado luso-brasileiro da dignidade humana. São Paulo: Quartir Latin, 2008. São Paulo: Quartier Latin, 2008. Pág. 169).

Isto posto, necessário perscrutar os critérios para a fixação do *quantum* devido a título de danos morais. Socorro-me da valiosa lição, que Teresa Arruda Alvim Wambier e Luiz Rodrigues Wambier, no tocante à busca de critérios Justos para a determinação do valor da indenizações, em algumas hipóteses especiais de dano contra a saúde, discorrem, com maestria, do seguinte modo:

“São conhecidos os parâmetros de que trata a doutrina, que deve orientar o Poder Judiciário para a fixação do *quantum* dessa espécie de dano. Reconhecendo-se que a indenização por danos imateriais rigorosamente não teria o condão de recompor o dano sofrido, a extensão do *quantum* deveria desempenhar o papel de uma espécie de conforto com relação ao ofendido. Por outro lado, não pode ser esquecida a função impeditiva de que o causador do dano venha a tornar-se reincidente na conduta. Em outras palavras, a extensão da

indenização deve ser suficiente para desestimular definitivamente o responsável pela causação do dano a dar prosseguimento à sua conduta.

Parece-nos que, com base nestes parâmetros, a respeito dos quais, pode-se dizer, existe quase que unanimidade na doutrina, e com o objetivo de proporcionar a aplicação plena do princípio da dignidade humana, os Tribunais estão autorizados pelo sistema jurídico brasileiro a se orientar, principalmente nas hipóteses aqui tratadas (danos à saúde) parâmetros que até o momento não são usuais.

A doutrina clássica reconhece à jurisprudência o papel de termômetro mais sensível das alterações sociais. Já é tempo, de os nossos Tribunais permitirem que os brasileiros sejam considerados, também no que diz respeito às indenizações por danos à saúde, cidadãos dignos das vantagens de que gozam cidadãos do primeiro mundo.” (destacou-se) (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e WAMBIER, Luiz Rodrigues. Dignidade da Pessoa Humana e a Busca de Critérios Justos para a Determinação do Valor da Indenizações, em Algumas Hipóteses Especiais de Dano Contra a Saúde. *In* Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana. Jorge Miranda e Marco Antonio Marques da Silva (coord). Pág. 1218.)

Nesta mesma esteira, o escólio de Luis Guilherme Aidar Bondioli:

“Nesse contexto, o dimensionamento do dano moral e da conseqüente indenização deve ser feito caso a caso, a luz das respectivas circunstâncias. Tais circunstâncias devem ser controladas com parâmetros sedimentados pela jurisprudência em torno da matéria, para que desse confronto resulte um número que reflita a exata quantidade de dinheiro necessária a indenizar o prejuízo em questão. Os parâmetros de que se fala são os seguintes: “(a) a situação pessoal do ofendido; (b) o porte econômico do ofensor; (c) o grau da culpa; (d) a gravidade e a repercussão da lesão.”

Esses parâmetros comportam uma análise crítica. Aliás, pode-se dizer que eles são os elementos centrais dessa fixação, funcionando como ponto de partida valorativo, o que deixa para as demais variáveis um papel acessório, consistente em exacerbações ou abrandamentos” (destacou-se) (BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. Aspectos Processuais do Código de Defesa do Consumidor. Vol. 1. Fabiano Carvalho e Rodrigo Barioni. (coord). Teresa Arruda Alvim Wambier (orientação). pág. 190.)

Ponto pacífico, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, que para a fixação do valor do dano moral, deve o julgador apegar-se ao conteúdo probatório, bem como à realidade fática das situações ensejadoras do ressarcimento, e não unicamente na condição econômica do réu, arbitrando-os de modo razoável, a fim de que não propicie ao autor captação de vantagem indevida.

No tocante ao pleito de redução do *quantum* arbitrado em R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) para fins de indenizar o dano moral, não merece prosperar, tendo em conta a adoção pacífica de entendimento pelo E. Superior Tribunal de Justiça no sentido de só ser possível revisar o valor indenizatório quando este se revelar irrisório ou exacerbado, como bem retrata o seguinte precedente:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. MORTE DE CRIANÇA CAUSADA POR ATROPELAMENTO DE VIATURA DO ESTADO EM SERVIÇO. DANO MATERIAL. CABIMENTO. PENSIONAMENTO MENSAL. VALOR DO DANO MORAL. REVISÃO. POSSIBILIDADE QUANDO IRRISÓRIO OU EXORBITANTE. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

(...)

2. O STJ consolidou orientação de que a revisão do valor da indenização somente é possível quando exorbitante ou insignificante a importância arbitrada, em flagrante violação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. (AgRg no Ag nº 894.282/RJ, Rel. Min. Denise Arruda, DJ de 29.11.2007, p. 209).

3. Atentando-se às peculiaridades do caso, em que o acórdão recorrido reconheceu a culpa exclusiva do recorrido, município de pequeno porte do interior do Estado de São Paulo, e, por outro lado, ao fato de se tratar de morte brutal de filha de pais lavradores, com 14 (catorze) anos à época do acidente, mostra-se razoável, para a compensação do sofrimento experimentado pela genitora, majorar o valor da indenização por danos morais fixados em R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais) pelo tribunal de origem, para R\$ 100.000,00 (cem mil reais), tomando-se como parâmetro os precedentes dessa Corte.

4. Recurso especial parcialmente provido. (grifos nossos) (REsp nº 976059/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 4.6.09, DJ 23.6.09)

O valor de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) arbitrado como indenização pelos danos morais sofridos pela autora não se mostra exorbitante, muito ao contrário, revela-se compatível ao usualmente adotado pelo STJ em casos semelhantes, daí porque não merece redução.

O dano causado pela apelante à vítima foi de sensível gravidade. Esta senhora sofreu demasiadamente com a morte de seu ente querido, sensação irreduzível aos frios dígitos da pecúnia.

Em apreciação equitativa acolho, portanto, o *quantum* fixado na sentença da douta magistrada *a quo*, mantendo-se integralmente o valor fixado.

Assim, os valores arbitrados como indenização são devidos à Sra. Albertina Viana Lopes como justiça ao gravame que lhe foi gerado, constituindo apenas um lenitivo ao sofrimento que lhe foi imposto, numa tentativa de proporcionar-lhe ao menos um pouco da dignidade que lhe foi tirada junto com a vida de seu filho.

É de se manter, desta forma, o provimento meritório atacado em todos os seus termos, inclusive no *quantum* indenizatório arbitrado no juízo primário, a ser devidamente atualizado, a contar da data do evento danoso.

Mostra-se, destarte, acertada e desmerecedora de qualquer reproche a sentença de mérito exarada pelo juízo da 5ª Vara Cível da Comarca de Sobral, que, entendendo existir liame fático entre as condutas das partes, Francisco Ivo de Vasconcelos, Sergio Antunes Ferreira Gomes e Casa de Repouso Guararapes, e o evento danoso, a implicar responsabilidade, subjetiva, pela comprovação da culpa, e objetiva, respectivamente, julgou procedente o pedido de indenização formulado pela apelada.

Condene-se, outrossim, Francisco Ivo de Vasconcelos, Sergio Antunes Ferreira Gomes e Casa de Repouso Guararapes Ltda, em responsabilidade solidária, no montante de 150.000,00 R\$ (cento e cinquenta mil reais) com atualização monetária do valor condenatório pelo INPC (Índice Nacional de Preços ao Consumidor), com termo inicial à data da morte de Damião Ximenes Lopes (04/10/1999) e incidência de juros, determinados pela aplicação da súmula 54 da jurisprudência dominante do STJ, contados, portanto, a partir da ocorrência do evento danoso, fixados no percentual de 0,5% (meio por cento) ao mês, até a vigência do novel Código Civil, em 11 de janeiro de 2003, e, após esta data, em 1% (um por cento) ao mês.

Ressalve-se, apenas, a restituição da gratuidade judiciária a Francisco Ivo de Vasconcelos, tendo por acolhida apenas esta preliminar de seu apelo.

Alfim, estou em cominar as condenações de praxe das custas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) do valor total da condenação.

Diante do exposto, tomo conhecimento da presente apelação para lhe conceder provimento parcial, mantendo íntegra a sentença vergastada, reformando-lhe apenas no tocante à gratuidade judiciária de Francisco Ivo de Vasconcelos.

É como voto.

Fortaleza, 31 de março de 2010.

¹SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. Pág. 103.

PROCESSO Nº 19855-50.2005.8.06.0000/0 (2005.0009.6852-0/0).
APELAÇÃO.
APELANTE: BENEDITO JOSÉ CARNEIRO CYSNE FROTA.
APELADO: BANCO DO BRASIL S.A.
RELATOR: DES. FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA.

EMENTA CIVIL. DANOS MORAL E MATERIAL. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO EM CONTA CORRENTE. INEXEQUIBILIDADE. FALTA DE LIQUIDEZ, CERTEZA E EXIGIBILIDADE. SÚMULA 233, STJ. APONTE PARA PROTESTO. SERASA E SPC. PREJUÍZO. AUSÊNCIA DE PROVA DO ATO ILÍCITO. NEXO DE CAUSALIDADE. NÃO DEMONSTRAÇÃO. FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO. ÔNUS DO AUTOR. ART. 333, I, CPC. REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL. PESSOA JURÍDICA. CARTA DE PREPOSTO. AUSÊNCIA. PRECLUSÃO. PEDIDO DE PRAZO. DEFERIMENTO. JUNTADA. APELO CONHECIDO E DESPROVIDO. SENTENÇA CONFIRMADA.

ACÓRDÃO

Acordam os integrantes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por uma de suas Turmas, unanimemente, em conhecer e negar provimento ao recurso, de conformidade com o voto do Relator.

Fortaleza, 11 de janeiro de 2010.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta por Benedito José Carneiro Cysne Frota, em face da sentença de fls. 123-126, proferida pelo Juízo da 17ª Vara Cível desta Comarca, em sede de ação de reparação de danos morais e materiais, a qual julgou improcedente o pedido, ante a ausência de prova da responsabilidade civil da requerida no que concerne a qualquer ato danoso, moral ou material.

Em razões recursais de fls. 129-137, arguiu o apelante a aplicação

de pena de confesso ao recorrido; a aplicação da regra do art. 14 do CDC (responsabilidade objetiva) ao caso vertente, diante da negativação dos danos do recorrente mediante o protesto efetuado pelo Banco; a repetição do indébito (arts. 931 e 940, CC), além da condenação do promovido em vinte e cinco vezes o valor dos danos materiais.

Contrarrazões às fls. 141-145.

É o relatório.

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do apelo.

Pugna o apelante pelo ressarcimento dos danos moral e material advindos, consoante expõe a inicial, (a) da cobrança indevida por parte do Banco, via ação executiva julgada improcedente em segunda instância jurisdicional (Proc. 1999.11714-4), de dívida oriunda de contrato de abertura de crédito em conta corrente (fl. 54) firmado com a instituição financeira e (b) do protesto em cartório do respectivo título.

Em sede de responsabilidade civil, faz-se mister salientar que, para a caracterização da obrigação de indenizar o dano moral, imprescindível é a demonstração da prática de um ato ilícito (conduta antijurídica), do prejuízo extrapatrimonial injusto e do nexo de causalidade, pressuposto fundamental a fazer o liame entre esses fatos.

Portanto, não basta apenas que a vítima sofra o dano, é preciso que esta lesão passe a existir a partir do ato violador do agente para que haja o dever de compensação. É indispensável a relação entre o ato omissivo ou comissivo do agente e o dano, de tal forma que o ato ilícito seja considerado como a causa do suscitado dano.

Infere-se dos autos que o Banco, a partir do contrato de abertura de crédito firmado entre aquele e o ora apelante, promoveu ação executiva a fim de compelir o requerente a pagar dívida então contraída em face do citado negócio jurídico. Esta Primeira Câmara Cível, assim, apreciando em 26.06.2000 a Apelação nº 1999.11714-4, da relatoria do Des. Rômulo Moreira de Deus (fls. 15-18), proveu o recurso do à época executado, ora recorrente, sob a fundamentação de que o contrato de abertura de crédito, mesmo que assinado por duas testemunhas e acompanhado de extrato de lançamentos em conta corrente, não constitui título executivo extrajudicial (Súm. STJ 233), e extinguiu a execução (arts. 267, VI, e 618, I, do CPC).

No entanto, falta ao caderno processual prova de que a pretensa dívida inexistente, a fim de levar à conclusão de que a cobrança manejada pelo

Banco foi procedida ilicitamente, para fins de aplicação dos art. 940, CC.

A opção por uma via processual posteriormente julgada em desfavor do suposto credor, em razão de o documento que julgava ser título executivo carecer de liquidez, certeza e exigibilidade, não faz presumir a inexistência do débito, mas tão somente a carência de ação executiva.

O só fato de o promovente-apelante haver sido demandado em execução civil frustrada pela impropriedade do título não implica reconhecimento da inexistência do débito. Além do mais, o apelante não trouxe comprovação de que o Banco tenha agido ilicitamente, ao postular em juízo, no âmbito do Proc. nº 1999.11714-4, o recebimento da mencionada dívida.

Ademais, o suplicante tampouco fez prova de que um “título de crédito” haja sido levado a protesto indevidamente em cartório de modo a prejudicá-lo — a afastar a presunção do dano moral —, bem como de que seu nome foi incluído em cadastro de inadimplentes ou de que experimentou qualquer restrição creditícia indevida ocasionada pelo recorrido.

Tais situações fáticas não podem ser deduzidas e dependem da efetiva atividade processual do autor, a quem compete o ônus de demonstrar o fato constitutivo de seu direito (art. 333, I, CPC).

De igual forma, a assertiva de dano material há de ser corroborada por dados concretos assentados nos fólios, a fim de se constatar que o suposto evento danoso foi causa da relatada “retração de fornecedor e paralisação de negócios” em prejuízo do autor (fl. 12).

O dano patrimonial ou material é aquele que causa a destruição ou diminuição de um bem de valor econômico. Esse prejuízo, no entanto, não dispensa aferição mediante atividade probatória do autor, sem o que não pode lograr favorável pronunciamento judicial.

Irrelevante é a assertiva do recorrente quanto a aplicar a pena confissão ficta (art. 12, VI, CPC) ao Banco-apelado, ante a circunstância de seu representante haver comparecido à audiência de instrução sem a correspondente carta de preposto (fl. 98), uma vez constar da assentada que o advogado do recorrido requereu prazo para a juntada do documento aos fólios, não havendo falar em preclusão para tanto, sobretudo quando foi pelo Juízo deferido coligi-la à fl. 113 (cf. fl. 115).

Por conseguinte, não explicitado nestes autos qualquer ato ilícito perpetrado pelo recorrido, ou dano moral ou material a ressarcir, conheço e nego provimento ao apelo.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 21506-25.2002.8.06.0000/0 (2002.0006.5603-5)

APELANTE: MARIA DO SOCORRO MARTINS DUARTE

APELADO: LUIZ NIVARDO CAVALCANTE MELO

ORIGEM: 5ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE FORTALEZA

RELATOR: DES. ADEMAR MENDES BEZERRA

APELAÇÃO CÍVEL. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. ASSINATURA ATÓPICA DA CONTRATANTE. VALIDADE. SUBSCRIÇÃO POR DUAS TESTEMUNHAS. INEXIGIBILIDADE. APELAÇÃO CONHECIDA, MAS DESPROVIDA.

- O que confere validade a um negócio jurídico, realizado por meio de contrato, é o que determina o art. 104, do CC, a saber, ser o agente capaz, ser o objeto lícito e estar a forma prescrita ou não defesa em lei. A simples aposição da assinatura de um dos contratantes em local, aparentemente inadequado, não vicia o ato. No caso de que se cuida, ficou sobejamente comprovado que a apelante teve ciência dos termos do contrato de prestação de serviços advocatícios, não podendo alegar que o mesmo é nulo, simplesmente porque assinou em local diverso do que tradicionalmente é escolhido para declarar a ciência dos termos avençados.

- A exigência de subscrição por duas testemunhas, a teor do art. 585, II, do Código de Processo Civil, requerida para que um documento particular possua a qualidade de título executivo não se aplica ao contrato de prestação de serviços advocatícios, onde se estipule os honorários devidos a teor do que preceitua o artigo 24 do Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/94), que não exige tal requisito.

- A necessidade de autorização judicial para a prática de alguns atos relacionados ao espólio, como impõe o art. 992, II, da lei adjetiva, tem como razão principal proteger os bens do espólio e o direito dos

demais herdeiros. No caso em tela, o contrato fora assinado para o pagamento de serviços que já tinham sido prestados e na ocasião em que a apelante ficou como herdeira universal, em razão do falecimento do irmão.

Recurso conhecido, mas desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelação cível nº. 21506-25.2002.8.06.0000/0 (2002.0006.5603-5), 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 recurso apelatório interposto, mas lhe negar provimento, nos termos do voto do relator.

Fortaleza, 18 de agosto de 2010.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de apelação cível em face de sentença que julgou improcedente ação de embargos à execução, interpostos com o objetivo de ver declarado nulo o título executivo extrajudicial, consubstanciado em contrato de pagamento de honorários advocatícios.

Na sua peça recursal, alega a apelante que a sentença merece ser reformada, por não ter o juiz aplicado o direito cabível à espécie. Baseia o seu inconformismo na afirmação de inexistência do título executivo, objeto dos embargos, já que lá não constaria a assinatura do representante legal do inventário, bem como de duas testemunhas, contrariando o que diz o art. 585, II, do Código de Processo Civil. Aduz, por outro lado, que deve ser expressa a manifestação de vontade em contrato de honorários advocatícios, a teor do art. 992, da lei adjetiva. Argumenta que juntou aos autos farta documentação que comprova que o causídico não teria prestado todos os serviços cobrados. Requer, a suspensividade do apelo, alegando possibilidade de dano irreparável, bem como relevância da fundamentação. Questiona, por fim, os arts. 368; 585, II e 992, II, do Código de Processo Civil e os arts. 135, 1079 e 1531, do Código Civil. Requer a reforma da sentença para declarar a inexistência do título executivo, ou negar-lhe eficácia executiva, ou, caso assim não entenda, declarar efetuado o pagamento da dívida.

Nas contrarrazões, o recorrido repisou os fundamentos lançados na exordial no sentido de provar que prestou os serviços que estão sendo cobrados

no título em referência, requerendo a manutenção da sentença em todos os seus termos.

Chamado a intervir, o ilustre representante do Ministério Público opinou pelo conhecimento do recurso, mas pelo seu improvimento.

É o relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade – objetivos e subjetivos – conhecimento do recurso.

Traz a apelante a discussão dos seguintes pontos: a) inexistência do título executivo por não constar a assinatura da contratante, na qualidade de inventariante, no campo indicado; b) ineficácia do contrato pela ausência das assinaturas de duas testemunhas e c) falta de autorização judicial para a contratação dos honorários, a teor do art. 992, II, do Código de Processo Civil.

Quanto à primeira questão de suposta inexistência do título executivo pela ausência da assinatura da inventariante, como afirma a recorrente, entendo que a mesma não deve prosperar. Vê-se da documentação colacionada aos autos, bem como do depoimento da própria embargante-apelada que ela assinou o contrato de prestação de serviços advocatícios na qualidade de inventariante do espólio, durante uma reunião realizada entre ela e o advogado do Inventário do seu pai, como se constata do seu termo de depoimento às fls. 103, tendo, naquela ocasião tido ciência dos termos de tal avença, em que ficou acertado que o espólio, por ela representado, seria devedor, por serviços já prestados, pois que a ação de Inventário se iniciara com o arrolamento dos bens deixados pelos pais para ela e o irmão, que, posteriormente veio a falecer, ficando a recorrente como única herdeira. Naquela ocasião foi devidamente assinado o contrato. Ora, não é o fato de estar a assinatura de um dos contratantes em determinado local que dá existência a um contrato, mas sim os requisitos necessários a qualquer negócio jurídico, como impõe o art. 104, do Novo Código Civil, (antigo art. 82) que assim dispõe:

Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I – agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III – forma prescrita ou não defesa em lei.

No caso de que se cuida, todos estes elementos estão presentes, não se podendo alegar a inexistência de tal ato, pelo fato de ter a apelante deixado

de assinar no local indicado, embora o tenha feito em outra parte do documento.

Quanto ao segundo ponto controvertido, também entendo que não merece guarida. A alegativa de que o título seria ineficaz pela ausência das assinaturas de duas testemunhas, como determina o art. 585, II, da lei adjetiva, que impõe esse requisito para que um documento particular tenha força executiva, não é exigido nas situações que se referem a contrato de honorários advocatícios, pois esse tipo de contrato é regido pela Lei nº 8.906/94 (Estatuto da OAB), que em seu art. 24, assim expõe:

Art. 24. A decisão judicial que fixar ou arbitrar honorários e o contrato escrito que os estipular são títulos executivos e constituem crédito privilegiado na falência, concordata, concurso de credores, insolvência civil e liquidação extrajudicial.

Sendo a situação regida por lei especial, a utilização das normas processuais se dá de forma supletiva e somente na ausência de previsão na legislação principal. E, por outro lado, como a lei especial não prevê a assinatura de duas testemunhas para que esse tipo de contrato possua força executiva, não se pode fazer tal exigência.

Esse, aliás, é o entendimento jurisprudencial dominante acerca do tema, inclusive no Superior Tribunal de Justiça, como se pode ver dos arestos abaixo colacionados:

EXECUÇÃO - Contrato de honorários advocatícios - Título executivo extrajudicial - Ausência de obrigatoriedade do título ser firmado por duas testemunhas - Exegese do artigo 24 da Lei 8.906/94 - Possibilidade de julgamento do processo no estado em que se encontra - Artigo 515, § 3º do Código de Processo Civil - Título executivo extrajudicial - Obrigação líquida e certa - Comprovada a prestação do serviço. Apelação parcialmente provida. (Apelação sem Revisão nº 1111472-0/2 – Campinas; TJSP - 33ª Câmara de Direito Privado; Relator: Desembargador Sá Moreira de Oliveira, data de julgamento: 14.06.2010) (sem grifos no original);

CIVIL E PROCESSUAL. RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO DEFICIENTE. SÚMULAS N. 282 E 356/STF. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. COBRANÇA PELA VIA DA EXECUÇÃO. CONTRATO CELEBRADO NA VIGÊNCIA DO ANTIGO ESTATUTO DA OAB (LEI N. 4.215/1963, ART. 100, PARÁGRAFO ÚNICO). AUSÊNCIA DE ASSINATURA DE DUAS TESTEMUNHAS. DISPENSA.

CABIMENTO DA VIA. NORMA ESPECIAL. CPC, ART. 585, VII.

I. A ausência de suficiente prequestionamento impede o exame da irresignação da parte em toda a sua extensão.

II. O contrato de honorários advocatícios, tanto na vigência da Lei n. 4.215/1963, art. 100, parágrafo único, como agora, pela Lei n. 8.906/1994, art. 24, constitui título executivo, bastando para a sua formalização a assinatura das partes, não afastando a via processual respectiva a ausência da firma de duas testemunhas, posto que tal exigência do art. 585, II, é norma geral que não se sobrepuja às especiais, como, inclusive, harmonicamente, prevê o inciso VII da referenciada norma adjetiva.

III. Recurso especial não conhecido. (RECURSO ESPECIAL Nº 400.687 - AC (2001/0196690-0); RELATOR : MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR; órgão julgador: T4 – Quarta Turma; data de julgamento: 14.11.2006) (sem grifos no original).

No tocante ao terceiro ponto, qual seja, a impossibilidade de se contratar advogado para resolver as questões do inventário, sem a anuência do juiz, conforme exegese do art. 992, II, da lei adjetiva, deve-se levar em conta que quando da assinatura do contrato, fora acertado o valor com base em serviços já prestados, ficando ali consignado que o pagamento seria realizado com a venda de determinado bem. A partir do momento que houve tal venda, sem que se tenha cumprido o que fora firmado, natural que houvesse a execução por inadimplência. Pode-se ver dos termos ali contidos que o mesmo fora pactuado para pagamento de serviços realizados anteriormente, já que a ação de Inventário iniciou-se com a necessidade de partilha dos bens deixados pelos pais da apelante, para ela e seu irmão, que veio a falecer, depois, ficando a primeira como única herdeira. Além do mais, as vedações, contidas no aludido artigo, quanto à necessidade de autorização judicial para a prática de alguns atos, existem para resguardar o direito de todos os herdeiros de qualquer ato que o inventariante realize e que possa vir a prejudicar os demais, o que não reflete o caso em tela, visto que o contrato foi assinado quando a apelante recebeu essa função, por conta do falecimento do seu irmão, ficando, então, como única herdeira e para o pagamento de serviços já prestado, como já explicitado.

Forte nesses argumentos, conheço da apelação para lhe negar provimento, mantida a sentença de primeiro grau em todos os seus termos.

Fortaleza, 18 de agosto de 2010.

PROCESSO Nº 30695-27.2002.8.06.0000/0.

APELAÇÃO CÍVEL.

APELANTE: ANA LUIZA RIBEIRO DE SENNA SOARES.

APELADO: MAIARD DE ANDRADE.

RELATOR: DES. FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA.

EMENTA CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CONTESTAÇÃO. FAC-SÍMILE. ART. 297 DO CPC. ORIGINAIS E INSTRUMENTO PROCURATÓRIO. QUINQUÍDIO LEGAL. ART. 2º DA LEI 9.800/1999. REVELIA. EFEITOS. IMPOSSIBILIDADE. DANO MORAL. PRESTADORA DE SERVIÇOS. ELEIÇÕES MUNICIPAIS. CRÍTICAS GENÉRICAS À ADMINISTRAÇÃO. CANDIDATO A CARGO DE PREFEITO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA ALEGADA LESÃO. *ANIMUS NARRANDI* OU *CRITICANDI*. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E PROTEÇÃO CONFERIDA À HONRA. ATO ILÍCITO E DANO. INEXISTÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO.

1. Recebida a contestação via fac-símile, no lapso do art. 297 do CPC e protocolados os originais, juntamente com o instrumento procuratório, no quinquídio do art. 2º da Lei 9.800/1999, postergado o *dies ad quem* para o primeiro dia útil subsequente, não é de se declarar os efeitos da revelia.

2. Observações críticas, exaradas de modo genérico, nos limites da divulgação de situação fática não configuram, por si sós, ilícito ensejador de responsabilidade civil por lesão ao patrimônio intangível. A ofensa à honra exige o dolo, o propósito de ofender. Não há confundi-la, pois, com a mera crítica, limitada ao *animus narrandi* ou *criticandi*, sob pena de implicar, inclusive, cerceamento do direito à liberdade de expressão.

3. É inarredável ao julgador, por fim, considerar o cenário no qual as expressões foram exaradas. Se no âmbito

de campanha política e abrangendo questões atinentes à administração municipal, sem malferimento de ordem pessoal, não há falar em excesso e, por conseguinte, em dano moral.

4. Apelo conhecido e desprovido.

ACÓRDÃO

Acordam os integrantes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por julgamento de Turma, unanimemente, em conhecer e negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 19 de julho de 2010.

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação (fls. 339-376) oposta contra a sentença de fls. 307-317, exarada pelo Juízo de Vara Única da Comarca de Tabuleiro do Norte (CE), a qual, em sede de ação de indenização por danos morais, julgou improcedente o pedido, ao reputar inexistente o prejuízo extrapatrimonial proclamado pela promovente, condenado-a em custas processuais e honorários de advogado.

Em razões recursais (fls. 339-376), pugna pela reforma do julgado a recorrente, a argumentar a nulidade dos atos processuais praticados pelo réu, em face da revelia, bem como falta de representação processual do promovido, tendo em vista não ter remetido, anexo ao fac-símile, o instrumento procuratório, mas somente com os originais, após o prazo legal de 5 (cinco) dias do art. 2º da Lei nº 9.800/1999, e a existência suficiente de prova nos autos quanto ao dano moral.

Gratuidade judiciária conferida à fl. 377, recebida a insurreição no duplo efeito devolutivo e suspensivo.

Ao contraminutar (fls. 389-394) o apelo, aduz o recorrido não ter a autora se desincumbido do ônus de provar os fatos constitutivos de sua pretensão em juízo, ausente a comprovação do dano moral suscitado.

Quando ao aludido defeito de representação, assevera o suplicado tratar-se de vício sanável e devidamente regularizado nos autos.

É o relatório.

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do apelo.

Em princípio, pugna a apelante pela declaração de nulidade dos atos processuais realizados pelo réu, em face dos efeitos da revelia, pelo fato de haver juntado extemporaneamente (além do quinquídio legal previsto no art. 2º da Lei 9.800/1999) os originais da contestação de fls. 54-57, enviadas por fac-símile às fls. 51-53 (ilegível), devendo considerar-se *verdadeiros os fatos afirmados* pela autora.

Verifica-se, à fl. 48v., que o mandado de citação foi cumprido e juntado aos autos em 02.10.2000, havendo o fac-símile da resposta do réu sido juntado aos fôlios em 17.10.2000 (fls. 51-53, cópias às fls. 54-57).

Preceitua o art. 2º da Lei 9.800/1999: “A utilização de sistema de transmissão de dados e imagens não prejudica o cumprimento dos prazos, devendo os originais ser entregues em juízo, necessariamente, até cinco dias da data de seu término”.

Findo o quinquídio legal em 22.10.2000 e carreados ao caderno processual os originais da contestação em 23.10.2000 (fl. 59v.), não há falar em entrega serôdia, tampouco em revelia, pelo que rejeito a preliminar suscitada.

Insurge-se a recorrente, ademais, da sentença de fls. 307-317, a qual julgou improcedente o pedido de condenação do promovido em dano moral.

A controvérsia é tocante a lesão extrapatrimonial supostamente perpetrada pelas declarações do recorrido acerca da autora, nos dias 30 e 31 de agosto de 2000, nas dependências da Escola de 1º e 2º graus Francisco Moreira Filho, no Município de Tabuleiro do Norte, “em debate perante várias pessoas e alunos da referida escola”, e em 15.10.2000, quando aquele pretensamente tornou a ofender a suplicante, por meio da emissora de rádio Nativa FM, no programa apresentado por Hélio Bezerra (fl. 59), ao mencionar “existir funcionária fantasma na Administração Municipal nos quadros funcionais da Prefeitura de Tabuleiro do Norte ganhando certa importância em dinheiro, ou seja, R\$ 4.800,00 (quatro mil e oitocentos reais)”.

Afirma, pois, que a mencionada conduta denegriu-lhe a bom conceito social, repercutindo igualmente no seu círculo profissional, porquanto ofensiva à honra, a merecer condenação no montante de R\$ 543.600,00 (quinhentos e quarenta e três mil e seiscentos reais).

Como sabido, para obter o reconhecimento do direito à indenização por dano moral, o ofendido deve explicitar graves motivos para se considerar prejudicado, “pois a existência de ofensa poderá ser considerada tão insignificante que, na verdade, não acarreta prejuízo moral” (THEODORO JUNIOR, Humberto. *Dano moral*. 4ª ed., São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 7).

Para que o ato seja considerado ilícito, faz-se imprescindível um

juízo de razoabilidade a autorizar a presunção de um prejuízo grave, uma vez que meros dissabores da vida comum em sociedade não conduzem a condenação judicial.

Passo ao exame da prova coligida aos autos e aquela produzida em juízo no decorrer da instrução.

Foram oitivadas as testemunhas Antônio José Costa de Oliveira (fls. 203-204) e José Neudjane Chaves Andrade (fls. 205-206), cujas palavras ora transcrevo, *ipsis verbis*:

[...] que o depoente participou como estudante, ouvinte de uma palestra proferida pelo então candidato a prefeito, ora promovido; que o depoente esclarece que tais palestras eram proferidas por cada um dos candidatos em dias diferentes, apresentando na ocasião a proposta de futuro governo municipal; que estava presente no colégio Francisco Moreira Filho na noite do dia 30 de agosto; que tal palestra era destinada a todos os alunos da escola e se realizou no auditório por volta das 19:00 para 21:00 horas; que no dia referido além dos alunos, estavam presentes os professores e outras pessoas não vinculadas a escola, populares; que o depoente esclarece que anteriormente a essa palestra, a diretoria da escola pediu opinião dos alunos, os quais autorizaram e se manifestaram favorável a realização desta apresentação do^[sic] candidatos a eleição municipal; que a realização da palestra divulgada no âmbito da escola; que o promovido iniciou sua apresentação apresentando seu plano de governo, e respondeu às perguntas formuladas por alunos e professores e passou a contar algumas irregularidades existente^[sic] na administração municipal da época; que o promovido citou que existia uma funcionária fantasma, nominando-a, disse chamar-se tal funcionária Ana; que o promovido falou que tal funcionária recebia alto salário e só vinha a este município para receber o dinheiro e depois ir embora; que o promovido não esclareceu o valor do salário; que o promovido inclusive perguntou em tom irônico: “alguém conhece essa Ana?” que a platéia ficou calada, mas o depoente, mas o depoente e alguns outros alunos conheciam referida Ana; que pelo modo que o promovido falou, o depoente imediatamente identificou a referida funcionária, como sendo a pessoa da autora; que um colega do depoente, de nome Fernando comentou com o depoente que sabia de quem o promovido falava; que o depoente esclarece que na época, ele e o referido Fernando trabalhavam prestando serviços junto à Prefeitura Municipal; que o promovido falava “que se for eleito, estas irregularidades como a da funcionária fantasma não irão mais acontecer”; que por duas ou três vezes o promovido falou deste assunto, mencionando sempre a existência de uma única funcionária fantasma; que o promovido falou que a funcionária fantasma não prestava nenhum serviço ao município, apenas vinha receber o dinheiro; que a autora não estava presente neste município

por ocasião dessas palestras, mas uma semana depois aproximadamente, chegou e tomou conhecimento através de comentários de populares e de pessoas que trabalhavam com a mesma, dos fatos imputados a sua pessoa; que o depoente esclarece que de início a autora não tomou providência, mas aproximadamente uns quinze dias após o ocorrido, a autora solicitou que o depoente fosse ouvido como testemunha na Delegacia de polícia deste município; [...]; que o depoente esclarece que seus serviços não eram apenas externos, pois muitas vezes recebia a documentação e trabalhava lá dentro das Secretarias, saindo ocasionalmente para ir ao Banco, ao Cartório, à Câmara municipal e depois retornava para Prefeitura, por essa razão tinha condições de ver quando a autora chegava para prestar serviços, inclusive esta entregava documentos ao depoente; que a autora se hospedava inicialmente na casa de uma pessoa conhecida como Edna, na rua Emília Chaves, e posteriormente passou a se hospedar na residência da tia do depoente, Rubia Lopes de França, colega de trabalho da autora, e secretária de finanças à época; que o depoente considera o fato da^[sic] autora ter sido chamada de funcionária fantasma como desabonador de sua conduta e maculador de sua honra [...] (fls. 203-204).

[...] que o depoente é estudante do colégio Francisco Moreira Filho e estava presente no dia 30 de agosto de 2000, por ocasião de uma apresentação de proposta de campanha apresentada pelo Dr. Maiard, ora promovido; que tal palestra se realizou no pátio da escola por volta das 20:00 horas; que tal palestra era destinada a todo o colégio, alunos, funcionários e direção da Escola; que o depoente esclarece que a platéia também era composta de pessoas que não tinham vínculo com a escola, pessoas da comunidade; que o objetivo dessa palestra era a apresentação de propostas de campanha à eleição majoritária municipal; que durante a palestra do promovido, este falou de suas propostas, bem como de crítica à administração municipal da época; que o promovido, apontando o que achava errado, falou de uma funcionária Ana, que ganhava mais de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais) e apenas uma única vez havia estado no município; que o promovido falava que esta pessoa estava recebendo irregularmente, pois esta trabalhava na Prefeitura, mas só havia estado na Prefeitura uma ou duas vezes; que o promovido falou que a referida funcionária Ana trabalhava na Prefeitura; que não se recorda se o promovido falou em que trabalhava a funcionária Ana; que o depoente afirma que ao ouvir a referência à funcionária Ana, na sua cabeça imeditamente pensou, suspeitou que se tratasse da pessoa da autora; que o depoente esclarece que suspeitou que seria a autora, porque só conhecia duas Anas que trabalhavam na Prefeitura, e uma delas era esposa de Manoel Nogueira, e o depoente sabia que ela não recebia esse salário e a outra era a autora; [...] que o depoente afirma que a palestra foi muito longa, mas não se recorda de o promovido ter falado na existência na administração municipal da

época de outros funcionários fantasmas; [...], pois o depoente afirma que embora a autora não estivesse diariamente na Prefeitura, esta comparecia uma a duas vezes no mês neste município, que poucos dias depois da palestra, a autora compareceu neste município e tomou conhecimento do fato, o conteúdo do debate, através de funcionários da própria Prefeitura; que inclusive vários destes compareceram no dia referido; que o depoente tomou conhecimento que a autora foi tomar providências contra o promovido, por este haver citado o seu nome na palestra; que inclusive a autora procurou o depoente pedindo-lhe para servir de testemunha e o depoente foi ouvido na Delegacia; [...]; que a autora informou ao depoente que para prestar o seu serviço, bastaria a sua presença uma a suas vezes no mês, o seu comparecimento neste município; [...]; que o depoente afirma que os debates ou palestras prestados pelos candidatos eram muito comentados em face das suas propostas e das suas críticas respectivas; que os comentários referiam-se ao salário de R\$ 4.000,00 de uma funcionária da Prefeitura e das propostas dos candidatos Ednardo e Maiard; que os comentários se referiam a uma funcionária de nome alto do salário; [...] que não era filiado a nenhum partido político; que não participava ativamente de atividades políticas na eleição municipal de 2000; [...]. (Fls. 205-206).

O exame técnico da decodificação (audiografação) das fitas de áudio (laudo pericial às fls. 225-249), explicita, *in verbis*:

[...] Que irresponsabilidade desprezo pelo povo e incompetência, chega, não é possível mais se jogar o jovem (inaudível) a risco (inaudível) nós vemos hoje não adiante dizer que não tem dinheiro, dinheiro existe e o orçamento de Tabuleiro é de aproximadamente seiscentos mil reais por mês, o que existe é o dinheiro sendo jogado nas mãos de um grupinho de uma curriola que se beneficia, pasmem vocês que tem funcionários morando em Fortaleza que só andou em Tabuleiro uma vez e que ganha quatro mil e oitocentos reais aproximadamente com quatro mil e oitocentos reais eu compro remédio e dou pro povo e não pro funcionário fantasma que vive lá (inaudível). [...] (fls. 231-232).

Por sua vez, o promovido, oitivado em juízo (fls. 259-259v.), nega que haja tido a intenção de ofender a autora ou mesmo pronunciado seu nome ou profissão, ao asseverar, *in verbis*:

[...] que no dia 29 ou 30 de setembro do ano 2000, tomou conhecimento da interposição contra sua pessoa de uma ação promovida pela autora, a qual se sentiu ofendida em sua honra; que

o depoente afirma que ficou surpreso porque não tinha conhecimento do que se tratava, nem conhece a pessoa da autora; que nos dias referidos na inicial, o depoente esteve debatendo nos colégios questões atinentes às metas de campanha; que indagado pelos estudantes, o depoente respondeu que na sua administração haveria a contratação de profissionais mediante concurso e obedecendo as formas legais; que surgiu a pergunta da seguinte forma: “o que é que o senhor acha de funcionários que moram fora do município e recebem salários?” que o depoente respondeu que não concordava com tal prática e que tinha conhecimento através de comentários de rua que havia uma funcionária que não morava em Tabuleiro e percebia mais de R\$ 4.500,00 (quatro mil e quinhentos reais); que uma pessoa da plateia perguntou quem era, havendo o depoente dito que não sabia e posteriormente uma outra pessoa da plateia falou que era “uma Ana de Tal” e o depoente falou “taí”, significando que tal pessoa havia responder; que a referida pessoa da plateia não declinou o nome de Ana Luiza Ribeiro de Sena Soares; que o depoente ainda complementou: “que com R\$ 4.500,00 eu compraria cestas básicas e remédios para a população carente”; que não existiu outras perguntas com relação a esta funcionária; que em nenhum momento o depoente afirmou que a autora, ou a referida funcionária, era funcionária fantasma e recebia salário sem trabalhar; que o depoente esclarece que tomou conhecimento de funcionários que moravam fora, como uma que morava no Estado do Pará e foi demitida na atual gestão do promovido; que o depoente em nenhum momento citou o nome de funcionários fantasmas; que o objetivo da palestra do promovido referente a esse ponto, era a explicação das regras do concurso de admissão de funcionários; que no comício realizado na localidade de Patos no dia 30 de agosto de 2000, o depoente não mencionou que a autora seria uma funcionária fantasma; que o depoente afirma que durante a sua campanha sempre falou de forma genérica, no sentido de que a administração deveria ser moralizada; que os ataques e críticas à administração municipal anterior eram referidas ao prefeito ou à própria administração, não existindo ataques pessoais a nenhum dos funcionários; que no momento do debates, não foi citado em nenhum momento que a referida funcionária fantasma era contadora; que teve conhecimento inclusive que o contador da prefeitura era um homem de nome Valter alguma coisa; [...] que o depoente não teve nenhuma intenção de macular a honra ou citou nomes de nenhuma pessoa, nem se reportou a nomes de candidatos; que o depoente esclarece que no meio de uma plateia de aproximadamente de duzentas pessoas, surgiam nomes que eram ditos pelos próprios ouvintes, que se manifestavam de várias formas, citando inclusive nomes de administradores anteriores, e colocações genéricas como: “o que o senhor acha do lixo do Zé de Pio?” [...] (Fl. 259-259v.).

A partir dos documentos de fls. 15-40, observa-se que a promovente foi contratada pela Prefeitura do Município de Tabuleiro do Norte (CE) (homologação e adjudicação à fl. 40), via procedimento licitatório (modalidade convite), em que sua proposta (de R\$ 4.858,00), dentre três, foi considerada a vencedora (tipo menor preço), cujo objeto era “a prestação de serviços autônomos em assessoria, junto às Unidades Administrativas, na estruturação e acompanhamento dos controles internos, da Prefeitura Municipal de Tabuleiro do Norte - Ceará, no período de fevereiro/2000 a dezembro/2000” (fl. 33).

Aduz a recorrente, na vestibular, ser “contadora militante” (fl. 03), e atuar a serviço da municipalidade de Tabuleiro do Norte, em Fortaleza, diante do Tribunal de Contas dos Municípios (fl. 219, termo de inspeção do TCM na Prefeitura de Tabuleiro do Norte), bem como na sede daquele Município contratante.

Em percuciente análise que procedi aos elementos de prova coligidos aos autos pelas partes contendoras e resultado da instrução processual, tenho que o apelado, então candidato ao cargo de chefe do Executivo municipal em 2000, não exorbitou em sua narrativa de modo a perpetrar o dano reclamado, não agindo assim com *animus difamandi*.

Malgrado refiram as testemunhas (fls. 203-204 e 205-206) que o promovido haja citado a existência de “uma Ana”, “funcionária fantasma” “que recebia alto salário” e “que não prestava nenhum serviço ao município, apenas vinha receber o dinheiro”, devo considerar, igualmente, a prova técnica pericial juntada aos fólios, cuja audiografação revela ter o recorrido feito comentários genéricos a “funcionários morando em Fortaleza que só andou em Tabuleiro uma vez e que ganha quatro mil e oitocentos reais aproximadamente com quatro mil e oitocentos reais eu compro remédio e dou pro povo e não pro funcionário fantasma que vive lá” (fls. 231-232).

É de salientar terem as testemunhas afirmado que a autora não presenciou os debates porque estava fora da localidade — uma vez que comparecia apenas “quinzenalmente à sede do Município” (fl. 03) —, vindo a tomar conhecimento do fato posteriormente e por ouvir dizer.

No sopesamento dos elementos de prova, é compreensível que em demorada exposição, na qual debatidos temas de programa político, seguida de perguntas dos presentes ao debate, as testemunhas façam particularíssimo juízo de valor dos discursos, consequência da influência sensorial a que todos estamos sujeitos no instante dos acontecimentos. Ao revés, a natureza do conhecimento apresentada pelos peritos é sempre técnica e sua conclusão baseada em fatos comprovados cientificamente.

O que se me apresenta, *in casu*, é uma aparente colisão entre a liberdade de expressão desempenhada pelo recorrido, quando dos debates que

antecederam a campanha eleitoral de 2000, e a proteção constitucional conferida à honra da autora, aqui apelante.

O exercício daquele direito pelo réu, no entanto, não malferiu aqueloutro garantido à autora, ambos com assento na Constituição da República.

É que a responsabilidade civil tem como centro de atenção o ato ilícito. Nas palavras de Sílvio de Salvo Venosa, “o dever de indenizar vai repousar justamente no exame de transgressão ao dever de conduta que constitui o ato ilícito” (cf. *Direito civil: Responsabilidade civil*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 22).

Sua conceituação, antes prevista no art. 159 do Código Civil de 1916, está atualmente no art. 186 do CC de 2002: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

O segundo requisito de caracterização da responsabilidade subjetiva é o dano, que deve ser o injusto ou a lesão a um interesse. “Trata-se, em última análise, de interesses que são atingidos injustamente” (VENOSA, *op. cit.* p. 28). Sua materialização ocorre com o efetivo prejuízo suportado pela vítima.

Por fim, o nexos causal ou relação de causalidade é o liame entre a conduta do agente e o dano provocado. É elemento indispensável em qualquer modalidade de responsabilidade civil.

No contexto dos autos, não restou comprovado o nexos de causalidade nem o ato ilícito praticado pelo promovido de modo a ofender a honra da autora.

A manifestação do apelado, durante os debates eleitorais em 2000, em escola pública do Município de Tabuleiro do Norte, ao narrar a existência de “funcionário fantasma” “morando em Fortaleza” e que “ganha quatro mil e oitocentos reais aproximadamente”, por mais que se possa associar à situação fática vivenciada pela promotente no período em que prestava serviço ao Executivo municipal, não prescinde de demonstração, de sua parte, de que tais palavras eram a si dirigidas e não só, mas que em decorrência delas lhe tenha sido acarretado o proclamado dano imaterial.

A ponderação de princípios realizada no caso concreto é explicada por Sérgio Cavalieri Filho, que assim acentua:

Com efeito, ninguém questiona que a Constituição garante o direito de livre expressão à atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença (arts. 5º, IX, e 220, §§ 1º e 2º). Essa mesma Constituição, todavia, logo no inciso X o seu art. 5º, dispõe que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua

violação". Isso evidencia que, na temática atinente aos direitos e garantias fundamentais, esses dois princípios constitucionais se confrontam e devem ser conciliados. É tarefa do intérprete encontrar o ponto de equilíbrio entre princípios constitucionais em aparente conflito, porquanto, em face do princípio da unidade constitucional, a Constituição não pode estar em conflito consigo mesma, não obstante a diversidade de normas e princípios que contém; deve o intérprete procurar as recíprocas implicações de preceitos e princípios até chegar a uma vontade unitária na Constituição, a fim de evitar contradições, antagonismos e antinomias. (Cf. *Programa de responsabilidade civil*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 129-132).

Nesse diapasão, esclarece Gilmar Ferreira Mendes:

No que se refere à tensão entre a liberdade de expressão e de crítica e o direito à honra e à intimidade, existe, no Supremo Tribunal Federal, precedente que reconhece a possibilidade de diferenciações, consideradas as diferentes situações desempenhadas pelos eventuais envolvidos. Assim, admite-se, tal como na jurisprudência de outros países, que se estabeleçam critérios diversos para a aferição de possível lesão à honra, tendo em vista a maior ou a menor exposição pública das pessoas. [...].

(Cf. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3ª ed., Saraiva: São Paulo, 2004, p. 69-70).

Por fim, hão de incluir-se entre os elementos essenciais à caracterização da responsabilidade civil por dano moral a *ilicitude da conduta do agente* e a *gravidade da lesão suportada pelo ofendido*. Observações críticas, exaradas de modo genérico, ainda que irritantes, mas nos limites da divulgação de situação fática, não configuram, por si sós, ilícito ensejador de responsabilidade civil por lesão intangível.

A ofensa à honra exige o dolo, o propósito de ofender. Não se deve confundí-la, pois, com a mera crítica, limitada ao *animus narrandi* ou *criticandi*, sob pena de implicar, inclusive, cerceamento do direito à liberdade de expressão.

Isto não quer significar, porém, que o exercício desse direito seja absoluto e não encontrem limites em face de outros direitos também consagrados no ordenamento normativo pátrio.

Do exposto, não tendo sido as expressões críticas manifestadas pelo réu à época da campanha eleitoral de 2000 bastantes a ofender o núcleo essencial do direito conferido à autora de proteção de sua honra e intimidade, tenho por descabida qualquer indenização na hipótese dos autos, razão por que conheço e nego provimento ao recurso.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 35296-08.2004.8.06.0000/0, ORIUNDA DA 24ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE FORTALEZA.

APELANTE: HAPVIDA – ASSISTÊNCIA MÉDICA LTDA.

APELADO: KRISHNAMURTI CABRAL.

RELATORA: DESA. MARIA IRACEMA MARTINS DO VALE.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE EM DECORRÊNCIA DE MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. ESTATUTO DO IDOSO. VEDADA A DISCRIMINAÇÃO EM RAZÃO DA IDADE.

1. A controvérsia a ser dirimida nos presentes autos cinge-se à validade da cláusula do plano de saúde entabulado entre os litigantes que estabelece reajuste no valor da mensalidade em decorrência do conveniado atingir a faixa etária de 60 (sessenta) anos.

2. Verifica-se que o art. 15 do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03) contém disciplina contrária à legislação que rege os planos de saúde, vedando a prática de reajustamento das mensalidades dos planos de saúde em razão de mudança de faixa etária, a qual a legislação específica abaliza.

3. Importa ressaltar que esta disposição legal possui aplicabilidade imediata, de modo que a vedação trazida pelo Estatuto do Idoso não condiciona somente os contratos firmados após sua entrada em vigor, mas também aqueles que tenham sido firmados em momento anterior. Se o consumidor, usuário do plano de saúde, atingiu a idade de 60 anos já na vigência do Estatuto do Idoso, fará ele *jus* ao abrigo da referida regra protetiva.

4. Precedentes do STJ e do TJCE.

- Apelação conhecida e não provida.
- Sentença confirmada.
- Unânime.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível nº 35296-08.2004.8.06.0000/0, em que figuram as partes acima indicadas. Acorda a 4ª Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer e negar provimento à apelação, confirmando a sentença recorrida por seus próprios e jurídicos fundamentos, nos termos do voto da Relatora.

Fortaleza, 02 de agosto de 2010.

RELATÓRIO

Tratam os autos de Apelação Cível contra sentença que decidiu pela procedência da ação.

O caso/a ação originária: Krishnamurti Cabral promoveu ação de consignação em pagamento aduzindo estar sendo cobrado reajuste ilegal na mensalidade de seu plano de saúde baseado unicamente no fato de o mesmo haver atingido a idade de sessenta anos. A HapVida – Assistência Médica Ltda., por ocasião de sua contestação (fls. 31/40), alegou que o aumento da mensalidade em razão da mudança de faixa etária é legal, uma vez que na data de sua pactuação não havia norma expressa vedando tal prática.

A sentença: às fls. 57/59, o Juízo *a quo* julgou procedente o pleito autoral, declarando ilegal o reajuste em debate. Confira-se o dispositivo da decisão:

“POSTO ISSO, e o mais que dos autos exsurge, julgo PROCEDENTE o pedido inicial, com extinção da obrigação e condeno a parte requerida ao pagamento das custas judiciais, e dos honorários de advogado, fixados em 20% do valor da causa”.

A apelação: inconformada com o *decisum*, a promovida apresentou recurso (fls. 66/73), repisando os mesmos argumentos da contestação.

Contrarrazões, às fls. 78/84, na qual foi requerida a manutenção da sentença recorrida, em todos os seus termos.

É o relatório.

Revisão feita pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Lincoln Tavares Dantas.

VOTO

A controvérsia a ser dirimida nos presentes autos cinge-se à validade da cláusula do plano de saúde entabulado entre os litigantes que estabelece reajuste no valor da mensalidade em decorrência do conveniado atingir a faixa etária de 60 (sessenta) anos.

Deixo de apreciar de maneira autônoma a preliminar de interesse de agir, uma vez que a mesma se confunde com o mérito da demanda. Sendo

esta resolvida pelos fundamentos que seguem.

A cláusula 8.2 do contrato entabulado entre as partes dispõe da seguinte maneira:

“8.2 – Todo usuário que, no ato da sua inclusão contar com mais de 60 (sessenta) anos, ou no decorrer do contrato atingir essa idade, tem sua mensalidade acrescida de 5% (cinco por cento) por cada aniversário. Outrossim, os valores constates da TABELA DO HAP VIDA – ANEXO 2 – serão corrigidos automaticamente com relação ao beneficiário, quando este passar para outro intervalo de idade”.

Esta disposição contratual não encontra amparo no ordenamento pátrio, pois o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03), em seu Art. 15, §3º, veda o reajuste de valores em virtude do implemento de idade, nos seguintes termos:

“Art. 15. É assegurada a atenção integral à saúde do idoso, por intermédio do Sistema Único de Saúde – SUS, garantindo-lhe o acesso universal e igualitário, em conjunto articulado e contínuo das ações e serviços, para a prevenção, promoção, proteção e recuperação da saúde, incluindo a atenção especial às doenças que afetam preferencialmente os idosos.

§ 3º É vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade”.

Verifica-se que o Estatuto do Idoso contém disciplina contrária à legislação que rege os planos de saúde, vedando a prática de reajustamento das mensalidades dos planos de saúde em razão de mudança de faixa etária, a qual a legislação específica abaliza.

Cumprido lembrar que, com o advento do Código de Defesa do Consumidor, instituído pela Lei nº 8.078/90, não há mais lugar para se invocar o princípio do “*pacta sunt servanda*”, aplicável às avenças de Plano de Saúde, em decorrência de segura orientação sumular advinda do egrégio Superior Tribunal de Justiça, senão vejamos:

“SÚMULA 321 - O Código de Defesa do Consumidor é aplicável à relação jurídica entre a entidade de previdência privada e seus participantes”.

Destarte, a cláusula contratual em análise é nula.

Importa ressaltar que esta disposição legal possui aplicabilidade imediata, de modo que a vedação trazida pelo Estatuto do Idoso não condiciona somente os contratos firmados após sua entrada em vigor, mas também aqueles que tenham sido firmados em momento anterior. Se o consumidor, usuário do plano de saúde, atingiu a idade de 60 anos já na vigência do Estatuto do Idoso, fará ele *jus* ao abrigo da referida regra protetiva.

O Superior Tribunal de Justiça já pacificou este entendimento, como se extrai do seguinte julgado:

“DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE EM DECORRÊNCIA DE MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. ESTATUTO DO IDOSO. VEDADA A DISCRIMINAÇÃO EM RAZÃO DA IDADE. - O Estatuto do Idoso veda a discriminação da pessoa idosa com a cobrança de valores diferenciados em razão da idade (art. 15, § 3º). Se o implemento da idade, que confere à pessoa a condição jurídica de idosa, realizou-se sob a égide do Estatuto do Idoso, não estará o consumidor usuário do plano de saúde sujeito ao reajuste estipulado no contrato, por mudança de faixa etária”. (...) (STJ; REsp 809.329/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/03/2008, DJe 11/04/2008)

Este egrégio Tribunal de Justiça partilha do mesmo posicionamento, como se observa do excerto jurisprudencial que segue transcrito:

“CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. RECURSO CÍVEL. PLANO DE SAÚDE. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE EM DECORRÊNCIA DE MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. APLICAÇÃO DO ESTATUTO DO IDOSO. DISCRIMINAÇÃO CONFIGURADA. ABUSIVIDADE RECONHECIDA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA. (TJCE; Apelação 100372200580600011; Relator(a): DES. CLÉCIO AGUIAR DE MAGALHÃES; Órgão julgador: 5ª Câmara de Direito Cível; Data do julgamento: 03/03/2010; Data de registro: 10/03/2010)

Diante do exposto, a confirmação da sentença é medida que se impõe

DISPOSITIVO

Diante do exposto, conheço e nego provimento à apelação interposta, com a conseqüente confirmação da sentença vergastada, para o fim específico de declarar abusivo o reajuste em decorrência de mudança de faixa etária, sendo correto o valor consignado.

É como voto.

Fortaleza, 02 de agosto de 2010

PROCESSO Nº 47355-20.2007.8.06.0001/1.

APELAÇÃO CIVEL.

APELANTE: ROSANE PASSOS RIBEIRO.

APELADO: JOSÉ SÉRGIO RIBEIRO FILHO.

RELATOR: DES. FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA.

EMENTA CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. AÇÃO DE INTERDIÇÃO. PROVA TESTEMUNHAL DEFERIDA E NÃO COLHIDA PELO JUÍZO A QUO. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. CERCEAMENTO DE DEFESA CONFIGURADO. APELO CONHECIDO E PROVIDO. SENTENÇA ANULADA.

1. O caso em estudo diz respeito, além da interdição do apelado, à nomeação de seu curador, o que reclama uma análise minuciosa para chegar-se à conclusão de quem melhor exercerá tal *múnus*, principalmente diante do estado de beligerância em que se encontram as pessoas que se dizem aptas ao exercício desta curadoria.

2. Portanto, a matéria não prescinde de dilação probatória, exigindo-se a apuração dos fatos trazidos aos autos pelas partes, sendo a oitiva das testemunhas já elencadas importante meio para um correto julgamento do feito.

3. O encerramento prematuro da instrução processual causou efetivo prejuízo à parte apelante na medida em que, não exercendo por completo a sua ampla defesa, o seu poder de influenciar a decisão do magistrado foi seriamente comprometido, ferindo frontalmente o princípio constitucional do contraditório e tendo por consequência um julgamento totalmente contrário aos seus interesses.

4. Ademais, a produção de prova testemunhal foi oportunamente postulada e deferida, mas não foi colhida pelo MM Juiz de direito da 8ª Vara de Família desta Comarca, que sequer justificou na sentença tal atitude.

5. Apelo conhecido e provido. Sentença anulada.

ACÓRDÃO

Acordam os integrantes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por uma de suas Turmas, unanimemente, em conhecer da apelação e dar-lhe provimento, anulando a sentença de primeiro grau, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 28 de junho de 2010.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação cível interposta por Rosane Passos Ribeiro, em face de sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 8ª Vara de Família da Comarca de Fortaleza, nos autos de ação de interdição movida pela insurgente contra seu pai, o sr. José Sérgio Ribeiro Filho.

A decisão adversada (fls. 486-487) decretou a interdição do apelado, nomeando-lhe curadora definitiva a sua filha Lisiane Passos Ribeiro, irmã da ora apelante.

Em suas razões, a recorrente alega, em síntese, que foi cerceado o seu direito de defesa, haja vista o Magistrado *a quo* não ter realizado a produção de prova testemunhal pleiteada, mesmo já tendo intimado as partes para apresentarem o rol de testemunhas e marcado a data da audiência de instrução (fls. 391 e 393).

Por tal argumento, requer a anulação do *decisum* de Primeiro Grau, para que seja realizada a oitiva das testemunhas arroladas.

Contrarrazões às fls. 582-592.

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça às fls. 555-566, manifestando-se pela provimento da presente apelação cível.

É o relatório.

VOTO

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

Percuciente foi o parecer lançado pela Procuradoria Geral de Justiça às fls. 555-566, o qual, de forma acurada, resumiu as principais questões do caso *sub oculi*, além de trazer a fundamentação suficiente para o deslinde do recurso; veja-se:

“Como bem frisado pelo promotor de Justiça em sua manifestação de fls. 449/450, assim como decidido pelo Ilustre Julgador em sua sentença de fls. 486/487, não resta dúvida sobre a imperiosa necessidade da interdição do SR. JOSÉ SÉRGIO RIBEIRO FILHO, já que devido a sua gravíssima

enfermidade não possui mais condições de gerir os atos da vida civil, conforme devidamente comprovado em laudo médico pericial acostado à fl. 364.

O caso ora em exame nesta Colenda 1ª Câmara Cível afigura-se extremamente complexo somente no que tange a nomeação do curador.

Em análise às mais de 500 folhas destes autos, percebemos que as filhas do interditando digladiaram-se dentro e fora do processo ferozmente para assumir o *múnus* da curatela, em atitudes extremamente lamentáveis.

O intenso estado de beligerância existente entre as filhas, com recíprocas suspeitas de inidoneidade para gerir os bens do incapaz (seja pela incapacidade moral ou psicológica, pelas várias acusações de ilícitos penais, pelos inúmeros indícios de má-fé de ambos os lados) recomendam uma análise extremamente acurada por parte do Julgador antes de proferir a decisão.

A interdição é um instituto com caráter nitidamente protetivo da pessoa, mas não se pode ignorar que constitui também uma medida extremamente drástica, sendo imperiosa a adoção de todas as cautelas para agasalhar a decisão de privar alguém da sua capacidade civil, não se prestando para ser palco de disputas patrimoniais. Aliás, é sempre bom que as partes desta contenda lembre-se que é vedada pela lei a disputa de herança de pessoa viva.

É preciso ter em mira que a adoção de interdição visa proteger a pessoa do incapaz e o seu patrimônio, e somente no interesse da pessoa incapacitada é que pode ser examinada, também, a nomeação do curador. Ou seja, a nomeação de curador não se vincula aos interesses ou conveniências de pessoas da sua família, mesmo que existam, hipoteticamente, 02 (duas) ou 03 (três) irmãs contra 01 (uma).(...)

Observo que há um evidente jogo de interesse em administrar os bens e os rendimentos do SR. JOSÉ SÉRGIO RIBEIRO FILHO, cujo objetivo é nitidamente econômico-financeiro.

Desta feita, em análise ao arcabouço probatório acostado aos autos, principalmente provas de cunho meramente indiciário, observamos que há inúmeros fatos desabonadores da capacidade de exercer o *múnus* da curatela por cada uma das filhas, sem uma nítida diferença entre uma e outra, a formar o juízo de convicção que a decisão está a exigir. Por outro lado, tanto preocuparam-se em atacar umas às outras, que poucas são as provas que atestam a idoneidade necessária para serem curadoras.

Entendemos, portanto, que para o deslinde da questão, seria

essencial e imprescindível a produção de prova testemunhal, como regularmente pleiteado na exordial e posteriormente deferido pelo Magistrado.

Existindo necessidade de dilação probatória para aferição de aspectos relevantes da causa, o julgamento antecipado da lide importa em violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa, constitucionalmente assegurados às partes e um dos pilares do devido processo legal.

Em outras palavras, resta configurada a nulidade da sentença pelo cerceamento de defesa quando é indeferida a produção de provas pertinentes ao deslinde do litígio, vulnerando a garantia constitucional do inciso LV, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988.

Entendemos, assim, que a sentença deve ser cassada, determinando-se o retorno dos autos ao primeiro grau de jurisdição, para produção da prova requerida.” (destaquei).

Ora, ao analisar os fólios processuais, observo que, mesmo depois do deferimento da produção de prova testemunhal (fls. 391), da apresentação do rol de testemunhas tanto da apelante quanto do apelado (fls. 392 e fl. 374, respectivamente), da designação de audiência de instrução para o dia 12.03.2003 (fl. 393), sendo posteriormente re-designada para o dia 09.04.2009 (fl. 413), que mais uma vez foi remarcada para o dia 16.04.2009 (fl. 442), o Juízo de primeiro grau, devidos aos incidentes levantados pelos advogados de ambos os litigantes, suspendeu referida audiência e não ouviu as testemunhas arroladas pelas partes (fl. 447).

Posteriormente, o Magistrado *a quo*, ao julgar antecipadamente o feito, proferiu a sentença ora combatida, sem colher a prova oral que foi por ele deferida.

O encerramento prematuro da instrução processual causou efetivo prejuízo à parte apelante na medida em que, não exercendo por completo a sua ampla defesa, o seu poder de influenciar a decisão do magistrado foi seriamente comprometido, ferindo frontalmente o princípio constitucional do contraditório^[1] e tendo por consequência um julgamento totalmente contrário aos seus interesses.

O *error in procedendo* se apresenta evidente. É que, segundo o art. 330, CPC, apenas em duas situações cabe ao julgador antecipar o julgamento:

Art. 330 - O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença:

I - quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência;

II - quando ocorrer a revelia (Art. 319).

O caso em estudo diz respeito, além da interdição do apelado, à nomeação de seu curador, o que reclama uma análise minuciosa para chegar a conclusão de quem melhor exercerá tal *múnus*, principalmente diante do estado de beligerância em que se encontram as pessoas que se dizem aptas ao exercício desta curadoria.

Portanto, ao meu sentir, a matéria não prescinde de dilação probatória, exigindo-se a apuração dos fatos trazidos aos autos pelas partes e sendo a oitiva das testemunhas já elencadas importante meio para um correto julgamento do feito.

Conforme já afirmado, a produção de prova testemunhal foi oportunamente postulada e deferida, entretanto não foi colhida pelo MM Juiz de direito da 8ª Vara de Família desta Comarca, que sequer justificou na sentença tal atitude.

De acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO CIVIL. PROVA. Deferida a produção de prova, o juiz não pode, à míngua de recurso, sobrepor a essa decisão o julgamento antecipado da lide. Recurso especial conhecido e provido. (STJ, REsp 997046 / AL, TERCEIRA TURMA, Rel. Min. ARI PARGENDLER, DJe 05/11/2008).

Ademais, não houve o anúncio do julgamento antecipado da lide, o que ofendeu, mais uma vez, o direito de ampla defesa do recorrente.

Conforme parecer da PGJ, *o Douto magistrado ao julgar antecipadamente a lide, sem o prévio anúncio do referido julgamento, impossibilitou a eventual interposição do direito recursal, cerceando o direito de defesa de ambas as partes.*(fl. 564).

Por derradeiro, haja vista o apelado se encontrar instalado em sua residência, aos cuidados da sua filha Lisiane Passos Ribeiro, esta deverá ser nomeada curadora provisória do recorrido, até ulterior deliberação do Juízo *a quo*.

Em face do exposto, dou provimento ao recurso interposto a fim de anular a sentença adversada, haja vista o notório cerceamento do direito de defesa da apelante, e determinar o retorno dos autos à 1ª instância para que, dando regular prosseguimento ao feito, seja realizada a oitiva das testemunhas arroladas pelas partes.

Determino, ao final, que a curatela provisória recaia sobre Lisiane Passos Ribeiro, até posterior deliberação.

É como voto.

¹ CF, Art. 5º, Inciso LV. Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

APELAÇÃO CÍVEL Nº 55207-66.2005.8.06.0001/1, DA 26ª VARA CÍVEL DE FORTALEZA.

APELANTE: LUCENIR DE SOUZA OLIVEIRA.

APELADA: MARIA INÊS DE FREITAS TEÓFILO LIMA.

RELATORA: DESA. MARIA IRACEMA MARTINS DO VALE.

EMENTA APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL/CONTRATUAL. SEGURO PRESTAMISTA. ALTERAÇÃO DOS BENEFICIÁRIOS DO SEGURO. POSSIBILIDADE. CONDIÇÃO DE CO-BENEFICIÁRIA RECONHECIDA.

1. No caso, a controvérsia versa sobre a possibilidade ou não de inclusão de nova beneficiária em contrato de seguro de vida.

2. Preliminar de intempestividade da apelação rejeitada.

3. Nos contratos de seguro de vida o capital segurado deve ser revertido para os beneficiários previstos no instrumento contratual.

4. A vedação de alteração do beneficiário nos contratos de seguro de natureza prestamista se refere somente ao titular da obrigação vinculada ao seguro (beneficiário principal), e não a outras pessoas indicadas na apólice (beneficiários secundários), que somente recebem eventual saldo remanescente.

5. Não há nos autos qualquer elemento que comprometa a validade da autorização de inclusão da nova beneficiária, posto que esta foi emitida antes do falecimento do segurado.

- Apelação conhecida e provida.

- Sentença reformada.

- Unânime.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível nº 55207-66.2005.8.06.0001/1, em que figuram as partes acima indicadas. Acorda

a 4ª Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em afastar a preliminar de intempestividade do recurso suscitada e, no mérito, conhecer do recurso, para dar-lhe provimento, nos termos do voto da Relatora.

Fortaleza, 04 de agosto de 2010.

RELATÓRIO

O caso/a ação originária: Maria Inês de Freitas Teófilo Lima ingressou com ação declaratória alegando ser ilegal a inclusão de outra beneficiária do seguro por ser este de natureza prestamista. Lucenir de Souza Oliveira, por ocasião de sua contestação (fls. 26/29), aduziu ser plenamente válida sua inclusão, posto que esta foi proveniente de ato de vontade do segurado, sem qualquer vício. A Empresa Servopa Administradora de Consórcios Ltda. se manifestou (fls. 45/47), nos seguintes termos: “em havendo duas beneficiárias do saldo remanescente, não discriminando o consorciado a parte cabível a cada uma delas, e caracterizado o litígio entre as partes beneficiárias, legítima a cautela da administradora, que aguardará a determinação deste juízo, que determinará a quem deve-se efetuar o pagamento do saldo remanescente decorrente das parcelas pagas pelo consorciado em vida” (fl. 47 – penúltimo parágrafo).

A sentença: O MM. Juiz de Direito da 26ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza decidiu pela procedência dos pedidos (fls. 106/109). Confirma-se o dispositivo da decisão:

“Posto, JULGO PROCEDENTE o pedido inserto na peça exordial para, conseqüentemente, DECLARAR a promovente como única parte legítima para receber a total importância dos valores devidos pelo segundo suplicado, devidamente corrigido com juros e correção monetária. CONDENO os promoventes ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes à base de R\$ 1.000,00 (hum mil reais), com fundamento no art. 20, § 4º do CPC”.

Apelação: a promovida, inconformada com a sentença, apelou (fls. 123/125), repisando os mesmos argumentos da inicial.

Contrarrazões, às fls. 133/135, na qual foi requerida, em sede de preliminar, a intempestividade do recurso e, no mérito, a manutenção da sentença

recorrida, em todos os seus termos.

É o relatório.

Revisão feita pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Lincoln Tavares Dantas.

VOTO

A controvérsia a ser dirimida nos presentes autos versa sobre a regularidade da inclusão de nova beneficiária em contrato de seguro de vida.

1. Preliminar de intempestividade da apelação

O recurso foi apresentado tempestivamente.

A recorrida adotou como termo *a quo* para o conhecimento da apelação a data da publicação da sentença, desconsiderando o fato de que foram interpostos embargos de declaração, recurso que interrompe o prazo recursal, como se depreende do Art. 538 do CPC, *in verbis*:

“Art. 538. Os embargos de declaração interrompem o prazo para a interposição de outros recursos, por qualquer das partes”.

Como se observa dos autos, a apelação foi protocolada em 05 de maio de 2006, período no qual os prazos recursais estavam suspensos em face dos aclaratórios protocolados em 17 de abril de 2006, e até então não julgados. Na mesma decisão que rejeitou os embargos, o magistrado singular recebeu a apelação, de modo que se considera esta interposta no primeiro dia do prazo.

Preliminar rejeitada.

2. Mérito.

Quanto ao mérito, observa-se que a discussão firmada neste processo reflete uma divergência de interpretação do Art. 1.473 do CC/16, vigente à época da celebração do contrato. Para uma melhor compreensão do tema, transcrevo a dicção legal da referida norma, realçadas as partes que interessam:

“Art. 1.473 - Se o seguro não tiver por causa declarada a garantia de alguma obrigação, é lícito ao segurado, em qualquer tempo, substituir

o seu beneficiário, e, sendo a apólice emitida à ordem, instituir o beneficiário até por ato de última vontade. Em falta de declaração, neste caso, o seguro será pago aos herdeiros do segurado, sem embargo de quaisquer disposições em contrário dos estatutos da companhia ou associação”.

O dispositivo acima citado trata da espécie de seguro denominada de “seguro prestamista”, pelo qual se objetiva o pagamento de prestações ou a quitação do saldo devedor de bens ou planos de financiamento adquiridos pelo segurado, em caso de morte, invalidez permanente, invalidez temporária e desemprego. Tal seguro configura-se como uma proteção financeira para empresas que vendem a crédito, bem como ao segurado que fica livre da responsabilidade em caso de sinistro.

Assim, a leitura do artigo legal é explícita: é perfeitamente possível e lícito, a qualquer tempo ao segurado, a alteração ou indicação de novo beneficiário. O único beneficiário que não pode ser alterado, da forma como referida na norma, é o credor da obrigação segurada.

E tal dispositivo, inclusive, encontra-se previsto no contrato de adesão assinado pelo *de cujus*, e que assim dispõe (fl. 14):

“Através desta solicito a minha inscrição no Seguro de Vida em Grupo que esta administradora mantém com uma Companhia Seguradora. Determino que ocorrendo a minha falta a indenização deverá ser paga a SERVOPA ADMINISTRADORA DE CONSÓRCIOS S/C LTDA., que reterá o valor necessário para a quitação total da minha cota de consórcio, vencidas ou vincendas, e repassando o saldo se houver para: Beneficiário(s) _____”.

Desta forma, patente que o beneficiário que não poderia ser alterado, por manifestação de vontade do segurado, seria a administradora de consórcios, beneficiária principal, e não os beneficiários secundários, que somente receberiam o saldo remanescente.

Nestes termos, tomando ciência do óbito do segurado, a seguradora pagou o capital segurado ao grupo de consórcio nº 4001, quitando a cota nº 009-1 em nome do falecido, Raimundo Francisco Lima. Paga a obrigação vinculada ao seguro, observou-se existir valor remanescente correspondente a R\$ 39.277,91 (trinta e nove mil, duzentos e setenta e sete reais e noventa e um centavos),

referente às parcelas já pagas, que deveria ser repassado aos outros beneficiários (fl. 39).

De uma análise detalhada dos autos se extrai que, pouco antes de falecer, o segurado manifestou sua vontade de incluir como beneficiária também a apelante, Lucenir de Souza Oliveira (fl. 41). Desta forma, ambas as litigantes têm direito ao valor em questão, devendo ser o mesmo dividido entre elas em parcelas iguais.

Neste sentido é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, como se extrai do seguinte excerto jurisprudencial:

“DIREITO CIVIL. CONTRATO DE SEGURO DE VIDA. EX-ESPOSA COMO BENEFICIÁRIA EM DETRIMENTO DA VIÚVA. I - Nos contratos de seguro de vida o capital segurado deve ser revertido para o beneficiário previsto no instrumento contratual, observada a vedação do art. 1.474 do Código Civil. II - Recurso especial conhecido e provido”. (STJ; REsp 157.356/RS, Rel. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 29/03/2005, DJ 02/05/2005 p. 334)

Finalmente, importa destacar que não há nos autos qualquer elemento que comprometa a validade da autorização de inclusão da nova beneficiária, posto que esta foi emitida em 23 de junho de 2004, data anterior ao do falecimento do segurado, tendo sua assinatura sido declarada autêntica pela autoridade cartorária.

Por estas razões, a reforma da sentença é medida que se impõe.

DISPOSITIVO

Desta maneira, conheço da apelação, para rejeitar a preliminar de intempestividade do recurso suscitada nas contrarrazões e, no mérito, dar-lhe provimento, reformando a sentença de primeiro grau, para o fim específico de reconhecer a condição de co-beneficiária do seguro por parte da recorrente, tendo, por esta razão, direito à metade dos valores remanescentes discutidos.

Em face da reforma do julgado, impõe-se a inversão dos ônus sucumbenciais, no mesmo valor arbitrado pelo juízo singular, ou seja, R\$ 1.000,00 (mil reais), de acordo com o Art. 20 do CPC.

É como voto.

Fortaleza, 04 de agosto de 2010.

PROCESSO Nº 92666-34.2007.8.06.0001/1 (2007.0029.3627-3/1)

TIPO DE RECURSO: APELAÇÃO CÍVEL

APELANTE: FAELCE - FUNDAÇÃO COELCE DE SEGURIDADE SOCIAL

APELADO: JOSÉ SEBASTIÃO DE SOUZA

RELATOR: DESEMBARGADOR FRANCISCO SALES NETO.

ÓRGÃO JULGADOR: PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL.

EMENTA: DIREITO PREVIDENCIÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL EM SEDE DE AÇÃO REVISIONAL DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO COMPLEMENTAR. PREVIDÊNCIA PRIVADA. FAELCE. EXCLUSÃO DO INPC DE FEVEREIRO DE 1994 NO CÁLCULO DA APOSENTADORIA CONCEDIDA AO SEGURADO APELADO. INOBSERVÂNCIA POR PARTE DA FUNDAÇÃO RECORRENTE DO DISPOSTO NO ART. 13 DE SEU REGULAMENTO. RENDA MENSAL INICIAL CALCULADA INCORRETAMENTE. PRECEDENTES DO TJ/CE. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

I. O cerne da controvérsia instaurada nos presentes autos gravita em derredor da aplicação ou não do INPC de fevereiro de 1994 no cálculo do benefício previdenciário complementar pago ao segurado recorrido pela entidade de previdência privada apelante.

II. Quando da celebração do pacto com a entidade apelante, o segurado encontrava-se submetido às regras constantes no Regulamento da FAELCE, dentre as quais se destaca para a solução da lide ora em destreame, o artigo 13, que garante a conservação do valor real do benefício previdenciário complementar, com a correção, mês a mês, do Salário Real de Benefício, pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor - INPC da Fundação IBGE, até o mês anterior ao do início do benefício.

III. Ocorre que, *in casu*, a apelante admite o não

cumprimento da mencionada norma regulamentar interna, sob o argumento de que tal conduta afetaria o equilíbrio atuarial da entidade, posto que não houve a respectiva contrapartida contributiva por parte do participante/apelado e da patrocinadora/COELCE.

Todavia, esta eg. Corte julgadora já firmou o posicionamento de que “A ausência de contribuição com valores indexados pelo ora apelado e por sua mantenedora (Coelce), em fevereiro de 1994, não é justificativa para o descumprimento ao art. 13 dos regulamentos de julho de 1992 e janeiro de 1996. O cálculo correto da renda mensal inicial (RMI) deve constar o INPC de fevereiro de 1994 na correção monetária dos salários de contribuição, conforme o referido artigo.” (TJ/CE; Ap.Civ. 1091440200780600011; QUARTA CÂMARA CÍVEL; Relator(a): Desembargadora VERA LÚCIA CORREIA LIMA; DJ 22/10/2009).

IV. Com efeito, resta patente que a entidade apelante, violando os princípios contratuais do *pacta sunt servanda* e da boa-fé contratual, descumpriu o disposto em seu regulamento, impondo-se, assim, o recálculo do benefício previdenciário complementar do recorrido, incluindo o INPC de fevereiro de 1994 na correção monetária dos salários de participação, implantando, assim, nova Renda Mensal Inicial (RMI), conforme bem determinou a judicante planicial no *decisum* guerreado.

V. RECURSO CONHECIDO, PORÉM IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

ACÓRDÃO

Vistos, discutidos e relatados os presentes autos de APELAÇÃO CÍVEL n.º 2007.0029.3627-3/1, em que são partes as acima indicadas, acordam os Desembargadores da Primeira Câmara Cível deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, em CONHECER do recurso manejado, pois interposto tempestivamente, para, no entanto, NEGAR-LHE PROVIMENTO, mantendo-se, assim, inalterado o provimento jurisdicional exarado pelo Juízo a

quo, tudo nos termos do voto do Relator.
Fortaleza, 5 de julho de 2010.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de APELAÇÃO CÍVEL interposta pela FUNDAÇÃO COELCE DE SEGURIDADE SOCIAL - FAELCE, com o escopo de reformar sentença prolatada pela MM. Juíza de Direito da 20ª Vara Cível, que julgou procedente a pretensão formulada pelo promovente, ora apelado, JOSÉ SEBASTIÃO DE SOUZA, em sede AÇÃO REVISIONAL DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO COMPLEMENTAR.

Em seu *decisum* (fls. 111/116), a judicante *a quo* formou seu convencimento com supedâneo nos seguintes fundamentos:

“Como se pode observar na argumentação presente na inicial, alega o Requerente que houve violação do art. 13 de ambos os Regulamentos por parte da fundação-ré, ao não incluir o INPC no cálculo do salário de benefício para fins de complementação de aposentadoria por tempo de serviço. Não foi incluído, conforme o requerente, na correção dos seus salários de participação anteriores a março de 1994 o INPC de fevereiro de 1994.

De outra parte, a Promovida argumenta que seria contrário aos princípios jurídicos referentes ao sistema de previdência privada complementar, - que, ressalte-se, é regido por rígidas bases atuariais -, “a concessão de aumentos superiores a reserva técnica constituída (...) porque todo plano de aposentadoria complementar, fechado ou aberto, tem por base estudo estático/atuarial, através do qual estima-se a receita mínima atual para fazer face, no futuro, aos benefícios programados e de risco.”.

Diante do exposto, importa ressaltar, primeiramente, que a necessidade de reajuste conforme o INPC foi devidamente comprovado pelo Requerente com a prova documental, e tal fato inclusive não foi refutado sequer pela Promovida em sede de contestação.

[...]

Condeno a promovida a refazer os cálculos do benefício concedido a autora mediante a aplicação correta dos índices, incluindo INPC de fevereiro de 1994 na correção monetária dos salários de participação, com a conseqüente implantação da nova renda mensal inicial e o pagamento das diferenças apuradas nos últimos cinco anos anteriores à data da interposição da ação, qual seja, 06/11/2007, incidindo juros moratórios de 1% ao mês e correção pelo INPC desde o vencimento das prestações.”

Irresignado com os termos do provimento jurisdicional exarado na instância *a quo*, manejou o recorrente o presente inconformismo, no qual roga pela reforma *in totum* do *decisum a quo*, com suporte nos seguintes argumentos:

I. que a pretensão inaugural é contrária aos princípios jurídicos referentes ao sistema de previdência privada complementar, pois, se deferida, acarretaria um desequilíbrio no plano atuarial da entidade;

II. que, inexistente equívoco no cálculo do benefício previdenciário pago ao apelado, visto que o mesmo contribuiu com o valor necessário e suficiente apenas para perceber o *quantum* que lhe é efetivamente pago;

III. e que não houve inclusão do INPC de fevereiro de 1994 na correção monetária do salário de participação anterior a março de 1994, por inexistir a respectiva contrapartida contributiva por parte do participante recorrido e nem pela patrocinadora/COELCE.

Recurso recebido em ambos os efeitos (fl. 127).

Intimado, o recorrido apresentou as contrarrazões de fls. 128/135, pugnano pela manutenção da decisão exarada no primeiro grau de jurisdição, posto que a mesma se encontra em conformidade com a jurisprudência desta eg. Corte julgadora.

Nesta Instância, instada a se manifestar, a douta Procuradoria Geral de Justiça, em seu Parecer de fls. 147/152, opinou pela manutenção da decisão monocrática, por ter o apelado devidamente comprovado os argumentos por ele deduzidos na proemial.

É o breve relatório.

VOTO

1. ADMISSIBILIDADE.

Conheço do recurso interposto, posto que presentes os pressupostos de admissibilidade, quais sejam: cabimento, legitimidade recursal, interesse recursal, tempestividade, preparo, regularidade formal e inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer.

2. FUNDAMENTOS.

Conforme introduzido, o cerne da controvérsia instaurada nos presentes autos gravita em derredor da aplicação ou não do INPC de fevereiro de 1994 no cálculo do benefício previdenciário complementar pago ao segurado recorrido, Sr. José Sebastião de Souza, pela entidade apelante, Fundação Coelce de Seguridade Social - FAELCE.

Em seu inconformismo, aduz o recorrente que a previdência privada difere da previdência social, em razão de possuírem planos de custeio distintos e seguirem legislações específicas diversas. Enquanto a primeira é calculada no regime de capitalização e é regida por rígidas bases atuariais, de modo a propiciar o equilíbrio econômico financeiro do plano e a sua solvência, a segunda baseia-se no regime de repartição simples, podendo arrecadar a qualquer momento de suas diversas fontes de arrecadação.

Com supedâneo em tal assertiva, finaliza o recorrente afirmando que inexistente equívoco no cálculo do benefício previdenciário pago ao apelado, visto que o mesmo contribuiu com o valor necessário e suficiente apenas para perceber o *quantum* que efetivamente pago e que, o possível deferimento da pretensão deduzida na exordial decerto ameaçaria o equilíbrio financeiro da entidade.

Destarte, a matéria debatida na presente espécie traduz-se em verificar se cálculo da Renda Mensal Inicial (RMI) do benefício percebido pelo segurado apelado, feito pela FAELCE, está ou não em estrita consonância com o disposto no artigo 13 do seu Regulamento (fl. 44), cujo teor passo a reproduzir, *in litteris*:

“13 - O Salário Real de Benefício, para cálculo de complementação de aposentadoria por tempo de serviço, idade, especial e de excombatente, é o valor correspondente à média dos salários reais de contribuição dos últimos 36 (trinta e seis) meses, corrigidos mês a mês pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor - INPC da Fundação IBGE, até o mês anterior ao do início do benefício, de modo a preservar os seus valores reais, ficando excluído dessa média o 13º salário.”

Ora, *in casu*, tendo o recorrido se aposentado por tempo de serviço (fl. 21), depreende-se da simples leitura do nuper transcrito artigo que a este é garantido o legítimo direito de ter o valor correspondente ao Salário Real de Benefício corrigido mês a mês pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor - INPC da Fundação IBGE, até o mês anterior ao do início do benefício, de modo a preservar os seus valores reais.

Ocorre que, a própria FAELCE admitiu, no decorrer do trâmite processual, que se olvidou de incluir o INPC de fevereiro de 1994 na correção monetária do salário de participação anterior a março de 1994, sob o argumento de que não houve a respectiva contrapartida contributiva por parte do participante e da patrocinadora.

No entanto, tal justificativa não prospera, pois, nos casos como o ora *sub examine*, não há como vincular a correção mensal pelo INPC à contribuição com valores indexados pelo segurado e sua mantedora, haja vista que inexistente qualquer previsão legal ou contratual nesse sentido.

Tal entendimento, inclusive, ecoa entre as Câmaras Cíveis deste eg. Tribunal de Justiça, consoante ilustram os seguintes arestos:

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REVISÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PREVIDÊNCIA PRIVADA. RENDA MENSAL INICIAL. CÁLCULO INCORRETO. FUNDAÇÃO (FAELCE) NÃO CUMPRE O SEU PRÓPRIO REGULAMENTO. INOBSERVÂNCIA AO ART. 13 DOS REGULAMENTOS DE JULHO DE 1992 E JANEIRO DE 1996. A ausência de contribuição com valores indexados pelo ora apelado e por sua mantedora (Coelce), em fevereiro de 1994, não é justificativa para o descumprimento ao art. 13 dos regulamentos de julho de 1992 e janeiro de 1996. O cálculo correto da renda mensal inicial (RMI) deve constar o INPC de fevereiro de 1994 na correção monetária dos salários de contribuição, conforme o referido artigo. PRECEDENTES DO STF E DESTA CORTE DE JUSTIÇA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.” (TJ/CE; Ap.Civ. 1091440200780600011; QUARTA CÂMARA CÍVEL; Relator(a): Desembargadora VERA LÚCIA CORREIA LIMA; DJ 22/10/2009).

“APELAÇÃO CÍVEL. PREVIDENCIÁRIO. PREVIDÊNCIA PRIVADA. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. RENDA MENSAL INICIAL (RMI). ART. 13, DO REGULAMENTO DE JULHO DE 1992 E JANEIRO DE 1996 DA FAELCE. EXCLUSÃO DO INPC DE FEVEREIRO DE 1994. SENTENÇA MANTIDA. APELAÇÃO IMPROVIDA. 1. A apelante alega que não há como cumprir o dispositivo legal contido no art. 13, de seu Regulamento, tendo em vista que a fundação não recebeu as contribuições com expurgos. Sustenta que as entidades de previdência privada, diferentes da Previdência Social, tem por base estudo estatístico/atuarial em que se baseiam para cumprir com aposentadorias futuras. Significa que as contribuições pagas pelo segurado durante a fase de acumulação tornam-se a base do plano de aposentadoria complementar; 2. Não há como negar ao autor o direito à inclusão do INPC de fevereiro/1994, na correção monetária dos salários de contribuição, implementando uma nova renda mensal inicial (RMI). Pretensão autoral amparada nos regulamentos de julho de 1992 e janeiro de 1996 da FAELCE; 3. Precedentes desta Corte de Justiça; 4. Sentença mantida; 5. Apelo conhecido e improvido.” (TJ/CE; Ap.Civ. 2092905200680600011; QUARTA CÂMARA CÍVEL; Relator(a): Desembargador

FRANCISCO LINCOLN ARAÚJO E SILVA; DJ 07/07/2009).

“EMENTA. APELAÇÃO CÍVEL (DUAS) PREVIDÊNCIA PRIVADA. RENDA MENSAL INICIAL CALCULADA DE FORMA INCORRETA. REGULAMENTO QUE PREVÊ QUE TODAS AS CONTRIBUIÇÕES SERÃO CORRIGIDAS PELO INPC. DESOBEDIÊNCIA DO DISPOSITIVO PELA FUNDAÇÃO QUE NÃO SE JUSTIFICA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.” (TJ/CE; Ap.Civ. 2008.0002.0096-0/1; SEGUNDA CÂMARA CÍVEL; Relator(a): Desembargador JOÃO DE DEUS BARROS BRINGEL; DJ 20/01/2009).

Portanto, deduz-se que a vigia-mestra que sustenta o inconformismo do apelante, ou seja, a alegação de que a pretensão inaugural é contrária aos princípios jurídicos referentes ao sistema de previdência privada complementar, pois, se deferida, acarretaria um desequilíbrio no plano atuarial da entidade, não merece, notadamente, guarida, pois, ante a tudo o que foi exposto, resultaria em malferimento a lícito direito do segurado apelado, bem como aos princípios contratuais do *pacta sunt servanda* e da boa-fé contratual.

Com efeito, deduz-se que o INPC de fevereiro de 1994 deveria ter sido incluído no cálculo da aposentadoria do apelado, em estrita obediência ao contrato firmado entre as partes, a fim de garantir o valor real do benefício a ser recebido pelo segurado recorrido.

Neste diapasão, colhem-se os seguintes arestos, originários desta eg. Corte julgadora:

“PREVIDÊNCIA PRIVADA. FAELCE. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. INOCORRÊNCIA. PRESCRIÇÃO APENAS DAS PARCELAS ANTERIORES AO QUINQUÊNIO QUE ANTECEDE À PROPOSITURA DA AÇÃO. RELAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO. RENDA MENSAL INICIAL CALCULADA DE FORMA INCORRETA. ART. 13 DO REGULAMENTO. REAJUSTE. PRESERVAÇÃO DO VALOR REAL DO BENEFÍCIO. I. Por cuidar-se de relação de trato sucessivo, restam prescritas somente as parcelas anteriores ao quinquênio que precede o ajuizamento da ação. II. Tendo em vista a não inclusão do INPC de fevereiro de 1994 na correção monetária dos salários participação anteriores a março do mesmo ano, faz-se necessária a revisão do cálculo da Renda Mensal Inicial (IRM) efetuado pela entidade de previdência privada. III. Não se trata de majoração de benefício, mas tão somente de correção monetária que

visa a preservação de seu valor real. APELAÇÃO DA FUNDAÇÃO COELCE DE SEGURIDADE SOCIAL - FAELCE - CONHECIDA E NÃO PROVIDA. APELAÇÃO DE JOÃO DAMASCENO NETO CONHECIDA E PROVIDA. (TJ/CE; Ap.Civ. 2090659200680600011; SEGUNDA CÂMARA CÍVEL; Relator(a): Desembargador FRANCISCO DE ASSIS FILGUEIRA MENDES; DJ 04/05/2010).

“PREVIDÊNCIA PRIVADA. FAELCE. MANUTENÇÃO DO VALOR REAL DA RENDA DO SEGURADO. DETERMINAÇÃO DE REAJUSTE DO BENEFÍCIO. CONSONÂNCIA COM O ART. 13 DO REGULAMENTO DA INSTITUIÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. 1. Tratam os autos de apelações cíveis, em ação de revisão de benefício previdenciário, na qual se discute a aplicação do INPC de fevereiro de 1994 no cálculo da aposentadoria concedida ao segurado. 2. De fato, ao celebrar o acordo junto à Instituição de Previdência Privada o segurado levou em consideração as normas a que estava submetido, dentre elas o Art. 13 do Regulamento da FAELCE, que lhe garantia a conservação do valor real do benefício que viria a receber. 3. Tal índice deve ser incluído no cálculo da quantia a ser recebida pelo promovente, respeitando-se, assim, o contrato firmado entre as partes, a fim de garantir o valor real da aposentadoria a ser recebida pelo segurado. 4. A correção monetária dos valores inadimplidos deve ocorrer a partir do vencimento de cada parcela, por aplicação das Súmulas 43 e 148 do Superior Tribunal de Justiça. - Precedentes do STJ e deste Tribunal. - 1ª Apelação conhecida e desprovida. - 2ª Apelação conhecida e provida. - Sentença reformada em parte. - Unânime.” (TJ/CE; Ap.Civ. 2090052200680600011; QUARTA CÂMARA CÍVEL; Relator(a): Desembargadora MARIA IRACEMA DO VALE HOLANDA; DJ: 24/08/2009).

“[...] COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. RENDA MENSAL INICIAL (RMI): VIOLAÇÃO AO ART. 13, DO REGULAMENTO DA FAELCE. PACTA SUNT SERVADA E BOA-FÉ CONTRATUAL. EXCLUSÃO INDEVIDA DO INPC DE FEVEREIRO/1994, NA CORREÇÃO MONETÁRIA DOS SALÁRIOS-REAIS-DE-CONTRIBUIÇÃO ANTERIORES A MARÇO/94. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA. [...] 2 - Os princípios do pacta sunt servanda e da boa-fé contratual representam a pedra angular para a análise e para o julgamento da presente querela, na medida em que impõem aos contratantes o dever obrigatório de observância das

cláusulas acordadas, sob pena de violação do contrato. Em ocorrendo a quebra da avença, nascerá para o prejudicado o direito à tutela estatal, devendo a parte responsável arcar com os ônus decorrentes do inadimplemento. 3 - In casu, a FAELCE admite o não cumprimento da norma regulamentar interna que impõe a aplicação do INPC, nos termos do art. 13, de seu Regulamento (fl. 65), sob o argumento de que tal conduta afetaria o equilíbrio atuarial da entidade, vez que não houve a respectiva contrapartida contributiva por parte do participante e da patrocinadora. 4 - Em que pesem os argumentos da apelante, é certo que não se pode olvidar ao apelado o lícito direito à inclusão do INPC de fevereiro/1994, na correção monetária dos salários-reais-de-contribuição, considerados na apuração do salário-real-de-benefício, pela simples constatação de que a pretensão é amparada pelo próprio Regulamento Interno da FALCE. [...] 6 - Recurso conhecido e improvido. Sentença mantida.” (TJ/CE; Ap.Civ. 1770122200680600011; TERCEIRA CÂMARA CÍVEL; Relator(a): Desembargador CELSO ALBUQUERQUE MACEDO; DJ: 04/03/2009).

Com efeito, considerando os paradigmas apresentados, resta patente que a entidade apelante descumpriu o disposto em seu regulamento, impondo-se, assim, o recálculo do benefício previdenciário complementar do recorrido, incluindo o INPC de fevereiro de 1994 na correção monetária dos salários de participação, implantando, assim, a sua nova Renda Mensal Inicial (RMI), consoante acertadamente decidiu a judicante planicial.

Desta feita, a meu sentir, merece ser mantido incólume o *decisum* investivado.

3. DISPOSITIVO.

Ante ao exposto, considerando os excertos jurisprudenciais deste eg. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, CONHEÇO do recurso apelatório manejado pela Fundação Coelce de Seguridade Social, por estarem presentes os pressupostos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade, mas para NEGAR-LHE PROVIMENTO, mantendo-se, *in totum*, a sentença objurgada, inclusive no tocante à prescrição das parcelas não pagas a serem restituídas, anteriores ao quinquênio que precede à propositura da presente ação, qual seja, 06 de novembro de 2007.

É como voto.

Fortaleza, 5 de julho de 2010.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 427415-48.2000.8.06.0001/1
REMETENTE: JUIZ DE DIREITO DA 5ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA
APELANTE: ESTADO DO CEARÁ
APELADO: ANTÔNIO LOPES DA SILVA
RELATOR: DESEMBARGADOR ADEMAR MENDES BEZERRA

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO PARA O CARGO DE DELEGADO DE POLÍCIA CIVIL. PROVA ORAL. BANCA EXAMINADORA. INEXISTÊNCIA. ARGUIÇÃO, DE FORMA ISOLADA, POR ARGUIDORES. NULIDADE DA REPROVAÇÃO DO CANDIDATO. SENTENÇA DETERMINANDO A NOMEAÇÃO, POSSE E EXERCÍCIO FUNCIONAL. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE FORMAÇÃO DE NOVA BANCA E DE SUBMISSÃO AO TESTE ORAL, SEM O QUE A APROVAÇÃO DO CANDIDATO NÃO SE PERFECTIBILIZA PERANTE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

I – Preliminares de julgamento *extra petita* e de violação ao princípio da separação de poderes. Verifica-se que a determinação de nomeação e posse do autor no cargo público oferecido em concurso foi proferida em sede de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional concedida na sentença, constituindo pedido decorrente daqueles formulados na peça inicial. Inexistência de violação ao art. 460 do CPC. O art. 5º, XXXV, da CF/1988 dispõe que constitui direito fundamental do cidadão que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, sendo-lhe cabível a apreciação do questionamento de nulidade da aplicação da prova oral, pois não se está adentrando ao mérito do ato administrativo tido como nulo.

II - Constitui postulado incontestável que em sede de concurso público a administração pública deve

obediência às regras constantes do edital, dele não se podendo afastar.

II – *In casu*, o recorrido foi eliminado do certame na fase oral após arguições isoladas por examinadores, enquanto o edital previa a formação de banca para proceder à análise dos candidatos.

III – Nulidade do teste oral aplicado ao apelante, no entanto, a sua aprovação no certame, assim como eventuais nomeação, posse e exercício funcional ficam dependentes da realização da prova oral, formando-se nova banca examinadora e convocando-se o candidato para submissão à fase eliminatória do concurso, pois o ato administrativo nulo não gera efeitos.

Recursos conhecidos e providos de forma parcial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de remessa necessária e de apelação cível nº 427415-48.2000.8.06.0001/1, em que figuram as partes acima indicadas, acordam os Desembargadores integrantes da Segunda Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, conhecer dos recursos em referência e prover-lhes parcialmente, na conformidade do voto do relator.

Fortaleza, 28 de julho de 2010.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso apelatório e de remessa obrigatória suscitada pelo Juiz de Direito da 5ª Vara da Fazenda Pública de Fortaleza submetendo à apreciação desta Corte de Justiça a sentença de fls. 157/162, integrada pelo *decisum* de fls. 170/171, que julgou procedentes os pedidos formulados em sede de ação ordinária ajuizada por Antônio Lopes da Silva para o fim de anular a terceira fase (prova oral) do concurso público para o provimento do cargo de Delegado de Polícia Civil e determinou a nomeação, posse e o exercício funcional do autor.

No recurso apelativo (fls. 179/205), o Estado do Ceará aponta que a sentença de primeiro grau foi proferida *extra petita* por haver condenado o réu a uma prestação diversa da constante do pedido autoral no que tange à determinação

de nomear e conferir posse ao autor no cargo de Delegado de Polícia Civil. Quanto ao mérito, defende que o Poder Judiciário não pode analisar aspectos atinentes ao mérito dos atos administrativos e que a investidura em cargo público de natureza efetiva somente é possível após a prévia aprovação em concurso público. Afirma que o certame atendeu ao princípio da vinculação ao edital, atendendo, ao mais, ao princípio da legalidade da administração pública, pois o Estatuto da Polícia Civil (Lei nº 12.124/1993, alterado pela Lei nº 12.815/1998) prevê o caráter eliminatório da prova oral em concursos para o cargo de Delegado e que a eliminação do apelado ocorreu na avaliação oral.

Contra-apelo às fls. 209/214. Aduz que a sentença não foi proferida *extra petita*, pois a determinação de nomeação e posse do autor atendeu ao pedido de antecipação de tutela jurisdicional. Argui que a sua eliminação do certame se deu por ato nulo, pois não foi submetido à avaliação em prova oral por meio de banca examinadora, fato este que pressupõe a sua composição por mais de uma pessoa, violando, a administração pública, a norma contida no capítulo X do edital do certame.

Ascendidos os autos, fui designado relator (fl. 221).

Manifestação da d. PGJ às fls. 225/230 opinando pelo conhecimento dos recursos, mas pelo desprovimento de ambos.

É o relatório.

Inicialmente, cumpre salientar que os recursos em tablado atendem aos requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, merecendo conhecimento.

Analisar-se-á, *ab initio*, a suscitação de julgamento *extra petita*, pois não foi formulado pedido de nomeação e posse imediata do autor no cargo de Delegado de Polícia Civil.

Com efeito, o tópico da sentença que tratou da nomeação e posse do recorrido foi analisado em sede de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional no seio do próprio *decisum* de mérito, devidamente postulada por meio da petição de fl. 155 e que não constitui qualquer inovação no pedido inaugural, pois constitui providência administrativa consequente às postulações contidas nos itens a)1 e a)3 formulados à fl. 26 da petição inicial, constituindo providência decorrente da causa de pedir.

Entendo pertinente a transcrição de aresto oriundo do STJ para permitir o cotejo do posicionamento adotado pelo Relator, com atenção aos trechos em negrito:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TELEFONIA MÓVEL. CLÁUSULA DE

FIDELIZAÇÃO. DIREITO CONSUMERISTA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ARTS. 81 E 82, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ART. 129, III, DA CF. LEI COMPLEMENTAR N.º 75/93. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO OU QUAISQUER DOS ENTES ELENCADOS NO ARTIGO 109, DA CF/88. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. PREENCHIMENTO DOS PRESSUPOSTOS DO ARTIGO 273, DO CPC. SÚMULA 07/STJ. JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. INOCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 535, I e II, DO CPC. NÃO CONFIGURADA.

1. O Ministério Público ostenta legitimidade para a propositura de Ação Civil Pública em defesa de direitos transindividuais, como sói ser a pretensão de vedação de inserção de cláusulas de carência e fidelização, que obrigam a permanência do contratado por tempo cativo, bem como a cobrança de multa ou valor decorrente de cláusula de fidelidade (nos contratos vigentes) celebrados pela empresa concessionária com os consumidores de telefonia móvel, ante a *ratio essendi* do art. 129, III, da Constituição Federal, arts. 81 e 82, do Código de Defesa do Consumidor e art. 1º, da Lei 7.347/85.

Precedentes do STF (AGR no RE 424.048/SC, DJ de 25/11/2005) e STJ (REsp 806304/RS, PRIMEIRA TURMA, DJ de 17/12/2008; REsp 520548/MT, PRIMEIRA TURMA, DJ 11/05/2006; REsp 799.669/RJ, PRIMEIRA TURMA, DJ 18.02.2008; REsp 684712/DF, PRIMEIRA TURMA, DJ 23.11.2006 e AgRg no REsp 633.470/CE, TERCEIRA TURMA, DJ de 19/12/2005).

2. *In casu*, a pretensão veiculada na Ação Civil Pública *ab origine* relativa à vedação de inserção de cláusulas de carência e fidelização, que obrigam a permanência do contratado por tempo cativo, bem como a cobrança de multa ou valor decorrente de cláusula de fidelidade (nos contratos vigentes) celebrados pela Concessionária com os consumidores de telefonia móvel, revela hipótese de interesses nitidamente transindividuais e por isso apto à legitimação do *Parquet*.

3. A nova ordem constitucional erigiu um autêntico ‘concurso de ações’ entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais e, *a fortiori*, legitimou o Ministério Público para o manejo dos mesmos.

4. O novel art. 129, III, da Constituição Federal habilitou o Ministério Público à promoção de qualquer espécie de ação na defesa de direitos difusos e coletivos não se limitando à ação de reparação de danos.

5. Hodiernamente, após a constatação da importância e dos inconvenientes da legitimação isolada do cidadão, não há mais lugar para o veto da *legitimatío ad causam* do MP para a Ação Popular,

a Ação Civil Pública ou o Mandado de Segurança coletivo.

6. Em consequência, legitima-se o *Parquet* a toda e qualquer demanda que vise à defesa dos interesses difusos e coletivos, sob o ângulo material ou imaterial.

7. Deveras, o Ministério Público está legitimado a defender os interesses transindividuais, quais sejam os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos.

8. Nas ações que versam interesses individuais homogêneos, esses participam da ideologia das ações difusas, como sói ser a ação civil pública. A despersonalização desses interesses está na medida em que o Ministério Público não veicula pretensão pertencente a quem quer que seja individualmente, mas pretensão de natureza genérica, que, por via de prejudicialidade, resta por influir nas esferas individuais.

9. A assertiva decorre do fato de que a ação não se dirige a interesses individuais, mas a coisa julgada *in utilibus* poder ser aproveitada pelo titular do direito individual homogêneo se não tiver promovido ação própria.

10. A ação civil pública, na sua essência, versa interesses individuais homogêneos e não pode ser caracterizada como uma ação gravitante em torno de direitos disponíveis. O simples fato de o interesse ser supra-individual, por si só já o torna indisponível, o que basta para legitimar o Ministério Público para a propositura dessas ações.

11. A ANATEL é parte ilegítima para figurar no polo passivo de ação proposta em face de empresa concessionária de telefonia móvel, na qual se pretende o reconhecimento da ilegalidade da inserção de cláusula de fidelização, assim como a proibição de cobrança de multa ou valor decorrente de cláusula de fidelidade no contratos vigentes, máxime quando a referida fidelização é alternativa e instada mediante contrapartida a ser verificada no juízo de origem, posto insindicável pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça (Súmula 07/STJ).

12. Deveras, subjaz a ausência de interesse jurídico da ANATEL no presente feito porquanto a repercussão dos efeitos da declaração de ilegalidade da inserção de cláusula de fidelização, assim como a proibição de cobrança de multa ou valor decorrente de cláusula de fidelidade no contratos vigentes, não atingirá sua órbita jurídica, mas tão-somente a da empresa concessionária, ora Recorrente.

Precedentes do STJ: CC 47.032/SC, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 13.04.2005, DJ 16.05.2005; REsp 904.534/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 15.02.2007, DJ 01.03.2007; REsp 981.389/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Corte Especial, julgado em 06.12.2007, DJ 18.12.2007; AgRg no Ag 870.749/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma,

julgado em 18.12.2007, DJ 21.02.2008; REsp 881.068/PB, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 12.02.2008, DJ 03.03.2008; e REsp 838.332/RS, Rel. Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Convocado do TRF 1ª Região), Segunda Turma, julgado em 19.02.2008, DJ 06.03.2008).

13. A ANATEL, posto não seja parte no contrato entre o usuário e a concessionária, pode intervir, sem alteração da competência, como *amicus curiae*, no afã de verificar sobre a legalidade da prática contratual.

14. O Recurso Especial não é servil ao exame de questões que demandam o revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, em face do óbice erigido pela Súmula 07/STJ.

15. *In casu*, o recurso não reúne condições de admissibilidade no que pertine à alegada ofensa ao art. 273 do CPC, uma vez que o Tribunal *a quo* - ao analisar o agravo de instrumento engendrado contra o deferimento da antecipação de tutela *initio litis* - limitou-se ao exame dos requisitos autorizadores da medida deferida, sob a ótica do art. 273 do CPC, que, consoante cediço, deve ser interpretado pelo juiz natural, sendo defeso ao STJ o reexame. Precedentes do STJ: AgRg no REsp 838161/DF, DJ de 09.08.2007 e REsp 845115/RS, DJ 05.09.2006.

16. A ausência de cognição exauriente do *meritum causae* - legalidade da inclusão de cláusula de fidelização nos contratos de telefonia móvel celular, com supedâneo na violação da Norma 23/96 expedida pela ANATEL, - impede a prematura abertura da via especial, para análise de eventual afronta aos arts. 1º, 5º e 13 da Lei 7.347/85; arts. 51, § 4º; 81, 82, I e 100 do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que o Tribunal *a quo* cingiu-se à análise dos pressupostos atinentes à tutela de urgência indeferida *initio litis*, consoante se infere do voto condutor do acórdão hostilizado (fls. 324/325).

17. É vedada a discussão, em sede de recurso especial, de matéria não debatida no Tribunal de origem, por caracterizar supressão de instância. Precedentes desta Corte: AgRg no REsp 590544/RJ, Relatora Ministra Denise Arruda, DJ de 17.12.2004; AgRg no REsp 496634/PR, desta relatoria, DJ de 29.09.2003 e ROMS 16.346/DF, Relator Ministro Jorge Scartezzini, DJ de 26.04.2004.

18. A decisão *extra petita* é aquela inaproveitável por conferir à parte providência diversa da almejada, como v.g., quando o acórdão confere pedido diverso ou baseia-se em causa *petendi* não eleita, consecutariamente, não há decisão *extra petita* quando o juiz examina o pedido e aplica o direito com fundamentos diversos dos fornecidos na petição inicial ou mesmo na apelação, desde que baseados em fatos ligados ao fato-base.

19. Os embargos de declaração que enfrentam explicitamente a

questão embargada não ensejam recurso especial pela violação do artigo 535, II, do CPC.

20. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido. (REsp 700.206/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 09/03/2010, DJe 19/03/2010)

Portanto, rejeita-se a arguição de julgamento *extra petita*, pois não restou violado o art. 460 do Código de Processo Civil.

Igualmente não se acolhe a preliminar de impossibilidade de atuação judicial quanto ao mérito do ato administrativo em razão do princípio da separação dos poderes.

Entendo pertinente a suscitação do art. 5º, XXXV, da CF/1988, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

No caso em estudo, o Judiciário não interveio no mérito do ato administrativo impugnado pelo autor, ora recorrido, apenas declarou nula a prova oral que lhe foi aplicada na terceira etapa do certame para o provimento do cargo de Delegado de Polícia Civil por entender que a ausência de uma banca examinadora constituía vício insanável.

Quanto ao mérito, entendo que a sentença merece parcial reforma.

O edital do concurso público trazido a lume às fls. 30/37, determina que a prova oral, conforme subitem 2 do Capítulo X (fl. 36) “constará da arguição do candidato por uma Banca Examinadora, observado o disposto no item 4 do Capítulo IV deste Boletim”.

Portanto, a previsão da existência de uma banca examinadora pressupõe, logicamente, a necessidade de arguição do candidato por mais de dois aplicadores do teste oral.

Veja-se que no julgamento do agravo de instrumento nº 1999.03914-8, este Tribunal de Justiça, por intermédio da Segunda Câmara Cível assim decidiu (fls. 139/141):

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONCURSO PÚBLICO.

- Norma editalícia do concurso dispendo acerca da arguição do candidato por uma Banca Examinadora que restou descumprida. Circunstância que afronta a norma editalícia.

- Não podia, no caso, deixar de existir uma banca examinadora, na prova oral, sendo irregular a arguição do candidato por apenas duas pessoas e em momentos distintos.

- irreprochável se apresenta a decisão recorrida, posta não ter sido motivado o ato administrativo que eliminou o agravado da segunda fase do concurso. Constatada a ilegalidade impunha-se a decretação da invalidade de tal ato administrativo.

AGRAVO IMPROVIDO.

O apelado formulou questionamentos direcionados à Secretaria de Administração do Estado do Ceará (fls. 38/39) e que foram respondidos pela Fundação Carlos Chagas, organizadora do certame e aplicadora das provas por meio do documento de fl. 54, no qual afirma que o “edital não exigia que o exame oral fosse realizado em conjunto pelos dois examinadores”.

Ou seja, houve a confissão administrativa, firmada pela Fundação Carlos Chagas de que o exame oral não foi realizado em conjunto pelos dois aplicadores do teste oral, fato este que leva à constatação da inexistência da banca examinadora para arguição conjunta dos candidatos, procedendo-se de forma isolada, permeando a aferição pelo subjetivismo.

Por outro lado, a nulidade da aplicação da prova oral ao candidato recorrido não induz à sua necessária aprovação no certame, sendo necessário que se submeta, novamente, ao exame oral, cumprindo-se com a exigência legal e editalícia, constituindo, para tanto, a administração pública, nova banca examinadora, pois não é dado ao Poder Judiciário substituir-se ao aplicador do exame, ou apreciar os critérios utilizados para a formulação, correção e atribuição de notas nas provas de concurso público, mas, apenas para jurisdicionar acerca dos critérios por ela utilizados, ou seja, questões formais e não materiais.

A teor, a jurisprudência do STJ:

RECURSO ORDINÁRIO - ADMINISTRATIVO – MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO – MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL - PROVA DE TRIBUNA – QUESITO TEMPO DE TRIBUNA - DECRÉSCIMO DE UM PONTO PELA ULTRAPASSAGEM DE CINCO SEGUNDOS DO TEMPO PREVISTO - CRITÉRIO DE AVALIAÇÃO ISONÔMICO E APLICADO AOS DEMAIS CANDIDATOS - IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO DA PONTUAÇÃO SOB PENA DE FAVORECER A RECORRENTE EM FAVOR DOS DEMAIS - AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO - RECURSO DESPROVIDO.

1. Assim como a Recorrente, todos os candidatos que excederam o tempo de tribuna, ultrapassaram-no no mesmo intervalo de 15 minutos e 1 segundo a 15 minutos e 30 segundos, implicando, para todos eles, decréscimo de 1 ponto no referido quesito.

2. A consideração de que a diminuição de 1 ponto, no quesito tempo de tribuna, pelo excesso de 05 (cinco) segundos do tempo estipulado, contraria a razoabilidade e a proporcionalidade administrativas, estar-se-ia prestigiando e favorecendo a Recorrente, em detrimento dos demais candidatos, que sofreram o mesmo decurso na pontuação do quesito.

Por conseguinte, restaria violado o princípio da isonomia.

3. Por esta razão, mister observar reiterada orientação deste Tribunal,

no sentido de que não compete ao Poder Judiciário apreciar os critérios utilizados pela Administração, na formulação, correção e atribuição de notas nas provas de concurso público, quando fixados de forma objetiva e imparcial.

4. Recurso desprovido. (RMS 18.877/RS, Rel. Ministro PAULO MEDINA, SEXTA TURMA, DJ 23/10/2006 p. 356)

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. PROVA ORAL. SUBJETIVISMO. CONDIÇÃO INERENTE AO EXAME. OFENSA AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE. INEXISTÊNCIA. RECURSO IMPROVIDO.

1. O caráter subjetivo é inerente ao exame oral, sendo certo que a fluência da prova guarda relação direta com o domínio que o candidato possui sobre a matéria e com suas características pessoais. Dessa forma, o maior ou menor tempo utilizado para sua realização depende das características de cada candidato, situação que não fere o princípio da igualdade.

2. A prova oral não se presta exclusivamente à averiguação dos conhecimentos técnicos do candidato, buscando, também, a análise de seu equilíbrio emocional, experiência e fluência verbal, fatores relevantes para o exercício da profissão de Juiz de Direito. O uso de tais critérios sem previsão no edital não compromete sua legalidade, vez que são próprios dos exames orais.

3. O Poder Judiciário não tem poderes para substituir a banca examinadora, mas tão-somente para averiguar a legalidade dos critérios por ela adotados.

4. Recurso ordinário improvido. (RMS 19.022/PI, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, DJ 22/08/2005 p. 306)

Ex positis, em dissonância com o duto parecer da Procuradoria Geral de Justiça, conheço dos recursos oficial e voluntário e dou-lhes parcial provimento para reformar a sentença de primeiro grau e determinar que o recorrido se submeta a nova banca examinadora a ser formada pela administração pública, para que seja avaliado no exame oral, de acordo com o conteúdo programático do certame e a expressa previsão legal.

É como voto.

Fortaleza, 28 de julho de 2010

PROCESSO Nº 609772-93.2000.8.06.0001/1.

APELAÇÃO CÍVEL.

APELANTE: SKILL INDÚSTRIA LTDA.

APELADO: BANCO DO ESTADO DO CEARÁ (BEC).

RELATOR: DESEMBARGADOR FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. FALTA DE DOCUMENTO ESSENCIAL. ANTERIOR ORDEM JUDICIAL DE EXIBIÇÃO PELA PARTE RÉ. DESOBEDIÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE EXTINÇÃO DO FEITO. ARTS. 358 E 359, CPC. QUESTÕES DE FATO ARGUÍDAS NA EXORDIAL TORNAM-SE INCONTROVERSAS. EXAME DA CAUSA PELO TRIBUNAL. POSSIBILIDADE. ARTS. 515, §3º E 516, CPC. CONTRATO BANCÁRIO. APLICAÇÃO DO CDC. AÇÃO REVISIONAL. RELAÇÃO DE CONSUMO. FLEXIBILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO *PACTA SUNT SERVANDA*. JUROS REMUNERATÓRIOS. FIXAÇÃO EM 12% AO ANO. POSSIBILIDADE ANTE A AUSÊNCIA DE JUNTADA DO CONTRATO NOS AUTOS. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS E TJLP COMO FATOR DE CORREÇÃO. NECESSIDADE DE CLÁUSULA EXPRESSA. ÔNUS DE PROVA QUANTO AOS FATOS IMPEDITIVOS DO DIREITO DO AUTOR CABERIA AO RÉU. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA CUMULADA COM ENCARGOS MORATÓRIOS. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO REPETITIVO JULGADO PELO STJ. MULTA DE MORA FIXADA DEPOIS DA LEI Nº 9.298/1996. VEDAÇÃO LEGAL. SÚMULA Nº 285/STJ. RESTRIÇÃO CADASTRAL. IMPOSSIBILIDADE. MORA DESCONSTITUÍDA. RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO EM DOBRO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. APELO

PROVIDO. AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. SUCUMBÊNCIA. DECAIMENTO DE PARTE MÍNIMA. ART. 21, PARÁGRAFO ÚNICO, CPC. APELO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Havendo ordem de exibição do pacto litigioso contra a parte ré, sem oposição de recurso, descabe, posteriormente, a extinção do feito ante a ausência de juntada daquele documento pela autora. Rejulgamento de questão já decidida. Especificidade da causa que, versando sobre questões de revisão de contrato bancário, possui consequências jurídicas próprias. Incontrovérsia das questões de fato. Possibilidade de julgamento da lide em segunda instância (arts. 515, §3º, e 516 do CPC).

2. Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor nas relações jurídicas estabelecidas com instituições financeiras (Súmula 297-STJ).

3. Inexiste abusividade pela só estipulação de juros remuneratórios em percentual superior a 12% ao ano (STF, Súmula Vinculante nº 7; STJ, REsp. 1.061.530/RS). Entretanto, a não apresentação do contrato pela instituição financeira impede modificar-se a taxa estipulada pelo magistrado *a quo* (12% ao ano), sob pena de infligir-se prejuízo ao consumidor. Precedentes do STJ.

4. Resta impossibilitada a capitalização mensal de juros em contrato bancário firmado depois da MP nº1.963-17/00 (reeditada sob o nº 2.170-36/01), sem cláusula expressa. Embora a TJLP possa ser utilizada como fator de correção (Súmula 288/STJ), mister sua previsão no contrato. Ausentes ambas as estipulações, resta configurada a abusividade desses encargos. Ônus de prova de que não se desincumbiu a parte ré.

5. É ilegal a cobrança concomitante de comissão de permanência, juros moratórios e multa moratória, a teor das Súmulas nº 30 e 296 do Superior Tribunal de Justiça e do resultado do julgamento desse tema, ocorrido em 12.08.2009, em que a Segunda Seção do eg. Superior

Tribunal de Justiça deu parcial provimento aos Recursos Especiais nº 1.058.114/RS e nº 1.063.343/RS (representativos de controvérsia nos termos do art. 543-C do CPC e da Resolução nº 8/2008-STJ). Porém, deixo de acolher o pleito da autora uma vez que esta pugna a exclusão da comissão de permanência, quando, em casos tais, deve-se extirpar os encargos moratórios.

6. A multa moratória deverá ser limitada a 2% (dois por cento) nos contratos firmados depois da vigência da Lei nº 9.298/1996, que alterou o art. 52, §1º, Código de Defesa do Consumidor. Súmula nº 285/STJ.

7. Constatada a exigência de encargos abusivos durante o período de normalidade contratual, resta descaracterizada a mora, restando inviável, portanto, qualquer restrição cadastral da empresa, bem como eventual busca e apreensão dos bens porventura dados em garantia do contrato *sub judice* (Súmula 72/STJ).

8. Revisado o pacto em juízo, a determinação de devolução, na forma simples, de eventual valor pago a maior está conforme precedentes do STJ.

9. Vencida a autora em grande parte de seus pedidos, deve-se aplicar ao caso o parágrafo único do art. 21 do Código de Processo Civil, que prevê: *Se um litigante decair de parte mínima do pedido, o outro responderá, por inteiro, pelas despesas e honorários.*

10. Apelo parcialmente provido. Ação revisional procedente, em parte.

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores integrantes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por uma de suas Turmas, unanimemente, em conhecer da apelação e dar-lhe provimento para anular a sentença e julgar, desde logo, parcialmente procedente a ação revisional, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 28 de junho de 2010.

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação interposta por Skill Indústria Ltda. em face de sentença prolatada nos autos de ação revisional (fls. 187-189), a qual extinguiu o feito sem julgamento de mérito, ante a ausência de juntada do pacto litigioso.

A empresa recorrente alega, em suma (fls. 191-206), ser cabível a inversão do ônus da prova em lides deste jaez, ordenando-se à instituição financeira a exibição do pacto, afigurando-se nula a sentença.

Contrarrazões às fls. 211-216.

Inexistindo interesse público a que alude o art. 53, VI, do Regimento Interno deste Tribunal, deixei de submeter o feito à Procuradoria-Geral de Justiça.

É o relatório.

VOTO

Recurso tempestivamente interposto. Atendidos os demais requisitos legalmente exigidos, admito o apelo.

Incorreu em *error in iudicando* o magistrado *a quo* ao extinguir o feito ante a ausência de juntada do contrato de refinanciamento de nº 900.382-3 aos autos.

É que, nada obstante configure documento indispensável à propositura da ação, na espécie, o magistrado já havia ordenado a intimação a instituição financeira ré, sem qualquer irresignação recursal desta, para apresentar a repactuação ao juízo (fls. 161-162, 172-173 e 175).

Descabe, assim, rever questão anteriormente apreciada (art. 471, CPC⁽¹⁾) e ainda apenar a autora com a extinção da lide ante a desobediência da demandada, de cuja atitude derivam consequência processuais que permitem o julgamento da lide mediante a análise das questões jurídicas invocadas, inclusive por conta dos arts. 358, III, e 359 do CPC⁽²⁾, que inadmite recusa quando o documento for comum às partes (cf. AgRg no Ag 511849/RS, STJ, 3ª T., Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI, DJU 10.11.2003, p. 190), bem como reputa provados os fatos que a parte pretendeu por meio do documento ausente.

Com efeito, não se pode aquiescer a uma postura indolente de sonegar documentos ao juízo, de cuja posse não se duvida, até mesmo porque tais contratos bancários, porventura inadimplidos, hodiernamente constituem objeto de execuções, monitórias e ações ordinárias de cobrança, motivo pelo qual as instituições financeiras têm em relação àqueles redobrada cautela quanto à sua guarda.

Desse modo, mister anular a sentença, porém, proceder de logo ao

exame da lide perante esta segunda instância, a teor dos arts. 515, §3º, 516, do CPC:

Art. 515. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada. [...]

§3º Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (artigo 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento.

Art. 516. Ficam também submetidas ao tribunal as questões anteriores à sentença, ainda não decididas.

Não obstante o §3º do art. 515 do CPC explicita caber de logo o julgamento da causa pela instância *ad quem* tão somente quando se tratar de questões de direito, tem-se a deixar patenteado que, diante da não apresentação do pacto de refinanciamento pela ré, ora apelada, todas as questões de fato arguidas pela ora recorrente restaram incontroversas, resumindo-se o exame dos autos, portanto, a questões tipicamente de direito.

Assim, passo ao exame da causa em sua completude.

Examinando, de primeiro, a possibilidade jurídica da revisão contratual em apreço, pacífico é o entendimento de aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às instituições financeiras (STJ, Súmula 297^[3]) com conseqüente flexibilização do princípio da autonomia da vontade (*pacta sunt servanda*) para prestígio dos valores constitucionais da isonomia e da proteção ao consumidor.

Nesse sentido, trago à colação arestos deste Tribunal, *verbis*:

CIVIL. CONTRATO BANCÁRIO. CARTÃO DE CRÉDITO. AÇÃO REVISIONAL. RELAÇÃO DE CONSUMO. APLICAÇÃO DO CDC. FLEXIBILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO *PACTA SUNT SERVANDA* [...] 1. Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor nas relações jurídicas estabelecidas com instituições financeiras (Súmula 297-STJ). 2. Em se tratando de contrato de adesão, é plenamente admissível a flexibilização do princípio *pacta sunt servanda*, uma vez que o aderente não tem poder para discutir as cláusulas contratuais, não implicando violação à autonomia de vontade das partes [...] (Apelação-Cível nº 2005.0011.2647-6/0 – Rel.: Des. Raul Araújo Filho – D.J. 12.03.2008 – P. 17).

APELAÇÃO CÍVEL - CONTRATO DE EMPRÉSTIMO SOB CONSIGNAÇÃO EM FOLHA DE PAGAMENTO - REVISÃO CONTRATUAL - RELAÇÃO DE CONSUMO - APLICAÇÃO DO CDC ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS - SÚMULA 297

DO STJ - CONTRATO DE ADESÃO - FLEXIBILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO *PACTA SUNT SERVANDA* [...] 1. Assinala a Súmula 297 do STJ a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às instituições financeiras. 2. Em se tratando de contrato de adesão, é plenamente admissível a flexibilização do princípio *pacta sunt servanda*, uma vez que o aderente não tem poder para discutir as cláusulas contratuais, não implicando violação à autonomia de vontade das partes [...] (Apelação-Cível nº 2005.0000.0353-2/0 – Rel.: Des. José Mário dos Martins Coelho - D.J. 27.01.2009 – P. 14).

Além disso, a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, ao admitir a revisão das cláusulas de contratos bancários em hipóteses, sobretudo, de abusividade cometida em detrimento do consumidor já revela a possibilidade jurídica do pedido.

Reputo, pois, legítima a revisão contratual em exame.

Tocante à limitação judicial dos juros remuneratórios ao percentual de 12% ao ano, a teor da Súmula Vinculante nº 7 do STF *a norma do §3º do artigo 192 da Constituição, revogada pela Emenda Constitucional nº 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicação condicionada à edição de lei complementar.*

Ademais, conforme a Súmula 596, STF: *As disposições do Decreto 22626/1933 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integram o sistema financeiro nacional.*

Nada obstante o acima exposto, inexistente nos autos o contrato *sub examine*, havendo a instituição financeira olvidado de juntar referido pacto aos autos.

Com isso, torna-se inaplicável a taxa média de mercado, uma vez que esta pode ser superior ao efetivamente acertado pelas partes ora litigantes, devendo-se, pois, manter a limitação desse encargo a 12% (doze por cento) ao ano.

Em específicos arestos, assim se pronunciou o STJ:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. MÚTUO BANCÁRIO. JUROS REMUNERATÓRIOS. AUSÊNCIA DE CONTRATO. LIMITAÇÃO A 12% AO ANO. MANUTENÇÃO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. INCIDÊNCIA DO CDC. ACOLHIMENTO DA PRETENSÃO DEDUZIDA NA EXORDIAL. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A instituição financeira, conquanto intimada, deixou de trazer aos autos a cópia do contrato objeto da ação de revisão. Não obstante

incontroversa nos autos a pactuação dos juros remuneratórios, a ausência do instrumento obsta conclusão no sentido de que o montante cobrado pela instituição financeira corresponde ao valor avençado.

2. Mantida a limitação dos juros remuneratórios, tanto no Tribunal de origem como nesta Corte Superior, haja vista que a ausência do instrumento contratual impede verificar o montante pactuado entre as partes, que poderia, em tese, ter sido em valor aquém da média de mercado, sob pena de prejudicar o cliente.

3. Agravo regimental improvido. (STJ. 4ª T. AgRg no Ag 774511/RS. Relator Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA. DJU 04.12.2006, p. 326)

PROCESSO CIVIL - RECURSO ESPECIAL - AGRAVO REGIMENTAL - CONTRATO BANCÁRIO - CONTA CORRENTE - JUROS REMUNERATÓRIOS - CONTRATO NÃO JUNTADO AOS AUTOS - LIMITAÇÃO EM 12% AO ANO - DESVINCULAÇÃO AO ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL *A QUO* - DESPROVIMENTO.

1 - Este Tribunal já proclamou o entendimento no sentido de que, quanto aos juros remuneratórios, ausente nos autos o contrato firmado pelas partes, não é possível verificar a pactuação de juros, devendo ser imposta a limitação aos juros remuneratórios no patamar de 12% ao ano. Precedentes.

2 - Este Superior Tribunal de Justiça, como Corte de Uniformização Infraconstitucional, não está vinculada ao posicionamento adotado pelo Tribunal *a quo*.

3 - Agravo Regimental desprovido. (STJ. 4ª T. AgRg no REsp 677897/RS. Relator Ministro JORGE SCARTEZZINI. DJU 21.11.2005, p. 248)

[...] esta Corte já proclamou o entendimento no sentido de que, quanto aos juros remuneratórios, ausente nos autos o contrato firmado pelas partes, não é possível verificar a pactuação de juros, devendo ser imposta a limitação aos juros remuneratórios no patamar de 12% ao ano. Precedentes. 3 - Agravo Regimental desprovido. (STJ. 4ª T. AgRg no REsp 789231/RS. Relator Ministro JORGE SCARTEZZINI. DJU 06.03.2006, p. 413)

Quanto à arguição de que o banco demandado cobra ilicitamente capitalização de juros, é de se esclarecer que, embora os Bancos não se submetam à Lei da Usura, conforme Súmula nº 596, STF, esta apenas afasta o teto fixado no Decreto nº 22.626/1933, mas não ampara, *per se*, a prática do anatocismo, convivendo, na atualidade, o entendimento sedimentado no verbete citado e na Súmula 121, também do Pretório Excelso^[4].

Nesse aspecto, a resolução de mérito requereria, na verdade, a

verificação da data da contratação e da existência de cláusula expressa acerca da capitalização de juros.

É que, com o advento da Medida Provisória nº 1.963-17/00, reeditada sob o nº. 2.170-36/2001^[5], o sistema passou a admitir a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano, posicionando-se a jurisprudência pátria dominante pela viabilidade daquele encargo financeiro somente quanto aos contratos bancários firmados após 31.03.2000, início de vigência da citada norma jurídica, desde que existente previsão expressa nesse sentido.

Sobre o tema, acórdãos desta Corte:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REVISIONAL DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. CONTRATO DE FINANCIAMENTO DE VEÍCULO. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. CONTRATO POSTERIOR À EDIÇÃO DA MP 1.963/2000, REEDITADA SOB O Nº MP 2.170-36/2001. PACTUAÇÃO EXPRESSA: PERMISSÃO. JUROS REMUNERATÓRIOS ABUSIVOS. NÃO COMPROVAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE CUMULAÇÃO DA COMISSÃO DE PERMANÊNCIA COM OUTROS ENCARGOS. RECURSO IMPROVIDO. 1. A Medida Provisória 1.962/2000, reeditada sob o n.º 2.170-36/2001, permite a capitalização de juros aos contratos firmados posteriormente à sua vigência, desde que haja pactuação expressa. Diante da presença de expressa previsão contratual relativamente à capitalização mensal, na espécie “sub examine”, inexistente, pois, qualquer óbice legal à sua ocorrência [...] (TJCE. 1ª C. Cív. Apelação Cível nº 107593-68.2008.8.06.0001/1 [2008.0006.8626-0/1]. Relator Desembargador FRANCISCO SALES NETO. DJCE 11.12.2008, p. 29).

CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO PARA AQUISIÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. AÇÃO ORDINÁRIA REVISIONAL. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS EM PERIODICIDADE INFERIOR A UM ANO. AUSÊNCIA DE PACTUAÇÃO. CUMULAÇÃO DE COMISSÃO DE PERMANÊNCIA COM OUTROS ENCARGOS MORATÓRIOS. IMPOSSIBILIDADE. COMPENSAÇÃO DOS VALORES PAGOS A MAIOR NA FORMA SIMPLES. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA FIXADOS DE CONFORMIDADE COM O DISPOSTO NO ART. 20, §3º DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. - Consoante jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, “É admissível a capitalização mensal dos juros nos contratos celebrados a partir da publicação da Medida Provisória n. 1.963-17/2000, desde que pactuada.” - Hipótese em que restou configurado não haver sido pactuada a capitalização de juros em período inferior a um ano. [...] Apelação provida somente

em parte. (TJCE. 2ª C. Cív. Apelação Cível nº 13610-83.2006.8.06.0001/1 [2006.0027.5416-9/1]. Relator Desembargador ADEMAR MENDES BEZERRA. DJCE 23.07.2009, p. 17).

Sucedem que os fólhos não comprovam a existência de cláusula específica prevendo a cobrança do encargo financeiro em tela, até porque a instituição financeira olvidou de juntar o pacto de refinanciamento aos autos.

Constata-se, assim, a abusividade apontada, uma vez que o ora apelante, sem previsão de cláusula expressa, praticaria o anatocismo, pelo que, no ponto, a demanda merece ser julgada procedente.

Respeitante à arguição de exigência ilegal de juros remuneratórios e, ainda, a Taxa de Juros de Longo Prazo (TJLP) como fator de correção, tenho a deliberar o que segue.

A Súmula nº 288 do STJ prevê: *A Taxa de Juros de Longo Prazo (TJLP) pode ser utilizada como indexador de correção monetária nos contratos bancários.*

Cito:

[...] V. Quando pactuadas, é possível a aplicação da TR e da TJLP como fatores de atualização monetária, porque possuem características semelhantes. (STJ. 4ª T. REsp 337957/RS. Relator Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR. DJU 10.02.2003, p. 214. RSTJ vol. 177, p. 273)

Observa-se, porém, que se exige expressa previsão contratual para a cobrança da TJLP, o que, novamente, seria encargo da demandada, do que não se desincumbiu, a par de a contestação sequer haver impugnado esse pleito.

Deve, pois, ser repelida do contrato de refinanciamento nº 900.382-3 a Taxa de Juros de Longo Prazo (TJLP) como fator de correção.

Tocante à arguição de que a ré exigiria comissão de permanência ilegalmente cumulada a encargos moratórios, trata-se de questão incontroversa, uma vez não impugnada especificamente pelo réu em sua defesa (art. 302 e 334, III, CPC^[6]).

Não obstante a cumulação mencionada encontrar óbice pelo teor das Súmulas nº 30 e 296 do Superior Tribunal de Justiça^[7] e do resultado do julgamento desse tema, ocorrido em 12.08.2009, em que a Segunda Seção do eg. Superior Tribunal de Justiça deu parcial provimento aos Recursos Especiais nº 1.058.114/RS e nº 1.063.343/RS (representativos de controvérsia nos termos do art. 543-C do CPC e da Resolução nº 8/2008-STJ^[8]), deixo de acolher o pleito da

autora uma vez que esta pugna a exclusão da comissão de permanência, quando, em casos tais, deve-se extirpar os encargos moratórios.

Acerca da pretensa ilegalidade da multa moratória em patamar acima do estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor, tem-se o seguinte.

A questão de fato está incontroversa.

Ocorre que as multas moratórias fixadas em percentuais superiores ao limite de 2% (dois por cento) sobre o débito somente poderiam ser mantidas, conforme entende o STJ, nos contratos firmados antes da vigência da Lei nº 9.298/1996, que alterou o art. 52, §1º, Código de Defesa do Consumidor.

Nesse sentido:

[...] 4. Multa moratória: a alíquota de 10% (dez por cento) só poderá ser mantida para contratos firmados antes da vigência da Lei 9.298/96, que alterou o Código de Defesa do Consumidor, merecendo ser reduzida para 2% conforme dispõe o Enunciado da Súmula 285/STJ. [...] (STJ. 4ª T. AgRg no REsp 907151/RS. Relator Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, DJU 23.04.2007, p. 278).

[...] Prevalcimento no caso da multa de 10%, ante o entendimento de que as normas do Código de Defesa do Consumidor não retroagem para alcançar contratos celebrados antes de sua vigência. [...] (STJ. 4ª T. REsp 504907/RS. Relator Ministro BARROS MONTEIRO. DJU 22.09.2003, p. 339)

Veja-se, ainda, o teor da Súmula nº 285 do STJ: *Nos contratos bancários posteriores ao Código de Defesa do Consumidor incide a multa moratória nele prevista.*

O pacto *sub judice* (refinanciamento de dívida), ao que indica o documento de fls. 61-62, foi firmado posteriormente ao advento da Lei nº 9.298/1996, afigurando-se imperiosa a redução da multa moratória *in casu* a 2% (dois por cento).

Acerca da impossibilidade de inclusão do nome da apelante em cadastros de restrição creditícia, tem-se a deliberar o que segue.

Verificou-se *in casu* a exigência de encargos abusivos durante o período da normalidade contratual, respeitante a juros remuneratórios, capitalizados, TJLP sem previsão expressa etc. Ao se ordenar, nesta segunda instância, a readequação do pacto, não se pode considerar caracterizada mora alguma da empresa autora, impondo-se a ordem de exclusão do nome desta de cadastros de proteção ao crédito por conta do refinanciamento nº 900.382-3 efetuado com o BEC (cf. AgRg no REsp 915829/RS, STJ, 4ª T., Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJe 09.03.2009).

Inexiste, pelo mesmo fundamento acima esposado, mora da empresa SKILL, uma vez necessário o recálculo da dívida a partir dos parâmetros estabelecidos em juízo.

Nesse sentido, veja-se orientação firmada em recurso representativo da controvérsia:

[...] ORIENTAÇÃO 2 - CONFIGURAÇÃO DA MORA

a) O reconhecimento da abusividade nos encargos exigidos no período da normalidade contratual (juros remuneratórios e capitalização) descarateriza a mora; [...] (STJ. 2ª Seção. REsp 1061530/RS. Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI. DJe 10.03.2009)

Como consectário, ainda, da desconstituição da mora, resta insubsistente requisito indispensável para qualquer medida de busca e apreensão (Súmula nº 72, STJ^[9]) de bens porventura dados em garantia do refinanciamento em alusão.

Por fim, não tem a autora direito de reaver em dobro as quantias indevidamente pagas (art. 42 do Código de Defesa do Consumidor), mas sim na forma simples, uma vez que eventual averiguação de pagamentos indevidos deverá ser apurada em execução, conforme as determinações deste decisório.

Cito:

[...] III - É incabível a dobra prevista no artigo 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, quando o débito tem origem em encargos cuja validade é objeto de discussão judicial. [...] (STJ. 3ª T. REsp 756973/RS. Rel. Min. Castro Filho. DJU 16.04.2007, p. 185)

[...] 4. A devolução em dobro prevista no art. 42, §3º, do Código de Defesa do Consumidor não é pertinente quando o objeto da cobrança está sujeito à controvérsia judicial. [...] (STJ. 3ª T. REsp 606360/PR. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. DJU 01.02.2006, p. 531)

Sob tais fundamentos, dou provimento ao apelo para anular a sentença e, de logo, apreciar a ação revisional, para julgá-la parcialmente procedente, redimensionando os termos do refinanciamento nº 900.382-3 efetuado entre a empresa Skill indústria Ltda e o Banco do Estado do Ceará (BEC), com o fim de: *a)* declarar a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor ao caso (STJ, Súmula 297); *b)* limitar os juros remuneratórios ao percentual de 12% (doze por cento) ao ano; *c)* excluir do refinanciamento a capitalização de juros e a Taxa de Juros de Longo Prazo (TJLP) como fator de correção; *d)* *limitar a multa*

moratória a 2% (dois por cento); e) ordenar a exclusão do nome da apelante em cadastros de restrição creditícia por conta do refinanciamento nº 900.382-3 efetuado com o BEC; f) desconstituir a mora, restando impossibilitada qualquer medida de busca e apreensão em bens porventura dados em garantia do contrato em alusão g) declarar que eventuais valores pagos a maior pela autora somente ser-lhe-ão restituídos na forma simples.

Verifica-se, do acima exposto, que a instituição financeira apelada foi vencida em grande parte de seus pedidos, devendo-se aplicar ao caso o parágrafo único do art. 21 do Código de Processo Civil, que prevê: *Se um litigante decair de parte mínima do pedido, o outro responderá, por inteiro, pelas despesas e honorários.*

Com isso, deve-se impor ao réu pagar à autora verba sucumbencial de 10% (dez por cento) do benefício econômico que esta auferirá com a redução da dívida que lhe é exigida por ocasião do refinanciamento nº 900.382-3, efetuado com o BEC.

É como voto.

¹ CPC, Art. 471. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo: I – se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença; II – nos demais casos prescritos em lei.

² CPC, Art. 358. O juiz não admitirá a recusa:

I – se o requerido tiver obrigação legal de exhibir;

II – se o requerido aludiu ao documento ou à coisa, no processo, com o intuito de constituir prova;

III – se o documento, por seu conteúdo, for comum às partes.

CPC, Art. 359. Ao decidir o pedido, o juiz admitirá como verdadeiros os fatos que, por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia provar:

I – se o requerido não efetuar a exibição, nem fizer qualquer declaração no prazo do artigo 357;

II – se a recusa for havida por ilegítima.

STJ, Súmula 297: O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.

⁴ STF, Súmula 121: É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada.

STF, Súmula 596: As disposições do Decreto nº 22.626 de 1933 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integram o sistema financeiro nacional.

⁵ MP 1963-22/2000: Art. 5º. Nas operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, é admissível a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano.

Parágrafo único: Sempre que necessário ou quando solicitado pelo devedor, a apuração do valor exato da obrigação, ou de seu saldo devedor, será feita pelo credor por meio de planilha de cálculo que evidencie de modo claro, preciso e de fácil entendimento e compreensão, o valor principal da dívida, seus encargos e despesas contratuais, a parcela de juros e os critérios de sua incidência, a parcela correspondente a multas e demais penalidades contratuais.

⁶ CPC, Art. 302. Cabe também ao réu manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial. Presumem-se verdadeiros os fatos não impugnados, salvo:

I – se não for admissível, a seu respeito, a confissão;

II – se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público que a lei considerar da substância do ato;

III – se estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto.

Parágrafo único. Esta regra, quanto ao ônus da impugnação especificada dos fatos, não se aplica ao advogado dativo, ao curador especial e ao órgão do Ministério Público.

CPC, Art. 334. Não dependem de prova os fatos: [...] III – admitidos, no processo, como incontrovertidos; [...]

⁷ STJ, Súmula nº 30: A comissão de permanência e a correção monetária são inacumuláveis.

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

⁸ Nessa ocasião, por maioria, com relação à cobrança da comissão de permanência, adotando o voto do Exm^o Min. João Otávio de Noronha, com a finalidade de reafirmar o entendimento jurisprudencial de ser válida a cláusula que prevê a cobrança da comissão de permanência para o período de inadimplência desde que não cumulada com os juros moratórios, a multa moratória ou a correção monetária (Súms. ns. 30 e 296 do STJ). A comissão de permanência só é legal se calculada pela taxa média dos juros de mercado apurada pela Banco Central (Súm. n. 294/STJ). Ressaltou-se, ainda, que, em casos de abuso na cobrança da comissão de permanência, a aferição da sua legalidade há de ser feita diante do caso concreto pelo juiz, que irá analisar e verificar se a cláusula ajustada discrepa da taxa média de mercado, causando um injusto e pesado ônus ao consumidor. Note-se que o valor da comissão de permanência varia conforme a instituição bancária. Por isso, a Min. Relatora, vencida nesse ponto, votou pela nulidade da cláusula que estabelece a comissão de permanência, considerou a insegurança até quanto à sua definição; para ela, as taxas eram discrepantes e haveria falta de regulamentação relativa à sua composição, fato que, na sua opinião, ofenderia os princípios do CDC. Precedente citado: REsp 271.214-RS, DJ 4/8/2003. (Informativo nº 402).

⁹ STJ, Súmula nº 72: A comprovação da mora é imprescindível à busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente.

Agravo de Instrumento

AGRAVO DE INSTRUMENTO 1556-64.2001.8.06.0000/0 DE JAGUARUANA

AGRAVANTE: BANCO DO NORDESTE DO BRASIL S.A.

AGRAVADO: ALEX KELLY MONTEIRO PEREIRA

RELATOR: DES. RÔMULO MOREIRA DE DEUS

EMENTA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. APRESENTAÇÃO TEMPESTIVA DA CONTESTAÇÃO NO JUÍZO DEPRECADO (ART.241, IV DO CPC). POSSIBILIDADE. DEMORA NO SEU ENVIO AO MAGISTRADO DEPRECANTE. REVELIA NÃO CONFIGURADA.

1. Em respeito ao princípio constitucional do devido processo legal, bem como do contraditório e da ampla defesa a ele inerentes (CF, art. 5º, LIV e LV), deve-se considerar válida a entrega tempestiva da contestação no próprio Juízo deprecado.

2. O fato de a peça contestatória, aviada atempadamente, ter sido juntada aos autos do processo que a originou somente após a decretação da revelia do promovido pelo Juízo deprecante, em razão da demora no seu envio pelo Magistrado deprecado, não pode se converter em prejuízo para o Agravante.

3. Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, acorda a Turma Julgadora da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, na conformidade da ata de julgamento, por decisão unânime, em conhecer do agravo de instrumento e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 31 de maio de 2010.

RELATÓRIO

Trata-se de Agravo de Instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto pelo BANCO DO NORDESTE DO BRASIL S.A., irresignado com a decisão do Juiz da Vara Única da Comarca de Jaguaruana que, reconhecendo a sua revelia, anunciou o julgamento antecipado da ação revisional interposta pelo Agravado, com esteio no art. 330, II do CPC.

Aduz o Recorrente que o Julgador *a quo* foi induzido ao erro quando aplicou-lhe a pena de confesso, pois, citado por precatória, entregou tempestivamente a sua contestação na Secretaria da 22ª Vara Cível na Comarca de Fortaleza, Juízo deprecado, que não a encaminhou oportunamente ao Juízo deprecante da Vara Única da Comarca de Jaguaruana.

Pugna o Recorrente pela reforma da decisão atacada, a fim de que seja reconhecida a tempestividade de sua peça contestatória e sustados o efeitos da revelia decretada em 1º Grau.

O Magistrado *a quo* informou que a contestação lhe foi encaminhada pelo Juízo deprecado em 13.11.01, e que a mesma havia sido juntada aos autos, mas que ainda pendia de apreciação o seu recebimento (f. 158).

Apesar de regularmente intimado, o Agravado não apresentou contraminuta (f. 183).

Depois de passar por várias relatorias, o recurso foi a mim redistribuído em 9.2.2009.

VOTO

A questão é de simples solução. O agravo merece provimento.

Verifico que, nos termos do art. 241, IV, do CPC, a contestação foi tempestivamente apresentada pelo Agravante no Juízo deprecado em 15.8.2001 (f. 30), cinco dias antes do término do prazo legal de 15 dias, que começou a correr em 3.8.2001 (f. 72) e somente findaria em 20.8.2001.

Em respeito ao princípio constitucional do devido processo legal, bem como do contraditório e da ampla defesa a ele inerentes (CF, art. 5º, LIV e LV), deve-se considerar válida a entrega tempestiva da contestação no próprio Juízo deprecado, mormente quando se verifica que, no caso, o Agravante agiu de boa-fé.

Assim, o fato de a peça contestatória, aviada atempadamente, ter sido juntada aos autos do processo que a originou somente após a decretação da revelia do Recorrente pelo Juízo deprecante, em razão da demora no seu envio pelo Magistrado deprecado, não pode se converter em prejuízo para o Agravante.

No mesmo sentido, os seguintes arestos:

EMENTA: AÇÃO DE SUSTAÇÃO DE PROTESTO - CITAÇÃO POR CARTA PRECATÓRIA - PRAZO PARA CONTESTAR - ART.241, IV DO CPC - DEFESA TEMPESTIVA - DEVOLUÇÃO DA PRECATÓRIA SEM A PEÇA DE DEFESA - ERRO DA SECRETARIA DO JUÍZO DEPRECADO - CASSAÇÃO DA SENTENÇA. - Ninguém pode ser prejudicado por erros administrativos da secretaria de qualquer juízo, principalmente, quando pratica os atos a tempo e modo em obediência ao ordenamento jurídico. (TJMG, AC 1.0693.07.059294-6/001(1), Des. NICOLAU MASSELLI, DJ 24.06.2008).

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL EM AÇÃO DE AÇÃO DE COBRANÇA. CITAÇÃO REALIZADA POR MEIO DE CARTA PRECATÓRIA. DEVOLUÇÃO DO MANDADO CUMPRIDO ANTES DE DECORRIDO O PRAZO PARA APRESENTAÇÃO DE CONTESTAÇÃO. PROLAÇÃO DE SENTENÇA DE MÉRITO, JULGANDO PROCEDENTE O PLEITO AUTURAL, ANTE A APLICAÇÃO DOS EFEITOS DA REVELIA (CPC, ART. 319). POSTERIOR JUNTADA AOS AUTOS PRINCIPAIS DE PEÇA CONTESTATÓRIA TEMPESTIVAMENTE APRESENTADA. CERCEAMENTO DE DEFESA CONFIGURADO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, E SEUS CONSECTÁRIOS, PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA (CF, ART. 5º, LIV E LV). NULIDADE DA SENTENÇA, COM O RETORNO DOS AUTOS PARA A INSTÂNCIA DE ORIGEM A FIM DE QUE SEJA DADO REGULAR PROSSEGUIMENTO AO FEITO. 1.De acordo com os preceitos do art. 241, IV, do Estatuto Processual Civil, realizada a citação por meio de carta precatória, o prazo para apresentação de contestação somente é iniciado a partir da data em que a referida carta, devidamente cumprida, é juntada aos autos principais. 2.Configura cerceamento de defesa, com conseqüente violação ao princípio constitucional do devido processo legal, e de seus consectários, princípios do contraditório e da ampla defesa (CF,

art. 5º, LIV e LV), quando o Juízo deprecante, sem determinar a decorrência de prazo para apresentação de contestação, julga antecipadamente a lide, aplicando os efeitos da revelia (CPC, art. 319), mesmo quando as partes promovidas tenham, tempestivamente, apresentado peça contestatória junto ao Juízo deprecado, somente vindo a ser juntada aos autos principais após a prolação da sentença de mérito. Precedentes. 3. Nesses casos, deve-se anular a sentença de mérito, determinando o retorno dos autos para instância *a quo*, a fim de que dado normal prosseguimento do feito. 4. Apelação conhecida e provida. (TJCE, AC nº. 2000.0013.3060-9/0, Des. RAUL ARAÚJO FILHO, 1ª Câmara de Direito Cível, julgado em 21.09.2009)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. CITAÇÃO. PRAZO. PRECATÓRIA. CONTESTAÇÃO TEMPESTIVA. REVELIA NÃO CONFIGURADA. APELAÇÃO AVIADA NO PRAZO. APLICAÇÃO DO DIREITO À ESPÉCIE. REGIMENTO INTERNO DO STJ, ART. 257. ANULAÇÃO DO PROCESSO. I. Configurada a tempestividade da contestação, protocolizada no 15º dia do prazo, a contar da citação efetuada em outro Estado da Federação, indevida a aplicação da pena de revelia e, conseqüentemente, atempada, igualmente, a apelação interposta da sentença que a decretou. II. Aplicação, de logo, do Direito à espécie, em consonância com o art. 257 do Regimento Interno do STJ, para anular o processo a partir da citação, exclusive, determinando-se o reentrinhamento da contestação da ré aos autos e o prosseguimento do feito. III. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 432.580/PI, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 26/06/2003, DJ 15/12/2003 p. 315)

Sendo assim, conheço do agravo de instrumento, por oportuno, e lhe dou provimento, para reconhecer a tempestividade da contestação apresentada pelo Recorrente e desconstituir o decreto de sua revelia.

Fortaleza, 31 de maio de 2010.

PROCESSO Nº 6100-80.2010.8.06.0000/0.

AGRAVO DE INSTRUMENTO.

AGRAVANTE: MASSA FALIDA DO BANCO COMERCIAL BANCESA S.A.

AGRAVADO: JOSÉ PONTES DE MELO.

AGRAVADA: MARIA LÚCIA MIRANDA DE MELO.

RELATOR: DES. FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA.

EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. FORMAÇÃO. TEMPESTIVIDADE. CERTIDÃO DE INTIMAÇÃO. DESNECESSIDADE. PUBLICAÇÃO EM ÓRGÃO OFICIAL. PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. RECURSO. INCOMPETÊNCIA. RELATOR. JULGAMENTO ANTERIOR. TESE VENCEDORA. DESEMBARGADOR DESIGNADO PARA O ACÓRDÃO. PREVENÇÃO. EXECUÇÃO. BEM DE FAMÍLIA. IMPENHORABILIDADE. LEI Nº 8.009/1990. EXISTÊNCIA DE DIVERSOS IMÓVEIS RESIDENCIAIS. CANCELAMENTO DA HIPOTECA E EXCLUSÃO DA PENHORA DO MAIS VALIOSO. IMPOSSIBILIDADE. PROPORCIONALIDADE. SATISFAÇÃO DO DIREITO DO CREDOR. PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO MÍNIMO DO DEVEDOR.

1. O fato de a intimação da decisão recorrida haver-se dado pelo *Diário da Justiça* não implica desatendimento à regra esculpida no art. 525, I, CPC. Precedentes do STJ. Prejudicial rejeitada.

2. O Desembargador designado para lavrar o acórdão, cuja tese foi a vencedora em julgamento de anterior recurso, substitui o relator originário, sendo competente e prevento para todos os recursos posteriores (art. 83 do RITJCE), conforme ficou assentado em decisão colegiada prolatada nos autos do Agravo Regimental na Reclamação nº 37454-26.2010.8.06.0000. Preliminar

prejudicada.

3. Demonstrando os autos existirem inúmeros imóveis residenciais pertencentes aos devedores, a declaração de impenhorabilidade decorrente da Lei nº 8.009/1990, bem como o cancelamento do gravame hipotecário, há de recair sobre o de menor valor, nos termos do parágrafo único do art. 5º da Lei do bem de família. Aplicação, ao caso concreto, do princípio da proporcionalidade, a propiciar a efetiva satisfação do credor no processo executivo sem desprezar a garantia a um patrimônio mínimo dos devedores.

4. Agravo de instrumento conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Acordam os integrantes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, unanimemente, por julgamento de Turma, em conhecer do recurso, para dar-lhe provimento, em conformidade com o voto do Relator.

Fortaleza, 12 de julho de 2010.

RELATÓRIO

Cuida-se de agravo de instrumento oposto pela massa falida do Banco Comercial BANCESA S.A., em sede de ação de execução de título de crédito extrajudicial (contrato de abertura de crédito fixo com garantia hipotecária) ajuizada em face de José Pontes de Melo e sua esposa Maria Lúcia Miranda de Melo (Proc. 2000.0064.6363-1), contra o decisório de fls. 54-59 (vol. 1), por meio do qual o MM. Juiz de Direito da 18ª Vara Cível desta Comarca decretou “a impenhorabilidade do imóvel objeto do pedido, localizado na Rua República do Líbano, nº 420, atualmente Rua Dr. Medeiros, nº 420, Aldeota, objeto da matrícula nº 54, do Cartório de Registro de Imóveis da 4ª Zona de Fortaleza” e julgou “cancelada a hipoteca existente sobre o mesmo bem, determinando a expedição de Mandado Judicial à referida Serventia, para a baixa tanto da hipoteca, Registro nº R-20-54, de 19 de novembro de 1993, bem como na penhora, objeto do Registro nº R-24-54, de 29 de janeiro de 1996” (fl. 58, *fine*, vol. 1).

Efeito suspensivo conferido monocraticamente às fls. 508-512 (vol.

3), mediante o qual determinei que o cancelamento da hipoteca e a impenhorabilidade legal deveriam recair não no imóvel residencial familiar de maior valor, mas sobre o de menor valor dentre os arrolados no laudo de avaliação de fls. 106-109 (vol. 1), até solução final deste recurso.

Contrarrrazões às fls. 518-534 (vol. 3), em que asserem os agravados, em preliminar, a incompetência desta Relatoria, com base em questão já dirimida em sede de reclamação cível (Proc. nº 37454-26.2010.8.06.0000).

Aduzem, ainda, com base no art. 557, CPC, a ausência de juntada da certidão de intimação da decisão agravada pela parte recorrente, a implicar negativa de seguimento da insurreição, uma vez que, segundo argumentam, a jurisprudência do Superior Tribunal não consideraria a cópia do *Diário da Justiça* em que publicado o ato judicial impugnado.

Na mesma esteira, suscitam falha na representação processual da agravante, a redundar em óbice à formação do instrumento.

No mérito, expõem que, excetuado o imóvel em que residem, o patrimônio penhorado já é bastante a satisfazer a dívida em face da credora, porquanto superior ao valor da execução, assim como aludem ao benefício legal da impenhorabilidade do bem de família e ao princípio da menor onerosidade.

A agravante trouxe aos fólios comprovação do disposto no art. 526 do CPC^[1] (fls. 566-622, vol. 3).

É o relatório.

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso.

Em prejudicial, arguem os agravados vício na formação do instrumento, em vista da ausência de certidão de intimação da decisão interlocutória recorrida.

Compulsando os fólios, observo que o recurso encontra-se regularmente instruído com todas as peças obrigatórias (art. 525, I, CPC), a saber: “cópias da decisão agravada [fls. 54-59, vol. 1], da certidão da respectiva intimação [fl. 61, vol. 1] e das procurações outorgadas aos advogados do agravante [fls. 30, 37-41, vol. 1] e do agravado [fls. 46-52, vol. 1]”, bem como o “comprovante de pagamento das respectivas custas e do porte de remessa e retorno, quando devidos [fl. 35, vol. 1]” (art. 525, § 1º, CPC).

O fato de a intimação do decisório adversado haver-se dado pelo *Diário da Justiça* não implica desatendimento à regra estatuída no citado

dispositivo legal (art. 525, I, CPC). Nesse sentido já se decidiu que, “a falta de certidão de intimação da decisão pode ser suprida por outro instrumento que comprove a tempestividade do recurso” (STJ, AgRg nos EDcl nos EDcl no REsp 460.056/MT, 3ª T., j. em 26.10.2006, DJ 18.12.2006, p. 360), em homenagem ao *princípio da instrumentalidade das formas processuais*.

Assim sendo, refuto esta primeira preliminar suscitada.

Prosseguem os recorridos, sob a argumentação de incompetência desta Relatoria para o processo e julgamento do feito, que reclamam seja remetido ao eminente Desembargador Emanuel Leite Albuquerque. Tal matéria, inclusive, já foi objeto de apreciação deste Relator por ocasião da Reclamação Cível nº 37454-26.2010.8.06.0000/0, aforada pelos agravados.

Naquela ocasião, explicitarei que, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 22771-57.2005.8.06.0000/0, vencida a tese do relator, Des. José Edmar de Arruda Coelho, foi designado para lavrar o acórdão o Des. Ernani Barreira Porto, a quem sucedi nesta Câmara, que, a despeito de não ser o relator originário, tornou-se prevento para todos os recursos posteriores (art. 83 do Regimento Interno do TJCE^[2]), razão, por conseguinte, de minha prevenção.

Esse entendimento veio, por fim, a ser respaldado em decisão desta c. Câmara, quando do julgamento do Agravo Regimental na Reclamação nº 37454-26.2010.8.06.0000, ocorrido em 5.7.2010, restando, pois, prejudicada essa derradeira preliminar, pelo que passo ao exame de mérito.

Como visto, a massa falida agravante impugna, por via de instrumento, decisão interlocutória que, em sede de execução de título de crédito extrajudicial (contrato de abertura de crédito fixo com garantia hipotecária), decretou “a impenhorabilidade do imóvel objeto do pedido, localizado na Rua República do Líbano, nº 420, atualmente Rua Dr. Medeiros, nº 420, Aldeota, objeto da matrícula nº 54, do Cartório de Registro de Imóveis da 4ª Zona de Fortaleza” e cancelou “a hipoteca existente sobre o mesmo bem, determinando a expedição de Mandado Judicial à referida Serventia, para a baixa tanto da hipoteca, Registro nº R-20-54, de 19 de novembro de 1993, bem como na penhora, objeto do Registro nº R-24-54, de 29 de janeiro de 1996” (fl. 58, *fine*, vol. 1).

O imóvel residencial liberado da constrição pelo MM. Juiz de Direito (decisão cujos efeitos foram suspensos liminarmente, objeto da presente insurreição) é, consoante se observa do laudo de avaliação de fls. 106-109 (vol. 1), o de maior valor dentre outros imóveis residenciais pertencentes aos devedores agravados.

O decisório impugnado, louvando-se no art. 6º da Constituição da

República e nos arts. 1º, *caput* e parágrafo único, e 3º da Lei 8.009/1990 (Lei do bem de família), proclamou a impenhorabilidade e cancelou a hipoteca do bem imóvel residencial de maior valor dentre os constritos na execução.

Com efeito, a interlocutória, ao excluir o imóvel residencial de maior valor dentre os penhorados, acarretou lesão grave e de difícil reparação à credora massa falida do BANCESA, à medida que, levando-se a cabo a fase executiva, com a alienação dos imóveis em hasta pública, a totalidade do crédito a que faz jus a exequente poderia não ser satisfeita, ficando os agravados, assim, com a propriedade do bem mais valioso, o qual não poderia ser objeto de penhora, porque já não haveria mais nenhum outro que o substituísse.

O raciocínio contrário, no entanto, conduz-nos a entender que, excluído do rol de imóveis residenciais penhorados aos devedores o de menor valor, em face da disciplina legal do parágrafo único do art. 5º da L. 8.009/1990, o montante resultado da venda dos bens arrematados em praça, desde que excedente ao total da dívida, reverteria em prol dos executados.

Nesta esteira é que, aplicando-se ao caso concreto o *princípio da proporcionalidade*, na busca de uma execução efetiva mas sem extrapolar a esfera de dignidade pessoal do executado, está-se a um só tempo satisfazendo o direito do credor a receber o que lhe é devido e conferindo ao devedor a proteção constitucional ao direito de moradia e à tutela ao patrimônio mínimo (garantia mínima de preservação da dignidade humana).

A doutrina tem concebido esse princípio como forma de solução de conflito de dois princípios ou garantias, sacrificando-se um deles nos limites do estritamente necessário, tudo a depender de exame do caso concreto.

A respeito do assunto, Cândido Rangel Dinamarco ensina que:

[...] não se legitima, p. ex., livrar da execução um bem qualificado como impenhorável mas economicamente tão valioso que deixar de utilizá-lo *in executivis* seria um inconstitucional privilégio concedido ao devedor. Pense-se na hipótese de um devedor milionário mas sem dinheiro visível ou qualquer outro bem declarado, e que vivia em luxuosa mansão; esse é o seu bem de família, em tese impenhorável por força da lei, mas que, em casos como esse, não se justificaria ficar preservado por inteiro.

[...]

Solução razoável: penhorar o bem, levá-lo à arrematação e reservar parte do dinheiro obtido para a compra de uma habitação razoável

para esse devedor “pobre”. (Cf. *Instituições de direito processual civil*, vol. IV, no prelo, item 1541).

Perfilhar outro caminho é violar a legítima pretensão do credor e injustamente favorecer o devedor.

Sobre o assunto, veja-se a lição de Luiz Rodrigues Wambier, *in verbis*:

O órgão jurisdicional poderá deparar com situações de conflitos de valores: de um lado, a preocupação em não se imporem sacrifícios excessivos ao devedor; de outro, a exigência de que se satisfaça de maneira rápida e completa o direito do credor. (Cf. *Curso avançado de processo civil*, vol. 2, 4ª ed., São Paulo: RT, 2001, p. 134).

A hipótese em tablado, em que os devedores possuem mais de um imóvel residencial dado em garantia real em contrato de mútuo com a instituição financeira importa aplicação do parágrafo único do art. 5º da L. nº 8.009/1990:

Art. 5º Para os efeitos de impenhorabilidade, de que trata esta Lei, considera-se residência **um único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente.**

Parágrafo único. **Na hipótese de o casal, ou entidade familiar, ser possuidor de vários imóveis utilizados como residência, a impenhorabilidade recairá sobre o de menor valor**, salvo se outro tiver sido registrado, para esse fim, no Registro de Imóveis e na forma do artigo 70 do Código Civil.

Nesse sentido é a jurisprudência:

Direito civil. Bem de família. Alegação de impenhorabilidade feita em três oportunidades. Preclusão consumativa quanto a matéria. **Reconhecimento, pelo acórdão recorrido, de inúmeras residências do devedor. Impenhorabilidade que deve recair sobre a de menor valor. Inteligência do art. 5º, parágrafo único, da Lei nº 8.009/90.**

- A decisão quanto a questão incidente pode ser sucintamente fundamentada, notadamente nas hipóteses em que o juízo está diante da reformulação do mesmo pedido já rechaçado em oportunidades anteriores.

- A alegação de que determinado imóvel consubstancia bem de família está sujeita à preclusão consumativa. Precedentes.

- **Reconhecido, pelo acórdão recorrido, que o devedor tem diversas residências, a impenhorabilidade deve recair sobre o bem de menor valor, nos termos do art. 5º, parágrafo único, da Lei nº 8.009/90.**

- Não deve ser protegido o imóvel que se alega impenhorável, na hipótese em que o devedor transfere sua residência para ele às vésperas da praça, justamente com o intuito de impedir a alienação judicial. Recurso especial não conhecido. (STJ, REsp 880844/SP, relª. Ministra NANCY ANDRIGHI, 3ª T., j. em 16.09.2008, DJe 08.10.2008).

Do exposto, conheço e **dou provimento** ao agravo de instrumento, a fim de cassar a decisão recorrida e determinar que o benefício legal da impenhorabilidade e o cancelamento da hipoteca deem-se unicamente sobre o bem imóvel residencial de menor valor pertencente aos agravados dentre aqueles penhorados no processo executivo.

É como voto.

¹ Art. 526. O agravante, no prazo de três dias, requererá juntada, aos autos do processo, de cópia da petição do agravo de instrumento e do comprovante de sua interposição, assim como a relação dos documentos que instruíram o recurso.

Parágrafo único. O não cumprimento do disposto neste artigo, desde que arguido e provado pelo agravado, importa inadmissibilidade do agravo.

² RITJCE, art. 83. Encerrada a discussão e proferidos os votos, o Presidente apurará a votação e anunciará o resultado. **Caso vencido o voto do Relator, será designado para lavrar o acórdão o revisor, ou o Desembargador que proferiu o primeiro voto vencedor.**

Parágrafo único. O acórdão será assinado somente pelo Presidente do órgão julgador e pelo Desembargador que o tiver lavrado.

PROCESSO Nº 8035-92.2009.8.06.0000/1.
AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO.
AGRAVANTE: BANCO ITAÚ S.A.
AGRAVADO: MUNICÍPIO DE FORTALEZA.
RELATOR: DESEMBARGADOR FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA

EMENTA: AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO AFORADO ANTES DA PUBLICAÇÃO DO DECISÓRIO ADVERSADO. INTEMPESTIVIDADE. PRECEDENTES.

1. Contra o decisório que nega *in limine* a insurreição é cabível o agravo previsto nos arts. 557, §1º, do Código de Processo Civil e 242 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (RITJCE).
2. O prazo de interposição do recurso em tela inicia-se do dia seguinte ao da publicação do *decisum* combatido no *Diário da Justiça* (arts. 184 e 242, §1º, do CPC).
3. A intempestividade se afigura não somente com a realização do ato processual em tela após escoado o prazo previsto em lei para sua prática, mas, igualmente, sua consumação antes do advento do termo *a quo* sem que haja posterior reiteração. Precedentes.
4. O provimento judicial adversado foi prolatado em 30.04.2009, juntado aos autos em 05.05.2009 e teve seu teor publicado no DJCE de 21.05.2009. Com isso, afigura-se extemporâneo o agravo interno protocolizado em 19.05.2009, porquanto antes da publicação daquele no órgão oficial.
5. Agravo interno não conhecido.

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores integrantes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por uma de suas Turmas, unanimemente, em não conhecer do agravo interno, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 14 de junho de 2010.

RELATÓRIO

Cuida-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão do Juízo da 2ª Vara de Execuções Fiscais desta Comarca, prolatada nos autos do Processo nº 2008.0034.7009-8/0 (execução fiscal), que haveria negado validade à apresentação de carta de fiança para garantir o débito exequendo (fl. 56).

Sustentou o agravante, em síntese, que mencionada oferta possui o mesmo *status* de depósito em dinheiro, de modo que, se deve a execução ser realizada da maneira menos gravosa para o devedor, não existiria motivo plausível para a recusa do juízo quanto à fiança apresentada.

Postulou, ao final, efeito suspensivo ao recurso.

Em decisório unipessoal (fls. 60-61) neguei provimento ao recurso por reputar ocorrida na espécie ato contrário à vontade de recorrer. Com efeito, em petição dirigida ao juízo de origem (fls. 49-50 destes autos), o agravante mostrou conformação à recusa da fiança bancária por parte do ente municipal e, ato contínuo, pugnou ao magistrado determinasse qual bem deveria ser oferecido em penhora, em substituição daquela fiança, o que restou decidido no despacho ora combatido.

Desse modo, se à instituição agravante foi dado se manifestar sobre a oposição do Município recorrido, deveria, naquela ocasião, ter instaurado litígio sobre essa *quaestio*, a ser dirimida pelo juízo singular, e não haver acatado as aduções do agravado quanto à não aceitação da carta de fiança e, ainda, pleitear sua pronta substituição por outro bem, para, somente depois, aforar recurso.

Irresignado, o recorrente opôs agravo, no qual alega, em síntese (fls. 63-71), inexistir aceitação tácita quanto à recusa da carta de fiança bancária oferecida em penhora de execução fiscal, cuja garantia, ademais, por se igualar a depósito em dinheiro, não poderia ser olvidada com base na Súmula nº 328 do Superior Tribunal de Justiça, a qual, aliás, sequer impede a medida processual adotada pela instituição financeira.

É o relatório.

VOTO

Há disciplina legal e regimental expressa quanto à espécie recursal a ser aforada em face da decisão de fls. 39-40, que denegou liminarmente o agravo. Trata-se do agravo previsto no art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil e art. 242 do RITJCE.

CPC, Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

(...)

§1º. Da decisão caberá agravo, no prazo de cinco dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, e, se não houver retratação, o relator apresentará o processo em mesa, proferindo voto; provido o agravo, o recurso terá seguimento.

RITJCE, Art. 242. A parte que se considerar em gravame por força de despacho do Presidente ou do Relator poderá solicitar que se apresentem os autos em mesa, para reexame da decisão, no prazo de cinco dias, contados da publicação ou da intimação do ato impugnado

Impende salientar, entretanto, que a publicação do decisório do qual se pretende recorrer é ato indispensável a ensejar e a justificar a interposição de recurso, sendo intempestiva a insurreição manejada antes daquela data (cf. arts. 184 e 242, §1º, do CPC^[1]).

Cito precedentes do Superior Tribunal de Justiça aplicáveis, *mutatis mutandi*, à hipótese destes autos:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO INTERPOSTO ANTES DA PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO. INTEMPESTIVIDADE. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. EMBARGOS NÃO-CONHECIDOS. 1. “É assente na jurisprudência do STF e do STJ que a intempestividade recursal advém não só de manifestação tardia da parte, mas, igualmente, da impugnação prematura” (EDcl na SE 3660/GB, minha relatoria, Corte Especial, DJe 8/3/10). 2. Embargos de declaração não-conhecidos. (STJ. 5ªT. **EDcl no HC 142183/PA**. Relator Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA. DJe 03.05.2010)

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. RECURSO INTERPOSTO ANTES DA PUBLICAÇÃO OFICIAL DO ACÓRDÃO. INTEMPESTIVIDADE. PRECEDENTES DO STJ E DO STF.

AGRAVO IMPROVIDO. 1. “A extemporaneidade do recurso ocorre não apenas quando é interposto além do prazo legal, mas também quando vem à luz aquém do termo inicial da existência jurídica do decisório alvejado” (AgRg no REsp 438.097/GO, Sexta Turma, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, DJ 20/10/03). 2. Agravo regimental improvido. (STJ. 3ª Seção. **AgRg nos EREsp 643924/RS**. Relator Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA. DJe 29.03.2010)

PROCESSUAL CIVIL. SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO INTERPOSTO ANTES DA PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO. INTEMPESTIVIDADE. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. EMBARGOS NÃO-CONHECIDOS. 1. É assente na jurisprudência do STF e do STJ que a intempestividade recursal advém não só de manifestação tardia da parte, mas, igualmente, da impugnação prematura. 2. Embargos de declaração não-conhecidos. (STJ. Corte Especial. **EDcl na SEC 3660/GB**. Relator Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA. DJe 08.03.2010)

No mesmo sentido, vejam-se arestos da Excelsa Corte:

1. RECURSO. Embargos de declaração. Interposição antes de publicação do acórdão. Recurso prepóster. Não conhecimento. A publicação do resultado do julgamento não se confunde com a publicação do acórdão, esta, sim, marco que, com intimação, desata a contagem do prazo recursal. [...] (STF. 2ª T. **AI 764861 AgR-ED/SP**. Relator Ministro CEZAR PELUSO. DJe-067, Divulg. 15.04.2010, Public. 16.04.2010. EMENT Vol-02397-05, p. 1504)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INTERPOSIÇÃO ANTES DA PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. [...] 1. O Supremo Tribunal Federal possui orientação pacífica no sentido de ser extemporâneo o recurso protocolado antes da publicação da decisão recorrida, sem posterior ratificação. [...] (STF. 2ª T. **AI 760314 AgR/MG**. Relator Ministro EROS GRAU. DJe-218, Divulg. 19.11.2009, Public. 20.11.2009. EMENT Vol-02383-11, p. 2187)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - EXTEMPORANEIDADE – IMPUGNAÇÃO RECURSAL PREMATURA, DEDUZIDA EM DATA ANTERIOR À DA PUBLICAÇÃO DO ACORDÃO RECORRIDO - NÃO-CONHECIMENTO DO RECURSO.

- A intempestividade dos recursos tanto pode derivar de impugnações prematuras (que se antecipam à publicação dos acórdãos) quanto decorrer de oposições tardias (que se registram após o decurso dos prazos recursais). Em qualquer das duas situações – impugnação prematura ou oposição tardia -, a consequência de ordem processual é uma só: o não-conhecimento do recurso, por efeito de sua extemporânea interposição.

- A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem advertido que a simples notícia do julgamento, além de não dar início à fluência do prazo recursal, também não legitima a prematura interposição de recurso, por absoluta falta de objeto. Precedentes.(STF, 2ªT. **AI 375124 AgR-ED/MG**, Emb.Decl. no Ag.Reg.no Agravo de Instrumento, Rel.Min.Celso de Mello, DJU 28.06.2002, p. 141. EMENT Vol. 2075-12, p. 2575)

Não discrepa dos entendimentos acima transcritos este e. Tribunal de Justiça:

[...] INTEMPESTIVIDADE DE RECURSO INTERPOSTO ANTES DA PUBLICAÇÃO DA DECISÃO IMPUGNADA [...]

1. Como bem assentou o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da Questão de Ordem nos Embargos Declaratórios opostos em Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 374/DF, de relatoria do Ministro Celso de Mello (RTJ 143/718), na pendência de publicação formal do acórdão impugnado, qualquer recurso eventualmente manifestado será intempestivo. [...] (TJCE. 2ª C. Cív. **Apelação Cível nº 755063-27.2000.8.06.0001/1**. Relatora Desembargadora MARIA NAILDE PINHEIRO NOGUEIRA. DJCE 20.04.2010)

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ORDINÁRIA. PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR. DEFERIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL. INTEMPESTIVIDADE CONFIGURADA.

INTERPOSIÇÃO PREMATURA. 1.O prazo para a interposição do recurso de agravo é de 05 (cinco) dias, conforme fixado no art. 4º, §3º da Lei nº 8.437/92. 2. A interposição do recurso fora do prazo previsto em lei não só prejudica a parte que recorre após a data estabelecida, mas também aquela que se antecipa ao início do prazo recursal. 3. Agravo não conhecido, porquanto intempestivo. (TJCE. Pleno. **Agravo Regimental nº 28289-86.2009.8.06.0000/1**. Relator Desembargador JOSÉ ARÍSIO LOPES DA COSTA. DJCE 17.05.2010)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - INTERPOSIÇÃO ANTES DA PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO EMBARGADO - INTEMPESTIVIDADE RECONHECIDA - NÃO CONHECIMENTO. 1. A peça recursal foi interposta no dia 10 de agosto de 2009 (fls. 367/371). O acórdão ora vergastado (fls. 357/364) foi publicado e circulou em 13 de agosto de 2009, nos termos da Certidão de Publicação e Circulação de Acórdão acostada às fls. 365. Portanto, verifica-se com clareza que a interposição da petição do recurso de embargos deu-se antes da publicação do acórdão sem a necessária ratificação posterior. 2. Neste sentido, tem-se balizado entendimento na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que acolhe o entendimento pela intempestividade. 3. Embargos não conhecidos. Decisão unânime. (TJCE. 2ª C. Crim. **Embargos de Declaração nº 26888-62.2003.8.06.0000/2**. Relator Desembargador RAIMUNDO EYMARD RIBEIRO DE AMOREIRA. DJCE 09.04.2010)

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. PRAZO. CONTAGEM. INÍCIO NO LAPSO PRESCRITO NO ARTIGO 506, INCISO III, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INTERPOSIÇÃO UM MÊS ANTES DA PUBLICAÇÃO, NO DIÁRIO DA JUSTIÇA ESTADUAL, DO DISPOSITIVO DO ACÓRDÃO. MANIFESTA INTEMPESTIVIDADE. FALTA DE REITERAÇÃO DURANTE O INTERREGNO RECURSAL. [...] I - O inciso III do artigo 506 da Lei de Ritos prevê que o prazo recursal tem a sua contagem iniciada a partir da data da publicação do dispositivo do acórdão no órgão oficial. II - No caso dos autos,

demonstra-se que os embargos declaratórios restou interposto mais de um mês antes da publicação do dispositivo do *decisum* colegiado no Diário da Justiça estadual, deixando, ainda, a parte embargante, de reiterar o conteúdo do recurso aclaratório no interregno do prazo recursal. III - Não se conhece dos embargos declaratórios quando constatada a intempestividade do recurso, mediante a sua interposição antes do início do prazo para impugnação do acórdão. [...] (TJCE. 4ª C. Cív. **Embargos de Declaração nº 76768541.2000.8.06.0001/2**. Relator Desembargador JOSÉ CLÁUDIO NOGUEIRA CARNEIRO. DJCE 08.04.2009)

Reputo que a declaração de intempestividade do recurso aforado antes da publicação do decisório no órgão oficial importa medida ética eficaz.

Com efeito, impede que uma das partes tenha ciência oficiosa do teor da decisão e disponha de prazo superior ao previsto em lei para aforar seu recurso, quebrando a paridade de armas entre os litigantes.

Mesmo não concordando com a tese de que a ratificação do recurso após a publicação do *decisum* o torna tempestivo, não posso deixar de acatar os pronunciamentos judiciais das cortes superiores.

Assim, tendo em vista que o provimento judicial combatido (fls. 60-61) foi publicado em 21.05.2009 (certidão à fl. 62), quando já havia sido interposto o recurso sob crivo, ou seja, desde 19.05.2009 (fl. 63), sem que, após aquele fato, tenha havido reiteração do presente agravo interno, afigura-se este intempestivo.

Sob tais fundamentos, ausente pressuposto processual objetivo indispensável à prolação de juízo de admissibilidade positivo, **deixo de conhecer do presente agravo**, em face de sua patente intempestividade.

É como voto.

¹CPC, Art. 184. Salvo disposição em contrário, computar-se-ão os prazos, excluindo o dia do começo e incluindo o do vencimento. §1º Considera-se prorrogado o prazo até o primeiro dia útil se o vencimento cair em feriado ou em dia em que: I – for determinado o fechamento do fórum; II – o expediente forense for encerrado antes da hora normal. §2º Os prazos somente começam a correr do primeiro dia útil após a intimação (artigo 240 e parágrafo único).

CPC, Art. 242. O prazo para a interposição de recurso conta-se da data, em que os advogados são intimados da decisão, da sentença ou do acórdão. §1º Reputam-se intimados na audiência, quando nesta é publicada a decisão ou a sentença. [...]

PROCESSO: 9743-17.2008.8.06.0000/0
RECURSO: AGRAVO DE INSTRUMENTO
VARA/COMARCA: 1ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE PACATUBA-CE
AGRAVANTE: FRANCISCA FÁTIMA TÁVORA DA SILVEIRA M.E
AGRAVADO: BNB – BANCO DO NORDESTE DO BRASIL S.A
RELATOR: DESEMBARGADOR FRANCISCO SALES NETO
ÓRGÃO JULGADOR: 1ª CÂMARA CÍVEL

EMENTA: PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISÃO QUE INDEFERIU EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ANÁLISE DE PROVAS E DE SUPOSTO EXCESSO DE EXECUÇÃO. INADMISSIBILIDADE NA ESPÉCIE. LIQUIDEZ E CERTEZA DE CEDULA DE CRÉDITO INDUSTRIAL (CDI). DECISÃO MANTIDA EM TODOS OS SEUS TERMOS. AGRAVO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1 - Trata-se de agravo de Instrumento contra decisão exarada pelo juízo singular da 1ª Vara Cível de Pacatuba-CE, que indeferira pedido de nulidade de execução por iliquidez e incerteza de Cédula de Crédito Industrial em sede de objeção de pré-executividade e, por fim, admitiu e deu seguimento à execução.

2 - A decisão agravada consubstanciou-se, acertadamente, nos precedentes jurisprudenciais orientadores de que a exceção de pré-executividade só deve ser admitida se a matéria alegada é apreciável pelo juiz e os vícios capazes de ilidir a presunção de liquidez e certeza da CDI forem demonstráveis de pronto, sob pena de fraudar o processo executório, que prevê os embargos como único meio de defesa do executado.

3 - *In casu*, não restou demonstrado pelo agravante, ser a matéria prescindível de dilação probatória, não se tratando, portanto, de matéria de ordem ou de questão jurídica, apreciável de plano pelo juiz, uma vez que a atualização do valor executado dependeria de

elaboração de cálculo.

4 - Ademais, o suposto excesso de execução não afasta a exigibilidade, liquidez e certeza da CDI, podendo ser combatido adequadamente em sede de embargos.

5 - Agravo conhecido, porém, improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Agravo de Instrumento em que são partes as acima indicadas.

ACORDA a 1ª Câmara Cível deste Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, conhecer do agravo, porém, para NEGAR-LHE provimento, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 21 de junho de 2010.

RELATÓRIO

O presente Agravo de Instrumento fora interposto por Francisca Fátima Távora da Silveira M.E. com o objetivo de desconstituir decisão proferida pelo Douto Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Pacatuba, que indeferira sua petição de Exceção de Pré-executividade e ainda deu regular seguimento à execução intentada pelo Banco do Nordeste do Brasil S.A.

Argumenta a agravante, em suma, que os valores exequidos de R\$ 72.507,15 (Setenta e dois mil e quinhentos e sete reais e quinze centavos) são demasiado excessivos, e ainda, em desconformidade com os valores representados na Cédula de Crédito Industrial a qual expressa apenas o valor de R\$ 14.813,17 (Quatorze mil oitocentos e treze reais e dezessete centavos). Alega, ainda, que deixou de oferecer embargos por não possuir os valores necessários para garantir o juízo.

Ao final, requereu o conhecimento e o provimento do presente agravo de instrumento para que seja reformado o “*decisum*” de primeiro grau, no intuito de que se determine a apreciação da referida Objeção de Pré-executividade.

Em seguida juntou cópias do Acórdão julgado por esta mesma Câmara Cível, às fls.68/77, onde fora confirmada a sentença de 1º Grau que revisou os termos contratuais estabelecendo seus justos limites.

Em decisão monocrática, este relator, utilizando-se do poder geral de cautela, concedeu efeito ativo ao vertente recurso, face ao suposto prejuízo que os atos executórios ocasionariam ao agravante com seu seguimento, desta

forma, fora determinado a suspensão da execução.

Requisitadas as informações pertinentes, a teor do art. 527, I, do CPC, o juiz da causa prontamente as enviou às fls. 99 reiterando os argumentos de que a execução somente poderia ter azo em sua integralidade com o trânsito em julgado do recurso interposto pela instituição financeira.

Regularmente intimada, nos termos do art. 527, V, a parte adversa ofertou contraminuta às fls.90/95 pugnando pelo improvimento do agravo e justificou que as cédulas de crédito industrial gozam de liquidez e certeza não havendo imperfeição formal no referido título, portanto possível a sua execução provisória.

Recurso sem revisão, *ex vi* do art. 34, § 3º, do RITJCE.

É o relatório.

VOTO

1. Da admissibilidade recursal

Inicialmente, verifico que se encontram preenchidos todos os requisitos intrínsecos, que são aqueles concernentes ao direito de recorrer, quais sejam: a) cabimento, porque o agravo é cabível contra decisão interlocutória, a teor do art. 522, do CPC; b) legitimidade, já que interposto pela parte vencida, isto é, prejudicada com os efeitos da decisão atacada, conforme prevê o art. 499, do CPC; c) interesse, tendo em vista que se denota a existência de expectativa para o recorrente, pelo menos em tese, de obter com o recurso situação mais vantajosa do que aquela já decidida (utilidade), e de ser necessária a via recursal eleita para alcançar essa vantagem (necessidade); d) inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer, pois, no caso em tela, não há nenhum fato que possa impedir ou mesmo extinguir o direito de recorrer.

Quanto aos requisitos extrínsecos, os quais dizem respeito ao modo de exercício do direito de recorrer, merecem também uma análise individualizada como forma de facilitar a compreensão.

Assim, quanto ao preparo, foi devidamente providenciado, conforme comprovante que repousa às fls. 79/80.

No que tange à tempestividade recursal, verifica-se pela certidão acostada aos autos que o agravante fora intimado em 25/02/2008, sendo o recurso interposto em 03.03.2008. A propósito, dispõe o art. 522, do CPC que o prazo para interposição de agravo é de 10 (dez) dias, contado da intimação da parte interessada. O recurso portanto, restou tempestivo devendo ser conhecido.

2. Do mérito recursal:

Conforme anunciado no relatório, o ponto controvertido na presente angulação recursal diz respeito ao indeferimento do juiz de 1º grau à POSTULAÇÃO DE EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE SOB O ARGUMENTO DE EXCESSO DE EXECUÇÃO.

Vislumbra-se que a decisão agravada não merece reforma, pois a mesma foi respaldada no livre convencimento motivado e no amparo jurisprudencial, arrematando o magistrado “*a quo*”: “*Com tais fundamentos indefiro a objeção lançada pela devedora, para reconhecer presentes os requisitos de admissibilidade da execução, determinando o seu seguimento*”.

Desta maneira, não há que se falar em admissão de Objeção de Pré-executividade uma vez que seus argumentos prescindem de análise de provas para serem analisados, no caso, a exibição de cálculos aritméticos para averiguar a adequada atualização dos valores constantes no título (CDI). O processamento da referida objeção resultaria em ofensa ao devido processo legal, uma vez que restaria transmutada o rito da execução civil.

Há de se ressaltar que a própria norma processual brasileira prevê regulamento para a circunstância em comento assegurando que os efeitos da execução somente incidam nos montantes devidos.

Consulte-se o código de Ritos Brasileiro em seu Artigo 475-O que regula a execução provisória:

Art. 475-O. A execução provisória da sentença far-se-á, **no que couber**, do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas:

I – corre por iniciativa, conta e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido;

II – **fica sem efeito, sobrevindo acórdão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidados eventuais prejuízos nos mesmos autos, por arbitramento;**

[...]

§ 1º No caso do inciso II do *caput* deste artigo, se a sentença provisória for modificada ou anulada apenas em parte, somente nesta ficará sem efeito a execução. (Código de Processo Civil Brasileiro)

De fato, a objeção de pré-executividade, mecanismo criado pela jurisprudência, e respaldado pela doutrina, representa um meio de reação ou de

oposição, em sentido lato, contra a execução, e gera um incidente no processo. Contudo, embora respeitando o contraditório, a prova na exceção, deve ser pré-constituída, sem qualquer dúvida. Não há como se admitir dilação probatória, sob pena de desvirtuar o objeto excepcional pré-executivo.

É o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, “*in verbis*”:

EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - A exceção de pré-executividade só é aceita em caráter excepcional: havendo prova inequívoca de que a obrigação inexistente, foi paga, está prescrita ou outros casos de extinção absoluta. (STJ – Resp 502.823-RJ, 1ª Turma - Rel. Min. José Delgado - DJU 06.10.2003). Grifou-se.

EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – O acesso à prova representaria “convite à chincana, transformando a execução fiscal em ronceiro procedimento ordinário.”(STJ Resp 143.571-RS - 1ª T. - Rel. Min. Gomes de Barros - DJU 01.03.1999). Grifou-se.

No presente caso, a alegação de excesso de execução demanda instrução probatória, que seja, a averiguação dos valores obtidos com a revisão das cláusulas contratuais, onde certamente dependeriam de cálculo aritmético. Logo não se presta para tanto o meio da Objeção de Pré-executividade.

Além disso, a afirmação de que o título executivo extrajudicial (Cédula de Crédito Industrial) não possuiria liquidez e certeza também não pode prosperar.

Veja-se precedente jurisprudencial da lavra do Ministro Ruy Rosado de Aguiar que assevera que “*a falta de apresentação de demonstrativo de débito atualizado (Art. 614, II do CPC), em processo de execução, onde não se põe em dúvida o valor expresso na nota promissória, não é causa de nulidade de processo de execução, que pode prosseguir pelo débito expresso no título*”(Resp. Nº.158.146/MG, Dj 20/04/1998).

Neste mesmo sentido, a jurisprudência pátria é uníssona em casos semelhantes. Veja-se como decide o Egrégio tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

EMENTA: EXECUÇÃO. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. PRETENÇÃO VISANDO O RECONHECIMENTO DA NULIDADE DA EXECUÇÃO, OU A REDUÇÃO DOS VALORES COBRADOS, SEM A INTERPOSIÇÃO DE EMBARGOS. CÉDULAS RURAIS PIGNORATÍCIAS COM VALOR CERTO E CRITÉRIOS DE APURAÇÃO DE ENCARGOS. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. AGRAVO IMPROVIDO. UNÂNIME. EXPRESSADA A LIQUIDEZ DOS TÍTULOS PELO VALOR

DO PRINCIPAL E ENCARGOS, BEM COMO TAXA DE JUROS E FATOR DE CORREÇÃO MONETÁRIA, ARGUMENTO DE QUE O CREDOR ESTÁ A EXECUTAR TÍTULOS COM OS VALORES ORIGINAIS, DEIXANDO DE CONSIDERAR AS RENEGOCIAÇÕES EFETUADAS APÓS SUA EMISSÃO, ALEM DE INVERÍDICA, NÃO SE PRESTA PARA FUNDAMENTAR NULIDADE, MAS, SIM, EXCESSO DE EXECUÇÃO, MATÉRIA QUE DEVERIA TER SIDO ALEGADA EM EMBARGOS DO DEVEDOR, TAL COMO REFERIDO NOS EXATOS TERMOS DA DECISÃO AGRAVADA. (Agravado de Instrumento Nº 70001830843, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Cláudio Augusto Rosa Lopes Nunes, Julgado em 28/06/2001)

O Superior Tribunal de Justiça também se posiciona quanto a liquidez e certeza das Cédulas de Crédito Industrial:

EMENTA: Cédula de crédito industrial. Execução. Precedente da Corte.

1. Se a execução está baseada em cédula de crédito industrial, não há razão para extingui-la pelo fato de não ter sido apresentada memória detalhada de cálculo, contendo o título todos os elementos necessários para que seja expurgado, se presente, o excesso de execução.

2. Recurso especial conhecido e provido. (STJ, Resp nº 228196, Min. Carlos Alberto Meneses Direito, Dj 12/06/2000, pág. 108).

Com isso, percebe-se que a decisão atacada não merece reforma, pois a alegação de excesso de execução é incompatível com a medida extraordinária da exceção de pré-executividade, uma vez que dependeria de cálculos para ser processada. Desta maneira a contestação dos valores exequidos e seu suposto excesso devem ser atacados por meio de embargos sendo inadmissível a via da excepcional.

3. Dispositivo

Ante o exposto, voto pelo conhecimento do presente agravo de instrumento, no entanto para **NEGAR-LHE** provimento, mantendo inalterada a decisão atacada.

É como voto.

Fortaleza, 21 de junho de 2010.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 16055-72.2009.8.06.0000/0
AGRAVANTE: JOSÉ FLÁVIO GOMES BANDEIRA
AGRAVADO: BANCO DO NORDESTE DO BRASIL S.A. - BNB
RELATOR: DESEMBARGADOR ADEMAR MENDES BEZERRA

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO EXECUTIVA. PENHORA DO BEM IMÓVEL GARANTIDO POR HIPOTECA. CÉDULA RURAL HIPOTECÁRIA E PIGNORATÍCIA. BEM DE FAMÍLIA. PROTEÇÃO DA LEI Nº 8.009/1990. EXCEÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 3º, INCISO VI, DO NOMEADO DIPLOMA LEGAL.

I – A garantia de impenhorabilidade do pequeno imóvel rural sucumbe à constatação de que o bem penhorado encontra-se hipotecado em garantia ao pagamento de cédula rural hipotecária e pignoratícia, assim como possui área muito superior a trinta hectares, tal como definida na Medida Provisória nº 2.166-67/2001.

II – Afastamento da proteção contida no inciso XXVI do artigo 5º da Constituição Federal.

III – Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.

Agravo conhecido e desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de agravo de instrumento nº 16055-72.2009.8.06.0000/0, em que figuram as partes acima indicadas, acordam os excelentíssimos senhores Desembargadores integrantes da Segunda Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, em conhecer do agravo e, no mérito, desprover-lhe, na conformidade do voto do relator.

Fortaleza, 25 de agosto de 2010.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por José Flávio Gomes

Bandeira objetivando a reforma da interlocutória de fl. 11, proferida pelo Juiz de Direito da Vara Única da comarca de Mulungu na ação de execução fiscal nº 2002.0002.3335-0.

O agravante afirma que o bem citado na decisão *a quo* é impenhorável por garantir o sustento da família de um agricultor, conforme dispõe a Lei 8.009/90. Ressalta ainda, que está sofrendo os efeitos de um programa desastroso, mal elaborado pelo próprio banco que tinha o dever de administrar o dinheiro público com eficiência, e não um simples agricultor.

Pugna pela atribuição de efeito suspensivo à interlocutória agravada e, no mérito, pela sua reforma. Juntou os documentos de fls. 08/14.

Recebidos os autos nesta Corte de Justiça, fui designado Relator.

Contrarrazões às fls. 74/99.

Informações às fls. 103/113.

É o relato.

Recurso próprio e tempestivo, dele conheço.

A preliminar de irregularidade na formação do agravo não merece ser conhecida, pois a ausência de cópia da procuração outorgada no seio da ação executiva foi suplantada pela reprodução, em original, de mandato aos mesmos advogados que assistem ao recorrente na ação que tramita perante a Vara Única da Comarca de Mulungu.

Caso contrário, constituiria ônus do agravado a prova, por meio de certidão, de que a contraparte constituiu causídico diverso para defender os seus direitos.

Rejeita-se, portanto, a arguição preliminar, aplicando-se, aqui, o princípio da instrumentalidade das formas, pois atingida finalidade da norma.

A questão devolvida ao conhecimento recursal é a impenhorabilidade do imóvel rural do agravante e que foi oferecido em garantia ao pagamento das cédulas rural hipotecária de numeração FIR-95/043-6, 02116910382-D e 02116910382-B, firmadas com o Banco do Nordeste do Brasil S/A.

Com efeito a Lei nº 8.009/1990, que dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família, exclui desta cláusula impeditiva à penhora, trata da matéria recursal no seu art. 3º, V, *litteris*:

Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:

V - para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar;

Cito, por oportuno, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

CRÉDITO RURAL. PENHORA DE BENS GRAVADOS. POSSIBILIDADE. INAPLICABILIDADE DO ART. 649, VI, CPC.

A IMPENHORABILIDADE DE QUE TRATA O ART. 649, INC. VI, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NÃO ALCANÇA OS BENS DADOS PELO EXECUTADO EM GARANTIA REAL DA OBRIGAÇÃO CONSIGNADA EM CÉDULA DE CRÉDITO RURAL PIGNORATÍCIA, PODENDO O CREDOR, SE VENCIDA E NÃO PAGA A DÍVIDA, PROMOVER A PENHORA DOS BENS GRAVADOS PARA SATISFAÇÃO DE SEU CRÉDITO. (REsp 34.383/SP, Rel. Ministro CLAUDIO SANTOS, TERCEIRA TURMA, DJ 23/08/1993 p. 16578)

Processual civil. Execução. Hipoteca. Bem de família. Ressalva do art. 3º, V, da Lei n. 8.009/90. Restrição ao contrato garantido pela hipoteca do bem de família. Propriedade de mais de um imóvel. Residência.

- A ressalva prevista no art. 3º, V, da Lei n. 8.009/90 aplica-se, tão-somente, à hipótese de execução da hipoteca que recai sobre o bem de família dado em garantia real, pelo casal ou pela entidade familiar, de determinada dívida. Assim, não há de se falar no afastamento do privilégio da impenhorabilidade na execução de outras dívidas, diversas daquela garantida pela hipoteca do bem de família.

- É possível considerar impenhorável o imóvel que não é o único de propriedade da família, mas que serve de efetiva residência.

Recurso especial provido. (REsp 650831/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA, DJ 06/12/2004 p. 308)

Direito processual civil. Recurso especial. Medida cautelar inominada. Bem de família. Contra-cautela. Impenhorabilidade.

- O STJ tem julgado com os olhos fitos na intangibilidade as hipóteses restritivas da impenhorabilidade do bem de família enumeradas no art. 3º da Lei n.º 8.009/90.

- A ressalva prevista no art. 3º, inc. V da referida Lei, limita-se à execução hipotecária, admitindo, apenas nessa modalidade constitutiva, a penhora do bem de família sobre o qual recaiu a hipoteca. Não há de se falar em afastamento do privilégio legal na

execução de outras dívidas, que não aquela garantida pelo gravame hipotecário.

- A regra processual de prestação de caução real ou fidejussória (art. 804 do CPC) não implica em renúncia à proteção legal da impenhorabilidade do bem de família.

Recurso especial não conhecido. (REsp 660868/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, DJ 01/08/2005 p. 451)

Execução. Bem de família. Aval. Penhorabilidade.

Muito embora seja impenhorável o bem de família, se o executado fez cair o gravame sobre dito imóvel, perdeu, *sponte sua*, o benefício legal.

Recurso especial não conhecido. (REsp 249.009/SP, Rel. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, DJ 17/03/2003 p. 225)

EXECUÇÃO - DÍVIDA GARANTIDA POR HIPOTECA DE IMÓVEL - PENHORA - BEM DE FAMÍLIA - LEI 8.009/1990 - RECURSO INACOLHIDO.

I - SÃO PENHORÁVEIS, POR EXPRESSA RESSALVA CONTIDA NO ART. 3. V. DA LEI 8.009/1990, OS IMÓVEIS DADOS EM GARANTIA HIPOTECÁRIA DA DÍVIDA EXEQUENDA.

II - RECURSO NÃO CONHECIDO. (REsp 79.215/RS, Rel. Ministro WALDEMAR ZVEITER, TERCEIRA TURMA, DJ 30/09/1996 p. 36641)

Do acervo jurisprudencial desta Corte de Justiça extraio os seguintes precedentes:

EMENTA: DIREITO PROCESSUAL CIVIL. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INTERVENÇÃO OBRIGATÓRIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. NULIDADE AFASTADA. BEM DE FAMÍLIA. IMPENHORABILIDADE. EXCEÇÃO. EXECUÇÃO DE HIPOTECA. ART. 3º, INCISO V, DA LEI Nº 8.009/90. PEQUENA

PROPRIEDADE RURAL. SITUAÇÃO NÃO CONFIGURADA.
SENTENÇA MANTIDA.

1. Afasta-se a caracterização de nulidade no processamento da ação, porquanto o julgamento antecipado da lide é cabível quando há matéria de direito e de fato, que não necessite de produção probatória.
2. A ausência do anúncio do julgamento antecipado, por si só, não caracteriza cerceamento de defesa, pois cabe ao magistrado proferir sentença, por convicção, acerca do mérito da demanda e pela ausência de demonstração de que necessitaria de produção de qualquer outra prova para formar seu convencimento.
3. Desnecessária a intervenção do Ministério Público ante ausência de configuração de uma das hipóteses do art. 82, do Código de Processo Civil.
4. É descabido arguir a impenhorabilidade do bem de família quando a penhora for decorrente de execução de hipoteca que foi dada em garantia pela entidade familiar.
5. Imóvel de área superior à pequena propriedade rural. Não aplicável ao caso o preceito constitucional contido no art. 5º, inciso XXVI. Não atendidas as condições do § 2º, do art. 4º, da Lei nº 8.009/90, concernente a impenhorabilidade da sede de moradia da propriedade rural.
6. Recurso conhecido e desprovido. Sentença mantida. (Apelação cível nº 31983-73.2003.8.06.0000/0, Rel. Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes, julgado em 16/11/2009)

O bem hipotecado – e também penhorado – possui área de 141,40 hectares, não podendo ser configurado como pequena propriedade rural por ausência de similitude às hipóteses contidas na Medida Provisória nº 2.166-67/2001 para afastar a penhora sobre parcela da propriedade rural.

Na espécie, é incontroverso que o imóvel objeto de penhora possui área superior a trinta hectares, assim como que o débito executado possui origem em operação de crédito destinada a custear a atividade produtiva, não recebendo a proteção da norma constitucional.

Em face do exposto, conheço do agravo, mas para desprovê-lo.
É como voto.

Fortaleza, 25 de agosto de 2010.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 22790-92.2007.8.06.0000/0

AGRAVANTES: JORGE MAURO OLIVEIRA DA SILVA

AGRAVADO: INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DO MUNICÍPIO DE FORTALEZA

RELATOR: DESEMBARGADOR ADEMAR MENDES BEZERRA

EMENTA AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. AÇÃO ORDINÁRIA. RECURSO APELATÓRIO INTERPOSTO PELO AUTOR. NEGATIVA DE TRÂNSITO PELO JULGADOR MONOCRÁTICO. PODER CONFERIDO PELO ARTIGO 518 E SEU PARÁGRAFO ÚNICO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. SERVIDORA PÚBLICA MUNICIPAL. PLEITO DE ISONOMIA DE VENCIMENTOS EM FACE DE PARADIGMA BENEFICIADO POR DECISÃO JUDICIAL TRANSITADA EM JULGADO. VEDAÇÃO. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA Nº 339 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HIPÓTESE VERSADA NA SÚMULA VINCULANTE Nº 4º DA EXCELSA CORTE. SUBSUNÇÃO À HIPÓTESE EM JULGAMENTO.

I – O §1º do artigo 518 do Código de Processo Civil permite que o juiz não receba o recurso apelatório quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

II – Em se tratando de postulação segundo a qual a servidora agravante tenciona isonomia de vencimentos e a vinculação do vencimento base a múltiplos de salários mínimos, revela-se aplicável o teor do excerto sumular nº 339 do Excelso Pretório, que veda ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia. A Súmula Vinculante nº 4 do STF, por sua vez, impede a utilização do salário mínimo como indexador da base de cálculo de vantagem de servidor

público, não sendo passível de substituição por decisão judicial, conforme art. 7º, inc. IV, da Constituição Federal. Precedentes do STF e STJ.

III – É impossível a aquilatação do princípio da isonomia mediante comparação entre servidores paradigmas que estão amparados por decisão judicial em face da aplicação do art. 472 da Lei Adjetiva Civil, vez que a “a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros”.

IV – A Súmula Vinculante nº 4 do Pretório Excelso veda a vinculação dos vencimentos dos servidores públicos ao salário mínimo,

V – O artigo 37, inciso XIII, da Constituição Federal impede a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público.

Agravo de instrumento conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de agravo de instrumento nº 22790-92.2007.8.06.0000/0, em que figuram as partes acima indicadas, acordam os Desembargadores integrantes da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, em conhecer do agravo e negar-lhe provimento, na conformidade do voto do relator.

Fortaleza, 21 de julho de 2010.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Jorge Mauro Oliveira da Silva objetivando a reforma do *decisum* proferido pelo Juízo de Direito da 6ª Vara da Fazenda Pública desta Urbe e que deixou de receber o recurso apelatório manejado pela recorrente sob o fundamento de que se encontrava em conformidade com Súmula do Supremo Tribunal Federal, aplicando, destarte, o §1º do art. 518 da Lei Adjetiva Civil.

Defende o agravante que a ação ordinária foi ajuizada com a finalidade de buscar a isonomia de vencimentos com outros servidores municipais

que exercem o mesmo cargo e desempenham idênticas atribuições, tal como se pode aferir pela remuneração auferida pelos paradigmas, não postulando a lide a aquisição de vantagens pessoais devidas ao servidor trazido a cotejo.

Afirma que o caso em análise não envolve a aplicação da Súmula nº 339 do Supremo Tribunal Federal, haja vista que não há majoração de vencimentos quando o padrão remuneratório postulado já é devido a todos os servidores em igual situação jurídica.

Requer o provimento do agravo com a finalidade de permitir o trânsito do apelo.

O articulado recursal foi instruído com as cópias dos documentos de fls. 13 *usque* 16.

Decisão relatorial repousante às fls. 23/24 proferida para o fim de admitir o recurso na forma de instrumento, determinar a apresentação de informes pelo Juiz da causa e o oferecimento de defesa pelo recorrido.

Não foi apresentada a contraminuta (fl. 27).

Informes à fl. 30.

Promoção da douta Procuradoria Geral de Justiça às fls. 34/39 opinando pelo provimento do agravo.

É o relato.

O recurso em apreciação encontra hipótese de cabimento prevista no *caput* do artigo 522 do CPC, voltando-se contra a decisão interlocutória que deixou de receber a apelação cível interposta pela agravante *ex vi* do §1º do artigo 518 do Código de Processo Civil.

O mencionado dispositivo legal assim determina, *verbis*:

Art. 518. Interposta a apelação, o juiz, declarando os efeitos em que a recebe, mandará dar vista ao apelado para responder.

§1º. O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

Trata, a lide principal, de isonomia de vencimentos buscada pelo recorrente em face de servidores paradigmas, que exercem, idênticos cargos e atribuições, todavia, percebem remuneração superior ao autor-agravante.

A fundamentação exposta no recurso suscita violação ao princípio da igualdade, prevista no art. 5º, *caput*, da CF/1988, aduzindo, ademais, que a equiparação de vencimentos postulada tem seu suporte jurídico em virtude das vantagens a que fazem jus os servidores paradigmas terem sido garantidas por

decisões judiciais, tal como defende o ora agravante em excerto do apelo, contradizendo a tese defendida nas razões do agravo, segundo a qual não se postula vantagens individualmente concedidas aos paradigmas.

O agravo de instrumento, assim como o recurso apelatório, trata de questão jurídica bastante discutida nesta Corte de Justiça, qual seja a possibilidade de o Poder Judiciário aplicar o princípio da isonomia presente no art. 5º da CF/1988, beneficiando servidores públicos com equiparação de vencimentos mediante o apontamento de paradigmas.

A questão meritória revela a aplicação do excerto sumular nº 339 do Excelso Pretório, segundo a qual não é dado ao Judiciário aumentar vencimentos de servidores públicos, sob fundamento de isonomia, posto não possuir função legislativa.

A Súmula Vinculante nº 4 do STF assim dispõe, *in verbis*:

Súmula Vinculante 4. Salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial.

Há de se cogitar, também, que o inciso XIII do art. 37 da Constituição Federal veda a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração do pessoal do serviço público.

A Carta Republicana veda a vinculação dos vencimentos dos servidores públicos ao salário mínimo, conforme art. 7º, inc. IV, *litteris*:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

IV – salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender às necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim. (grifos não originais)

Não se pode, mesmo que a título de isonomia, extrapolar os limites objetivos e subjetivos da coisa julgada, estendendo a outros servidores os efeitos da decisão judicial que beneficiou a paradigma, haja vista que as agravantes sequer participaram da mencionada relação processual.

É o que preconiza o artigo 472, primeira parte, do Código Buzaid:

Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros.

Com a finalidade de balizar o tema em julgamento, veja-se o trato oferecido pelo Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

EMENTA AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO ADMINISTRATIVO. EQUIPARAÇÃO DE VENCIMENTOS. EXTENSÃO A OUTROS SERVIDORES PÚBLICOS. SÚMULA 339 DO STF.

1. A jurisprudência do STF fixou entendimento no sentido de que “não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa aumentar vencimentos de servidores públicos, sob fundamento de isonomia”. Incidência do óbice da Súmula 339 do STF. Precedentes.
2. Agravo regimental a que se nega provimento. (Relator Min. EROS GRAU, Segunda Turma, pub. DJe-106 RE-AgR 431433/CE, DIVULG 20-09-2007 PUBLIC 21-09-2007, DJU, DJ 21-09-2007 PP-00039)

EMENTA Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Servidor público ativo. Lei no 7.854, de 2004. Plano de Carreiras e Vencimentos dos servidores efetivos do Poder Judiciário. Equiparação de vencimentos com servidor público apontado como paradigma. Princípio da isonomia. Impossibilidade. Precedente.
3. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE-AgR 555362/ES, Relator Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe-070 DIVULG 17/04/2008 PUBLIC 18/04/2008, EMENT VOL-2315-07 PP-1527)

EMENTA AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO DE INSTRUMENTO. VENCIMENTOS. ISONOMIA. INOCORRÊNCIA. SÚMULA 339-STF.

1. A isonomia somente pode ser pleiteada quando os servidores públicos apontados como paradigmas encontrarem-se em situação igual à daqueles que pretendem a equiparação.
2. “Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de

isonomia” [Súmula 339-STF]. Agravo regimental a que se nega provimento. (AI-AgR 579338/CE, Relator Min. EROS GRAU, 2ª Turma, DJ 04-08-2006 PP-00062, EMENT VOL-02240-15 PP-02912)

PROFESSORES DO ESTADO DO PARANÁ. PISO SALARIAL DE TRÊS SALÁRIOS MÍNIMOS.

- Falta de prequestionamento das questões relativas aos incisos XXXV e LV do artigo 5º da Constituição. - A vinculação desse piso salarial a múltiplo de salários mínimos ofende o disposto no artigo 7º, IV, da Constituição Federal. Precedentes do STF. - Inexistência de ofensa por parte do acórdão recorrido aos artigos 39, § 2º, 7º, V e VI, e 206, V, da Constituição Federal. Recurso extraordinário conhecido pela letra “c” do inciso III do artigo 102, da Constituição, mas não provido.” (RE 273.205/PA, Rel. Min. Moreira Alves, 1ª Turma, DJ de 19.04.2002, p. 62)

E, do Superior Tribunal de Justiça colaciona-se os seguintes arestos:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. TÉCNICO DE NÍVEL SUPERIOR. VENCIMENTO-BÁSICO. FIXAÇÃO. SALÁRIOS-MÍNIMOS. IMPOSSIBILIDADE.

Consoante entendimento sedimentado no Pretório Excelso, a norma inscrita no art. 7º, inciso IV, da Carta Magna, veda a fixação do vencimento-básico dos servidores públicos em número de salários-mínimos. Recurso desprovido. (RMS 17299/GO, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª Turma, DJ 07.06.2004 p. 245)

ADMINISTRATIVO - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - SERVIDORAS PÚBLICAS ESTADUAIS INATIVAS - PISO SALARIAL - VALOR VINCULADO AO SALÁRIO-MÍNIMO - IMPOSSIBILIDADE - VIOLAÇÃO AO ART. 7º, IV, DA CF/88 - AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

1 - Falece direito às recorrentes, aposentadas no cargo de Técnico de Nível Superior da Secretaria da Cidadania e Trabalho do Estado de Goiás, de perceberem oito salários-mínimos e meio, a título de piso salarial, nos termos da Lei nº 10.054, de 05.06.86, que alterou a Lei nº 6.725/67, antes modificada pela Lei nº 9.964, de 10.01.86.

Isto porque, conforme reiterada jurisprudência, tal vinculação viola a parte final do inciso IV do art. 7º da Constituição Federal. Ausência de liquidez e certeza a amparar a pretensão.

2 - Precedentes (STF, Ag.Reg. no RE nºs 255.442/PR e 292.659/PR; RE nº 273.205/PR; STJ, ROMS nº 9.930/PR).

3 - Recurso conhecido, porém, desprovido. (RMS 16289/GO, Rel. Min. Jorge Scartezini, 5ª Turma, DJ 08.03.2004 p. 282)

O Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por sua vez, possui os seguintes precedentes, provando-se que a questão jurídica está pacificada no seio deste Areópago:

EMENTA AGRADO DE INSTRUMENTO - CONSTITUCIONAL - PRINCÍPIO DA ISONOMIA - SERVIDOR PÚBLICO - PARADIGMAS APONTADOS EM SITUAÇÃO DIVERSA - REAJUSTE VENCIMENTAL - VINCULAÇÃO AO SALÁRIO MÍNIMO - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

I - Os servidores apontados como paradigma encontram-se amparados por decisão judicial, o que os diferencia do agravado, visto que o art. 472 do CPC proclama que “a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros”, não havendo que se falar, portanto, em igualdade de situação entre os agravados e o paradigma.

II - Nos termos da Súmula nº 339 do STF, “não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos, sob fundamento de isonomia”.

III - O argumento de que o piso salarial da função exercida seria de 02 (dois) salários mínimos também não tem como prosperar, considerando que a Constituição Federal veda expressamente a vinculação dos vencimentos dos servidores públicos ao salário mínimo, conforme art. 7º, inc. IV. Precedentes do STF e STJ.

IV - Agravo de instrumento conhecido e provido. (Agravo de Instrumento 2006.0024.0373-0/0, rel. Desª. *Gizela Nunes da Costa*, 2ª Câmara Cível, julgado em 04/06/2008)

EMENTA CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. EXTENSÃO DE PISO SALARIAL ESTABELECIDO PELO DECRETO MUNICIPAL Nº 7.153/85 A MÉDICOS DO IJF A

TÍTULO DE ISONOMIA EM RELAÇÃO A SERVIDORES CONTEMPLADOS POR DECISÃO FAVORÁVEL DA JUSTIÇA TRABALHISTA. IMPOSSIBILIDADE. OFENSA AOS ARTS. 7º, IV DA CF, 472 do CPC E À SÚMULA 339 DO STF.

I - O Decreto Municipal nº 7.153/85, que fixou piso salarial com base em múltiplos do salário mínimo a algumas categorias de servidores guarda, neste aspecto, incompatibilidade material com a Carta Republicana de 1988, que não o recepcionou, proibindo em seu art. 7º, IV, qualquer vinculação do salário mínimo.

II - Afigura-se descabida a extensão de piso salarial aos apelados com base em isonomia com servidores albergados por sentença trabalhista transitada em julgado, uma vez que, nos moldes do art. 472 do CPC, esta somente faz coisa julgada às partes do processo, não beneficiando nem prejudicando terceiros.

III - Outrossim, a pretendida equiparação salarial encontra óbice intransponível na Súmula nº 339 do Supremo Tribunal Federal, que veda ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia. APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA CONHECIDAS E PROVIDAS. (Apelação Cível nº 2000.0132.1812-4/1, relator Des. *Francisco de Assis Filgueira Mendes*, 2ª Câmara Cível, julgado em 25/07/2007)

CONSTITUCIONAL. PISO SALARIAL. SALÁRIO MÍNIMO. MÚLTIPLOS. VINCULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. NÃO RECEPÇÃO.

A parte final do art. 7º, IV, da Constituição Federal aplicável aos servidores públicos por expressa disposição do § 3º do artigo 39 da mesma Carta Política, veda a vinculação do salário mínimo para qualquer fim. O Supremo Tribunal Federal já assentou que “a fixação do piso salarial de servidor público em múltiplos de salário mínimo ofende o disposto no art. 7º, IV, da Constituição Federal” (AGRRE 255442/PR). Não receção, pela Carta de 1988, do Decreto Municipal nº 7.153/85. Impossibilidade de interpretação isonômica frente ao disposto na Súmula 339 do STF e à flagrante inconstitucionalidade da vinculação ao salário mínimo pleiteada. Recurso provido. (Apelações Cíveis 2004.0002.0798-9/0 e 2004.0002.0800-4/0, rel. Des. *José Arísio Lopes da Costa*, 1ª Câmara Cível, DJCE 14.03.2007)

APELAÇÃO CÍVEL. ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. REVISÃO DE REMUNERAÇÃO DE SERVIDORES A PRETEXTO DE EXTENSÃO DE DIREITO A PISO SALARIAL, NA BASE DE 7 (SETE) SALÁRIOS-MÍNIMOS, CONCEDIDO PELO DECRETO MUNICIPAL N. 7.153/85, A MÉDICOS DO INSTITUTO DR. JOSÉ FROTA (IJF), EM FACE DE DECISÃO TRABALHISTA TRANSITADA EM JULGADO, ONDE SE CONCEDEU EQUIPARAÇÃO AOS RECLAMANTES, ORA APONTADOS COMO PARADIGMAS. IMPOSSIBILIDADE.

1. Decisão transitada em julgado, proferida em sede de Reclamação Trabalhista tem eficácia restrita às partes envolvidas na demanda (eficácia *intra pars*), não servindo de paradigma para o presente caso.

2. O citado Decreto Municipal, ao estabelecer padrão vencimental indexado a múltiplos de salários-mínimos, viola o art. 7º, IV, CF/88.

3. Inexistência de violação ao princípio da isonomia, haja vista ser vedado ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos sem previsão legal. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Súmula 339.

4. Sentença reformada. Recurso provido. Reexame necessário efetivado. (Apelação Cível 2004.0011.4513-8/0, relatora Desª. *Edite Bringel Olinda Alencar*, 3ª Câmara Cível, julgado em 07/05/2007)

EMENTA CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. SERVIDORAS PÚBLICAS MUNICIPAIS. DECRETO MUNICIPAL Nº 7.153/85. ISONOMIA DE VENCIMENTOS COM SERVIDORES BENEFICIADOS POR FORÇA DE DECISÃO JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE. LIMITES OBJETIVOS E SUBJETIVOS DA COISA JULGADA. SÚMULA 339 DO STF. APELO E REEXAME CONHECIDOS E PROVIDOS.

1. O fato de haver distinção entre os vencimentos das autoras e de outras servidoras exercentes do cargo de auxiliar de enfermagem no Instituto Dr. José Frota - IJF, que tiveram reconhecido, por força de decisão judicial, em ação proposta perante a Justiça do Trabalho, a vantagem pecuniária pretendida, não gera direito à isonomia.

2. É impossível a extensão pela via judicial, a título de isonomia, de vantagens salariais obtida por servidor, em ação judicial, a outros servidores que não integraram a relação processual, posto que a decisão proferida se aplica exclusivamente àqueles que participaram na ação, não se estendendo a terceiros, a ela estranhos, sob pena de extrapolar os limites objetivos e subjetivos da coisa julgada (art. 472/CPC).

3. A teor da Súmula nº 339, não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores com fundamento no princípio da isonomia, que só se efetiva por expressa previsão legal. Precedentes.

4. Apelo e reexame conhecidos e providos. (Apelação Cível 2000.0132.5382-5/1, rel. Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes, 3ª Câmara Cível, DJCE 11/04/2008)

EMENTA REEXAME NECESSÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PRELIMINARES. PRESCRIÇÃO. CRÉDITO TRABALHISTA. INAPLICABILIDADE. PRESCRIÇÃO QUINQUÊNAL. FUNDO DE DIREITO. RELAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO. SÚMULA 85 DO STJ. REJEIÇÃO. MÉRITO. SERVIDORES PÚBLICOS. INSTITUTO DR. JOSÉ FROTA - IJF. DECISÃO JUDICIAL. LIMITES DA COISA JULGADA. ART. 472 DO CPC. DECRETO MUNICIPAL Nº 7.153/85. PADRÃO REMUNERATÓRIO VINCULADO A MÚLTIPLOS DE SALÁRIO-MÍNIMO. VEDAÇÃO PELO TEXTO CONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE RECEPÇÃO DO ATO NORMATIVO PELO VIGENTE REGIME CONSTITUCIONAL. SÚMULA 339 DO STF. PRECEDENTES.

1. O prazo prescricional estabelecido pelo art. 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal não abrange as relações jurídicas dos servidores públicos, tampouco aquelas situações que se consumaram em momento anterior à vigência do texto constitucional. Inteligência do art. 39, § 3º, da Constituição Federal, com a redação conferida pela Emenda Constitucional nº 19/1998.

2. “Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação”. Súmula nº 85, do Superior Tribunal de Justiça.

3. Rejeição das preliminares suscitadas.
4. “A extensão de vantagem funcional concedida a servidores apontados como paradigmas por decisão judicial definitiva encontra óbice nos limites objetivos e subjetivos da coisa julgada [artigo 472 do CPC]. É vedado ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos, a título de isonomia, sem previsão legal. Agravo regimental improvido.” (STF, 2ª Turma, AgR no RE 449.586-4/CE, Rel. Min. Eros Grau, julgado 28.03.2006, DJU 05.05.2006.)
5. Predomina no âmbito desta Corte Estadual de Justiça o entendimento segundo o qual a pretensão dos promoventes deve ser rejeitada sob os seguintes fundamentos: (a) a decisão trabalhista indicada como paradigma tem sua eficácia restrita às partes da demanda originária (eficácia *intra pars*), em respeito aos limites objetivos e subjetivos da coisa julgada, não se prestando a conferir direitos a outros servidores, que não aqueles que integraram aquela relação processual (art. 472, do CPC); (b) o Decreto Municipal nº 7.153/85 não tem mais vigência, por não ter sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988, porquanto a fixação de piso salarial do servidor público com valor vinculado ao salário-mínimo afronta os princípios constitucionais da autonomia administrativa do Município e as disposições contidas nos arts. 7º, IV, e 37, XIII, da Carta Magna; (c) não lhe tendo sido atribuída função legislativa, não pode o Poder Judiciário aumentar vencimentos de servidores públicos sem previsão legal, consoante destaque da Súmula nº 339 do Supremo Tribunal Federal e em harmonia com o Princípio Constitucional da Separação dos Poderes.
6. Precedentes do STF, STJ e deste Tribunal de Justiça.
7. Recursos conhecidos e providos, efetivando-se o reexame necessário.
8. Sentença reformada, para julgar improcedente a pretensão de equiparação dos vencimentos de servidores do INSTITUTO DR. JOSÉ FROTA - IJF.
9. Votação unânime. (Apelação Cível 2005.0010.7848-4/0, rel. Des. Celso de Albuquerque Macedo, 3ª Câmara Cível, julgado 21/05/2007)

Isto posto, em dissonância com o duto pronunciamento da Procuradoria Geral de Justiça, conheço do recurso, todavia para desprovê-lo.
É como voto.

Fortaleza, 21 de julho de 2010.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 27064-07.2004.8.06.0000/0 DE FORTALEZA

AGRAVANTE: ESTADO DO CEARÁ

AGRAVADO: CRISÓSTOMO ABRAÃO SILVA SAMPAIO

RELATOR: DES. RÔMULO MOREIRA DE DEUS

EMENTA AGRAVO DE INSTRUMENTO. INDENIZAÇÃO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. PENSIONAMENTO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. CASO FORTUITO. CULPA EXCLUSIVA DE TERCEIRO. AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL. EXCLUDENTE.

1. O princípio da responsabilidade objetiva do Estado não se reveste de caráter absoluto, pois admite temperamento e, até mesmo, a sua exclusão, se restar caracterizada a hipótese do caso fortuito, ocorrente quando o dano for causado, exclusivamente, por conduta culposa ou dolosa de terceiro.

2. No caso, as provas apontam para a existência da excludente da responsabilidade estatal, consistente na ausência de causalidade material entre o evento danoso e o comportamento do agente público, o motorista do veículo pertencente à Fazenda estadual, não se encontrando, portanto, atendidos os requisitos do art. 273 do CPC que autorizariam a antecipação da tutela quanto ao pensionamento mensal da vítima, uma vez que as provas colacionadas não conduzem à verossimilhança das alegações autorais no sentido de que o Estado do Ceará teria o dever de indenizar.

3. Agravo conhecido e provido, para reformar a decisão *a quo* que, em antecipação de tutela, condenou o Estado do Ceará ao pensionamento mensal de 1 (um) salário mínimo em favor do Recorrido.

ACÓRDÃO

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

Fortaleza, 12 de julho de 2010

RELATÓRIO

Cuida-se de Agravo de Instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto pelo ESTADO DO CEARÁ adversando a decisão *a quo* que, em sede de ação indenizatória decorrente de acidente de trânsito, movida pelo Agravado contra o Estado do Ceará e a Associação dos Servidores Públicos Brasileiros - ASPBRAS, deferiu pedido de tutela antecipada para determinar que os Promovidos pagassem, de logo, ao Autor o valor correspondente a dois salários mínimos mensais, na proporção de 50% para cada, a título de pensionamento.

Alega o Recorrente, em síntese, que não pode ser responsabilizado pelo acidente, o qual, segundo a perícia técnica juntada aos autos, foi provocado por veículo a serviço da outra Demandada, que avançou a preferencial atingindo o automóvel pertencente ao Ministério Público Estadual, que, por sua vez, foi jogado em cima do Agravado quando este transitava a pé pela calçada, provocando-lhe sequelas de extrema gravidade.

A Juíza da causa, mantendo a sua decisão, prestou as informações solicitadas (f. 127-130).

O Agravado apresentou contra-minuta, pugnando pela confirmação do *decisum* vergastado (f. 140-143).

A suspensividade requerida não foi apreciada.

A Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo improvimento do recurso.

Distribuídos inicialmente ao Des. Ernani Barreira Porto, os autos passaram por sucessivas redistribuições, até que me foram conclusos para julgamento em 09.02.2009 (f. 146).

É o relatório.

VOTO

O Agravo merece provimento.

Conforme restou bem demonstrado pela documentação que instruiu a petição inicial da ação de indenização, e reconhece o próprio Agravante, não há dúvida sobre o fato de que, no dia 23.11.2001, o Recorrido, que à época contava 16 anos de idade, foi atingido no cruzamento da rua Princesa Isabel com a rua Pedro I, no Centro desta Capital, pela camioneta van pertencente ao Estado do Ceará, ficando, em razão disso, total e definitivamente inválido.

Entretanto, examinando as provas até então produzidas, tenho por verossímil a afirmativa recursal de que o acidente se deu por culpa exclusiva de um outro veículo envolvido no infortúnio.

Segundo o laudo pericial do Instituto de Criminalística do Estado do Ceará (f. 46), o acidente teve a seguinte dinâmica: a camioneta eurovan de placas HVH-8489-CE, pertencente ao Recorrente, trafegava pela Rua Pedro I (via preferencial) quando, ao cruzar com a rua Princesa Isabel (via secundária), foi colhida pelo corsa de placas MNU-9800-CE, a serviço da ASPBRAS, que seguia nesta, tendo o automóvel da PGJ se desgovernado, capotado e atingido o Agravado na calçada.

O próprio motorista do corsa, preposto da ASPBRAS, afirma em seu depoimento que se distraiu e avançou a preferencial, atingindo a camioneta pertencente ao Agravante, no momento em que, com receio de ser assaltado, colocava um malote de dinheiro debaixo do banco de passageiro ao seu lado (f. 29).

De outra banda, não há qualquer indício no sentido de que o condutor do veículo de propriedade da Procuradoria Geral de Justiça desenvolvesse velocidade excessiva ou pudesse ter evitado o acidente, a excluir, ao menos aprioristicamente, qualquer culpa de sua parte no sinistro.

Justamente por isso que, ao antecipar a tutela em favor do Recorrido, autor da ação indenizatória, a Magistrada de 1º Grau, quanto à promovida ASPBRAS, fundamenta sua decisão na existência da prova de culpa do seu motorista e, relativamente ao Estado do Ceará, baseia-se tão-só na teoria do risco administrativo.

Convém ressaltar, entretanto, que o princípio da responsabilidade objetiva do Estado não se reveste de caráter absoluto, pois admite temperamento e, até mesmo, a sua exclusão, se restar caracterizada a hipótese do caso fortuito, ocorrente quando o dano for causado, exclusivamente, por conduta culposa ou dolosa de terceiro.

Segundo Rui Stoco, “se é certo inexigir-se e mostrar-se desnecessária a demonstração de culpa do agente ou preposto da administração, ou seja, omissão do dever jurídico de cautela, prudência e perícia, a ocorrência do evento, só por si, não importa necessariamente obrigação de indenizar, na consideração que se admite a demonstração de inoocorrência ou inexistência de relação de causa e efeito entre o ato do agente do Estado e o dano verificado.” (*In* Tratado de responsabilidade civil – 6. ed. - São Paulo : Editora Revista do Tribunais, 2004, p. 972)

No mesmo diapasão, o TRF da 5ª Região já pontificou que “o art. 37, § 6º da CF/88 consagra a responsabilidade objetiva do Estado, cujo reconhecimento condiciona-se à presença simultânea dos seguintes requisitos: conduta lesiva imputável a um de seus agentes, dano indenizável e nexo de causalidade entre a conduta e o dano, restando dispensada a configuração de culpa. A ausência de um desses requisitos ou a configuração de causa excludente da responsabilidade impõe a improcedência do pleito indenizatório. As excludentes, quando observadas, implicam a inexistência de nexo causal entre a conduta questionada e o dano suportado, afastando, assim, o dever de reparar. São elas: culpa exclusiva da vítima ou de terceiros, caso fortuito e força maior. (AC 488043 CE 0020662-90.1999.4.05.8100 Des. Rogério Fialho Moreira, Primeira Turma **Julgamento:** 25.03.2010)

Nessa perspectiva, no que tange ao Agravante, não se encontram atendidos os requisitos do art. 273 do CPC, que autorizariam a antecipação da tutela, uma vez que as provas até então colacionadas não conduzem à

verossimilhança das alegações autorais no sentido de que o Estado do Ceará teria o dever de indenizar. Ao contrário, estão a apontar justamente a existência da excludente da sua responsabilidade, consistente na ausência de causalidade material entre o evento danoso e o comportamento do agente público, o motorista do veículo pertencente à Fazenda estadual.

Diante do exposto, dou provimento ao Agravo para reformar a decisão *a quo* na parte que, em antecipação de tutela, condenou o Estado do Ceará ao pensionamento de 1 (um) salário mínimo em favor do Recorrido, com a ressalva de que fica mantido o *decisum* quanto a outra Promovida, a ASPBRAS.

Fortaleza, 12 de julho de 2010.

Ação Direta de Inconstitucionalidade

NÚMERO ÚNICO 8989-41.2009.8.06.0000/0

REQUERENTE: FEDERAÇÃO DO COMÉRCIO DO ESTADO DO CEARÁ – FECOMERCIO E SINDICATO DO COMÉRCIO VAREJISTA E LOJISTA DE FORTALEZA – SINDILOJAS.

REQUERIDO: CÂMARA MUNICIPAL DE FORTALEZA, MUNICÍPIO DE FORTALEZA E ESTADO DO CEARÁ.

RELATORA: DESA. EDITE BRINGEL OLINDA ALENCAR

EMENTA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ESTABELECIMENTOS COMERCIAIS. HORÁRIO DE FUNCIONAMENTO. ASSUNTO DE INTERESSE LOCAL. COMPETÊNCIA DOS MUNICÍPIOS. ART. 28, I, CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA NÃO CARACTERIZADA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA. ARTS. 5º, XIII, E 170, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE. PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE PASSIVA, DE INÉPCIA DA INICIAL E DE INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA AFASTADAS.

1 – O município é competente para fixar o horário de funcionamento de estabelecimento comercial. Súmula 645, STF. Contudo, Lei Municipal que, legislando sobre o horário de funcionamento do comércio local, condiciona abertura do comércio a acordo ou convenção coletiva de trabalho extrapola a competência municipal, por não se tratar de matéria de interesse local.

2 – Ação Direta de Inconstitucionalidade a que se dá parcial provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, acorda o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por sua composição

plenária, por UNANIMIDADE de votos, em julgar procedente em parte o objeto da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, com a supressão do parágrafo único do art. 1º, da Lei n.º 9.452/2009, nos termos do voto da Relatora, parte integrante deste Acórdão.

Fortaleza, 29 de abril de 2010.

VOTO

Cuida-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido liminar, proposta pela Federação do Comércio do Estado do Ceará e pelo Sindicato do Comércio Varejista de Fortaleza, tendente à declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal n.º 9.452/2009, que estabelece o horário de funcionamento do comércio varejista e atacadista do Município de Fortaleza, e cuja redação é a seguinte:

LEI 9452 DE 20 DE MARÇO DE 2009

Estabelece o horário de funcionamento do comércio varejista e atacadista no Município de Fortaleza.

FAÇO SABER QUE A CÂMARA MUNICIPAL DE FORTALEZA APROVOU E EU SANCIONO A SEGUINTE LEI:

Art. 1º - A atividade comercial no Município de Fortaleza funcionará de segunda a domingo nos seguintes termos:

I - Estabelecimentos comerciais, de segunda a sexta-feira, das 8 (oito) às 19 (dezenove) horas; e, aos sábados, das 8 (oito) às 16 (dezesesseis) horas;

II - Shopping Centers, de segunda a sábado, das 10 (dez) às 22 (vinte e duas) horas; e, aos domingos, das 14 (quatorze) às 22 (vinte e duas) horas;

III - Supermercados e Hipermercados, de segunda a domingo, das 8 (oito) às 22 (vinte e duas) horas.

Parágrafo Único - A abertura aos domingos, bem como a mudança no horário de funcionamento estabelecido neste artigo, fica condicionada à celebração de acordos ou convenções coletivas de trabalho.

Art. 2º – Excetuam-se do disposto no art. 1º desta lei, respeitada a legislação trabalhista, os estabelecimentos comerciais que trabalhem

exclusivamente com:

I - venda de medicamentos;

II - venda de pães e biscoitos

III - flores e coroas;

IV - entrepostos de combustíveis e lubrificantes;

V - hotéis, restaurantes, pensões, bares, cafés, confeitarias, leiterias, sorveterias e bombonérias;

VI - feiras livres e mercados;

VII - artigos religiosos nas estâncias hidrominerais;

VIII - comércio em portos, aeroportos, estradas, estações rodoviárias e ferroviárias;

IX - comércio em hotéis;

X - comércio em feiras e exposições.

Art. 3º - O Executivo Municipal fiscalizará o cumprimento da presente lei através das respectivas Secretarias Executivas Regionais (SER), ficando autorizado a firmar convênio com a Delegacia Regional do Trabalho para este fim.

Art. 4º - A inobservância de qualquer dispositivo desta lei acarretará ao infrator as seguintes penalidades: I - advertência, quando da primeira infração; II - multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) por dia de abertura, em caso de reincidência.

Art. 5º - Todos os estabelecimentos comerciais do município são obrigados a expor a presente lei em lugar visível ao público.

Art. 6º - Esta lei entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

PAÇO DA PREFEITURA MUNICIPAL DE FORTALEZA, em
20 de março de 2009.

Sustentam os requerentes contarem com legitimidade ativa para a propositura da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade contra o dito diploma legal do Município de Fortaleza, frente ao disposto no art. 127, V, da Constituição Estadual, ao dispor que “*são partes legítimas para propor a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo estadual, contestado em face desta Constituição, entidade de classe e organização sindical, se se tratar de lei ou de ato normativo do respectivo Município*”.

Aduzem os autores que o instrumento normativo fere frontalmente o sistema constitucional de competências pois tratou de “*matéria afeta à União,*

relativa ao trabalho aos domingos, matéria de cunho claramente trabalhista, impondo a necessidade de Convenção Coletiva de Trabalho para o funcionamento de uma empresa, extrapolando sua competência constitucional e legislação vigente” e que a lei, além de “ferir o princípio do livre exercício de atividade econômica, princípio da isonomia e da igualdade, princípio da proporcionalidade e da razoabilidade”, cria “tratamento desigual entre o comércio realizado dentro ou fora de Shopping Center e entre lojas comuns e mercados, em flagrante inconstitucionalidade”.

Alegam não se tratar de lei cujo fim seja a regulação de matéria de interesse local, aqui consubstanciada na ordenação dos horários de funcionamento dos estabelecimentos comerciais, vindo a findar por estatuir injustificado tratamento desigual, impondo comportamentos à classe dos comerciários que acabariam por representar verdadeira violação aos princípios da liberdade da atividade econômica e dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

Desenvolvendo tal linha argumentativa e discutindo a norma imposta pelo art. 1º, parágrafo único, do instrumento legal em debate e que diz respeito à necessária celebração de acordos ou convenções coletivas de trabalho para a abertura do comércio municipal aos domingos, os autores chegam a indagar, de forma pertinente, a quem estão condicionados aqueles que compõem o grupo dos “pequenos comércios”, se ao sindicato laboral ou patronal (fls. 03), vislumbrando neste ponto uma impossibilidade de cumprimento da norma.

Especificamente quanto aos preceitos constitucionais tidos por violados, os requerentes iniciam arguindo provável (*i*) vício de competência, pois entendem que a matéria posta em discussão não se limita a tratativas atinentes ao chamado interesse local do Município, vindo a representar excesso, por parte do Poder Público Municipal de Fortaleza, no poder de legislar, mormente quando por invadir competência atribuída à União, de forma privativa.

Sustentam que a Lei n.º 9.452/2009 teria extrapolado os limites constitucionais apresentados no art. 28, I, da Constituição Estadual, uma vez que vem legislar sobre os direitos Civil, Comercial e do Trabalho, de competência privativa da União, segundo redação do art. 22, I e XVI, da Constituição Federal. Dizem haver abuso no poder de legislar por parte do Município de Fortaleza na medida em que impõe a celebração de acordos e convenções coletivas de trabalho para a disciplina da abertura dos comércios aos domingos, regime este tratado no parágrafo único do art. 1º da lei em destaque, uma vez que é matéria afeita à sistematização específica do Direito do Trabalho, em nada condizendo com a idéia constitucionalizada do “interesse local”. Com isso, entendem violados os

artigos 30, I, da Constituição Federal, e 28, I, da Constituição Estadual.

O segundo preceito que entendem malferido diz respeito à (ii) injustificada discriminação, em conexão direta com a idéia clássica do princípio da isonomia.

Defendem os promoventes que “*a Lei Municipal faz uma enorme distinção entre estabelecimentos comerciais situados em Shopping Centers e fora deles, demonstrando evidente quebra de isonomia e conseqüente inconstitucionalidade*”. Entendem não haver critérios bem definidos de razoabilidade a informar as escolhas de horários fixados na Lei para o funcionamento de estabelecimentos situados dentro e fora dos centros comerciais, não competindo ao Município definir qual estabelecimento é *supermercado* ou *hipermercado*, vez que tal tarefa recairia exclusivamente à Receita Federal, através da Classificação Nacional de Atividades Econômicas – CNAE (fls. 08).

Continuando o raciocínio, sustentam os autores que a norma argüida fere o art. 6º da Lei n.º 10.101/2000, de âmbito nacional e a qual autoriza o trabalho aos domingos nas atividades do comércio em geral, observada a legislação municipal, nos termos do art. 30, inciso I, da Constituição Federal. Frente a esta realidade normativa, dizem os requerentes que “*se a própria legislação federal não diferencia, nem discrimina qualquer ramo da atividade comercial, absurdo seria aceitar uma lei municipal, que se confrontando com a Lei Federal, retroage ao tempo e cria camadas diferenciadas do comércio, inclusive com um novo nicho, as lojas de shopping e as de rua*”. Anotam, então, como violados os artigos 14, III, e 214, parágrafo único, da Constituição Estadual.

Por fim, identificam os autores violação aos (iii) princípios do exercício da livre concorrência na atividade econômica e dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, estando vedada a criação de restrições arbitrárias a esses direitos.

Na compreensão dos promoventes, “*ao limitar o horário de funcionamento do comércio, o Município está inviabilizando a realização de muitos negócios e limitando o livre exercício da atividade econômica decorrente da lícita compra e venda de mercadorias, em afronta à ordem constitucional*” (fls. 10). Dizem que a Constituição Federal, no art. 5º, XIII, eleva à condição de garantia individual o livre exercício de atividade ou profissão, protegido ainda de mutações propostas por governos oportunistas, vez que alcançado pelo manto da imutabilidade das cláusulas pétreas (art. 60, §4º, CF/88).

Sustentam, ainda, que o diploma municipal está a violar aquilo que

previsto no art. 170, parágrafo único, da Constituição Federal, atinente a liberdade no exercício da atividade econômica.

Deduzem pedido de cautelar, alegando fundados riscos de grave lesão de reparação dificultada, materializados na espécie na indiscutível repercussão sócio-econômica da norma discutida, no que identificam ainda a plausibilidade jurídica do pedido liminar, alegando que *“o fumus boni iuris está caracterizado na clara quebra de isonomia entre as mesmas atividades econômicas somente em razão da diversidade de produtos que vende e a localização de suas lojas. Também, na falta de interesse público local com invasão de competência da União e na inconstitucional limitação ao exercício de atividade econômica pelo ente municipal”*, ao passo em que *“a reversibilidade do direito está evidenciado (sic) na possibilidade de o Poder Judiciário revogar a decisão e estabelecer a restrição. A manutenção do status quo que permite o funcionamento indiscriminado do setor comercial de Fortaleza não irá surtir qualquer prejuízo aos trabalhadores, ao Município, ao Estado, à União, aos consumidores e fornecedores ou a quem quer que seja”* (fls. 13).

Foram requisitadas as informações de estilo por esta Relatora (fls. 77/78).

O Município de Fortaleza, na pessoa da Exma. Prefeita Municipal, Sra. Luizianne de Oliveira Lins, argüindo antes a legitimidade passiva do Município para figurar em um dos pólos da ação constitucional, apresenta em sua peça informativa (fls. 90/132), irresignação quanto (i) a impropriedade da ADI junto ao Tribunal de Justiça por inoportunidade da via eleita, uma vez que, segundo entendimento do Ente Federativo, não fora deduzida violação a nenhum dispositivo da Constituição do Estado do Ceará, sustentando que *“A Constituição Federal não dá aos Tribunais de Justiça nem ao próprio Supremo Tribunal Federal a competência para conhecer e julgar ações diretas de inconstitucionalidade contra leis municipais tendo como parâmetro a Constituição Federal, vez que não há qualquer previsão constitucional que abra a possibilidade de decisões judiciais válidas a respeito. O único controle da constitucionalidade possível das leis municipais em face da Constituição Federal é o controle difuso, incidenter tantum”*.

Avançando, sustenta que o pretenso conflito entre leis municipal e federal não seria suficiente para suscitação de controle de constitucionalidade, informando que *“uma aparente antinomia entre duas normas de hierarquia infraconstitucional não expõe, à Corte Estadual, uma questão constitucional,*

pois não existe afronta direta entre a lei municipal vergastada e a Constituição do Estado do Ceará”, dizendo por fim que, acaso aceito algum controle da norma, este deveria se dar no âmbito da legalidade, nunca da sua constitucionalidade.

Diz, ainda, o Município de Fortaleza tratar-se de matéria de estrito interesse local a regulamentação dos horários de funcionamento do comércio, a exemplo do que ocorre na Lei 9.452/2009, objeto da presente ADI, e, portanto, de inteira conformação com os requisitos do art. 30, I, CF/88 e do art. 28, I, da Constituição Estadual.

Requer, assim, a extinção do feito, sem resolução do mérito, diante da inadequação da via eleita, sustentando que a lei atacada não viola norma da Constituição Estadual.

Em discussão ainda preliminar, diz o Município de Fortaleza que a petição inaugural da Ação Direta de Inconstitucionalidade incorreu em vício formal, vindo a pugnar pela inépcia da inicial, haja vista que os autores descuidaram de bem indicar os dispositivos da lei impugnada que estariam em confronto com os preceptivos constitucionais, deduzindo novo pedido de extinção do feito, também sem resolução do mérito.

Incurtionando no mérito da constitucionalidade da norma, diz o Município de Fortaleza que a matéria tratada está amparada pelo que diz o art. 30, I, da Constituição Federal, sendo expressão própria da competência do ente federativo o disciplinamento dos horários dos comércios varejista e atacadista situados nos limites do município, aduzindo inclusive que “*A intervenção do Poder Público Municipal, mediante lei editada a partir de sua competência constitucional, para disciplinar o horário de funcionamento do comércio varejista e atacadista em Fortaleza, não atinge o conteúdo essencial da livre iniciativa nem da liberdade econômica. Há, por certo, inegável interesse social e público em regular a matéria, sem que isso importe, repita-se, em interferência indevida na seara jurídica ou econômica*” (fls. 105). Defende, inclusive, que em assim procedendo, o Município não está se imiscuindo no exercício da profissão, dizendo ainda se tratar de exercício constitucional da chamada competência suplementar do Município, prevista no art. 24, §§ 2º e 3º, da Constituição Federal.

No que diz respeito ao parágrafo único da Lei n.º 9.452/2009 e a suposta violação da Lei n.º 10.101/2000, por aquela norma municipal condicionar o funcionamento aos domingos à celebração de acordos ou convenções coletivas de trabalho, o Município de Fortaleza diz que a norma local está respaldada pela

redação do art. 6º-A do diploma federal, no qual está previsto que “*É permitido o trabalho em feriados nas atividades do comércio em geral, desde que autorizado em convenção coletiva de trabalho e observada a legislação municipal, nos termos do art. 30, inciso I, da Constituição*”.

Em conclusão, aduz que “*A Lei Municipal 9.452/2009 não ofende nenhum dos princípios constitucionais citados na decisão liminar, nem muito menos viola os termos da lei federal 10.101/2000. Não anula a livre iniciativa, não interfere na liberdade de contratar, não intervém indevidamente na economia ou na esfera privada. Disciplina o horário do funcionamento do comércio em benefício do interesse coletivo e social, tendo por parâmetro, acerca do dia de domingo, a forma mais ética de auto-disciplina da autonomia privada: a negociação, no caso, negociação coletiva entre patrões e funcionários*” (fls. 125/126), afirmando ainda que “*Não se encontra disposição alguma que determine o fechamento imediato de estabelecimentos comerciais, shoppings ou supermercados e hipermercados. Eventual ilegalidade ou abuso de poder, eventual violação de direito subjetivo individualmente considerado, deve ser objeto de impugnação individualizada no processo administrativo, ou mesmo em ação judicial – e não mediante abolição, in concreto, de toda a normativa, a qual, em sua letra, não afronta as Constituições Federal e Estadual*” (fls. 128/129), terminando por concluir pela necessária aplicação da Súmula n.º 645 do STF, entendendo se tratar de matéria de interesse local do Município a disciplina do horário de funcionamento dos estabelecimentos comerciais situados em seus limites territoriais, findando por requerer seja julgada totalmente improcedente a representação de inconstitucionalidade da norma, acaso não se aceite as preliminares apontadas.

Quanto ao pedido de cautelar, sustenta a sua improcedência, pois não existiria o reclamado requisito do *periculum in mora*, uma vez que “*a liminar, se concedida, acarretaria mais prejuízos à coletividade, e aos sub-sistemas ordem social, ordem jurídica e ordem pública municipal do que benefícios à integralidade da ordem jurídica*” (fls. 130), vindo a entender que a liminar acaso deferida viria a impor descabido ônus ao Município de Fortaleza, vendo-se impedido de disciplinar matéria de sua competência.

Requisitadas informações também da respeitável Câmara Municipal de Fortaleza, estas, embora estejam consignadas nas páginas 138 a 143 dos autos, deixam de ser analisadas pois não assinadas pela autoridade pública envolvida no destribe da constitucionalidade da norma, mas apenas da coordenadora jurídica da Casa Legislativa Municipal (fls. 143), não servindo inclusive peça procuratória

acostada aos autos para sanar o vício (fls. 144).

A Procuradoria Geral do Estado, manifestando-se quanto a constitucionalidade da lei municipal (fls. 157 a 171), apresenta, em sede de argumentação preliminar, a inviabilidade do controle da norma municipal uma vez que usado como parâmetro a Constituição Federal, e não a Estadual, aduzindo que o cerne da questão seria aclarar se restariam violadas a competência privativa para legislar acerca do direito do trabalho e do direito comercial, além de se perquirir possível malferimento ao preceito da livre exploração da atividade econômicas, adotando-se como balizamento as normas expressadas na Constituição Federal, caso seguida a tese dos autores suscitantes da inconstitucionalidade.

Também a PGE se posiciona pela inexistência de quebra da isonomia, por entender que *“há efetiva diferença entre os estabelecimentos comerciais situados na ‘rua’ e os localizados em ‘shopping center’”*, o que se tornaria patente frente à *“necessidade do lojista presente em centros comerciais do referido tipo de obedecer a regras estipuladas pelo condomínio, desenvolvendo de forma integrada a atividade comercial”* (fls. 160), acrescendo que outro ponto a diferenciar tais realidades está na desnecessidade em se mobilizar mecanismos públicos, para o funcionamento daqueles estabelecimentos localizados nos interiores dos *shoppings centers*.

Quanto ao choque entre o que prevê a legislação federal e aquilo disposto na legislação municipal, a linha argumentativa seguida pela Procuradoria Geral do Estado é semelhante àquela apresentada pelo Município de Fortaleza, no sentido de que ao Município é reconhecida a competência para o estudo e a disciplina dos horários de funcionamento do comércio local, não representando ainda qualquer avanço na competência privativa da União, como querem fazer parecer os autores. Cita o teor da Súmula 645 do STF, assim como feito anteriormente pelo Município de Fortaleza.

Finalizando, o douto Procurador Geral firma posicionamento pelo não ferimento do art. 170, parágrafo único, da Constituição Federal, haja vista que a situação descrita nos autos se enquadra na excepcionalidade constitucional da redação da parte final daquele artigo, uma vez que *“tal princípio [do livre exercício da atividade econômica] deve ser interpretado de maneira que não se confronte com a função fiscalizadora do Estado como ‘agente normativo e regulador da atividade econômica’”* (fls. 169), além de defender que o ato impugnado não veda o exercício da atividade econômica, vindo apenas a impor limitações consentâneas com os matizes do interesse público envolvido. Requer, por fim, o não conhecimento da ação direta de constitucionalidade (*sic*) em debate,

ou o reconhecimento da improcedência do pedido nela formulado, uma vez que inexistente ofensa à Constituição do Estado do Ceará.

Instada a se manifestar, a douta Procuradoria Geral de Justiça posicionou-se em parecer aqui consignado às páginas 174 a 184, opinando pela rejeição das matérias atacadas, em sede de preliminar, pelas autoridades envolvidas, uma vez que entendeu o Órgão Ministerial serem facilmente identificáveis as normas da Constituição Estadual violadas pela norma municipal, bem como não haver razão no acolhimento da ilegitimidade do Município de Fortaleza, já que acionado em litisconsórcio com a Câmara Municipal.

No mérito, aceita os argumentos aduzidos pelos autores, razão pela qual se faz salutar transcrição de parte da peça ministerial, na qual se lê *in verbis*:

A norma sindicada também afronta francamente os Princípios da Constituição Federal, da livre iniciativa e da isonomia, explicitados respectivamente no art. 170, *caput*, e art. 5º, *caput*, ambos reproduzidos pela Carta Estadual, respectivamente, em seu artigo 214, *caput* e parágrafo único.

À medida em que flexibiliza os dias e horários de funcionamento dos estabelecimentos comerciais em Shopping Centers, em detimento daqueles localizados nas demais artérias urbanas, a norma dardejada vulnera o Princípio da Isonomia, eis que promove discriminação sem que haja fundamento razoável para tanto. Note-se que não somente as entidades comerciais estariam a sofrer discriminação, mas, principalmente, os trabalhadores de pequenas empresas, muitas das vezes de caráter familiar, sem que tais operários possam decidir sobre os dias de repouso semanal remunerado, à mingua (*sic*) de representação sindical.

Na mesma toada, também resta alquebrado o Princípio da Livre Iniciativa, porquanto, a ingerência do legislador municipal na organização empresarial, fora das normas trabalhistas traçadas pela legislação federal e pela própria Constituição Federal e Estadual, traz vício de inconstitucionalidade material insanável.

Também há aceitação à tese de que a norma municipal invade competência da União, valendo-se o Ministério Público de julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul no qual afirma a citada Corte Estadual que os Municípios só podem dispor sobre “horário” de funcionamento do comércio, não,

porém, dispor sobre os dias em que possa ou não funcionar, na medida em que tal competência é reservada à União, a teor do artigo 22, I, da Constituição Federal.

Dito isso, opina pela procedência da ADI.

É o breve relatório.

Passo a proferir o voto.

Entendo que os promoventes comprovam à saciedade a pertinência temática entre o objeto da presente ADI e os interesses específicos defendidos por estes, nos termos em que trazem seus respectivos estatutos, colacionados aos autos. Em verdade, tanto o regulamento interno da Federação do Comércio do Estado do Ceará (fls. 22/23) quanto do Sindicato do Comércio Varejista e Lojista de Fortaleza (fls. 33/48), fazem denotar, por disposição expressa, que ambas as entidades representativas elegem como suas finalidades a defesa dos interesses das categorias econômicas envolvidas, de onde se verifica a correlação entre o objeto da presente ADI e as finalidades institucionais das entidades autoras.

Processou-se a ação sem liminar.

Passo, a seguir, ao exame das preliminares.

Início pela análise da *ilegitimidade passiva*, argüida pelo Município de Fortaleza em sede de informações, acredito que o ponto não apresenta maiores dificuldades, pois é certo que na ação direta de inconstitucionalidade, a legitimidade passiva recairá sobre os órgãos ou autoridades responsáveis pela lei ou pelo ato normativo objeto da ação, cabendo a estes prestar informações ao relator do processo.¹

Ademais, o ente federativo não se limitou no caso a contestar a pretensa ilegitimidade para figurar em um dos pólos da ação, apressando-se em também defender a constitucionalidade da norma aos preceitos da Constituição Estadual, razão pela qual rejeito esta preliminar.

Quanto à preliminar de *inépcia da inicial*, sustenta o Município de Fortaleza que a ADI não merece processamento, aduzindo não haver a indicação dos artigos da Constituição Estadual que estejam sendo violados com a edição da Lei n.º 9.452/2009. Esta preliminar não carece de maior exame, estando bem delineado o espectro de normas constitucionais tidas por violadas pela lei municipal combatida. Significa dizer que os autores deixam claro quais os artigos da Constituição Estadual que embasam o pedido de declaração de inconstitucionalidade, havendo aqueles citado os seguintes dispositivos da CE: *art. 14, I e III; art. 28, I; e art. 214, §único*. Assim, rejeito a preliminar.

De igual modo, a alegada *inadequação da via eleita*, uma vez que não se mostraria viável o controle de constitucionalidade de norma municipal

usando como parâmetro o texto da Carta Federal, vindo a resultar na conseqüente extinção da ação sem resolução de seu mérito, não parece prosperar, isto porque o controle ora efetivado dar-se-á com base na Ordem Constitucional do Estado do Ceará, usada como parâmetro de constitucionalidade a letra da Constituição Estadual, e não a Federal, a partir das indicações feitas pelos próprios autores da ADI, estando rejeitada também esta preliminar.

No tocante ao mérito, cumpre iniciar sua análise a partir da prefalada malversação do *princípio da isonomia*, tomando como paradigma os indicados artigos 14, I e III², e 214, parágrafo único³, da Constituição Estadual, sob o color de se estar favorecendo tratamento desigual entre lojistas que mantêm seus estabelecimentos no interior e fora de *shoppings centers*.

Sobre o ponto e cuidando de bem esmiuçar a reclamada violação à *isonomia*, cumpre citar, até pelo seu valor auto-explicativo, trecho do voto do eminente Ministro CARLOS VELOSO no julgamento do Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 252.344-5/SP, ocasião em que deixa expresso:

A alegação no sentido de que a legislação municipal, no ponto, é atentatória ao princípio da isonomia – C.F., art. 5º, *caput* – não é razoável, dado que o horário estabelecido atinge a todos e não apenas a alguns comerciantes. Não há invocar, no ponto, o horário de funcionamento de lojas situadas em “shopping-centers”, dado essas lojas não se igualam, em termos de localização, às lojas situadas nas vias públicas. Ora, o princípio da igualdade se realiza na medida em que desiguais são tratados com desigualdade e iguais com igualdade.

A jurisprudência do STF, avançando no estudo, chega ainda a afirmar que a fixação de horário para o funcionamento de estabelecimentos comerciais por instrumento normativo próprio não importa em afronta aos princípios constitucionais da isonomia, da livre concorrência, da defesa do consumidor, da liberdade de trabalho e da busca ao pleno emprego, sendo de bom alvitre citar alguns destes julgados, na intenção de se exorcizarem quaisquer dúvidas:

DECISÃO: Trata-se de recurso extraordinário (art. 102, III, a, da Constituição) interposto de acórdão que impediu o município de Santo André de controlar o horário de funcionamento do comércio dentro de sua área territorial. Alega-se que o acórdão recorrido viola princípios constitucionais. A jurisprudência desta Corte está

consolidada no sentido de que os municípios têm competência para regular o horário do comércio local (Súmula 419). Essa competência não afronta os princípios da isonomia, da livre concorrência, da defesa do consumidor, da liberdade de trabalho e da busca ao pleno emprego e alcança farmácias e estabelecimentos comerciais não situados em shopping centers, além de incluir o poder de estabelecer e fiscalizar horários de funcionamento e escalas de plantão, desde que não sejam infringidas leis estaduais e federais (cf. RE 274.028, DJ 10.08.2001; RE 203.358-AgR, DJ 29.08.1997, e RE 174.645, DJ 27.02.1998, v.g.). Dessa orientação divergiu o acórdão recorrido. Do exposto, nos termos do art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, dou provimento ao recurso extraordinário, para julgar improcedentes os embargos à execução. Determino que a parte ora recorrida arque com os ônus da sucumbência. Publique-se. Brasília, 18 de dezembro de 2009. Ministro JOAQUIM BARBOSA Relator (STF, RE 442369, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, julgado em 18/12/2009, publicado em DJe-023 DIVULG 05/02/2010 PUBLIC 08/02/2010)

1. Recurso extraordinário inadmitido. 2. Farmácia. Horário de funcionamento. Competência do Município para os assuntos de seu interesse. 3. Alegação de violação aos princípios da isonomia, da liberdade de comércio, da proteção à livre iniciativa, da livre concorrência e da defesa do consumidor. Improcedência. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF, AI 310633 AgR, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Segunda Turma, julgado em 31/08/2001, DJ 31-08-2001 PP-00043 EMENT VOL-02041-07 PP-01518)

Assim sendo, o argumento levantado pelos autores de que se estaria favorecendo um tratamento desigual impondo horários de funcionamento distintos para comerciantes cujos estabelecimentos se encontrem instalados no interior ou no exterior de conglomerados comerciais, não há de prosperar ainda mais se levadas em considerações as citadas manifestações do STF quanto à matéria.

Já quanto à violação do *princípio do livre exercício da atividade econômica*, acredito que tal apreciação não é cabível tendo como parâmetro de constitucionalidade os arts. 5º, XIII, e 170, parágrafo único, da Constituição Federal,

como pretendem os autores, uma vez que o controle de constitucionalidade em abstrato das normas municipais se dá pelo confronto entre estas e Constituição Estadual, pois o único controle de constitucionalidade de lei e de ato normativo municipal em face da Constituição Federal que se admite é o difuso, exercido *incidenter tantum*, por todos os órgãos do Poder Judiciário, quando do julgamento de cada caso concreto.⁴

Seguem-se as esclarecedoras lições do eminente Des. FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA sobre o tema:

No que se refere ao método concentrado, em que a constitucionalidade da lei ou ato normativo é analisada em tese, por via da ação direta, desvinculada de um caso concreto, há que se distinguir, igualmente, a hipótese de arguição de inconstitucionalidade ante a Constituição Federal, daquela formulada em face da Constituição do Estado-membro.

[...]

Assim, têm grande parte da doutrina e a jurisprudência do Supremo concluído pela impossibilidade de ser exercido, por via de ação direta, o controle da constitucionalidade de leis e atos normativos municipais em face da Constituição Federal, à míngua de um comando constitucional neste sentido, pois o constituinte não previu semelhante competência à Corte Suprema, nem a cometeu aos Tribunais de Justiça dos Estados, como sói acontecer ante a indelegável função confiada, com exclusividade, ao Supremo Tribunal Federal, de guarda da Constituição da República Federativa do Brasil.⁵

Luís Roberto Barroso pontua de forma não menos precisa:

Do texto expresso do art. 102, I, *a*, extrai-se que a ação direta de inconstitucionalidade terá por objeto somente lei ou ato normativo federal ou estadual, com a exclusão deliberada das normas *municipais*. Por tal razão, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reiteradamente se pronunciou no sentido do descabimento do controle por ação direta para declaração da inconstitucionalidade de

lei ou ato normativo municipal em face da Constituição Federal e, mais ainda, veda que a Constituição do Estado atribua ao Tribunal de Justiça competência para processar e julgar representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal em face da Constituição Federal, em usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal.⁶

Nestas hipóteses será inadmissível ação direta de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça local, inexistindo controle concentrado de constitucionalidade, sob pena de se usurpar a competência do Supremo Tribunal Federal.⁷ Ainda que fosse o caso de evidente reprodução de norma – *formal* ou *material* – da Constituição Federal, ainda assim a competência será da Corte Estadual, tendo como parâmetro apenas a Constituição do Estado.⁸

Há, contudo, ressalvas a serem feitas, notadamente quanto à possível violência contra o art. 170 da Constituição Federal.

O STF, em recente julgamento, veio a afirmar que em casos como o que ora está em debate “*haveria ofensa ao princípio da livre concorrência se a legislação proibisse para uns o funcionamento num certo horário e facultasse para outros*”⁹, de forma que não se está a afirmar a não violação da ordem constitucional, mas apenas que esta análise prescinde de um cotejo entre norma municipal e Constituição Federal, o que é vedado pelo ordenamento jurídico em sede de controle concentrado de constitucionalidade de leis ou atos normativos municipais.

Por fim, não se olvide que a matéria “*fixação dos horários de funcionamento do comércio local*” está contida na compreensão daquilo que vem a ser de nítido *interesse local*, digna de todo o resguardo, subsumida que está ao crivo da conveniência e oportunidade dos Municípios, na forma em que trata o art. 30, I, da Constituição Federal de 1988 e cuja redação vem repetida no artigo 28, I, da Constituição do Estado do Ceará.

Significa dizer que a regulamentação destes horários, os quais servirão a todo o emaranhado de comerciantes e lojas situados dentro dos limites territoriais do Município e que tem com um de seus fins o disciplinamento do comércio inclusive nos dias de domingo e feriados, é de competência estritamente municipal. Neste sentido está a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. NORMAS ADMINISTRATIVAS MUNICIPAIS QUE DISCIPLINAM O HORÁRIO DE FUNCIONAMENTO DO COMÉRCIO LOCAL. COMPETÊNCIA DO MUNICÍPIO PARA OS ASSUNTOS DE SEU INTERESSE: ART. 30, I, DA CONSTITUIÇÃO.

Os Municípios têm autonomia para regular o horário do comércio local, desde que não infrinjam leis estaduais ou federais válidas, pois a Constituição lhes confere competência para legislar sobre assuntos de interesse local.

Agravo Regimental a que se nega provimento. (STF, AI 622405 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 22/05/2007, DJe-037 DIVULG 14-06-2007 PUBLIC 15-06-2007 DJ 15-06-2007 PP-00037 EMENT VOL-02280-06 PP-01150)

Município: competência para a fixação de horário de funcionamento de estabelecimentos comerciais: inoportunidade das alegadas ofensas ao texto constitucional: precedentes. (STF, AI 297835 AgR, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 09/04/2002, DJ 03-05-2002 PP-00015 EMENT VOL-02067-03 PP-00631)

A precisão na abordagem do tema pelo Supremo Tribunal Federal é tamanha que a mais alta Corte brasileira editou duas súmulas sobre a matéria e que vêm transcritas logo a seguir:

Súmula 419, STF – Os municípios têm competência para regular o horário do comércio local, desde que não infrinjam leis estaduais ou federais válidas.

Súmula 645, STF – É competente o município para fixar o horário de funcionamento de estabelecimento comercial.

Neste ponto todos estão acordes: os municípios podem legislar sobre o horário de funcionamento do comércio local.

No caso aqui enfocado, porém, chama-nos a atenção a redação do *parágrafo único do art. 1º* da norma municipal impugnada, por tratar de matéria que escapa ao leque de assuntos contidos no chamado *interesse local* do Município, nos moldes em que traz o art. 28, I, da Constituição Estadual, que transcrevo:

Art. 28. Compete aos Municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

A jurisprudência, debruçando-se sobre o tema, indica a profundidade da matéria, apoiada no intelecto do Min. SEPÚLVEDA PERTENSE, relator da Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.675-1/DF. Analisando a constitucionalidade do art. 6º da Medida Provisória 1.539-35/97, pelo qual ficava autorizado o trabalho aos domingos no comércio varejista em geral, observado o art. 30, I, da Constituição Federal, naquela oportunidade, disse textualmente o eminente Ministro em seu voto:

É evidente a desnecessidade de a norma ordinária ressaltar a competência constitucional do Município; de qualquer modo, ainda que dela se possa concluir que o funcionamento do comércio aos domingos, não obstante facultado pela lei federal, possa ser vedado pelo Município, o certo é que, enquanto direito constitucional do trabalhador, só à União – titular da competência privativa para legislar sobre Direito do Trabalho – incumbe impor-lhe limites ou ditar-lhe exceções: a legislação de cada Município há de ser ditada, como está na regra de sua competência, por considerações de “*interesse local*”, alheia à questão trabalhista.¹⁰

Como se pode ver, penso que com a redação dada ao parágrafo único do artigo 1º da Lei n.º 9.452/2009, o legislador incorreu em inconstitucionalidade, invadindo terreno constitucionalmente acometido à competência privativa da União para legislar sobre normas de Direito do Trabalho (art. 22, I, CF/88) ao condicionar a abertura do comércio varejista e atacadista nos dias de domingo e feriado à celebração de acordos e convenções coletivas de trabalho.

Importante lembrar que a citada Medida Provisória, cuja constitucionalidade fora discutida perante a Suprema Corte, após seguidas reedições, veio a resultar na Lei n.º 10.101/2000, referenciada também pelos promoventes e que dispõe sobre a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa e dá outras providências.

Há, inclusive, julgados de outros Tribunais Estaduais que, analisando casos intimamente ligados a este de que ora cuida a Corte de Justiça do Estado do Ceará, posicionaram-se em sentido idêntico pela inconstitucionalidade da norma neste ponto, sendo salutar a transcrição de exemplos dados pelos Tribunais do Rio Grande do Sul e de São Paulo, abaixo citados pela sua indiscutível didática:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL - LEI N. 4158/97, DO MUNICIPIO DE CANOAS - LEGISLANDO SOBRE LIBERDADE DO HORÁRIO DE FUNCIONAMENTO DO COMÉRCIO LOCAL, CONDICIONA QUE, PARA OS DOMINGOS E FERIADOS, HAJA, A RESPEITO, ACORDO OU CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA. DETÉM O MUNICÍPIO PARA DISPOR SOBRE O FUNCIONAMENTO DO COMÉRCIO LOCAL, INCLUSIVE AOS DOMINGOS E FERIADOS (ART-13, II, DA CE). NO ENTANTO, CONDICIONAR O FUNCIONAMENTO AOS DOMINGOS E FERIADOS A ACORDO OU CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO, QUESTÃO VINCULADA A DIREITO DO TRABALHO, NÃO PODE, EIS QUE SÓ À UNIÃO COMPETE LEGISLAR SOBRE DIREITO DO TRABALHO (ART-22, I, DA CF). ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE QUE SE JULGA PROCEDENTE. (19 FLS). (Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 70000438945, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Osvaldo Stefanello, julgado em 19/06/2000)

ALVARÁ DE FUNCIONNAMENTO - Mandado de Segurança - Impetração contra ato que impediu o funcionamento do comércio varejista local na cidade de Piracicaba aos domingos e feriados,

condicionando-o à demonstração de cópia de convenção ou acordo coletivo de trabalho - Suscitada a declaração incidental de inconstitucionalidade da lei, julgada procedente pelo Órgão Especial, uma vez que tal exigência invade a competência legislativa exclusiva da União Determinação de funcionamento sem a referida exigência - Sentença reformada - Recurso provido. (TJSP, Apelação 994020344558, Terceira Câmara de Direito Público, Des. ANTÔNIO CARLOS MALHEIROS, julgado em 02/03/2010, data de registro: 19/03/2010)

Desta sorte, a Lei n.º 9.452/2009, que estabelece o horário de funcionamento do comércio varejista e atacadista no Município de Fortaleza, apresenta *eiva de inconstitucionalidade* quando exige a celebração de acordos ou convenções coletivas de trabalho, condicionando a abertura do comércio local aos domingos e feriados à demonstração destes instrumentos de negociação coletiva entre empregados e empregadores, restando por violados os limites expressos no art. 28, I, da Constituição Estadual, por extrapolar o chamado *interesse local*, adentrando na competência privativa da União para legislar sobre temas de Direito do Trabalho. Neste diapasão, entendendo pela invasão em matéria de competência da União Federal, também está a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

DIREITO CONSTITUCIONAL - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI MUNICIPAL QUE DISCIPLINA DIA E HORÁRIO DO COMÉRCIO LOCAL - 1. PROPOSITURA DA ACTIO POR SINDICATO DO COMÉRCIO - ADMISSIBILIDADE - LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM CONFIGURADA - 2. VEDAÇÃO DE FUNCIONAMENTO AOS SÁBADOS À TARDE, DOMINGOS E FERIADOS PARA GRANDE MAIORIA DOS COMERCIANTES - EXORBITÂNCIA DO INTERESSE LOCAL - ART. 112, I, DA CE/89 - INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL CARACTERIZADA - VIOLAÇÃO AOS ARTS. 1º, V; 4º, CAPUT; 112, I; E 134 DA CE/89 - INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL CONFIGURADA - PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

1. O sindicato do comércio, como associação representativa de classe, possui legitimidade ativa ad causam para propor ação direta de inconstitucionalidade contra lei municipal que disciplina matéria relacionada com as finalidades estatutárias do proponente (art. 85, VII, da CE/89).
2. Em observância aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade e considerando o porte econômico do município, é inconstitucional lei que veda o funcionamento da grande maioria do comércio aos sábados à tarde, aos domingos e feriados, por exorbitância do interesse local (art. 112, I, da CE/89), por afronta aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, V, da CE/89), por violação ao livre exercício de qualquer trabalho e ao direito social do trabalho (art. 4º, caput, da CE/89), por afronta aos princípios constitucionais da valorização do trabalho humano, da busca do pleno emprego e do livre exercício de qualquer atividade econômica (art. 134 da CE/89). (TJSC, Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2005.001600-8, Tribunal Pleno, Relator Des. MONTEIRO ROCHA, votação unânime, data: 26/01/2010)

Por esta razão, e rendendo homenagens ao *princípio da interpretação conforme a Constituição*, cuja finalidade está em possibilitar a manutenção no ordenamento jurídico das leis e atos normativos editados pelo poder competente que guardem valor interpretativo compatível com o texto constitucional¹¹, declaro a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 1º, da Lei n.º 9.452/2009, determinando sua conseqüente supressão.

Ante o exposto, com fulcro ainda na vasta jurisprudência sobre a matéria e em consonância com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, julgo procedente em parte o objeto da ADI, com a supressão do parágrafo único do art. 1º, da Lei n.º 9.452/2009, declarando a sua inconstitucionalidade.

Intimem-se as autoridades responsáveis pela expedição do ato normativo impugnado desta decisão, em respeito ao art. 117, do RITJCE.

É como voto.

Fortaleza, 29 de ABRIL de 2010.

¹BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 139.

²Art. 14. O Estado do Ceará, pessoa jurídica de direito público interno, exerce em seu território as competências que, explícita ou implicitamente, não lhe sejam vedadas pela Constituição Federal, observados os seguintes princípios:

I - respeito à Constituição Federal e à unidade da Federação;

[...]

III - defesa da igualdade e combate a qualquer forma de discriminação em razão de nacionalidade, condição e local de nascimento, raça, cor, religião, origem étnica, convicção política ou filosófica, deficiência física ou mental, doença, idade, atividade profissional, estado civil, classe social e sexo;

³Art. 214. O Estado conjuga-se às responsabilidades sociais da Nação soberana para superar as disparidades cumulativas internas, incrementando a modernização nos aspectos cultural, social, econômico e político, com a elevação do nível de participação do povo, em correlações dialéticas de competição e cooperação, articulando a sociedade aos seus quadros institucionais, cultivando recursos materiais e valores culturais para o digno e justo viver do homem.

Parágrafo único. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

⁴MORAES, Alexandre de. Direito constitucional, 24ª ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 737.

⁵ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. Controle de constitucionalidade das leis municipais, São Paulo: Atlas, 2001, p. 96-102.

⁶BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro, 2ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 159-160.

⁷STF, RE 421256, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 26/09/2006, DJ 24-11-2006 PP-00076 EMENT VOL-02257-07 PP-01268 LEXSTF v. 29, n. 338, 2007, p. 255-267.

⁸MORAIS, Dalton Santos. Controle de constitucionalidade – exposições críticas à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Salvador: Editora JusPODIVM, 2010, p. 192.

⁹STF, RE 252344 AgR, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 28/08/2001, DJ 21-09-2001 PP-00051 EMENT VOL-02044-02 PP-00403.

¹⁰STF, ADI 1675 MC, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 24/09/1997, DJ 19-09-2003 PP-00014 EMENT VOL-02124-02 PP-00362.

¹¹MORAES, Alexandre de. Direito constitucional, 24ª ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 17.

Jurisprudência Criminal

Apelação Crime

Nº. 2000.0015.6063-9/1 APELAÇÃO CRIME
COMARCA: IGUATU
APELANTE: FRANCISCO ALBERTO DOS SANTOS
APELADA: A JUSTIÇA PÚBLICA
RELATOR: DES. EYMARD DE AMOREIRA

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. PENAL. JÚRI. NULIDADE ARGÜIDA PELO ÓRGÃO MINISTERIAL – AUSÊNCIA DE QUESITAÇÃO OBRIGATÓRIA - VÍCIO INSANÁVEL - NULIDADE ABSOLUTA. DECISÃO ANULADA.

1. Preliminarmente, deve ser acolhida a arguição de nulidade realçada pelo representante ministerial. Como se percebe, a falha na quesitação obrigatória eiva de nulidade insanável a sentença requestada, como já compendiou nosso Supremo Tribunal Federal, na Súmula nº 156: “é absoluta a nulidade do julgamento pelo júri, por falta de quesito obrigatório”.

2. Na hipótese, assiste razão o douto representante do Ministério Público quando, nas contra-razões ao apelo pugnou pelo reconhecimento de nulidade absoluta da Sentença ante a falha do Júri Popular que, no momento da votação deixou de apreciar quesitação obrigatória relativa ao excesso punível reconhecido, vício este insanável e de caráter absoluto.

3. A resposta afirmativa ao sexto quesito, que reconheceu o excesso punível, obriga interrogação quanto aos quesitos seguintes, os quais conduziriam a revelação quanto ao dolo ou a culpa do ato do apelante.

4. Decisão anulada.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação crime nº. 2000.0015.6063-9/1 da comarca de Iguatu, em que é recorrente *Francisco Alberto dos Santos* e recorrida a Justiça Pública.

A Turma, por unanimidade de votos, conheceu do apelo e acolheu a preliminar aduzida pelo representante do Ministério Público, anulando a decisão recorrida, para submeter o apelante a novo julgamento, em contrariedade com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça.

Francisco Alberto dos Santos, mais conhecido como “Nenê”, qualificado nos autos, inconformado com a sentença prolatada pelo Conselho de Sentença da 1ª Vara da comarca de Iguatu, que o condenou a *uma pena de 13 (treze) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado*, por infração ao art. 121, § 2º, IV do Código Penal, porque no dia 25 de dezembro de 1997, por volta das 14:30 horas, na Vila Gadelha, naquele município, mais precisamente no interior do bar de Chico de Osana, o apelante, sem possibilitar defesa, matou pelas costas a golpes de faca a vítima *Cícero Santana da Silva*, conforme auto de exame cadavérico acostado às fls. 07.

Submetido ao devido processo legal, com a observância do contraditório e da ampla defesa, restou o apelante pronunciado, nos termos da acusação pública.

Levado ao Júri Popular da comarca de origem, foi acolhida por maioria de votos, a tese da legítima defesa, perfilhando, entretanto, o entendimento do excesso punível, pelo que restou condenado por homicídio qualificado, nos moldes do art. 121, § 2º, IV do Código Penal.

Inconformado com o veredicto popular, dele apelou o recorrente com as razões de fls. 292/297 para que seja submetido a novo julgamento e, se for o caso, seja desclassificado o tipo penal para homicídio simples, argumentando que o decisório recorrido contrariou frontalmente as provas carreadas aos autos, posto que, durante o julgamento perante o Conselho de Sentença, as provas testemunhais corroboraram com a tese da defesa, mas, quando da votação, houve contradição nas respostas aos quesitos, o que levou a sua condenação.

Contra-Razões às fls. 303/306, pelo improvimento do apelo, por ausência de respaldo legal, porém, que seja anulada a sentença atacada por falha na quesitação obrigatória quanto ao excesso punível.

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, às fls. 312/315, opinando pelo improvimento do recurso, e não acolhimento da tese de nulidade levantada pelo *parquet* em suas contra-razões.

É o relatório.

Preliminarmente, deve ser acolhida a argüição de nulidade realçada

pelo representante ministerial com ofício na comarca de Iguatu, em virtude dos fundamentos que adiante passaremos a expor.

Como se percebe, a argumentação do parquet em suas contra-razões merece acolhimento, pois, a falha na quesitação obrigatória eiva de nulidade insanável a sentença requestada, como já compendiou nosso Supremo Tribunal Federal, na Súmula nº 156: “é absoluta a nulidade do julgamento pelo júri, por falta de quesito obrigatório”.

Na hipótese, assiste razão o douto representante do Ministério Público quando, nas contra-razões ao apelo de Francisco Alberto dos Santos pugnou pelo reconhecimento de nulidade absoluta da Sentença, ante a falha do Júri Popular daquele município que, no momento da votação deixou de apreciar quesitação obrigatória relativa ao excesso punível reconhecido, vício este insanável e de caráter absoluto.

Numa análise aos quesitos, temos que o 3º, 4º e 5º quesitos indagaram quanto a prática do ato em defesa própria, se a defesa foi perpetrada contra uma agressão atual e iminente e se a agressão era injusta, as quais foram respondidas SIM na proporção respectiva de 4x3, 4x3 e 5x2, respectivamente.

Votado o 6º quesito, ficou apurado o excesso punível, entretanto, os demais foram dados por prejudicados, sem que tenha se dado o devido julgamento quanto a forma dolosa ou culposa do ato do agente.

A esse respeito, nossos Tribunais vêm decidindo pela anulação ante a obrigatoriedade da quesitação, senão vejamos:

EMENTA: “HABEAS CORPUS”. JÚRI. TENTATIVA DE HOMICÍDIO PRIVILEGIADO. NULIDADE DA SENTENÇA POR VÍCIO NA QUESITAÇÃO: FALTA DE QUESITO OBRIGATÓRIO. LEGÍTIMA DEFESA. EXCESSO CULPOSO. FIXAÇÃO DA PENA-BASE: VÍCIO. 1. Negado pelo Júri o quesito concernente à necessidade dos meios empregados pelo agente, ainda assim devem ser questionadas a moderação e a natureza do excesso culposos no encerramento da seriação dos quesitos da legítima defesa. 2. Nulidade absoluta do julgamento, pelo Júri, por falta de quesito obrigatório (Súmula 156). 3. Tratando-se de defeito no questionário que pode levar o Conselho de Sentença a erro, mesmo não argüido na Sessão do Júri, impõe-se a declaração

da nulidade do julgamento, para que outro se realize, ficando prejudicada a tese relativa à nulidade da sentença por vício na fixação da pena. 4. Precedentes. 5. Habeas Corpus deferido para anular o julgamento do Tribunal do Júri, por vício de quesitação, determinando que outro seja realizado. (HC 73477 / RJ - Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA Julgamento: 26/03/1996 - Órgão Julgador: Segunda Turma.)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. JÚRI. QUESITAÇÃO. LEGÍTIMA DEFESA. EXCESSO. AUSÊNCIA DE QUESITO OBRIGATÓRIO. NULIDADE. PRESCRIÇÃO.

I - É obrigatória a formulação de quesito acerca de excesso na verificação da ocorrência ou não da legítima defesa, quando os jurados concluem que o réu não utilizou os meios moderados para repelir agressão, que eles próprios reconheceram como injusta.

II - A não apresentação, ao Conselho de Sentença, de quesito obrigatório, configura nulidade absoluta. (Precedentes). (REsp 825473 / AL - Ministro FELIX FISCHER - T5 - QUINTA TURMA - DJ 02.10.2006 p. 311)

De fato, é patente que o vício apontado pelo parquet encontra-se inquinado de nulidade. A resposta afirmativa ao sexto quesito, que reconheceu o excesso punível, obriga interrogação quanto aos quesitos seguintes, os quais conduziriam a revelação quanto ao dolo ou a culpa do ato do apelante.

Assim, à vista do exposto, conheço do apelo e acolho a preliminar aduzida pelo representante do Ministério Público, para anular a decisão recorrida, submetendo o réu a novo julgamento popular, o que faço em contrariedade com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça.

É como voto.

Fortaleza, 02 de setembro de 2008.

Nº 2003.0011.6727-3/0

APELAÇÃO CRIMINAL (de Fortaleza)

APELANTE: DAVID ALVES DO NASCIMENTO

APELADA: A JUSTIÇA PÚBLICA

RELATOR: DES. LUÍZ GERARDO DE PONTES BRÍGIDO

-Apelação crime.

-Assalto à mão armada.

-A existência de prova, deveras convincente, tocante a autoria delitiva, a começar pela prisão em flagrante do apelante logo após sua fuga ao avistar uma equipe da polícia, corroborada, de envolta, pela segura identificação pessoal dele, acusado, em Juízo, basta à condenação, especialmente quando a versão exculpatória vem desconectada de todo o acervo probatório.

-Disparate, para não dizer asneira, essa de negar a autoria e pedir, alternativamente, a desclassificação do delito para a forma tentada. É o mesmo que dizer: “não fiz, mas fiz”. Súplica que força a coexistência de noções antitéticas, reduzida, daí, a simples lero-lero, finada, em si, por francamente infundada.

-Improvemento.

-Unanimidade.

Vistos, relatados e discutidos os autos acima identificados.

1 – Denunciado como incurso no art. 157, § 2º, inc. I, do CP, o recorrente foi, ao final, condenado a seis anos e oito meses de reclusão, regime inicialmente fechado. Daí o apelo em que se declara inocente e pede a absolvição. Alternativamente pleiteia a desclassificação do crime para tentativa de roubo, ao argumento de que os bens subtraídos não foram apreendidos com ele, réu.

Recurso contra-arrazoado.

Parecer da PGJ pelo desprovimento da insurgência.

É o relatório.

2 – A 19 de janeiro de 2002, final da tarde, Bairro Montese, o recorrente, empunhando um trinta-e-dois, invadiu o Mercadinho JM e subtraiu, ameaçando a todos que ali se encontravam, R\$ 79,00 da caixa registradora. Insatisfeito, tomou os relógios do Sr. Tobias Cavalcante Paiva Neto, proprietário do estabelecimento, e da esposa dele, além de um par de chinelos, fugindo, em seguida, de bicicleta. Ao se deparar, por acaso, com uma equipe da PM, o apelante largou o guidom do veículo e deu aos calcanhares, antes “dispensando”, como se diz na gíria policial, o revólver e o produto do roubo. Os policiais, alertados pelo

comportamento suspeito do acusado, perseguiram-no. Após algumas ruas o recorrente foi preso, localizados a arma e os objetos roubados nas proximidades de onde a fuga teve início.

Materialidade comprovada no auto de apreensão e termo de restituição, desfralda-se impróspera, por outro lado, a tese tuitiva, diante da inexorável convicção acerca da autoria, construída no inquérito e, depois, judicializada, sem que o apelante produzisse, na instrução, contraprova apta a infirmá-la.

Júlio Kildare Leite Costa, testemunha ocular do assalto, testificou, verbis:

“que o depoente foi abordado pelo acusado quando saía do mercadinho; que o acusado chegou ao mercadinho em uma bicicleta; que o acusado estava com um revólver nas mãos;... que o acusado subtraiu um relógio do proprietário do mercadinho, um par de chinelos e certa quantia em dinheiro;...que o depoente não teve dúvidas em reconhecer o acusado “(fl. s. 64).

A palavra de quem presenciou o crime, elucidando os fatos e identificando o seu autor, merece plena credibilidade, especialmente porque o réu não logrou demonstrar motivo hábil para dela se duvidar.

Além disso, em tema de roubo, “a fuga sintomática do agente, diante da aproximação dos policiais, é fato comprometedor e indicativo da autoria do delito” (JUTACRIM-SP vol. 18/ p. 75). A sabedoria popular – ordinariamente, mais profunda e verdadeira que o eruditismo de salão – assegura: “quem não deve não teme”.

Outrossim, engano defensivo esse o de alegar a inocência e pugnar pela desclassificação do crime para a forma tentada. Negativa de autoria e tentativa são noções antitéticas. Naquela o agente diz que não cometeu o crime. Nesta, necessariamente, ele praticou ato de execução, mas não consumou o ato ilícito por circunstâncias acidentais. Ou seja, é o mesmo que dizer: “não fiz, mas fiz”. O pedido alternativo, reduz-se, daí, a simples “conversa mole”. E sem respiro, fina-se, por si, a curto e logo, por francamente infundado.

Censura penalógica, a sua vez, justa e bem quantificada, considerados os antecedentes desabonadores do apelante, encalacrado em mais três processos por roubo, um dos quais já julgado e em fase de execução.

3 - Pelo exposto, ACORDA a 1ª CÂMARA CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, por confluyente votação, em negar provimento ao recurso, para manter a sentença invecivada.

Fortaleza, 20 de março de 2007.

Nº 2004.0008.0376-0/0

APELAÇÃO CRIMINAL (de Fortaleza)

APELANTE : VILAMAR SOARES DE OLIVEIRA

APELADA : A JUSTIÇA PÚBLICA

RELATOR : DES. LUIZ GERARDO DE PONTES BRÍGIDO

-Apelação crime.

-Júri.

-O banimento das qualificadoras é matéria que não foi argüida pela defesa em plenário, não podendo, nem devendo, portanto, ser invocada em grau de recurso. Incognoscibilidade, no ponto.

-Esfaquear o desafeto, de surpresa e por motivo fútil, após intimá-lo ao pugilato, é assumir a posição de agressor, nunca, jamais a de agredido, rejeitada, a curto e logo, a desmoronadiça legítima defesa.

-Se o apelante golpeou a vítima, várias vezes, atingindo-a na mão, rosto, braço e tórax, zona de proclamada letalidade, até vê-la caída, esvaindo-se em sangue, fugindo no momento em que pessoas acorreram ao local para acudi-la, arreda-se, de pronto, a ideia da desistência voluntária.

-Parcialmente conhecida, todavia indeferida.

-Unanimidade.

Vistos, relatados e discutidos os autos acima identificados.

1 - Por veredicto do 3º Tribunal do Júri de Fortaleza, o apelante, prenomeado, resultou apenado em oito anos e quatro meses de reclusão, regime integralmente fechado, pela tentativa de homicídio biqualeficado na pessoa de José Lusimar Soares.

Aduziu o réu, em suas razões, que a decisão colegiada contrariou, e frontalmente, a prova dos autos, ao serem repelidas, pelos jurados, as teses da legítima defesa e da desistência voluntária. Rebelou-se, ainda, contra o reconhecimento das qualificadoras, pedindo, ao final, para submeter-se a novo julgamento.

Recurso contrariado, autos na Corte, a PGJ pronunciou-se pelo improvimento do apelo.

Relatório, a curto.

2 – Para começar, o banimento das qualificadoras não foi argüido em plenário. Matéria recursal, de pronto se descobre, sentidamente preclusa, já que ladeada no julgamento popular, ambiência em que podia ter sido suscitada,

mas não foi, revelando-se, agora, fácil inferência, inalegável e incognoscível em grau de recurso. Daí porque, no ponto, não se conhece da insurgência.

Adiante.

O recorrido justificou a tentativa de morte, ao argumento de que foi agredido pela vítima. Inventiva, todavia, malsucedida, diante da prova enfeixada no sumário, que anemiza, de pronto, a impostura.

Na noite de 19 de julho de 2003, Rua São Francisco, Parque Santo Amaro, o réu, sob efeito da nefasta mistura de álcool e drogas, promovia desordens, como de costume, ameaçando, com uma faca de doze polegadas, a todos que por ali passavam. José Lusimar, vizinho e tio do réu, catou um pedaço de madeira e mandou o acusado encerrar a algazarra. Dissimulado, o recorrente entocou a arma, por trás, na cintura e desafiou o parente para sair na mão. O velho homem, brios feridos, soltou o cajado improvisado e foi ao pugilato. O réu, antes covarde do que valente, de imediato sacou a arma e surpreendeu a vítima desferindo-lhe inúmeros golpes. Atingiu-a na mão, rosto, braço e abdômen, alvo normalmente visado pelos que estão possuídos do animus necandi. Alarmados, os vizinhos acorreram ao local e o acusado, “riscando” a faca no chão, vociferou: “*agora eu fiz o que queria*” e disparou em desabalada carreira.

Dessa maneira é que o crime foi narrado pela vítima e pelas testemunhas.

O recorrido, pretense deficiente, voluntariamente agrediu, de primeiro, privada a vítima de esboçar reação, sendo inadmissível, na hipótese, o reconhecimento da inculcada legítima defesa, “porque a excludente não aproveita ao iniciador da agressão” (JUTACRIM-SP vol. 37, p. 218).

Outrossim, desistência voluntária e consumação delitiva são situações que não se casam, antes se repelem. “A desistência voluntária consiste na abstenção de atividade. O agente cessa o comportamento delituoso” (JUTACRIM-SP vol. 78, p. 283). In hypothesi, não houve isto. O réu não estancou a agressão à faca. Golpeou a vítima, várias vezes, até vê-la caída, esvaindo-se em sangue, e só fugiu porque as pessoas vieram acudir-lá.

Destarte, entre as versões, preferiram os jurados a da acusação, mais verossímil do que a da defesa, esta sim verdadeiramente divorciada do contexto probatório. E como o veredicto popular encontra forte conforto nas evidências colhidas nos ciclos do inquérito e do contraditório, imodificável resta o julgamento impugnado, mantida a condenação imposta ao apelante pela tentativa de homicídio duplamente qualificada que lhe foi atribuída pela Promotoria.

3 – De que posto, ACORDA a 1ª CÂMARA CRIMINAL do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ, à unanimidade, em conhecer, em parte, da apelação, todavia para desprovê-la, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, CE, 27 de março de 2007.

Nº 2004.0014.5840-3/2

APELAÇÃO CRIMINAL (de Santa Quitéria)

APELANTE: JOÃO BATISTA DA COSTA BARBOSA

APELADA: JUSTIÇA PÚBLICA

RELATOR: DES. LUIZ GERARDO DE PONTES BRÍGIDO

-Apelação crime.

-Júri.

-Se a vítima, que aparentemente sofria das faculdades mentais, foi executada com várias facadas pelo réu somente por dizer, em seus devaneios, que ele, recorrente, seria o pai de um dos filhos dela, descarta-se, de logo, a figura do homicídio privilegiado, “*pois não se pode outorgar privilégios aos irascíveis ou às pessoas que facilmente se deixam dominar pela cólera*” (RT vol. 572, p. 325).

-A fixação da reprimenda em treze anos, um acima do mínimo legal estipulado para o crime de homicídio qualificado, está dentro do poder discricionário do julgador que considerou, sobretudo, a intensidade do dolo e as particularidades da ação criminosa. Exato, a mais disso, que “*nenhum condenado tem direito público subjetivo à estipulação da pena-base em seu grau mínimo*”, mesmo que detentor de condições pessoais favoráveis (STF, 1ª T., HC 71.697-1, rel. Min. Celso de Mello, DJU 16/8/1996, p. 28.107).

-Improvemento.

-Unanimidade.

Vistos, relatados e discutidos os autos acima identificados.

1 – Por veredicto do Júri de Santa Quitéria, o apelante, acima nominado, resultou apenado em treze anos de reclusão, regime inicialmente fechado, por homicídio qualificado pela crueldade, na pessoa de Lúcia Mesquita Sobrinho.

Alega, em síntese, que foi julgado contra à prova dos autos, ao argumento de que agiu sob domínio da “violenta emoção”, configurado o homicídio privilegiado, circunstância ignorada pelos jurados, a bastar, em si, para que seja levado a novo julgamento. Alternativamente, pede a redução da reprimenda para o mínimo legal.

Contra-arrazoado pela Promotoria, autos no Tribunal, manifestou-se a PGJ pelo improvemento do recurso.

É o relatório.

2 - Lúcia Mesquita Sobrinho, a “Lúcia Brejeira” que, segundo testemunhas, sofria das faculdades mentais, costumava dizer, para quem quisesse ouvir, que um de seus filhos era fruto de uma aventura romântica com o recorrente.

Esse comportamento desagradava não só ao acusado, que a jurou de morte, como a companheira dele, Maria Ivonete Cavalcante Farias, que inclusive já estapeara “Lúcia Brejeira” e ameaçara separar-se do réu.

Na noite de 12 de outubro de 2004, o recorrente, alcoolizado, resolveu cumprir a promessa que fizera à vítima. Armou-se com uma peixeira e saiu, pilotando uma moto, a procura de “Lúcia Brejeira”. Ao encontrá-la, convidou-a para uma volta e pelas imediações da Fazenda São Paulo, Bairro Pereiros, trucidou-a com inúmeros golpes de faca para desferrar os agravos que, segundo diz, sofreu por mais de dois anos.

Com efeito.

Examinada a prova recolhida no sumário, fácil inferir que o ato criminoso, comprovadamente, não registrou, antes da sua consumação, comportamento da vítima suficiente para configurar uma provocação injusta capaz de ensejar, no réu, um choque emocional que o levasse a cometer o brutal assassinato. Na verdade, a vítima foi executada com mais de oito facadas, tórax e abdome, tendo inclusive dois dedos da mão esquerda decepados, somente por dizer, em seus devaneios, que havia tido um filho com o réu, transparecendo na ação dele, acusado, a ira reprimida de quem constantemente ameaçava de morte a débil mental. O *delictum exceptum*, é sabido, “não transige com o ódio guardado, com o rancor concentrado” (HUNGRIA, Nelson. Comentários ao código penal. Forense : Rio de Janeiro, 1955, v. 5, p. 150). Descarta-se, então, o ventilado “homicídio emocional”, mesmo porque “não se pode outorgar privilégios aos irascíveis ou às pessoas que facilmente se deixam dominar pela cólera” (RT vol. 572, p. 325).

Merece ser prestigiada, então, a conclusão condenatória e, assim, mantida, pois de modo algum a valoração dos jurados desgarrou-se do quadro probatório. “Unicamente, a decisão dos jurados que nenhum arrimo encontra na prova dos autos é que pode ser invalidada” (MIRABETE, Júlio Fabbrini. Processo penal. São Paulo: Atlas, 2004, p. 696).

Outrossim, a fixação da reprimenda em treze anos, um acima do mínimo legal estipulado para o crime de homicídio qualificado, está dentro do poder discricionário do julgador que considerou, sobretudo, a intensidade do dolo e as particularidades da ação criminosa. Exato, a mais disso, que “nenhum condenado tem direito público subjetivo à estipulação da pena-base em seu grau mínimo”, mesmo que detentor de condições pessoais favoráveis, pelo que de bom aviso a censura penalógica, (STF, 1ª T., HC nº 71.697-1, rel. Min. Celso de Mello, DJU de 16/8/1996, p. 28.107).

3 – Do que posto, de parelha com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, ACORDA a 1ª CÂMARA CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, uno consensu, em negar provimento ao recurso, para manter a sentença invectivada.

Fortaleza, 4 de maio de 2010.

Nº 2005.0015.2100-6/0 APELAÇÃO CRIME
COMARCA: FORTALEZA
APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO
APELADO: FRANCISCO CLEBER VIEIRA
RELATOR: DES. EYMARD DE AMOREIRA

EMENTA: APELAÇÃO CRIME. PENAL. PROCESSUAL PENAL. TENTATIVA DE HOMICÍDIO. REDUÇÃO DA PENA – (ART. 14, III) SOB O NORTE DO ART. 59 DO CPB.

1.Circunstância qualificadora não é causa de aumento de pena, mas sim, reguladora da pena-base a ser aplicada, sob a orientação das circunstâncias judiciais de que trata o art. 59 do Código de Processo Penal.

2.Portanto, na graduação da redução da pena no crime de tentativa de homicídio, com cominação do crime consumado, diminuída de um a dois terços, devem também ser levadas em consideração as circunstâncias judiciais aplicadas, estas sim, que orientam a motivação do *quantum* necessário na aplicação da pena, conforme diz a jurisprudência nacional (RT 702/384).

3.Nestas condições, acolho em parte o recurso ministerial, para aplicar a pena no seu grau mínimo legal, 12 (doze) anos de reclusão, reduzida de 1/3 (um terço), perfazendo 08 (oito) anos de reclusão, em regime inicialmente fechado.

4.Decisão unânime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação crime, nº 2005.0015.2100-6/0, de Fortaleza, em que é apelante o representante do Ministério Público e apelado Francisco Cleber Vieira.

Acorda a Turma, por unanimidade de votos, em conhecer do apelo e dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Relator.

Francisco Cleber Vieira, qualificado nos autos, foi denunciado pelo representante do Ministério Público com ofício junto à 1ª Vara do Júri da comarca de Fortaleza, nas penas do art. 121, § 2º, incisos I e IV, c/c art. 14, inciso II, do Código Penal da República, em face de, no dia 26 de setembro de 2003, por volta

das 10h, na Rua Alves Batista, travessa Três, bairro Genibaú, nesta capital, o apelante, a golpes de marreta, tentou contra a vida do policial civil Jonas Cavalcante Lima, conforme testifica o auto de exame de corpo de delito de fs. 57.

Submetido ao regular sumário de culpa, restou o denunciado, por sentença, pronunciado nos moldes da proposta acusatória (fs.237/248).

Levado a julgamento perante o Tribunal Popular do Júri, o Conselho de Sentença acolheu, por inteiro, a tese acusatória, logrando, desta feita, Francisco Cleber Vieira condenado a uma pena de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicialmente semi-aberto (fs. 267/268).

Não conformado com a pena imposta ao réu, o representante do Ministério Público interpôs o presente apelo, para divergir do *quantum* aplicado, tendo em vista que foi aplicada a reprimenda de 14 (quatorze) anos, reduzida de 2/3 (dois terços), devendo, pois, de acordo com recurso ministerial a pena ser majorada para 15 (quinze) anos, reduzida de 1/3 (um terço), para que o recorrido venha a suportar a pena de 10 (dez) anos de reclusão (fs.273/285).

Contra-razões às fs. 286/290, requerendo a manutenção da sentença.

Nesta Superior Instância os autos foram com vista à douta Procuradoria Geral de Justiça que, com o parecer de fs.296/298, opinou pelo provimento do recurso.

É o relatório.

Como visto, acerca-se o Órgão apelante da pretensão de ver o provimento condenatório retificado, sob a alegação de vício na dosimetria da pena, em face da desatenção referente ao instituto da tentativa se avizinhar do mínimo legal.

Nesse considerar, devo observar, de antemão, que a decisão sob refute condenou o apelante a 14 (quatorze) anos de reclusão, a qual foi aumentada em 02(dois) anos em face das qualificadoras reconhecidas e reduzida em 01 (um) ano em face da atenuante prevista no art. 65, III, letra “d”, do Código Penal, reduzida (art. 14, II, do CP) de 2/3 (dois terços), em face da extensão do *iter criminis* percorrido pelo agente.

Fato é que, a sr^a. Maria Irismar de Freitas Vieira, tia do apelado, afirmou em seu testemunho que:

“...viu quando seu sobrinho FRANCISCO CLÉBIO entrou em seu barraco, pegou uma marreta e saiu em direção onde estava aquele policial sozinho de costas para o rio; Que viu quando FRANCISCO CLÉBIO deu três marretadas na cabeça do policial que caiu no chão sangrando” (fs.17).

A vítima veio a sofrer traumatismo crânio-encefálico, cujo desfecho foi a debilidade permanente das funções auditiva bilateral e da visão pelo olho direito com baixa acuidade visual, demonstração inequívoca, de que o dique do *iter criminis* deve ser considerado (fs.210).

Contudo, o Magistrado sentenciante, exasperou no provimento, na medida em que aplicou a pena base de 14 (quatorze) anos de reclusão, aumentada de 02 (dois) anos em face das qualificadoras acolhidas pelo Conselho de Sentença, para em seguida reduzir de 2/3 (dois terços).

Com efeito, qualificadora não é causa de aumento de pena, mas sim, reguladora da pena-base a ser aplicada, sob a orientação das circunstâncias judiciais de que trata o art. 59 do Código de Processo Penal.

Portanto, na graduação da redução da pena no crime de tentativa de homicídio, com cominação do crime consumado, diminuída de um a dois terços, devem também ser levadas em consideração as circunstâncias judiciais aplicadas, estas sim, que orientam a motivação do *quantum* necessário na aplicação pena, senão vejamos o que diz a jurisprudência nacional, *verbis*:

Influência das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP.

“Embora, objetivamente, o *iter criminis* percorrido deva orientar a eleição do grau de redução da pena pela tentativa, as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP também devem influenciar na escolha, porque estas circunstâncias é que norteiam o critério de suficiência da pena” (TARS EI – Rel. Eládio Lecey – RT 702/384).

Veja-se, que o Magistrado reconheceu que as condições subjetivas do paciente lhes são favoráveis, logo a pena a ser aplicada não poderia ser superior ao mínimo legal.

Nestas condições, acolho em parte o recurso ministerial, para aplicar a pena no seu grau mínimo legal, 12 (doze) anos, reduzida de 1/3 (um terço), perfazendo 08 (oito) anos de reclusão, em regime inicialmente fechado.

É como voto.

Fortaleza, 02 de setembro de 2008.

APELAÇÃO-CRIME Nº 452-36.2004.8.06.0031/1, DE ALTO SANTO
APELANTES: GILMAR MAGALHÃES DE QUEIROZ E OUTRO
APELADO: JUSTIÇA PÚBLICA
RELATOR: JUIZ CONVOCADO INÁCIO DE ALENCAR CORTEZ NETO

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO QUALIFICADO. QUALIFICADORAS DO ARROMBAMENTO E DA ESCALADA. AUSÊNCIA DE PERÍCIA. SUPRIMENTO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. DECLARAÇÃO DE NULIDADE E DESCLASSIFICAÇÃO INVIÁVEIS.

I- Inviável a absolvição dos acusados quando restaram comprovadas, indubitavelmente, a autoria e a materialidade delitivas, tendo o juiz singular se baseado em todo o arcabouço probatório, sobretudo nas declarações das testemunhas e na confissão dos réus.

II- O rompimento de obstáculo e a escalada não exigem, necessariamente, para a comprovação do delito de furto qualificado, o exame pericial, podendo ser suprido por outros meios probatórios.

III- Apelo improvido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelação-crime, acorda a Turma Julgadora da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, sem divergência de votos, conhecer do recurso, por ser próprio e tempestivo, para negar-lhe provimento, tudo nos termos do voto do relator.

Gilmar Magalhães de Queiroz e Gilvan Magalhães de Queiroz, qualificados nos autos, foram denunciados pelo representante do Ministério Público com atuação na vara única da Comarca de Alto Santo, como incurso nos art. 155, § 4º, incisos I, II e IV, do Código Penal, sob o argumento de terem os mesmos, no dia 17/12/2004, por volta das 24:00 horas, naquela cidade, juntamente com outros dois comparsas, mediante rompimento de obstáculo e escalada, subtraído um computador completo e um televisor de marca Toshiba pertencentes à Escola Municipal Lira Maia Holanda.

Efetivada a instrução criminal e oferecidas as alegações finais, sobreveio a sentença de fls. 147/157, na qual o juiz da causa, julgando procedente a denúncia, condenou os dois apelantes à pena de 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão em regime inicial semi-aberto e, ainda, ao pagamento de 30 (trinta) dias-multa no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo.

Inconformados com a sentença condenatória, os réus interpuseram

o recurso de apelação de fls. 172/175, no qual requereram a declaração de nulidade do processo por ausência de perícia capaz de comprovar a qualificadora do rompimento de obstáculo, assim como a inexistência de prova acerca da escalada. Subsidiariamente, pelas mesmas razões, o réus pugnam pela desqualificação para o delito de furto simples.

A Promotoria Pública, ao apresentar as contrarrazões (fls. 177/181), pugnou pela manutenção da decisão vergastada.

A douta Procuradoria Geral de Justiça, manifestando-se (fls. 189/194), opinou pelo improvimento do apelo.

É o relatório.

Compulsando-se os autos do processo epigrafado, verifica-se que os fundamentos da apelação não merecem prosperar.

O fundamento que embasa o descontentamento dos réus é, em síntese, a pretensa ausência de provas capazes de demonstrar a incidência das qualificadoras inscritas nos incisos I e II do § 4º do art. 155, em especial a prova pericial.

Aduzem os recorrentes que as únicas espécies de prova em desfavor são a confissão dos réus e o depoimento das testemunhas que constataram posteriormente os arrombamentos, posto que ninguém presenciou a escalada dos muros da escola, sendo, ainda, imprescindível o exame de corpo de delito para fazer incidir a qualificadora do arrombamento.

Entretanto, tais alegações não possuem razão de ser, haja vista a fartura de provas que se observa da leitura dos fólios em exame, tendo a sentença ora impugnada apontado todos os elementos probatórios que alicerçaram o convencimento racional do julgador quando da feitura da decisão condenatória prolatada.

Insta assinalar, logo de início, que não há possibilidade de desclassificar o furto qualificado para a modalidade simples, porquanto a qualificadora do concurso de dois ou mais agentes (art. 155, § 4º, inciso IV, do CP), restou incontestada e sobejamente demonstrada nos autos.

Ademais, as outras duas qualificadoras foram confessadas por ambos os recorrentes. Colaciona-se, por oportuno, os seguintes excertos de seus depoimentos:

“(...) que é verdadeira a imputação que lhe está sendo atribuída; que confirma que no dia 17 de novembro de 2004, por volta das 24:00 hs, juntamente com Gilmar e Francisco Sérgio, pularam o muro e adentraram na Escola Municipal Lira Maia Holanda; que quem arrombou a primeira porta que dá acesso à cantina foi o Francisco Sérgio, utilizando um pedaço de ferro; que não encontraram nada nessa sala e foram para a sala da diretoria, que Gilmar, Francisco Sérgio e Maciel arrombaram a porta empurrando, ocasião em caíram para dentro da sala [sic]; (...)” (interrogatório de Gilvan Magalhães de Queiroz, fls. 60/61)

“(...) que é verdadeira a imputação que lhe está sendo atribuída na denúncia; que confirma que no dia 17 de novembro junto com o Gilvan e Francisco Sérgio entraram na escola por volta das 24:00 hs, pulando o muro da escola; que retiraram da escola: um computador, um televisor marca Toshiba e uma caixa de som amplificada; que durante o furto ficou encostado no muro dentro da escola e os outros dois acusados empurraram uma porta e quebraram a fechadura que dá acesso à cantina da escola, depois foram até a sala da diretoria e retiraram o computador, o televisor e a caixa de som; (...)” (interrogatório de Gilmar Magalhães de Queiroz, fls. 62/63)

As confissões de ambos os réus, aliadas ao depoimento de Carlos Vandik Sampaio (fls. 78) e Maria Irlene Monteiro Rabelo (fls. 84), alijam quaisquer dúvidas quanto à incidência das indigitadas qualificadoras e servem para corroborar a certeza na condenação dos acusados.

Quanto à ausência do exame pericial, para a confirmação da destruição de obstáculo, esta não se afigura de todo imprescindível, frente o que dispõe o art. 158 do CPP, *verbis*:

“Quando a infração deixar vestígio, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado”.

O corpo de delito indireto, a que se refere a regra processual acima transcrita, ocorre quando não efetivada, por qualquer motivo (*in casu*, a ausência de corpo de peritos na pequena comarca), a prova pericial, fazendo-se então a prova do crime por outros meios, quase sempre através de relatos testemunhais.

Aqui, não foi realizada referida prova pericial, mas as testemunhas inquiridas na fase inquisitorial e no curso da instrução dão conta do arrombamento e da escalada, consoante se observa dos depoimentos acima transcritos.

A propósito do suprimento do exame pericial, veja-se o posicionamento da jurisprudência:

CRIMINAL. RESP. FURTO QUALIFICADO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA. NÃO CONHECIMENTO. DOSIMETRIA. CORREÇÃO EM GRAU DE APELAÇÃO. POSSIBILIDADE. AMPLA DEVOLUTIVIDADE DO RECURSO. ESCALADA. AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL. CONDENAÇÃO COM BASE EM OUTROS ELEMENTOS. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO. (...) IV. A prova técnica não é a

única apta a comprovar a materialidade das condutas, podendo ser suprida por outros meios de prova capazes de levar ao convencimento o julgador. V. Na hipótese, a condenação pelo crime de furto, qualificado pela escalada, se deu com base em outros elementos dos autos que não a perícia. VI. Recurso parcialmente conhecido e desprovido. (STJ - REsp 809.759/PB, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 22/08/2006, DJ 18/09/2006 p. 360).

RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. FURTO TENTADO. ALÍNEA “C” DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. NÃO COMPROVADO. MATÉRIA NÃO SUSCITADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO EM GRAU DE APELAÇÃO. PRECLUSÃO. QUALIFICADORA DE ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. COMPROVAÇÃO POR OUTROS MEIOS DE PROVA QUE NÃO A PERÍCIA. POSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA. MAUS ANTECEDENTES. ELEMENTOS DIVERSOS. *BIS IN IDEM*. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. (...) 3. O exame pericial não se constitui o único meio probatório possível para a comprovação da qualificadora de rompimento de obstáculo no crime de furto, sendo lícito, na busca pela verdade real, a utilização de outras formas, tais como a prova testemunhal e a documental. Precedentes do STJ. (...) 5. Recurso, em parte, conhecido e parcialmente provido. Declaração de prescrição da pretensão punitiva. (STJ - REsp 924254/RS, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, julgado em 27/09/2007, DJ 22/10/2007 p. 391).

Portanto, não há que se falar em nulidade ou escassez de provas, dada a robustez dos elementos probatórios coligidos durante o inquérito criminal e a instrução processual, afigurando-se firmemente fundamentada a sentença *a quo*.

À vista do exposto, e em consonância com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, conhece-se do apelo dos acusados, por estarem presentes os pressupostos de sua admissibilidade, mas para negar-lhe provimento, mantendo-se a decisão recorrida, no que tange à condenação dos réus.

É como voto.

Fortaleza, 04 de maio de 2010.

APELAÇÃO-CRIME Nº 975-88.2003.8.06.0029/1, DE ACOPIARA
APELANTE: JOSÉ ROBERTO FERREIRA DE MELO
APELADA: A JUSTIÇA PÚBLICA
RELATOR: JUIZ CONVOCADO INÁCIO DE ALENCAR CORTEZ NETO

EMENTA: APELAÇÃO-CRIME. TRÁFICO DE DROGAS. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. ATENUANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. INAPLICABILIDADE. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.

I- Havendo provas suficientes que apontam para a ocorrência do crime de tráfico de drogas, demonstrando-se sobejamente a participação do réu, imperiosa se torna sua condenação.

II- Comprovado que o réu integrava organização criminosa voltada para o tráfico, haja vista a estrutura do grupo e a larga quantidade de entorpecente apreendida, não cabe, *in casu*, a aplicação da atenuante contida no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, porquanto não foram preenchidos os requisitos legais.

III- A existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis autoriza a fixação da pena acima do mínimo legal. *In casu*, a pena-base, fixada acima do mínimo legal, foi devidamente fundamentada pelo juízo *a quo*. IV- Apelo improvido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelação-crime, acorda a Turma Julgadora da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, sem divergência de votos, em conhecer do recurso, por ser próprio e tempestivo, para negar-lhe provimento, tudo nos termos do voto do relator.

José Roberto Ferreira de Melo, qualificado nos autos, foi denunciado pelo representante do Ministério Público com atuação na 2ª Vara da Comarca de Acopiara, como incurso na infração dos arts. 12, § 1º, inciso II, art. 13 e art. 14, todos da Lei nº 6.368/76, sob o argumento de ter, no dia 23/07/2003, juntamente com outros co-réus, cultivado e guardado em depósito vasta quantidade do

entorpecente “maconha”, em um imóvel rural localizado na comarca em questão, bem como por possuir aparelho para a preparação da indigitada droga, tudo isto com o objeto de comercializar a substância ilícita.

Efetivada a instrução criminal e apresentadas as alegações finais, sobreveio a sentença de fls. 202/211, na qual o juiz da causa, julgando procedente a denúncia, condenou o acusado nas tenazes do art. 12, § 1º, inciso II, da Lei nº 6.368/76, à pena de 08 (oito) anos de reclusão e 50 (cinquenta) dias-multa, a ser cumprida em regime inicialmente fechado.

Inconformados com a sentença condenatória, o acusado interpôs o presente recurso de apelação (fls. 215/224), no qual pugna pela absolvição do delito a si imputado, haja vista que o conjunto probatório coligido aos autos não teria sido suficiente para atestar sua culpa.

Subsidiariamente, o apelante roga pela aplicação da atenuante prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 e pela redução da pena-base, haja vista o excesso cometido pelo juízo *a quo* na formulação da dosimetria.

A Promotoria Pública, ao apresentar as contra-razões (fls. 227/230), posicionou-se pela total manutenção da sentença vergastada.

Remetidos os autos a este Tribunal, foram com vista à douta Procuradoria Geral da Justiça, que, manifestando-se (fls. 238/243), opinou pelo improvimento do recurso em tela.

É o relatório.

Não merece prosperar o recurso de apelação manejado pelo acusado.

O fundamento que embasa o descontentamento do réu é, em síntese, a pretensa ausência de provas capazes de demonstrar a concretude de sua culpa, alegando ter o Ministério Público falhado em cumprir com o *onus probandi* que lhe competia, porquanto não se conseguiu encontrar nos autos evidências de que o réu teria, de fato, praticado o ilícito que lhe é imputado.

Entretanto, tal alegação não possui razão de ser, haja vista a fartura de provas que se observa da leitura dos fólios sob exame, tendo a sentença ora impugnada apontado todos os elementos probatórios que alicerçaram o convencimento racional do julgador quando da feitura da decisão condenatória prolatada.

Restou comprovado que o apelante participava ativamente do ilícito perpetrado, tendo papel definido na organização criminosa, qual seja, o de intermediar os contatos entre os traficantes “Augusto” e “Cicinho” e sua mãe, proprietária das terras nas quais se plantava a vasta quantidade apreendida do entorpecente “maconha”, além de ser o responsável por levar em sua motocicleta comida para os trabalhadores da plantação.

Traz-se à baila, por oportuno, o excerto do depoimento prestado pela testemunha Manoel Alves Filho em juízo, em que o acusado é apontado como partícipe do crime sob exame:

“(...) que era morador do Sítio Olho D’Água, pertencente a Maria Diva Alves de Melo; (...) conhece o Zé Roberto, outro filho de D. Diva, sabendo que o mesmo tem envolvimento na plantação da maconha, porque sempre o via na direção do lugar onde estavam os plantadores. Em algumas oportunidades o declarante viu o Zé Roberto deixando a moto dele atrás da casa onde se abrigavam o Augusto e o Cicinho e levando carne fresca para os trabalhadores do plantio. Em outras ocasiões presenciou Zé Roberto conversando animadamente com o Augusto e o Cicinho (...)” (Manoel Alves Filho, fls. 74/75)

Neste mesmo sentido é o depoimento em juízo da testemunha Tales José Batista Leite, policial encarregado das investigações que acarretaram na incriminação dos réus, quando asseverou “(...) *que acredita que foi Roberto a pessoa que intermediou a ação dos plantadores com sua genitora, porque a acusada era mulher do lar, enquanto Roberto transitava pela cidade e tinha maiores contatos.* (...)” (fls. 164/165).

Destarte, a autoria delitiva imputada ao recorrente está sobejamente aclarada pela provas que possibilitaram a individualização de sua participação na prática criminosa, o que, juntamente com a prova da materialidade acostada às fls. 90, é aparato idôneo para embasar sua condenação penal.

Portanto, não há que se falar em escassez de provas, dada a robustez dos elementos probatórios coligidos durante o inquérito criminal e a instrução processual, afigurando-se firmemente fundamentada a sentença *a quo*.

Quanto ao pleito subsidiário de redução da pena por ausência de motivos que autorizem sua fixação acima do mínimo, igualmente não assiste razão ao recorrente.

No caso sob enfoque, ao que se percebe, a decisão guerreada, no ponto que fixa a pena-base do réu, encontra-se sobejamente fundamentada, apta, por conseguinte, a embasar a pena imposta ao acusado.

Com efeito, para a fixação da pena, o juízo processante levou em consideração diversas circunstâncias, dentre elas a grande quantidade de droga apreendida e a intensidade do dolo do agente.

Destarte, a dosimetria aplicada segue o entendimento do Egrégio

Superior Tribunal de Justiça, já tendo a matéria sido sumulada por esta Corte Estadual de Justiça, senão, veja-se:

Súm. Nº 10 - TJCE - Pode o magistrado fixar a pena-base acima do mínimo em abstrato, ainda que seja o réu primário e de bons antecedentes, desde que fundamentada a exacerbação nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, com expressa referência à prova dos autos.

HABEAS CORPUS. ROUBO DUPLAMENTE QUALIFICADO (ART. 157, § 2º, I E II, POR DUAS VEZES, C/C ART. 69, AMBOS DO CPB). PACIENTES CONDENADOS A 15 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO. PENAS-BASES FIXADAS ACIMA DO MÍNIMO LEGAL (6 ANOS). FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS CONCRETAMENTE DEMONSTRADAS PELO MAGISTRADO SINGULAR. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA. 1. Ao contrário do que sustenta a impetração, a fixação das penas-bases atendeu plenamente aos requisitos exigidos pela Lei Penal. Entendeu o Magistrado singular a preponderância das circunstâncias judiciais desfavoráveis, tais como a utilização de adolescente como engodo, a não recuperação dos bens subtraídos e o profundo medo causado às vítimas. 2. Nos termos de consolidada jurisprudência desta Corte Superior, inexistente constrangimento ilegal a ser sanado pela via do Habeas Corpus, se a majoração da pena-base acima do mínimo legal restou devidamente motivada pelo Julgador, na forma do art. 59 do CPB, em vista do reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis do paciente. 3. Parecer do MPF pela denegação da ordem. 4. Ordem denegada. (STJ - HC 89.159/MS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 24/11/2008, DJe 19/12/2008)

Por fim, no que se refere à aplicação da causa de redução da pena constante do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, impende consignar que o citado dispositivo legal somente se aplica aos casos em *“que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.”*

Consoante restou demonstrado, o réu não somente se dedicava à atividade criminosa do tráfico, haja vista a grande quantidade de droga apreendida, como também participava de organização criminosa, deixando de preencher os requisitos legais para a incidência da norma em comento.

No mesmo sentido já decidiu o Colendo STJ, ao que se passa a transcrever a ementa:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.313/06. NÃO-PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. RÉU PRIMÁRIO E DE BONS ANTECEDENTES QUE PERMANECEU PRESO DURANTE TODA A INSTRUÇÃO CRIMINAL. VEDAÇÃO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO-CONFIGURADO. ORDEM DENEGADA. 1. Segundo o § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, nos crimes relacionados ao tráfico ilícito de entorpecentes, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 a 2/3, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa. 2. É inaplicável a minorante legal ao caso, uma vez que, embora o paciente seja primário e de bons antecedentes, ele não atende ao requisito previsto no mencionado dispositivo atinente à vedação de se dedicar a atividade criminosa, pois restou evidenciada nos autos a prática do tráfico, em razão da grande quantidade da substância entorpecente apreendida e pelo fato de ser o paciente gerente da narcotraficância. Precedentes do STJ. (...) 9. Ordem denegada. (STJ - HC 119.149/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 09/12/2008, DJe 02/02/2009)

À vista do exposto, e em consonância com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, conhece-se do apelo do acusado, por estarem presentes os pressupostos de sua admissibilidade, mas para negar-lhe provimento, mantendo-se a decisão recorrida, no que tange à condenação do réu.

É como voto.

Fortaleza, 04 de maio de 2010.

Nº 1234-84.2003.8.06.0158/1

APELAÇÃO CRIME (de Russas)

APELANTE: FRANCISCO HELDER CRUZ

APELADA: A JUSTIÇA PÚBLICA

RELATOR: DES. LUIZ GERARDO DE PONTES BRÍGIDO

-Tráfico de droga, porte ilegal de arma e receptação.

-A quantidade de maconha apreendida e a forma de acondicionamento, parte prensada e parte enrolada em papel, revelam a prática do comércio ilícito.

-Porte ilegal de arma de fogo é crime de perigo abstrato, assim designado por prescindir da demonstração da ofensividade real.

-“Na receptação, sabe-se que o dolo (...) é de difícil comprovação, (...) devendo ser apurado das demais circunstâncias que cercam o fato e da própria conduta do agente” (STJ, 6ª T., AgRg no REsp nº 908.826/RS, rel. Min. Jane Silva, DJe de 17/11/2008).

-Recurso desprovido. Condenação mantida à unanimidade.

Vistos, relatados e discutidos os autos acima identificados.

1– Condenado ao total de 6 anos de reclusão e 1 ano e 3 meses de detenção, mais multa, por tráfico de maconha, porte ilegal de arma e receptação, o apelante requer a desclassificação do primeiro delito para o uso e a absolvição quanto aos demais. Alega, para tanto, a inexistência de prova da comercialização da droga, ausência de comprovação da potencialidade lesiva da arma e falta de dolo para caracterizar a receptação.

Contra-razões nos autos, a PGJ opinou pelo desprovido do recurso.

É o relatório, em abreviado.

2– No dia 3 de abril de 2003, policiais militares, com mandado de busca, adentraram na residência do acusado e se depararam com pessoas fumando cigarros de maconha. Durante a vistoria, confiscaram grande quantidade da erva, que estava escondida embaixo de telhas, enterrada no chão da casa, devidamente acondicionada para venda, sendo parte prensada e parte enrolada em papel, além de duas colheres e um prato que, segundo as testemunhas, estavam sendo utilizados para ‘mesclar’ a droga. Como se não bastasse, apreenderam uma espingarda, um cartucho intacto de bala calibre 762, uma faca ‘peixeira’, uma impressora que havia sido furtada de uma empresa e a frente de um ‘toca fitas’. O proprietário da casa, então, foi preso em flagrante e, posteriormente, confessou ser o dono da droga, alegando, todavia, que era para uso próprio, mas a defesa não requereu exame de dependência toxicológica. A materialidade foi comprovada pelo laudo à fl.s. 43.

Para caracterizar o tráfico de drogas, na vigência do art. 12 da Lei nº 6.368/76, é desnecessária a prisão do agente em ato de venda ou de repasse da diamba, sendo suficiente, a forma como a maconha estava disponibilizada, indicando destinação a terceiros. Somado a isso, deve-se valorar os depoimentos dos condutores, pois “seria um contra-senso credenciar ao Estado pessoas para a função repressiva e negar-lhes crédito quando dão conta de suas diligências” (RT 417/94).

Impensada a pretendida desclassificação. “O par de fatores é revelador de que o réu dedicava-se à venda da erva, atividade evidenciada, por outro lado, pelos depoimentos testemunhais. Quem vende, normalmente ‘queima o baseado’. Entrementes, se não pleiteado, na instrução, exame de dependência, responde pelo crime mais grave, tráfico, para cuja configuração é desnecessário seja o agente apanhado em ato de comércio. Na espécie, algemam a lógica as suscitações de insuficiência de provas para a condenação e de recapitulação do delito para o de uso de maconha” (TJCE, 1ª CCrim., Apelação nº 10.491-54.2005.8.06.0000/0, rel. Des. Luiz Gerardo de Pontes Brígido, julgada em 12/03/2008).

Quanto ao porte ilegal de arma, na vigência do art. 10 da Lei nº 9.437/97, desnecessária a comprovação da potencialidade lesiva da espingarda para configurar o delito, uma vez que esse tipo legal “(...) é crime de perigo

abstrato, consumando-se pela objetividade do ato em si de alguém levar consigo arma de fogo, desautorizadamente (...). O crime de perigo abstrato é assim designado por prescindir da demonstração de ofensividade real” (STF, 1ª T., RHC nº 91.553/DF, rel. Min. Carlos Britto, Dje de 21/08/2009). E ainda: “Para a configuração do crime inscrito no art. 10, *caput*, da Lei nº 9.437/97, basta a ocorrência de qualquer das condutas nele discriminadas. O objetivo do legislador foi antecipar a punição de fatos que apresentam potencial lesivo à população – como o porte de arma de fogo em desacordo com as balizas legais – prevenindo a prática de crimes como homicídios, lesões corporais, roubos, etc. Deste modo, entendo ser desnecessária a realização de perícia para configuração do crime de porte ilegal de arma” (STF, 2ª T., HC nº 95.271/RS, rel. Min. Ellen Gracie, Dje de 22/05/2009, p. 690).

Por fim, desmerece reparo, também, a sentença, no tocante ao pleito de absolvição pela receptação, por ausência de dolo, uma vez que a defesa não logrou êxito em provar que o réu não sabia da existência de um crime anterior. Pelo contrário, um dos policiais afirmou que o réu assumiu ter repassado, noutra ocasião, um “micro system” roubado, o que prova ser, esse crime, um meio de vida para o acusado. Ademais “na receptação, sabe-se que o dolo, consistente na prévia ciência da origem ilícita do bem, é de difícil comprovação, porque estágio meramente subjetivo do comportamento, devendo ser apurado das demais circunstâncias que cercam o fato e da própria conduta do agente. No caso, ambos estão a evidenciar a prévia ciência da origem criminosa por parte do recorrido” (STJ, 6ª T., AgRg no REsp nº 908.826/RS, rel. Min. Jane Silva, DJe de 17/11/2008).

3– Do que posto, ACORDA a 1ª CÂMARA CRIMINAL do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ, à unanimidade, em conhecer da apelação, mas para lhe negar provimento, mantendo-se, integralmente, a sentença, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, CE, 4 de maio de 2010.

APELAÇÃO CRIME Nº 15875-90.2008.8.06.0000/0, DE PEREIRO
APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO
APELADO: JOSÉ MENDES FILHO
RELATOR: JUIZ CONVOCADO INÁCIO DE ALENCAR CORTEZ NETO

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. TRIBUNAL DO JÚRI. DESCLASSIFICAÇÃO DE HOMICÍDIO QUALIFICADO PARA PRIVILEGIADO. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. OCORRÊNCIA. DECISÃO ANULADA.

I – Para que fosse reconhecida a tese de homicídio privilegiado, previsto no § 1º, art. 121 do Código Penal, se fazia necessária a prova de que houve uma provocação por parte da vítima; que essa provocação foi injusta; que em razão dela o acusado foi dominado por uma emoção violenta, devendo, ainda, haver imediatidade entre a provocação e a reação, requisitos estes que não encontram amparo nos elementos de convicção colhidos nos autos.

II - Deve ser decretada a nulidade da decisão do Júri quando o veredito se achar absolutamente divorciado das provas dos fólios, como se dá na espécie.

III – O aresto que anula o julgamento do Júri, por ser ele manifestamente contrário à prova dos autos, não viola o princípio da soberania dos vereditos. IV - Apelo ministerial provido, para submeter o réu a novo julgamento.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelação criminal, acorda a Turma Julgadora da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, sem divergência de votos, dar provimento ao recurso ministerial interposto, para anular a sentença recorrida, tudo de conformidade com o voto condutor.

José Mendes Filho, de epíteto “Dedé”, qualificado nos autos, foi denunciado pelo representante do Ministério Público com atuação na comarca de Pereiro, como incurso no art. 121, § 2º, II e IV, do Código Penal, sob o

argumento de ele, no dia 20/02/2007, por volta das 23h, na av. João Terceiro de Sousa, naquela cidade, ceifou a vida de Antônio Carlos Alberto dos Santos, conhecido como “Nego”, com o uso de uma arma de fogo.

Consta, ainda, da inicial acusatória, que o denunciado agiu por motivo fútil e sem dar qualquer chance de defesa à vítima.

Submetido ao devido processo legal, com a prudência do contraditório e da plena defesa, restou o réu pronunciado (fls. 312/320), nos moldes da exordial delatória.

Expedido libelo crime (fls. 368), foi o mesmo contrariado (fl. 373).

Sujeitado ao crivo do Tribunal do Júri, o Conselho de Sentença decidiu que o réu cometeu homicídio privilegiado (art. 121, § 1º, do CP), sendo ele condenado à pena de 05 anos de reclusão, a ser cumprida em regime semi-aberto (fls. 419/420).

Inconformado com a decisão do colegiado popular, o representante do Ministério Público interpôs o recurso de apelação de fls. 424/430, nos termos do art. 593, III, “d”, do Código de Processo Penal, objetivando a anulação do veredito popular, porquanto totalmente dissociado da prova dos autos.

O réu, ao apresentar as contrarrazões (fls. 435/445), postulou pela confirmação da sentença ora atacada.

Instada a se manifestar, a douta Procuradoria Geral de Justiça, às fls. 457/463, opinou pelo provimento do apelo.

É o relatório.

O representante do *parquet* interpôs o presente recurso apelatório, no qual alegou dissonância entre a prova dos autos e o *decisum* do colegiado popular, que desclassificou o crime em questão para homicídio privilegiado e rejeitou a qualificadora da surpresa.

De logo, deve-se destacar que a decisão soberana do Tribunal do Júri só pode ser anulada, por manifesta contrariedade à prova dos autos, quando inteiramente divorciada de todos os informes apurados nas duas diferentes fases do feito criminal.

Sob essa ótica, veja-se que, *in casu*, da análise acurada do caderno processual, percebe-se, claramente, que não há uma única prova a amparar a decisão do Conselho dos Sete.

De fato, todas as provas colacionadas aos fólios conduzem à certeza de que o acusado cometeu homicídio qualificado pela surpresa, haja vista que, sem qualquer discussão ou inimizade anterior (pelo menos entre a vítima e o acusado), efetuou dois disparos de arma de fogo contra a vítima, que morreu em razão das lesões sofridas.

Nesse sentido, observem-se os depoimentos do irmão da vítima – Valclécio Reinaldo dos Santos, o qual esclareceu que ambos estavam brincando em umas palmeiras quando, repentinamente, surgiu o apelado, na garupa de uma moto, de onde efetuou os tiros que mataram Antônio Carlos, de agnome “Nego”:

(...); Que, foram direto para casa, e ao passarem pelo cemitério da av. João Terceiro de Sousa, ficaram brincando com as palmeiras da avenida, tendo inclusive perguntado ao vigilante conhecido como “BEL”, se poderiam brincar; Que, o vigilante disse que poderiam brincar; Que, um pouco a frente, parou uma moto com dois homens, e o da garupa atirou, efetuando dois disparos; Que, a pessoa que efetuou os disparos perguntou o que o Nego e o declarante queriam; Que, o Nego ainda correu por uns 100 (cem) metros; Que, os dois homens ainda ficaram olhando, momento em que o declarante gritou, pedindo para o vigilante ligar para a polícia; (...); Que, seu irmão caiu no chão, com a mão no pescoço, em frente ao cemitério, sem conseguir falar; Que, a vítima derramou muito sangue; Que, a polícia chegou e logo após verificarem que seu irmão estava sem vida saiu a procura de localizar os criminosos; (...); Que, ao chegar a esta Unidade da Polícia de Pereiro, reconheceu o homem que atirou em seu irmão de imediato; Que, não tem nenhuma dúvida de que tenha sido aquele homem, pois as características são idênticas; (...); Que, conhece o Quêca a muitos anos, mas não conhecia seu irmão José Mendes Filho (acusado); (...). – Fls. 16/18.

(...)

J: Certo. Você se acompanhava da vítima no dia?

T: Foi, me acompanhava, ele morreu nos meus braços, ele.

(...)

J: Quem matou o seu irmão? Quem foi que matou o seu irmão?

T: Foi esse daí. Esse que ta atrás.

J: Qual o nome dele?

T: Num é Dedé o nome dele.

(...)

J: Qual foi o motivo dele ter matado o seu irmão?

T: Aí eu não sei, nós não conhecia ele, né Doutor.

(...)

J: Muito bem. Você já tinha encontrado com o Dedé nesse dia do crime?

T: Não senhor.

(...)

J: Eles chegaram na motocicleta.

T: Foi.

J: Me diga uma coisa, vocês estavam portando alguma coisa na mão, algum objeto?

T: Não. Meu irmão nós ia brincando, nós num ia brigando não, nós ia brincando, aí meu irmão se abaixou pra pegar um pneu de moto pra ir empurrando, pra gente ir brincando, aí no que ele se alevantou os caras pararam mesmo em cima de moto.

(...)

J: Mas você identifica, ou você identificou os acusados, as pessoas que interceptaram você e seu irmão na hora, aquele rapaz de lá?

T: É.

J: Quem pilotava a moto aí dos dois?

T: Era esse, quem matou era aquele dali.

J: Quem matou é o Dedé?

T: É.

(...)

T: Não. Não deu nem tempo de nós subir brincando com o pneu não, quando ele se abaixou para pegar o pneu e nós se alevantamos, quando eu olhei pra trás eu vi até a moto, senti até assim um medo.

J: Ninguém portava nada, nenhum tipo de objeto, pedaço de pau, nada. Vocês sentaram ainda quando ele puxou essa arma, que vocês notaram, vocês tentaram ainda fazer o quê?

T: Não, no que meu irmão foi dando a passada pra correr, ele ficou lá e atirou. - Termo de degravação de fls. 163/170.

(...): Que as duas pessoas a que se refere em seu primeiro depoimento prestado em juízo, são os acusados Jeferson e Dedé; (...); Que o declarante ratifica não ter visto os acusados, senão no dia e na hora em que seu irmão, a vítima foi homicidado; (...); Que só viu os acusados no dia do fato na hora em que o acusado Dedé efetuou o disparo contra a vítima Nego (...). – Fls. 295/296.

A testemunha José Egberto Moura, no termo de degravação de fls.176/178, confirmou que a vítima e seu irmão estavam apenas brincando em umas palmeiras, quando aquela foi impiedosamente abatida pelo acusado, segundo se vê:

(...)

Juiz(J): Seu Egberto o Sr. é vigilante ali da Secretaria de Educação. Que fica nas proximidades de onde aconteceu o fato? O senhor teve contato com a vítima horas antes do fato?

Testemunha(T): Tive sim.

(...)

T: Conversaram. Eles tavam brincando de capoeira na planta e me perguntou se podia brincar. E eu disse: Se não quebrar a planta pode brincar à vontade. Que eles passam brincando.

(...)

T: Aí com uns 00:03 ou 00:04 minutos, eu ouvi um tiro.

(...)

Ainda a corroborar a versão da acusação, tem-se o depoimento de Jeferson Silveira de Lima, que estava em companhia do réu, guiando a mencionada motocicleta, quando este efetuou, sem nenhuma razão aparente, os disparos de arma de fogo que abreviaram a existência da vítima. Senão, veja-se:

(...); Que retornando para Jaguaribe e já na Avenida João terceiro o interrogando viu duas pessoas correndo após ter sido efetuado dois disparos; Que os disparos foram efetuados pelo acusado José Mendes, agnominado “Dedé”; Que não sabe dizer os motivos que fizeram o acusado Dedé disparar a arma contra as duas pessoas; (...); Que o Dedé nada falou sobre perseguição, ele apenas pediu que aumentasse a velocidade, depois dos disparos; (...). – Fls. 88/90.

Efetivamente, para que fosse reconhecida a tese de homicídio privilegiado, previsto no § 1º, art. 121 do Código Penal, se fazia necessária a prova de que houve uma provocação por parte da vítima; que essa provocação foi injusta; que em razão dela o acusado foi dominado por uma emoção violenta, devendo, ainda, haver imediatidade entre a provocação e a reação.

Acerca do assunto, convém transcrever os ensinamentos de Rogério Greco, em seu Curso de Direito Penal, Parte Especial, vol. II, 6ª ed., ed. Impetus, 2009, pág. 157:

A segunda parte do § 1º do art. 121 do Código Penal também determina a redução da pena quando o agente atua sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima. São vários, portanto, os elementos que devem se fazer presentes para que o agente possa ter o direito de ver diminuída a sua pena, a saber: a) sob o domínio; b) violenta emoção; c) logo em seguida; d) injusta provocação da vítima.

In casu, nenhum dos requisitos acima elencados restou comprovado. Na verdade, nem mesmo o réu, quando interrogado, narrou ter praticado o crime sob violenta emoção, apesar de relatar, sem qualquer comprovação, ter sido ameaçado pela vítima naquele mesmo dia. Ao contrário, pelo que se percebe dos autos, o acusado aparentava estar muito tranqüilo, seja antes do cometimento do delito, seja após cometê-lo.

Diante disso, percebe-se que a tese acatada pelo Conselho de Sentença se mostra absolutamente dissociada da prova dos autos, o que faz impositiva a anulação do veredito popular em questão, devendo, em consequência, o apelado sujeitar-se a novo julgamento, ocasião em que as teses levantadas deverão ser examinadas com maior rigor técnico, ao enfoque das provas.

De acrescentar-se, por oportuno, que o aresto que anula o julgamento do Júri, por ser ele manifestamente contrário à prova dos autos, não viola o princípio da soberania dos vereditos. Senão, destaquem-se as ementas de acórdãos que se seguem:

PENAL. JÚRI. PARTICIPAÇÃO EM HOMICÍDIO. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. OCORRÊNCIA. A flagrante dissonância entre o veredito e os elementos de convicção colhidos durante a instrução autoriza a cassação do julgamento efetuado pelo Júri Popular, que, diante do quadro delineado, optou pela prevalência da versão defensiva, não amparada em qualquer elemento de convicção relevante capaz de corroborar-lhe a veracidade. Apelação provida. (Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 20070750135126APR, Relator MARIO

MACHADO, 1ª Turma Criminal, julgado em 29/01/2009, DJ 03/03/2009 p. 91).

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRIBUNAL DO JÚRI. ABSOLVIÇÃO PELO TRIBUNAL DO JÚRI. ANULAÇÃO DO JULGAMENTO POR TER SIDO PROFERIDO CONTRÁRIO À PROVA DOS AUTOS. ART. 593, III, “D”, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE OFENSA À SOBERANIA DOS VEREDICTOS. LEGITIMIDADE. ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO. 1. Consoante orientação pacífica das Cortes Superiores, a submissão do réu a novo julgamento, na forma do disposto no art. 593, § 3º, do CPP, não ofende o art. 5º, XXXVIII, da Constituição Federal. 2. (...). 3. Com efeito, não se vislumbra nenhuma ilegalidade no acórdão hostilizado que, de maneira fundamentada, entendeu ser contrária à prova dos autos a absolvição calcada na negativa de autoria, submetendo o paciente a novo julgamento. Assim, a inversão do decidido demandaria o exame aprofundado de matéria fático-probatória, inviável na via estreita do habeas corpus. 4. (...). 5. Habeas corpus denegado. (STJ, HC 35.562/MS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 02/12/2008, DJe 19/12/2008).

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. NEGATIVA DE AUTORIA. ABSOLVIÇÃO. APELO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PROVIDO COM FUNDAMENTO NO ART. 593, III, D, DO CP. OFENSA AO PRINCÍPIO DA SOBERANIA DOS VEREDICTOS. NÃO-OCORRÊNCIA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PRISÃO CAUTELAR. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a anulação do julgamento pelo Tribunal do Júri sob o fundamento previsto no art. 593, III, d, do Código de Processo Penal, tal como decidido pela Corte estadual, não ofende a soberania do Tribunal popular. 2. O Tribunal de origem, ao reexaminar todo o material

probatório, entendeu que a decisão proferida pelo Júri foi contrária à prova dos autos e anulou-a, remetendo o paciente a um novo julgamento pelo Júri popular. Infirmar o aresto, sob a alegação de negativa de autoria, é inviável pela via eleita. 3. (...). (HC 88.516/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 28/10/2008, DJe 01/12/2008).

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO. ABSOLVIÇÃO PELO TRIBUNAL DO JÚRI. APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ANULAÇÃO DO JULGAMENTO POR TER SIDO PROFERIDO CONTRÁRIO À PROVA DOS AUTOS. ART. 593, III, D, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE OFENSA À SOBERANIA DOS VEREDICTOS. PRECEDENTES. 1. Não obstante a decisão dos Jurados ser considerada soberana, é permitida a sua cassação quando contrária às provas produzidas nos autos, nos termos do art. 593, III, d, do Código de Processo Penal. 2. No caso, verifica-se a inexistência de ilegalidade, pois o Tribunal a quo, entendendo que a absolvição dos ora Pacientes foi contrária aos depoimentos de testemunhas presenciais, que apontaram as participações dos réus no delito, resolveu submetê-los a novo julgamento. 3. A inversão do acórdão impugnado, mantendo a sentença absolutória de primeiro grau, demanda, necessariamente, incursão na seara fático-probatória dos autos, o que, como é cediço, não se admite na via do habeas corpus. 4. Habeas corpus denegado. (STJ, HC 95.511/MS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 01/04/2008, DJe 28/04/2008).

À vista do exposto, e em conformidade com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, conhece-se do apelo ministerial, para dar-lhe provimento, anulando-se a decisão do Tribunal do Júri, a fim de que o acusado seja submetido a novo julgamento.

É como voto.

Fortaleza, 04 de maio de 2010.

Habeas Corpus

Nº 1804-49.2009.8.06.0000/0

HABEAS CORPUS (de Pacajus)

IMPETRANTE : RONALDO BORGES GARCIA

PACIENTE : FRANCISCA SUELY PONTES QUEIROZ

IMPETRADA : JUÍZA DE DIREITO DA 2ª VARA DA COMARCA DE PACAJUS

RELATOR : DESEMBARGADOR LUIZ GERARDO DE PONTES BRÍGIDO

- Habeas corpus.

- Desde que deriva, e inevitavelmente, para o confronto de versões e de provas e contraprovas, atécnicamente a arguição de nulidade do flagrante de, tudo indica, conspícua militante de associação para o tráfico interestadual de cocaína, em cujo poder, além da droga, foi apreendido carro blindado. Presa em flagrante, presa deverá permanecer até o final da causa, dado que, em crime que tal, inconcessa, por lei, a liberdade provisória, por onde a impetração assemelha-se a sino sem badalo, a dizer improfícua por ausência de coação ilegal.

- Denegado à unanimidade, cassada a liminar e ordenada a recaptura da paciente.

Vistos, relatados e discutidos.

1 – Busca-se a soltura da paciente, retrocitada, presa em flagrante e denunciada por tráfico de cocaína (em associação e/ou quadrilha), arguindo-se, para tanto:

a) nulidade do flagrante ante a ausência de prova da sua participação no delito;

b) cabimento do benefício da liberdade provisória em crime de semelhante natureza.

Com informação da autoridade impetrada e parecer negativo do órgão ministerial.

Desembargador hoje aposentado, deu trânsito livre à paciente em, no mínimo, irrefletido despacho liminar -, algo incompreensível, estranhável até, mas que, lamentavelmente, ainda sucede no Judiciário brasileiro.

Brevemente relatada, passo, de pronto, ao voto.

2 – Ao passar-se perante a sociedade como “corretora de imóveis”, a paciente parece supor que pode enganar a todos o tempo todo e por todo o tempo. Dissimular o seu verdadeiro ramo de atividade, aí o seu intuito francamente

perceptível: o de conspícua integrante de trabalhosa “gang” de traficantes de cocaína. Até carro blindado possuía. E quis que lhe fossem, antes do encerramento do seu processo criminal, alegando “direito líquido” e certo, a restituídos, antecipada, prematuríssima, como se não estivesse passível de provável condenação (v. mandados de segurança nº 2009.0022.8102-8/0, 2009.0022.7948-1 e nº 2009.0022.7950-3/0, ambos sumariamente extintos, relator Desembargador Luiz Gerardo de Pontes Brígido). Carro blindado para vender terrenos, casas, apartamentos ou para se proteger de tiros de traficantes rivais? ... Ou de disparos em perseguição policial mais decidida, com troca de violência, o que não raro acontece? A medida da ingenuidade do ser humano e até da Justiça tem limites. Idênticos aos da paciência alheia diante de falares ou de dizeres deslavados.

Tivesse este habeas corpus em mão, lendo-o, diria, é quase certo, Armando Nogueira, festejado jornalista recentemente falecido, que ele se descobre “esquivo e dissimulado como o olhar de Capitu”.

Deveras.

Imaginário, tangenciando o inconsequente, o vício (pretensão) da prisão em flagrante da paciente. Sobremodo porque não aponta com objetividade em que consistiria, reduzindo-se a alegação de suposta inocência da paciente, pouco acreditável, a rigor inverossímil. E, ainda mais, por implicar confronto e valoração de provas e contraprovas, atividade inconcessa na estrita esfera cognitiva da impetração. Daí que deve ser protraída para a sede e ocasião oportunas: juízo da ação penal, depois do encerramento da instrução e das alegações finais dos co-réus, mais exatamente no ato do sentenciamento.

Vencida a primeira e desnutrida arguição, de lembrar-se: “o inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal estabelece que o crime de tráfico de entorpecentes é inafiançável. Não sendo possível a concessão de liberdade provisória com fiança, com maior razão é a não-concessão de liberdade provisória sem fiança. A legislação infraconstitucional (art. 2º, II, da Lei 8.072/90 e 44 da Lei 11.343/06 também veda a liberdade provisória ao preso em flagrante por tráfico ilícito de entorpecentes. ...” (STJ, 5ª T, HC nº 162.389-CE, rel. Min. Arnaldo Esteves de Lima).

Peticionamento, então, e definitivamente, lunático, a ser definitivamente enxotado, impondo-se a revogação da inconsequente e vazia liminar concedida pelo desembargador plantonista.

3 – Do que posto, ACORDA a 1ª CÂMARA CRIMINAL do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ, à unanimidade e nos termos do voto do Relator, em denegar a ordem, cassada a liminar, ordenando-se, por consequência, a expedição de ordem de recaptura da paciente à autoridade policial que lhe efetuou a prisão em flagrante.

Fortaleza, CE, 22 de junho de 2010.

PETIÇÃO DE HABEAS CORPUS

Nº 2337-71.2010.8.06.0000/0

COMARCA: FORTALEZA

IMPETRANTE: EDSON NOGUEIRA BERNARDINO

PACIENTE: CARLOS MÁRCIO SILVA

IMPETRADO: JUIZA DE DIREITO DA 9ª VARA CRIMINAL

RELATOR: DES. EYMARD DE AMOREIRA

EMENTA: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE FURTO. FIANÇA INDEFERIDA À LUZ DE QUE O PACIENTE NÃO RESIDE NO DISTRITO DA CULPA. AFRONTA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA UBIQUIDADE – ART. 5º, INC. XXXV - CONDIÇÕES SUBJETIVAS FAVORÁVEIS. DECISÃO METAJURÍDICA. ORDEM CONCEDIDA.

1. O paciente é cidadão nacional, trabalhador ambulante, primário e não registra antecedentes criminais. Vive e reside na Estrada Curucamba Oeste, nº 55, Belém do Pará, conquanto possua as condições subjetivas favoráveis, teve o seu pedido de fiança criminal indeferido, em face de residir em lugar distante do distrito da culpa, como se o fato o isentasse da aplicação da lei penal.

2. Com efeito, vige entre nós o princípio constitucional da ubiquidade da justiça (art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal) segundo o qual não se pode subtrair ao controle do Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito, cânnon de relevante importância para garantia do processo penal.

3. Portanto, o paciente é um jurisdicionado, não importa o Estado da Federação onde fez de residência, o que interessa é que tenha endereço e domicílio certo em qualquer região do Brasil, onde poderá ser encontrado para tomar conhecimento da vindoura decisão judicial, fato ignorado pela decisão metajurídica.

4. Nessa consideração, a coação, com espeque em decisão não jurídica, mostra-se reprovada pelas garantias fundamentais divulgadas pela Carta da República, não podendo dela compartilhar a Justiça.

5. Como se não bastasse, o crime de furto, na sua forma tentada, imputado ao paciente, sem violência contra a

pessoa, em caso de condenação, comporta a substituição da pena privativa de liberdade, por restritivas de direitos, a teor do art. 44, inc. I, do Código Penal. Logo, resta evidenciado que a prisão do paciente é desnecessária.

6. Ordem concedida. Decisão unânime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de petição de *habeas corpus*, nº 2337-71.2010.8.06.0000/0, de Fortaleza, em que é impetrante o advogado Edson Nogueira Bernardino, paciente Carlos Márcio Silva, sendo impetrada a Juíza de Direito da 9ª Vara Criminal.

Acorda a Turma, por unanimidade de votos, em conceder a ordem impetrada, nos termos do voto do Relator.

Carlos Márcio da Silva, qualificado nos autos, estando preso em flagrante de delito, em face do art. 155, § 4º, IV, c/c art. 14, II, do Código Penal Brasileiro, por conduto de advogado constituído, requereu fosse, pela Magistrada da 9ª Vara Criminal, arbitrada fiança para que, em liberdade, viesse a responder à acusação pública.

O pedido de fiança foi indeferido à luz de que o paciente vive e reside no estado do Pará, razão pela qual o advogado impetrou a presente ordem de *habeas corpus* com pedido de liminar, objetivando a liberdade do paciente, visto que preenche todos os requisitos para a liberdade provisória.

Às fs.38/39, indeferi a medida liminar.

Informações da autoridade apontada coatora dando conta da situação e marcha do processo (fs.41/42).

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça às fs.47/53, opinando pela denegação da ordem.

É o relatório.

O paciente, Carlos Márcio Silva, é cidadão nacional, trabalhador ambulante, primário e não registra antecedentes criminais. Vive e reside na Estrada Curucamba Oeste, nº 55, Belém do Pará, conquanto possua as condições subjetivas favoráveis, teve o seu pedido de fiança criminal indeferido, em face de residir em lugar distante do distrito da culpa, como se o fato o isentasse da aplicação da lei penal.

Vejamos parte da decisão farpeada:

“No caso *sub judice*, restou comprovado que o acusado reside no estado do Pará, na cidade Ananindeua, não mantendo residência nesta comarca, como bem asseverou o ilustre causídico, estando nesta cidade apenas a passeio, o que poderá frustrar o andamento do feito, pois solto sem dúvida retornará para a cidade de origem” (fs. 34).

Com efeito, vige entre nós o princípio constitucional da ubiquidade da justiça (art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal), segundo o qual não se pode subtrair ao controle do Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito, cânon de relevante importância para garantia do processo penal.

Portanto, o paciente é um jurisdicionado, não importando o Estado da Federação onde fez residência, o que interessa é que tenha endereço e domicílio certo em qualquer região do Brasil, onde poderá ser encontrado para tomar conhecimento da vindoura decisão judicial, fato ignorado pela decisão metajurídica.

Nessa consideração, a coação com espeque em decisão não jurídica, mostra-se reprovada pelas garantias fundamentais divulgadas pela Carta da República, não podendo dela compartilhar a Justiça.

Nesse sentido:

“A fundamentação dos atos decisórios qualifica-se como pressuposto constitucional de validade e eficácia das decisões emanadas do Poder Judiciário. Inobservância do dever imposto pelo art.93, IX, da Carta Política, precisamente por traduzir grave transgressão de natureza constitucional, afeta a legitimidade jurídica do ato decisório e gera, de maneira irremissível, a consequente nulidade do pronunciamento judicial. Precedentes” (STF- 1ª Turma – HC 74.073- Rel. Celso de Mello – j. 20.05.97 – RTJ – 164/971).

Ainda, para a hipótese em questão, como antevisto, as condições subjetivas do paciente lhes são favoráveis não havendo motivos plausíveis para seu encarceramento, posta na desajeitada decisão.

Nesse particular, os tribunais superiores têm acolhido o entendimento de que a providência do parágrafo 1º do art. 310 do CPP não pode ser compelida, desde que não estejam presentes os requisitos necessários à decretação da prisão preventiva, inócuentes na espécie.

Vale a pena trazer à colação arestos do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

“A Constituição Federal, art. 5º, XLIII, não autoriza o legislador ordinário a suprimir o direito à liberdade provisória, corolário do direito constitucional à presunção da inocência. HC conhecido – Ordem deferida” – STJ – HC 3833 – Rel. Edson Vidigal DJU 26.1.96. P.4.026.

CONSTITUCIONAL – PROCESSUAL PENAL – LIBERDADE PROVISÓRIA – INTERESSE PÚBLICO. “Nenhuma sanção penal ou processual penal é aplicada sem interesse público. A liberdade provisória é compulsória quando a lei garante ao indiciado ou réu defender-se em liberdade, com ou sem fiança. A liberdade provisória,

todavia, pode depender do poder discricionário (não arbitrário) do juiz. Inconstitucional, porém, vedá-la de modo absoluto. A Constituição da República impõe à lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança (art. 5º, LXVI). Quando a lei maior restringe institutos, di-lo expressamente (art. 5º, XLIII), como ocorre com os crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia” (STJ – 6ª T – RHC 2556-0 – j. 08.03.1993 – Rel. Luiz Vicente Cernicchiaro).

De fato, a regra do parágrafo único do citado artigo, segundo a qual será concedida liberdade provisória quando o Juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, a insubsistência das hipóteses autorizadoras do decreto preventivo, passou a ser, salvo exceções expressas, que o réu pode defender-se em liberdade, somente permanecendo no cárcere aquele contra o qual se deve decretar a prisão provisória. “Trata-se, pois, de um direito subjetivo processual do acusado, e não uma faculdade do Juiz, que permite ao preso em flagrante readquirir a liberdade por não ser necessária sua custódia. Não pode o Juiz, reconhecendo que não há elementos que autorizariam a decretação da prisão preventiva, deixar de conceder a liberdade provisória”¹.

Assim é que, a Constituição da República, por ter consagrado expressamente os princípios da dignidade humana, da presunção de inocência e da fundamentação dos atos judiciais, exige que fique demonstrada concretamente que a prisão processual é imprescindível e necessária, razão pela qual continua sendo motivo de intensa preocupação dos tribunais superiores, notadamente porque impõe a antecipação do cumprimento de pena ainda não imposta: Precedentes:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. GRAVIDADE DO CRIME E NECESSIDADE CITAÇÃO DO PACIENTE CASO VENHA A SER AJUIZADA A AÇÃO PENAL. INIDONEIDADE. EXCEÇÃO À SÚMULA 691/STF. 1. O indeferimento de liberdade provisória sob o fundamento de que a gravidade do crime justificaria a segregação cautelar do paciente afronta a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Prisão cautelar que também não se justifica por conveniência da instrução criminal tendo em conta a necessidade da citação do paciente caso venha a ser ajuizada a ação penal. A Juíza não se desincumbiu de demonstrar de que forma o paciente poderia dificultar ou prejudicar a colheita de provas. 2. Exceção à Súmula 691/STF. Ordem concedida (HC 97998/SP. Min. Eros Grau – 2ª Turma, Pub. 21.08.2009).

IMPETRAÇÕES SUCESSIVAS - PREJUÍZO - INEXISTÊNCIA. O fato de impetrar-se habeas corpus no Supremo não resulta no prejuízo daquele em curso, versando o mesmo pano de fundo e com

liminar indeferida, no Superior Tribunal de Justiça. PRISÃO PREVENTIVA - EXCEPCIONALIDADE. Em virtude do princípio constitucional da não-culpabilidade, a custódia acauteladora há de ser tomada como exceção. Cumpre interpretar os preceitos que a regem de forma estrita, reservando-a a situações em que a liberdade do acusado coloque em risco os cidadãos ou a instrução penal. PRISÃO PREVENTIVA - GRAVIDADE DO CRIME. A gravidade do crime circunscreve-se ao tipo penal, não autorizando a prisão preventiva. PRISÃO PREVENTIVA - PREMISSA - SUPosição. A suposição de que, solto, o agente voltará a delinquir não respalda, tecnicamente, a custódia preventiva. (HC 92098/RJ . Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, Pub. 18.09;2009).

HABEAS CORPUS. RECEPÇÃO QUALIFICADA. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA. INDEFERIMENTO. GRAVIDADE DO DELITO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. MERA MENÇÃO DOS REQUISITOS AUTORIZADOS DA CUSTÓDIA CAUTELAR. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA. 1. Hipótese em que o Magistrado singular indeferiu o pedido de liberdade provisória formulado pela defesa, por entender que a gravidade do delito, *per si*, afasta a possibilidade de concessão do benefício, tendo asseverado, ainda, que a prisão seria necessária a fim de resguardar a ordem pública, abalada por delitos dessa natureza, obstando o prosseguimento da atividade criminosa, bem como para garantir a instrução criminal e a futura aplicação da lei. 2. A prisão cautelar é medida excepcional e deve ser decretada apenas quando devidamente amparada pelos requisitos legais previstos em lei, em observância ao princípio constitucional da presunção de inocência ou da não culpabilidade, sob pena de antecipar a reprimenda a ser cumprida quando da condenação. 3. A gravidade da prática supostamente criminosa não constitui motivação idônea para o indeferimento da liberdade provisória, pois o juízo valorativo sobre a gravidade genérica do delito imputado ao paciente, se desvinculado de qualquer fator concreto ensejador da configuração dos requisitos do art. 312 do CPP, não justifica a medida constritiva de liberdade, mormente por trazerem aspectos já subsumidos no próprio tipo penal. 4. A simples menção aos requisitos legais da custódia cautelar, sem qualquer sustentação fática, também não se presta a embasar o indeferimento do pleito de liberdade provisória. 5. A necessidade de obstar a reiteração criminosa não pode justificar a manutenção da custódia do réu, vez que ele, ao contrário dos co-acusados, não está

sendo processado por delito da mesma natureza. 6. Embora as condições pessoais favoráveis do paciente não sejam garantidoras de eventual direito à liberdade provisória, estas devem ser devidamente valoradas quando não demonstrada a presença de requisitos que justifiquem a medida constritiva excepcional. 7. Ordem concedida para cassar o acórdão recorrido, bem como a decisão monocrática por ele confirmada e deferir ao paciente o benefício da liberdade provisória, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo de que seja decretada nova custódia, com base em fundamentação concreta (HC 76.349/SP – Min. Jane Silva – 5ª Turma, DJ 01.10.2007).

Como se não bastasse, o crime de furto na forma tentada, imputado ao paciente, sem violência contra a pessoa, em caso de condenação, comporta a substituição da pena privativa de liberdade, por restritivas de direitos, na forma do art. 44, inc. I, do Código Penal. Logo, resta evidenciado que a prisão do paciente é desnecessária. Precedentes:

CONSTITUCIONAL – PROCESSUAL PENAL – LIBERDADE PROVISÓRIA – INTERESSE PÚBLICO. “Nenhuma sanção penal ou processual penal é aplicada sem interesse público. A liberdade provisória é compulsória quando a lei garante ao indiciado ou réu defender-se em liberdade, com ou sem fiança. A liberdade provisória, todavia, pode depender do poder discricionário (não arbitrário) do juiz. *Inconstitucional, porém, vedá-la de modo absoluto. A Constituição da República impõe à lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança (art. 5º, LXVI). Quando a lei maior restringe institutos, di-lo expressamente (art. 5º, XLIII), como ocorre com os crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia*” (STJ – 6ª T – RHC 2556-0 – j. 08.03.1993 – Rel. Luiz Vicente Cernicchiaro).

Portanto, considerando que a decisão que indeferiu o pedido de fiança ao paciente, ofende o princípio constitucional da ubiquidade e, ademais, tem o direito subjetivo de responder o processo em liberdade, hei por bem conceder a ordem impetrada, em descompasso com o que opinou a douta Procuradoria Geral de Justiça.

É como voto.

Fortaleza, 15 de março de 2010.

¹Mirabete, Júlio Fabbrini, Código de Processo Penal Interpretado, 5ª Ed. Atlas, 1997, pg.405

PETIÇÃO DE HABEAS CORPUS

Nº 6933-98.2010.8.06.0000/0

COMARCA: CARIDADE

IMPETRANTE: MANOEL GENIVAL DE MOURA

PACIENTE: FRANCISCO PAULO FERREIRA MAIA

IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA COMARCA

RELATOR: DES. EYMARD DE AMOREIRA

EMENTA: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO PRATICADO CONTRA EX-MULHER. INCIDENTE DE INSANIDADE MENTAL. DÚVIDAS ACERCA DA HIGIDEZ MENTAL. PRISÃO PROVISÓRIA QUE SOBREVIVEU À SENTENÇA DE PRONÚNCIA. PACIENTE AGUARDANDO JULGAMENTO PELO TRIBUNAL DO POVO.

1. No percurso da ação penal, foi instaurado incidente de sanidade mental, com a suspensão do processo, em razão de pairar dúvidas acerca da higidez mental, cujo laudo informou que o paciente embora, ao tempo da prática do delito, fosse parcialmente capaz de entender o caráter ilícito do fato, não podia determinar-se de acordo com aquele entendimento, concluindo que é portador de transtorno afetivo bipolar misto, com sintomas psicóticos à época do crime, atualmente em fase depressiva moderada .

2. Diante do fato, a defesa, na época das alegações finais, requereu a absolvição sumária do paciente, a qual foi indeferida e pronunciado por não restar cabalmente demonstrada a sua inimputabilidade, ratificando, outrossim, a prisão preventiva, a pretexto de que o paciente era pessoa afeta a violência e tinha como hábito usar arma de fogo.

3. Assim é que, relativamente ao direito à liberdade provisória na forma do parágrafo único do art. 310 do Código de Processo Penal, a pretensão enfrenta obstáculos, que me parecem intransponíveis; primeiro, porque a higidez mental do paciente não lhe permite nessa fase viver livre. Ademais o novo título prisional restou devidamente fundamentado na forma do exigente art. 93, IX da Constituição Federal. Outrossim, porque o advogado impetrante afirmou que o paciente é primário e de bons antecedentes, tem ocupação laboral

honesto e residência fixa, entretanto, não juntou nenhuma prova do alegado.

4. Portanto, mesmo que abstraindo o primeiro óbice, não devemos perder de vista que a liberdade há de ser concedida ao réu primário e de bons antecedentes, que tem o direito subjetivo de aguardar o pronunciamento da justiça em liberdade. Não é uma faculdade do juiz do processo, mas um direito, segundo reiterado entendimento pretoriano e doutrinário entre nós, porém é necessário que estejam presentes esses dois requisitos, personalíssimos do pretendente ao exercício desse direito. Faltando um deles, desaparece o direito. É a hipótese destes autos.

5. Ordem denegada. Decisão unânime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de petição de *habeas corpus*, nº 6933-98.2010.8.06.0000/0, de Caridade, em que é impetrante o advogado Manoel Genival de Moura, paciente Francisco Paulo Ferreira Maia, sendo impetrado o Juiz de Direito da comarca.

Acorda a Turma, por unanimidade de votos, em conhecer da ação e denegar-lhe a ordem, nos termos em que opinou a douta Procuradoria Geral de Justiça.

O advogado Manoel Genival de Moura, qualificado nos autos, impetrou a presente ordem de *habeas corpus* com pedido de medida liminar, em favor do paciente Francisco Paulo Ferreira Maia, pronunciado por infração ao art. 121, § 2º, incs. I e IV do Código de Processo Penal.

Desafia a ação o direito subjetivo do paciente de aguardar em liberdade o julgamento pelo Tribunal do Júri, vez que é um cidadão probo, pai de família, vive e reside no distrito da culpa, Além de ser portador de transtorno afetivo bipolar tipo misto, conforme laudo confeccionado pelos peritos do Instituto Psiquiátrico Governador Stênio Gomes (fs.35/39).

Requeru, assim, a concessão da ordem para que o paciente aguarde o julgamento pelo Tribunal do Júri em liberdade.

As fs.44/45, indeferi a medida liminar porfiada.

Informações da autoridade apontada coatora dando conta da situação e marcha do processo (fs.48/51).

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça às fs. 53/58, opinando pela denegação da ordem.

É o relatório.

O paciente, após uma tentativa de reconciliação com sua ex-mulher, armado com um impiedoso revólver, pôs em sossego a vítima na presença de um filho menor.

No percurso da ação penal, foi instaurado incidente de sanidade

mental, com a suspensão do processo, em razão de pairar dúvidas acerca da higidez mental, cujo laudo informou que o paciente embora, ao tempo da prática do delito, fosse parcialmente capaz de entender o caráter ilícito do fato, não podia determinar-se de acordo com aquele entendimento, concluindo que é portador de transtorno afetivo bipolar misto, com sintomas psicóticos à época do crime (F31.6), atualmente em fase depressiva moderada (F32.2).

Diante do fato, a defesa, na época das alegações finais, requereu a absolvição sumária do paciente, o qual indeferida e pronunciado por não restar cabalmente demonstrado a sua inimputabilidade, ratificando, outrossim, a prisão preventiva, a pretexto de que o paciente era pessoa afeta a violência e tinha como hábito usar arma de fogo.

Atualmente, o processo aguarda o trânsito em julgado da decisão de pronúncia para que o paciente possa ser levado a julgamento pelo Tribunal do Povo.

Assim é que, relativamente ao direito à liberdade provisória na forma do parágrafo único do art. 310 do Código de Processo Penal, a pretensão enfrenta obstáculos que me parecem intransponíveis; primeiro, porque a higidez mental do paciente não lhe permite, nessa fase, viver livre. Ademais, o novo título prisional restou devidamente fundamentado na forma do exigente art. 93, IX da Constituição Federal. Outrossim, porque o advogado impetrante, afirmou que o paciente é primário e de bons antecedentes, tem ocupação laboral honesta e residência fixa, entretanto, não juntou nenhuma prova do alegado.

Portanto, mesmo que abstraindo o primeiro óbice, não devemos perder de vista que a liberdade há de ser concedida ao réu primário e de bons antecedentes, que tem o direito subjetivo de aguardar o pronunciamento da justiça em liberdade. Não é uma faculdade do juiz do processo, mas um direito, segundo reiterado entendimento pretoriano e doutrinário entre nós, porém é necessário que estejam presentes esses dois requisitos, personalíssimos do pretendente ao exercício desse direito. Faltando um deles, desaparece o direito. É a hipótese destes autos.

De modo que, sem nenhuma ofensa à garantia constitucional da presunção de inocência, o paciente não preenche os requisitos subjetivos da liberdade provisória, haja vista os motivos autorizadores da prisão cautelar antes mencionada, seja pelo problema da dúvida sobre a sua higidez mental, seja porque atravessou toda instrução criminal recolhido, seja porque sobreviveu à decisão de pronúncia com a sua ratificação, vigendo, destarte, até seu julgamento pelo Tribunal do Júri.

Por tais esteios, denego a ordem impetrada, nos termos do parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça.

É como voto.

Fortaleza, 10 de maio de 2010.

PETIÇÃO DE HABEAS CORPUS

Nº 32444-98.2010.8.06.0000/0

COMARCA: EUSÉBIO

IMPETRANTE: DARLAN DA ROCHA LOPES

PACIENTE: RONALDO BERNARDO DA SILVA

IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA

RELATOR: DES. EYMARD DE AMOREIRA

EMENTA: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. FAVORECIMENTO À PROSTITUIÇÃO. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA INDEFERIDA EM DESATENÇÃO AO ART. 93, IX DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.

OCORRÊNCIA.

1. O paciente mantinha o bar onde desafortunadas marafonas faziam ponto para o comércio de sexo. Mais uma vez, tenho a oportunidade de registrar que o crime pelo qual o paciente é acusado, grassa da desinformação, da desilusão, que exclui as pessoas da direção que as levam ao caminho da dignidade. Sem estas, e sem a fundamental educação, cuja obrigação tem como hospedeiro as ações sociais, programas governamentais não levados a cabo, ressoa indubitosa que mulheres jovens, a cada dia que passa, pendem a decepção com a vida e procuram os caminhos das drogas e da prostituição.

2. A questão presente reveste-se de relevante interesse público, a mídia tem divulgado incansavelmente, exigindo por parte do Judiciário toda sorte de providências no sentido de coibir o alastramento e o favorecimento da prostituição. O problema do comércio sexual, hoje generalizado em nosso país, e infelizmente, de maior incidência em nosso Estado, tem seu nascedouro na própria base estrutural de nossa sociedade, defectível e corroída de seus propósitos, gerando pobreza, analfabetismo, desemprego, e tantas outras mazelas que assolam os países de terceiro mundo.

É dessa desgraça que surgem os oportunistas, os rufiões, para agenciar os corpos das infelizes marafonas, que sem perspectiva de um mundo melhor, passam a viver da prostituição “indicadas” pelos alcoviteiros que vendem mulheres ainda no ardor da juventude, indiferentes as vicissitudes da vida, para divertimentos e deleite de terceiros.

3. Com estas considerações, vejamos o caso concreto. A Magistrada indeferiu o pedido de liberdade provisória do paciente a pretexto de que mantinha o bar há muito tempo, por isso havia a necessidade da garantia da ordem pública.

4. Deveras, manter um bar onde se reúne mulheres marafonas disponíveis para o sexo, não significa que a ordem pública esteja ameaçada, até mesmo porque, se bem examinado o fato, os proprietários dos bares e restaurantes, ambientes públicos por excelência, não podem discriminar pessoas, sob pena de afrontar a Constituição Federal. Bem a propósito, vejamos o que nos ensina o Professor José Afonso da Silva: “A discriminação é proibida expressamente, como consta no art. 3º, IV da Constituição Federal, onde se dispõe que, entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, está: promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Proibi-se, também, a diferença de salário, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor, estado civil ou posse de deficiência (art. 7º, XXX e XXXI).” (Curso de Direito Constitucional Positivo, 2003, p. 222).

5. Ordem concedida. Decisão unânime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de petição de *habeas corpus*, nº 32444-98.2010.8.06.0000/0, de Eusébio, em que é impetrante o advogado Darlan da Rocha Lopes, paciente Ronaldo Bernardo da Silva, sendo impetrado o Juiz de Direito da 2ª Vara.

Acorda a Turma, por unanimidade de votos, em conhecer da ação e conceder-lhe a ordem, em dissenso com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça.

Ronaldo Bernardo da Silva, qualificado nos autos, preso em flagrante delito no dia 19 de março último, por infração aos arts. 229, 230 e 231-A, do Código Penal Brasileiro, isso porque foram encontradas marafonas que realizavam programas, em um bar de sua propriedade.

De par dos fatos, o advogado impetrante ingressou com pedido de liberdade provisória, o qual foi indeferido pela autoridade impetrada a pretexto de que o paciente, uma vez solto, voltaria de imediato à atividade. Assim, outra alternativa lhe foi reservada, impetrando a presente ordem de *habeas corpus* com pedido de medida liminar, sob o argumento de que o paciente é um cidadão, primário e sem antecedentes criminais, vive e reside no distrito da culpa e que a sua prisão preventiva não encontra respaldo no art. 312 do Código de Processo Penal, mormente pela sua inidoneidade na fundamentação.

Requeru, desta feita, a concessão da ordem, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

Às fs. 59/60, indeferi a medida liminar perseguida.

Informações da autoridade apontada coatora dando conta da situação e marcha do processo (fs. 65).

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça às fs.67/72, opinando pela denegação da ordem.

É o relatório.

O paciente mantinha o bar onde desafortunadas marafonas faziam ponto para o comércio de sexo. Mais uma vez, tenho a oportunidade de registrar que o crime pelo qual o paciente e acusado, grassa da desinformação, da desilusão, que exclui as pessoas da direção que as levam ao caminho da dignidade. Sem estas, e sem a fundamental educação, cuja obrigação tem como hospedeiro as ações sociais, programas governamentais não levados a cabo, ressoa indubitosa que mulheres jovens, a cada dia que passa, pendem a decepção com a vida e procuram os caminhos das drogas e da prostituição.

A questão presente, reveste-se de relevante interesse público, a mídia, tem divulgado incansavelmente, exigindo por parte do Judiciário toda sorte de providências no sentido de coibir o alastramento e o favorecimento da prostituição. O problema do comércio sexual, hoje generalizado em nosso país, e infelizmente, de maior incidência em nosso Estado, tem seu nascedouro na própria base estrutural de nossa sociedade, defectível e corroída de seus propósitos, gerando pobreza, analfabetismo, desemprego, e tantas outras mazelas que assolam os países de terceiro mundo. É dessa desgraça que surgem os oportunistas, os rufiões, para agenciar os corpos das infelizes marafonas, que sem perspectiva de um mundo melhor, passam a viver da prostituição “indicadas” pelos alcoviteiros que vendem mulheres ainda no ardor da juventude, indiferentes as vicissitudes da vida, para divertimentos e deleite de terceiros.

Com estas considerações, vejamos o caso concreto.

A Magistrada indeferiu o pedido de liberdade provisória do paciente a pretexto de que mantinha o bar há muito tempo, por isso havia a necessidade da garantia da ordem pública.

Deveras, manter um bar onde reúne mulheres marafonas disponíveis para o sexo, não significa que a ordem pública sofra resistência, até mesmo porque, se bem examinado o fato, os proprietários dos bares e restaurantes não podem discriminar pessoas, sob pena de afrontar a Constituição Federal.

Bem a propósito, vejamos o que nos ensina o Professor José Afonso da Silva:

“A discriminação é proibida expressamente, como consta no art. 3º, IV da Constituição Federal, onde se dispõe que, entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, está: promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Proibi-se, também, a diferença de salário, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor, estado civil ou posse de deficiência (art. 7º, XXX e XXXI).” (Curso de Direito Constitucional Positivo, 2003, p. 222).

Nesse passo é que, revisitando as decisões mais recentes do Supremo Tribunal Federal, temos que a decisão do Magistrado ao indeferir a liberdade provisória do paciente sob mera afirmação do tempo em que mantinha o comércio, não é suficiente para fundamentar a constrição cautelar, devendo a imprescindibilidade da custódia preventiva ser faticamente demonstrada sob pena de desvio de finalidade da medida constritiva e, conseqüentemente, de incorrer-se em constrangimento ilegal.

Precedentes:

O POSTULADO CONSTITUCIONAL DA NÃO-CULPABILIDADE IMPEDE QUE O ESTADO TRATE, COMO SE CULPADO FOSSE, AQUELE QUE AINDA NÃO SOFREU CONDENAÇÃO PENAL IRRECORRÍVEL. - A prerrogativa jurídica da liberdade - que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) - não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais, que, fundadas em preocupante discurso de conteúdo autoritário, culminam por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais

proclamados pela Constituição da República, a ideologia da lei e da ordem. Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irrecorrível, não se revela possível - por efeito de insuperável vedação constitucional (CF, art. 5º, LVII) - presumir-lhe a culpabilidade. Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado. O princípio constitucional da não-culpabilidade, em nosso sistema jurídico, consagra uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder Judiciário. Precedentes (HC 89.501/GO. Min. Celso de Mello – 2º Turma, DJe 16.03.2007).

Ora, para impor uma prisão sem pena, cerceando o direito a liberdade, há sempre de vir acompanhado de uma fundamentação idônea, visto que, a prisão preventiva de proclamada excepcionalidade, reclama a demonstração concreta da sua necessidade, principalmente em face do interesse público. Deve ser suficientemente fundamentada nos termos da legislação pertinente. Ao exame da decisão, constata-se a ausência desses dois pressupostos fundamentais para que se torne inatacável.

Ademais, não ficou demonstrada a necessidade de prender o paciente, comerciante de profissão, cidadão primário e de bons antecedentes, vive e reside no distrito da culpa, não há porque mantê-lo encarcerado, notadamente pela ausência de previsão do art. 312 do Código de Processo Penal.

Nessa consideração, a decisão que indeferiu o pedido de liberdade provisória ao paciente, revela-se carente de demonstração concreta da necessidade do seu aprisionamento, fato ignorado pela decisão rebatida.

Nestas condições, pela falta de fundamentação da decisão que indeferiu o pedido de liberdade provisória do paciente e, ademais, pela ausência de objetividade da prisão sem pena, hei por bem conceder a ordem impetrada, em dissenso com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça.

É como voto.

Fortaleza, 10 de maio de 2010.

Nº 32583-50.2010.8.06.0000/0

HABEAS CORPUS (de Fortaleza)

IMPETRANTES: ÉSIO FEITOSA LIMA E BÁRBARA LIA GOMES DE MELO

PACIENTE: FRANCISCO GEOVÂNIO BIZERRIL PINHEIRO

IMPETRADA: JUÍZA DE DIREITO DA 12ª VARA CRIMINAL DE FORTALEZA

RELATOR: DES. LUIZ GERARDO DE PONTES BRÍGIDO

-Habeas corpus.

-De bom aviso o indeferitório da liberdade provisória que, suficientemente motivado, associa a perigosidade do coacto, preso em flagrante por cumplicidade em assalto, à premência de mantê-lo sob custódia para a indenidade da ordem pública, fator, é sabido, operante da prisão preventiva. Garantias individuais não suplantam os superiores interesses coletivos.

-Ausência de coação ilegal.

-Ordem denegada à unanimidade.

Vistos, relatados e discutidos os autos acima identificados.

1 – Ataca-se a negativa de liberdade provisória a favor do paciente, preso em flagrante e, posteriormente, co-denunciado por roubo duplamente majorado (uso de arma de fogo e concurso de agentes). Alega-se que o indeferitório singular ostenta-se contra legem, por ser o coacto possuidor de primariedade e de antecedentes recomendáveis. Na visão dos impetrantes, então, irrecusável a concessão do habeas corpus para liberar-se o coacto, sem o que perdurará o constrangimento ilegal a que está submetido.

Liminar indeferida, recebidos os informes da autoridade grafada de coatora, sobreveio parecer da PGJ pela denegação da ordem.

É o relatório.

2 – O paciente, o comparsa Edigleison Rodrigues Aguiar, este de revólver em punho, e um terceiro não identificado, tomaram, mediante grave ameaça, o celular do adolescente Gideon Alves Castelo Branco, na noite de 17 de março de 2010, quando a vítima transitava de bicicleta pela Rua José Leon,

Bairro Jardim das Oliveiras. Preso horas depois pela polícia militar, o paciente foi reconhecido pela vítima como um dos autores do assalto.

Corrido o indeferimento investido, detecta-se, prontamente, que o provimento, apesar de não ser paradigmático pela viseira estilística, revela, de curto, a sua normalidade do ponto de vista jurídico, motivado que está na garantia da ordem pública:

“os elementos carreados durante o procedimento policial são indícios fortes de que o acusado praticou o delito em análise, cuja autoria lhe é atribuída. Ora, a Justiça, em seu justo rigor, e o Direito, em sua mais alta expressão, não admitiriam em tese, baseados nos princípios da inviolabilidade pessoal e das garantias individuais, outra prisão que não fosse proveniente de sentença condenatória definitiva. Entretanto, se assim fosse, o Direito seria espezinhado e a Justiça ludibriada, porque os delinquentes, ante o malogro de suas defesas, escapariam aos julgamentos ou fugiriam ao cumprimento das sentenças.

Daí a necessidade da prisão excepcional, que se tem o inconveniente de atentar contra o direito individual à liberdade, tem a vantagem de fortalecer o direito social à segurança pública, devendo as garantias particulares ceder ante as garantias públicas, o todo sobrepujando a parte.

O motivo da medida extrema, correspondente a garantia da ordem pública, objetiva não só evitar a prática de novas ilicitudes penais, mas garantir a credibilidade da própria justiça” (fl. s. 21).

Sem floreios ou fraseado ocioso, o provimento judicial, lavrado de senso comum com a Promotoria, realça, e bem, a indispensabilidade da prisão ante tempus do paciente. Liberá-lo, e isto é claramente perceptível, seria não fazer caso da garantia da ordem pública, nem da execução da possível censura penalógica a que está passivo o coacto, cuja periculosidade e audácia estão muito bem determinadas pelo *modus operandi* do delito:

“sempre mais perigosa a conduta daquele que age sob a proteção ou com o auxílio de outra pessoa”(NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. São Paulo : RT, 2009, p. 746).

As evidências do flagrante, ponha-se em friso, fragmentam, no caso, a presunção de inocência e fazem concreta a probabilidade de condenação do paciente. Incutem a razoabilidade da manutenção da sua custódia para precaver a recidiva em assaltos, para restaurar a crença na operosidade da justiça, para tranquilizar, ao termo de tudo, a vida da coletividade, hoje, mais do que nunca, constantemente insegura e sobressaltada pela violência, a cada dia que passa mais revoltante, menos perdoável.

Ao Estado-Juiz é atribuído o múnus de garantir as liberdades individuais. É-lhe, porém, confiado, igualmente, o múnus de garantir a ordem pública e a segurança pública. “Somente sob a visão jurídica estritamente individualista e rigorosamente clássica do Processo Penal”, anota lucidamente o Ministro do STJ Napoleão Nunes Maia, “se poderá afirmar que os macro-valores sociais devam ser subjugados a interesses individuais, sem dúvida legítimos, eis que se tratam de elementos axiológicos estruturantes da própria vida social, a que o Direito tem que dar efetividade”. Em compensação, “o garantismo individual não há de chegar ao ponto de desproteger os superiores interesses coletivos” (5ª T., HC nº 106742/SP, DJe de 23/06/2008).

Para encerrar:

“O agente preso em flagrante pelo crime de roubo à mão armada revela alta periculosidade e contribui para manter o risco à ordem pública, sendo, por isso, incabível a concessão do benefício da liberdade provisória, mesmo que seja primário, sem antecedentes criminais e possua residência fixa” (RT nº 765, p. 609).

Vazia de consistência, conseqüentemente, a opressão injurídica alegada.

3 – Nessas condições, ACORDA a 1ª CÂMARA CRIMINAL do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ, à unanimidade e em consonância com o parecer ministerial, em conhecer da impetração, mas para denegar a ordem, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, CE, 22 de junho de 2010.

Recurso Crime em Sentido Estrito

N.º 2000.0207.9872-6/1

RECURSO CRIME EM SENTIDO ESTRITO (de Pentecoste)

RECORRENTE: RAIMUNDO SOARES DOS SANTOS

RECORRIDA: JUSTIÇA PÚBLICA

RELATOR: DES. LUIZ GERARDO DE PONTES BRÍGIDO

-Recurso em sentido estrito.

-Pronúncia.

-Elementos do sumário que apontam desenganadamente para o dolo eventual, resumido na máxima: *“seja como for, dê no que der, em qualquer caso não deixo de agir”*. O réu pode ser um sujeito rude, mas não consta que possua discernimento inferior ao do homo medius. Sabia, então, que ao disparar uma espingarda para tentar abater uma ave que estava entre ele, acusado, e a vítima, que caminhava distraída poucos metros à sua frente, estava assumindo o risco de matá-la, como, de fato, a matou. *“Para o Código Penal”*, frisa Magalhães Noronha, *“querer um resultado ou assumir o risco de causá-lo são situações equivalentes”*. Se as circunstâncias do ato punível remetem à visibilidade de crime doloso contra a vida, é de confirmar-se, então, a pronúncia do recorrente, devendo o Júri, no exercício da sua soberana competência, decidir-lhe a sorte, mediante a irrestrita valoração das teses da acusação e da defesa, das provas e contraprovas existentes nos autos.

-Decisão Unânime.

Vistos, relatados e discutidos os autos acima identificados.

1 – Pronunciado por homicídio simples na pessoa de Ednaldo de Sousa Lima, o recorrente, já nominado, postula a desclassificação do crime para a figura do art. 121, § 3º, do CP, pois, segundo afirma, não quis o resultado morte, nem assumiu o risco de produzi-lo.

Respostado o recurso, o órgão monocrático ratificou a decisão impugnada e, nesta alçada, a PGJ, instada a se manifestar, fê-lo pelo desprovimento do reclamo.

É o relatório.

2 – Na manhã de 15 de outubro de 2001, localidade de Jardim Ilha, Pentecoste, réu e vítima, aparentemente amigos, decidiram fazer uma pescaria. Além das varas, levaram cachaça e o réu, é estranhável, uma espingarda tipo “socadeira”. Depois de ingerirem a bebida, caminhavam por uma vereda rumo ao açude quando o réu, de súbito, fez mira e disparou a “socadeira” atingindo a vítima, que caminhava poucos metros à sua frente, no meio das costas, causando-lhe a imediata defunção. Segundo o acusado, ele teria avistado uma nambu, ave típica da região, e tentou abatê-la, mas, por erro de pontaria, atingiu a vítima. Pode até ser, todavia, pela análise do contexto fático-probatório, o gesto, ao que parece, não espelha, de plano, tenha agido o réu sem vontade de matar. Até porque, segundo a testemunha José Almir de Sousa Lima, ouvida em júízo, o acusado deu um tiro na vítima por pura covardia.

Pairando a incerteza, não é possível, em sede de pronúncia, extrair do íntimo do acusado a sua verdadeira intenção, de matar ou não, e precipitar-se em desclassificar o delito para homicídio culposo, quando o Tribunal do Júri é que deve fazê-lo.

De feito, ao que se sabe o recorrente é um rurícola, de poucas luzes, contudo não consta que lhe falte o discernimento medido pela capacidade intuitiva do homem comum. Induvidosamente, quem aponta arma municiada na direção de alguém que está poucos metros a sua frente e a dispara, para supostamente atingir uma ave em pleno voo, está a assumir, conscientemente, o risco de matá-lo. O comportamento do acusado indica a ocorrência de homicídio por dolo eventual, assim esplendidamente conceituado por MAGALHÃES NORONHA: “Age dolosamente não apenas o que quer livre e conscientemente um resultado, mas também quem, embora não o querendo de modo principal, aceita-o ou a ele anui.” No dolo eventual “o sujeito ativo prevê o resultado e, embora não seja esta a razão de sua conduta, aceita-o”. E está resumido na conhecida fórmula: “ ... Seja como for, dê no que der, em qualquer caso não deixo de agir. Sinteticamente, costuma estremar-se o dolo direto do eventual, dizendo-se que o primeiro é a vontade por causa do resultado; o outro é a vontade apesar do resultado. ... Para

o Código, querer um resultado ou assumir o risco de causá-lo são situações equivalentes. Equiparou-as” (Direito Penal, 17ª ed., v. I, p. 146-7).

“Havendo dolo eventual quanto à morte da vítima,” ressalta GUILHERME DE SOUZA NUCCI, “deve o agente ser punido por homicídio doloso” (Manual de Direito Penal, 2ª ed., p. 605).

Na linha de raciocínio, diante da materialidade do evento morte e dos insinuantes indícios de homicídio doloso contra a vida, de muito bom aviso a edição da pronúncia do recorrente. A desclassificação do delito, como pretendido, seria, em última visada, insulto, e dos grandes, à competência constitucional do Júri. É possível, mas pouco provável, que repontem do sumário elementos que sirvam para emprestar credibilidade ao que alegado pelo recorrente na impróspera irresignação. Se reponham, os jurados por certo os descobrirão depois da minuciosa análise do ato punível e da profunda avaliação das provas e contraprovas, reduzindo o grau da culpa do incriminado. O grande ROBERTO LYRA costumava ponderar que “entre nós, a lei confia tanto nos jurados que lhes guarda o segredo do voto negado aos juízes togados”. E rematava, incisivamente: “O Júri deve honrar esta confiança” (Como Julgar, Como Defender, Como Acusar; Editora Líder, p. 122).

Nada mais a acrescentar.

3 – Do exposto, ACORDA a 1ª CÂMARA CRIMINAL do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ, à unanimidade, em conhecer do recurso, todavia para negar-lhe provimento, referendada a pronúncia do recorrente nos termos em que prolatada, tudo conforme o voto do Relator e o parecer da PGJ.

Fortaleza, CE, 4 de maio de 2010.

Ação Penal Originária

Nº 2007.0004.7754-9/1 AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA

COMARCA: ICÓ

DENUNCIANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO

DENUNCIADO: FRANCISCO LEITE GUIMARÃES NUNES - DEP.
ESTADUAL

RELATOR: DES. EYMARD DE AMOREIRA

EMENTA: PENAL - PROCESSUAL PENAL – RECEBIMENTO DE DENÚNCIA CRIME – ex-PREFEITO MUNICIPAL E ATUAL DEPUTADO ESTADUAL - REQUISITOS FORMAIS E MATERIAIS IDÔNEOS – PRELIMINAR DE INÉPCIA DA DENÚNCIA A QUAL SE CONFUNDE COM O MÉRITO - REJEIÇÃO DE PLANO.

I-Como é sabido de todos, a denúncia e a queixa, na condição de peças responsáveis pelo encetamento do processo criminal, principalmente pelas sérias consequências advindas de seu recebimento, devem estar imbuídas, sob pena de não prosperarem, de um mínimo de respaldo probatório no sentido de evidenciar o interesse de agir de quem as promove, seja do Ministério Público, seja do querelante, sendo certo que sem a demonstração fundada da materialidade do crime e os indícios de sua autoria estarão as mesmas fadadas ao insucesso, não podendo a Justiça Pública com elas compartilhar.

II-Na hipótese em questão, a proposta acusatória materializada na denúncia há de ser considerada idônea, porquanto a mesma contém exposição clara e objetiva dos fatos apontados como delituosos, com exibição de todos os princípios indispensáveis ao seu sucesso, além das circunstâncias que lhe são inerentes, permitindo,

desse modo, que o denunciado exerça com plenitude o direito de defesa assegurado pelo ordenamento constitucional, de sorte que a mesma atende às exigências descritas no artigo 41 do Código de Processo Penal.

III-Denúncia recebida em todos os seus termos.
Acórdão unânime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Penal Originária n.º 2007.0004.7754-9/1, de Icó, em que é denunciante o Ministério Público Estadual e denunciado Francisco Leite Guimarães Nunes, ex-Prefeito Municipal de Icó e atual Deputado Estadual.

Acorda o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por sua composição plenária, a unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar suscitada e, no mérito, também por unanimidade de votos, receber a denúncia.

O Ministério Público Estadual, por conduto do Procurador de Justiça e Coordenador da Procuradoria Judicial dos Crimes Contra a Administração Pública, denunciou a pessoa de Francisco Leite Guimarães Nunes, ex-Prefeito do Município de Icó e atual Deputado Estadual, nas penas do art. 89 da Lei nº 8.666/93, c/c o art. 71 do Código Penal, isso porque, o denunciado quando desempenhava a elevada função do cargo de Prefeito de Icó, ainda durante o exercício financeiro de 1998, ignorando a Lei de Licitação, efetuou gastos da ordem de R\$ 570.455,17 (quinhentos e setenta mil, quatrocentos e cinquenta e cinco reais e dezessete centavos), prescindindo desta formalidade, assim discriminado:

1.Gastos com aquisição de combustíveis e lubrificantes da ordem de R\$ 167.645,93 (cento e sessenta e sete mil, seiscentos e quarenta e cinco reais e noventa e três centavos);

2.gastos com contratação e transportes de pessoas e de material da ordem de R\$ 150.563,74 (cento e cinquenta mil, quinhentos e sessenta e três reais e setenta e quatro centavos), sendo que deste total, a quantia de R\$ 120.940,00 (cento e vinte mil, novecentos e quarenta reais), se refere a transporte de materiais;

3.gastos com divulgação e publicidade da ordem de R\$ 62.492,00 (sessenta e dois mil, quatrocentos e noventa e dois reais), sendo que R\$ 11.030,00

(onze mil, e trinta reais) através da imprensa televisiva e, o remanescente, com a imprensa escrita;

4.gastos com a contratação de assessoria contábil da ordem de R\$ 69.300,00 (sessenta e nove mil e trezentos reais), tendo como credora a empresa AUDICON – Contabilidade e Processamento Ltda;

5.gastos com a contratação de serviços de assessoria jurídica no montante de R\$ 86.000,00 (oitenta e seis mil reais);

6.gastos com a locação de um imóvel para sediar a Secretaria de Transportes do Município de Icó, em valor anual da ordem de R\$ 21.600,00 (vinte e um mil e seiscentos reais) ou seja, R\$ 1.800,00 (hum mil e oitocentos reais) por mês.

Por fim, requereu o Ministério Público Estadual que fosse recebida a denúncia ofertada em desfavor do Sr. Francisco Leite Guimarães Nunes, nos moldes em que foi proposta.

Às folhas 102, determinei a notificação do denunciado, para os fins previstos no art. 4º da Lei 8.038/90, o qual compareceu aos autos às fs. 111/119, para levantar questão preliminar prejudicial ao recebimento da denúncia e, no mérito, argui várias questões para serem examinadas por ocasião do sumário de culpa.

Com vistas à douta Procuradoria Geral de Justiça, esta, às fs.130/135, requereu o recebimento da denúncia em todos os seus termos.

É o relatório, em síntese, de modo que passo agora a proferir meu voto sobre o recebimento da denúncia, conforme a liturgia do art. 6º, §§ 1º e 2º da Lei nº 8.038/90.

A preliminar levantada, resume-se na alegação de inépcia da proposta acusatória que, segundo o denunciado, descumpriu o art. 41 do Código de Processo Penal, sob o inexpressivo argumento de que a denúncia narrou fatos de forma vaga, imprecisa, por demais lacônica, não podendo, por isso, ser recebida, posto que inepta.

Ora, a citada preliminar se confunde com o mérito do recebimento ou rejeição da denúncia, por isso hei por bem, de plano, rejeitá-la.

Meritoriamente, como é sabido de todos, a denúncia e a queixa, na condição de peças responsáveis pelo encetamento do processo criminal,

principalmente pelas sérias consequências advindas de seu recebimento, devem estar imbuídas, sob pena de não prosperarem, de um mínimo de respaldo probatório no sentido de evidenciar o interesse de agir de quem as promove, seja do Ministério Público, seja do querelante, sendo certo que sem a demonstração fundada da materialidade do crime e os indícios de sua autoria estarão as mesmas fadadas ao insucesso, não podendo a Justiça Pública com elas compartilhar.

Na hipótese em questão, tem-se que a proposta acusatória materializada na denúncia há de ser considerada idônea, porquanto a mesma contém exposição clara e objetiva dos fatos apontados como delituosos, com exposição de todos os princípios indispensáveis ao seu sucesso, além das circunstâncias que lhe são inerentes, permitindo, desse modo, que o denunciado exerça com plenitude o direito de defesa assegurado pelo ordenamento constitucional, de sorte que a mesma atende à rigorosidade descrita no artigo 41 do Código de Processo Penal.

Sobre o tema, formalidades essenciais da peça denunciatória, tal qual a hipótese dos autos, os Tribunais Superiores deixaram assentado, *verbis*:

Denúncia juridicamente idônea – STF: “A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal considera juridicamente idônea a peça acusatória que contém exposição clara e objetiva dos fatos alegadamente delituosos, com narração de todos os elementos essenciais e circunstanciais que lhes são inerentes, permitindo, desse modo, àquele que sofre a acusação penal, o exercício pleno do direito de defesa assegurado pelo ordenamento constitucional. Precedentes” (JSTF 235/276-7).

STJ: “A denúncia deve apresentar-se formal e materialmente correta. Identificar, ademais, o fato como crime. Satisfazer a legitimidade ativa e passiva. Remanesce o interesse de agir, ausente causa de extinção da punibilidade. Evidenciar, além disso, o mínimo fático para arrimar a pretensão do Ministério Público. Tais requisitos não se confundem com o *meritum causae*, isto é, se a imputação corresponde à verdade real. Justifica-se o processo,

evidenciada a necessidade de instrução criminal” (RSTJ 74/128).

No mesmo sentido, STJ:HC 5.053-RJ-DJU de 7-4-97, pg. 11.162.

Dessa forma, tenho a presente denúncia como idônea, visto que atende com perfeição ao preceito do artigo 41 do Código de Processo Penal, restando, de logo, afastada a sua rejeição do *modus* preconizado no art. 43 do mesmo diploma legal, ademais, está consignado crime em tese a ser apurado, razão pela qual a recebo em todos os seus termos.

É como voto.

Fortaleza, 11 de setembro de 2008.

ÍNDICE ALFABÉTICO**JURISPRUDÊNCIA CÍVEL****APELAÇÃO CÍVEL**

Ação de interdição – prova testemunhal deferida e não colhida pelo juízo *a quo* – julgamento antecipado da lide – cerceamento de defesa – configuração.....197.

Ataque de enxame de abelhas – criação – morte das vítimas – potencial lesivo e letal das abelhas – riscos da atividade – ausência de medidas preventivas – danos materiais e morais – responsabilidade do promovido – configuração.....13/14.

Benefício previdenciário complementar – ação revisional – previdência privada – exclusão do INPC de fevereiro de 1994 no cálculo da aposentadoria – inobservância por parte da fundação recorrente no Art. 13 de seu regulamento – renda inicial calculada incorretamente.....207/208.

Comodato – reintegração de posse – comodatário constituído em mora – esbulho demonstrado – fixação de aluguel pelo tempo de atraso na restituição do imóvel – previsão legal.....116.

Concessionária de serviço público – telecomunicações – suspensão da prestação – único telefone público da localidade interiorana – responsabilidade civil objetiva – ausência de demonstração do nexo causal entre o alegado ato ilícito e o suposto dano.....70.

Concurso público – prova oral – banca examinadora – inexistência – arguição de forma isolada – nulidade da reprovação – nomeação, posse e exercício funcional – impossibilidade – necessidade de formação de nova banca e de submissão do candidato ao teste oral para perfectibilização perante a administração pública.....216/217.

Contrato bancário – aplicação do CDC – ação revisional – relação de consumo – flexibilização do princípio *pacta sunt servanda* – juros remuneratórios – fixação em 12% a.a. - possibilidade ante a ausência de juntada do contrato nos autos – capitalização mensal de juros e TJLP como fator de correção – necessidade de cláusula expressa.....225/227.

Contrato de abertura de crédito – empréstimo condicionado a adesão a plano de previdência privada e seguro de vida – ausência de esclarecimentos quando da celebração dos contratos – nulidade.....104/105.

Contrato de abertura de crédito em conta corrente – dano moral e material – inexecutabilidade – falta de liquidez, certeza e exigibilidade – súmula nº 233 do STJ – aponte para protesto – SERASA e SPC – prejuízo – ausência de prova do ato ilícito – nexo de causalidade – não demonstração.....175.

- Contrato de plano de saúde - consignação em pagamento – reajuste em decorrência de mudança de faixa etária – Estatuto do Idoso – vedação à discriminação em razão da idade.....193.
- Contrato de seguro de vida – causa excludente do recebimento do prêmio – culpa exclusiva da vítima – cometimento de ato ilícito – indenização indevida....65.
- Contrato de serviços advocatícios – título executivo extrajudicial – assinatura atópica da contratante – validade – subscrição por duas testemunhas – inexigibilidade.....178/179.
- Contratual – seguro prestamista – alteração dos beneficiários do seguro (beneficiários secundários) – possibilidade – vedação referente somente ao titular da obrigação vinculada ao seguro (beneficiário principal).....202.
- Execução fiscal – cobrança de crédito não tributário – multa de trânsito – sentença terminativa – extinção, *ex officio*, por ausência de interesse de agir – ínfimo valor executado – risco de impunidade – Código de Trânsito – função social das multas – sentença teratológica e ilegal – inconstitucionalidade – criação de norma jurídica – nulidade da sentença.....51/54.
- Imóvel rural – reintegração de posse – força nova configurada – esbulho – compra e venda inexistente – juízo possessório – impossibilidade jurídica do pedido afastada.....121/124.
- Instituição de ensino superior – autarquia fundacional estadual – competência do foro estadual – cobrança de taxa de matrícula – impossibilidade de se efetuar a exação – subsunção à súmula vinculante nº 12.....77/78.
- Interdito proibitório – revelia do promovido – sentença procedente – configuração das hipóteses versadas no Art. 501, do Código Beviláqua – iminência da turbação da posse do imóvel.....90.
- Notícia-crime – causa ensejadora da reparação por danos morais – possibilidade - manifesta má-fé da recorrente que descumprindo promessa promove início de investigação criminal acerca do possível crime de estelionato praticado pelo recorrido – litigância de má-fé do apelado – inexistência.....83/84.
- Prestadora de serviços – eleições municipais – críticas genéricas à administração – candidato a cargo de prefeito – ausência de comprovação da alegada lesão – *animus narrandi* ou *criticandi* – liberdade de expressão e proteção conferida à honra – ato ilícito e dano – inexistência.....183/184.
- Propriedade industrial de marca – direito de uso exclusivo em todo o território nacional – livre concorrência entre produtos autênticos da mesma marca de origens diversas – importação paralela – legalidade.....32.
- Registro de nascimento – fé pública – princípio da imutabilidade – modificação

do nome materno – interesse do menor – ausência de indícios de má-fé – possibilidade.....94/95.

Responsabilidade civil por ato ilícito – dano moral – reparação - violação dos direitos de personalidade – afronta aos direitos humanos – dignidade da pessoa humana aviltada – condenação internacional do Estado Brasileiro pela Corte Interamericana de Direitos Humanos – condenação dos requeridos na seara criminal – pretensão do apelante em afastar sua responsabilidade ou reduzir o *quantum* indenizatório – improcedência.....136/138.

Servidora pública – previdência social – inscrição de marido como dependente – cônjuge supérstite – dependência presumida – aplicação do postulado isonômico – exigência de comprovação de invalidez ou dependência econômica – arbitrariedade inconciliável com a igualdade jurídica.....24/25.

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Ação executiva – penhora do bem imóvel garantido por hipoteca – cédula rural hipotecária e pignoratícia – bem de família – proteção da Lei nº 8.009/1990 – exceção prevista no Art. 3º, VI, do diploma referido.....265.

Acidente de trânsito – responsabilidade objetiva do Estado – caso fortuito – culpa exclusiva de terceiro – ausência de nexo causal – pensionamento – indenização – excludente.....281.

Agravo interno em agravo de instrumento – recurso aforado antes da publicação do decisório adversado – reiteração – não ocorrência – intempestividade configurada.....252.

Bem de família – execução – impenhorabilidade – existência de diversos imóveis residenciais – cancelamento da hipoteca e exclusão da penhora do mais valioso – impossibilidade – proporcionalidade – satisfação do direito do credor – preservação do patrimônio mínimo do devedor.....245/246.

Cédula de crédito industrial - liquidez e certeza - execução provisória – agravo de instrumento contra decisão que indeferiu exceção de pré-executividade – análise de provas e do suposto excesso de execução – inadmissibilidade na espécie...259.

Contestação – apresentação tempestiva no juízo deprecado (Art. 241, IV, do CPC) – princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa – possibilidade – demora no seu envio ao magistrado deprecante – revelia não configurada.....241.

Servidor público municipal – isonomia de vencimentos em face de paradigma beneficiado por decisão judicial – trânsito em julgado – vedação – inteligência da Súmula nº 339 do STF – hipótese versada na Súmula Vinculante nº 4 – subsunção à hipótese em julgamento.....270/271.

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Estabelecimentos comerciais – horário de funcionamento – assunto de interesse local – competência dos municípios (Súmula 645 do STF) – lei municipal que condiciona abertura do comércio a acordo ou convenção coletiva de trabalho – extrapolação de competência - Art. 28, I, Constituição Estadual – violação ao princípio da isonomia não caracterizada – ofensa ao princípio da livre concorrência – Arts. 5º, XIII, e 170, PARÁGRAFO ÚNICO, da Constituição Federal – impossibilidade.....289.

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

APELAÇÃO CRIME

Assalto à mão armada – existência de prova convincente quanto à autoria – prisão do apelante em flagrante delito – versão exculpatória desconectada de todo acervo probatório.....319.

Furto qualificado – qualificadoras do arrombamento e da escalada – ausência de perícia – suprimento – autoria e materialidade comprovadas – declaração de nulidade e desclassificação inviáveis.....328.

Homicídio qualificado – desclassificação para privilegiado – Art. 121, § 1º do CP – provocação por parte da vítima, violenta emoção do acusado, imediatidade entre provocação e a reação – requisitos que não encontram amparo nos elementos probatórios dos autos – decisão manifestamente contrária – ocorrência – novo julgamento.....340.

Júri – homicídio qualificado – vítima que aparentemente sofria das faculdades mentais – homicídio privilegiado – descaracterização – fixação da reprimenda acima do mínimo legal estipulado – poder discricionário do julgador – intensidade do dolo e as particularidades da ação criminosa – possibilidade.....323.

Júri – preliminar – nulidade arguida pelo órgão ministerial – ausência de quesitação obrigatória - quesito que reconheceu o excesso punível – obrigação de interrogação dos quesitos seguintes conducentes ao dolo ou a culpa – vício insanável – nulidade absoluta – ocorrência.....315.

Tentativa de homicídio – circunstância qualificadora – causa reguladora da pena-base a ser aplicada e não de aumento – orientação do Art. 59, do CPP – redução da pena – procedência.....325.

Tentativa de homicídio qualificado – surpresa e motivo fútil – apelante intimou a vítima ao pugilato – rejeição da legítima defesa – desistência voluntária – inoportunidade.....321.

Tráfico de drogas – autoria e materialidade comprovadas – atenuante do Art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 – réu integrava organização criminosa – requisitos não

preenchidos – inaplicabilidade – pena-base acima do mínimo - fundamentação idônea332.

Tráfico de entorpecentes, porte ilegal de arma (crime de perigo abstrato) e receptação – quantidade e forma de acondicionamento da droga apreendida – tipificação da prática do comércio ilícito.....337.

HABEAS CORPUS

Assalto – prisão em flagrante – liberdade provisória – denegação – custódia para a indenidade da ordem pública – garantias individuais não suplantam os superiores interesses coletivos – ordem denegada.....367.

Favorecimento à prostituição – prisão em flagrante – liberdade provisória indeferida em desatenção ao Art. 93, IX da Constituição Federal – ausência de fundamentação idônea – paciente dono de bar onde mulheres faziam ponto para comércio do sexo – ambiente público por excelência não podendo discriminar pessoas – concessão.....362/363.

Homicídio – vítima ex-mulher – incidente de insanidade mental – dúvidas acerca da higidez mental do paciente – prisão provisória que sobreviveu à sentença de pronúncia – pessoa afeta a violência e que tinha como hábito usar arma de fogo – portador de transtorno afetivo bipolar misto, com sintomas psicóticos – ordem denegada.....359/360.

Prisão em flagrante – tráfico de cocaína – liberdade provisória inconcessa por lei – nulidade do flagrante – inocorrência – paciente militante de associação para o tráfico interestadual de entorpecente.....351.

Tentativa de furto – fiança indeferida à luz de que o paciente não reside no Distrito da culpa – afronta ao princípio constitucional da ubiquidade – Art. 5º, XXXV – condições subjetivas favoráveis – decisão metajurídica.....353/354.

RECURSO CRIME EM SENTIDO ESTRITO

Pronúncia – elementos do sumário que apontam para o dolo eventual – réu possuidor de discernimento compatível com o do *homo medius* – circunstâncias do ato punível remetem à visibilidade de crime doloso contra a vida – pronúncia coerente – competência do tribunal do júri decidir as teses da acusação e da defesa.....373.

AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA

Denúncia crime – respaldo probatório – idoneidade – exposição clara e objetiva dos fatos apontados como delituosos – materialidade e os indícios de sua autoria – presença – denunciado ex-prefeito municipal e atual deputado estadual – preliminar de inépcia que se confunde com o mérito – rejeição.....379/380.



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, outubro de 2010.