



Tribunal de Justiça do Estado do Ceará

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

**Volume 31 - 2009
Julho / Setembro**

ISSN 2175-0874

R. Jurisp. Trib. Justiça Est. Ceará, Fortaleza, v.31, p. 1 - 311, 2009

Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará
Volume 31.2009

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

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

Comissão de Jurisprudência e Biblioteca

Desa. Edite Bringel Olinda Alencar - Presidente

Des. José Mário Dos Martins Coelho

Des. Francisco de Assis Filgueira Mendes

Secretário. Francisco Hudson Pereira Rodrigues

Disponível também em CD-ROM e no site

<http://www4.tjce.jus.br/sproc2/paginas/Revista.htm>

Suplentes

Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha

Desa. Maria Iracema do Vale Holanda

Desa. Maria Sirene de Souza Sobreira

Tiragem da Edição: 500 exemplares

Expediente

Coordenação:

Desa. Edite Bringel Olinda Alencar

Normalização

Divisão de Biblioteca do Departamento de Gestão de Documentos do TJCE

Bibliotecária - Maria Claudia de Albuquerque Campos CRB-3/214

Revisão

Comissão de Jurisprudência e Biblioteca

Diagramação , Impressão e Arte Gráfica

Parque Gráfico do Departamento de Gestão de Documentos do TJCE

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

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

CDU 340.342 (05)

Tribunal de Justiça do Estado do Ceará

Centro Administrativo Gov. Virgílio Távora

Av. Gal. Afonso Albuquerque de Lima S/N - Cambéa - Fortaleza - CE

CEP: 60.830-120 Fone: (85) 3216.2850

www.tjce.jus.br

e-mail: biblioteca@tjce.jus.br

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ

Presidente

Desembargador Ernani Barreira Porto

Vice-Presidente

Desembargador José Arísio Lopes da Costa

Corregedor Geral da Justiça

Desembargador João Byron de Figueirêdo Frota

TRIBUNAL PLENO

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

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

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
Desembargadora Gizela Nunes da Costa
Desembargador Ademar Mendes Bezerra
Desembargadora Edite Bringel Olinda Alencar
Desembargadora Maria Iracema do Vale Holanda
Desembargador José Mário Dos Martins Coelho
Desembargador Antônio Abelardo Benevides Moraes
Desembargador Francisco de Assis Filgueira Mendes
Desembargador Lincoln Tavares Dantas
Desembargador Celso Albuquerque Macêdo
Desembargador Francisco Lincoln Araújo e Silva
Desembargador Francisco Sales Neto
Desembargador Raul Araújo Filho
Desembargadora Maria Naílde Pinheiro Nogueira
Desembargadora Vera Lúcia Correia Lima

1ª CÂMARA CÍVEL

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

Desembargador Fernando Luiz Ximenes Rocha – Presidente
Desembargador José Mário Dos Martins Coelho
Desembargador Francisco Sales Neto
Desembargador Raul Araújo Filho

2ª CÂMARA CÍVEL

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

Desembargadora Gizela Nunes da Costa – Presidente
Desembargador Ademar Mendes Bezerra
Desembargador Francisco de Assis Filgueira Mendes
Desembargadora Maria Naílde Pinheiro Nogueira

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

CÂMARAS CRIMINAIS REUNIDAS

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

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

1ª CÂMARA CRIMINAL

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

Desembargador Francisco Haroldo Rodrigues de Albuquerque – Presidente
Desembargador Luiz Gerardo de Pontes Brígido
Desembargador Haroldo Correia de Oliveira Máximo
Desembargador Francisco Pedrosa Teixeira

2ª CÂMARA CRIMINAL

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

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

Sumário

Doutrina

Interrogatório Informal das Partes – art. 342, CPC. Revisitando um velho e atual (embora olvidado) instituto processual.....	11/35
Autodefesa processual penal nos tratados internacionais de direitos humanos e no Brasil.....	36/57
Comentários aos princípios norteadores do código de ética da magistratura nacional.....	58/63

Jurisprudência Cível

Apelação Cível.....	69/151
Agravo de Instrumento.....	155/173
Ação Direta de Inconstitucionalidade.....	177/193
Embargos de Declaração.....	197/213
Mandado de Segurança.....	217/241

Jurisprudência Criminal

Apelação Crime.....	247/285
Habeas Corpus.....	289/305

Índice Alfabético.....	307/311
------------------------	---------

Doutrina

INTERROGATÓRIO INFORMAL DAS PARTES – ART. 342, CPC: REVISITANDO UM VELHO E ATUAL (EMBORA OLVIDADO) INSTITUTO PROCESSUAL¹

Francisco de Assis Filgueira Mendes

Prof. da Faculdade de Direito da UFC

Desembargador do TJ-CE

“Não sei a razão por que nossos Juizes se têm julgados dispensados deste precioso meio de instrução e exame” (**Francisco Paula Baptista, in Compêndio de Theoria e Practica**).

“A idéia de justiça parece ser dotada de uma poderosa força motivadora. Por toda a parte parece haver uma compreensão instintiva do que seria justiça, idéia esta cujo poder é imenso. Lutar por uma causa justa excita e fortalece as pessoas. Todas as guerras começaram em nome desta idéia” (**Teresa Arruda Alvim Wambier, in Controle das Decisões Judiciais por meio de Recursos de Estrito Direito e de Ação Rescisória**).

Agradecimento Especial:

Ao meu filho Mendes Júnior, pela paciência no escaneamento e digitação dos textos, cooperando generosamente na produção final deste trabalho, ajudando a superar a confessada dislexia eletrônica do pai.

1 CONFIGURAÇÕES (QUASE) ASTRONÔMICAS EM TORNO DA PROFESSORA TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER.

Machado de Assis, nos seus vaticínios e bruxedos, chegou a afirmar, em seu livro “Crítica Teatral”, que: “A natureza não abre todas as inteligências. Marca-lhes órbitas, como planetas”.

Gravitando entre astros de ascendências luminescentes, Teresa nunca foi sítio demarcante de órbita planetária, pois sempre jorrou permanentemente luz astral própria, de primeira grandeza.

Reflexos generosos deste lume visualizamos em seu magistério, na generosa produção literária jurídica, no espírito de organização e coordenação de eventos jurídicos nacionais e internacionais, na participação grandiloqüente em

comissões projetistas e reformistas de leis processuais, na advocacia qualificada pela técnica e combativa no exercício, no saber ser e como fazer amigos, e de ser integralmente uma grande figura humana.

Justo tributo lhe é prestado, por essa coletânea de estudos jurídicos.

2 REFLEXOS DOS PARADIGMAS POLÍTICOS DO ESTADO NAS FASES EVOLUTIVAS DO PROCESSO CIVIL

Asseveram os doutrinadores da ciência processual que os paradigmas políticos do Estado marcaram profundamente os lineamentos fundamentais do Direito Processual Civil, balizando as grandes mudanças havidas na sistemática processual, referenciando a fase privatista do processo, com o Estado liberal, e a fase publicista com o Estado social.

Tem-se entendido que na transcorrência do Estado liberal, a presença do ente público soberano se fazia minimizada pelos influxos de um sistema legal tipificado por uma intensa liberdade das partes desde a constituição da demanda até o probatório, a elas contido, sem nenhuma participação ativa do Estado-juiz. Reservava-se a este, uma figura de mero espectador do litígio judicial, aplicar apenas no seu desenvolver as regras pertinentes ao fazer jurisdicional, quase servo do procedimento legal.

O Estado liberal, sem se abstrair da concentração da vontade das partes, não olvidando os princípios da demanda, do ônus probatório e da restrição do julgador em decidir somente o que as partes pleitearam em juízo, proporcionou a ruptura da postura expectante do julgador, dotando-o de capacidade probatória, a par de municiá-lo com o poder-dever de indeferir as provas requeridas pelas partes que não se adequarem ao molde de seu convencimento.

Até então, tolhido por frenagem legal de iniciativas próprias em busca da verdade real, ei-lo agora, em busca de não apenas uma solução jurídica para o conflito, mas também uma solução social para o litígio, mister inserido em um contexto de restauração do tecido social afetado e revelador do valor do justo.

Em especificiosa lição, ANTÔNIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA, ADA PELLEGRINI GRINOVER e CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, em obra coletiva, versante sobre teoria geral do processo, dilucidam com maestria, a questão posta em exame:

O Estado moderno repudia as bases da filosofia política liberal e pretende ser, embora sem atitudes paternalistas, “a providência de seu povo”, no sentido de assumir para si certas funções essenciais ligadas à vida e desenvolvimento da nação e dos indivíduos que a

compõem. Mesmo não ultrapassando a filosofia política do Estado liberal, extremamente restritiva quanto às funções do Estado, a jurisdição esteve sempre incluída como responsabilidade estatal, uma vez que a eliminação de conflitos concorre, e muito, para a preservação e fortalecimento dos valores humanos da personalidade. E hoje, prevalecendo as idéias do Estado social, em que ao Estado se reconhece a função fundamental de promover a plena realização dos valores humanos, isso deve servir, de um lado, para por em destaque a função jurisdicional pacificadora como fator de eliminação dos conflitos que afligem as pessoas e lhes trazem angústia, de outro, para advertir os encarregados do sistema, quanto à necessidade de fazer do processo um meio efetivo para realização da justiça.

Afirma-se que o objetivo-síntese do Estado contemporâneo é bem comum e, quando se passa ao estudo da jurisdição, é lícito dizer que a projeção particularizada do bem-comum nessa área é a pacificação com justiça. O Estado brasileiro quer uma ordem social que tenha como base o primado do trabalho e como objetivo o bem-estar e justiça sociais (art. 193) e considera-se responsável pela sua efetividade. Para o cumprimento desse desiderato, propõe-se a desenvolver a sua variada atividade em benefício da população, inclusive intervindo na ordem econômica e na social na medida em que isso seja necessário à consecução do desejado bem comum, ou bem-estar social (*welfare state*).

Essa atividade compreende a realização de obras de prestação de serviços relacionados com a ordem social econômica e compreende também às providências de ordem jurídica destinadas, como já vimos, a disciplinar a cooperação entre os indivíduos e dirimir os conflitos entre pessoas em geral. Tal é a *função jurídica do Estado* (Autores citados in *TEORIA GERAL DO PROCESSO*, 23ª Ed., pp. 43/44, Editora Malheiros, 2007, São Paulo).

Refletindo um extraordinário poder de síntese, LUCIANA AMICUCCI CAMPANELLI, em monografia de última fornada, esclarece:

Esta passividade e inércia judicial integram o modelo do processo civil dispositivo clássico, em que ao juiz é imposto comportamento passivo, sem outra função no processo senão dirigi-lo.

O princípio dispositivo puro fundamenta-se no aspecto estritamente

individualista do processo, sendo a entrega da prestação jurisdicional de interesse único e exclusivo das partes envolvidas, característica que não atende mais aos escopos do direito processual moderno, cuja tendência é da publicização do processo.

Deve-se observar que o princípio dispositivo foi relativizado quanto à produção de provas, porque o juiz tem iniciativa probatória.

Neste sentido é o posicionamento de OVIDIO ARAÚJO BAPTISTA DA SILVA ao afirmar que, como regra geral, ainda vigora no direito brasileiro o princípio dispositivo, mas sujeito a inúmeros artigos legais que o abrandam, outorgando ao juiz uma apreciável faculdade de iniciativa probatória. (Autora *cit in* PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ E A ISONOMIA PROCESSUAL, 1ª Ed., pp. 62/64, Editora Juarez de Oliveira, 2006, São Paulo).

Em lapidar trabalho, o grandioso JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, ao batizar as novas tendências da pós-modernidade em relação ao ordenamento processual de “neoprivatismo no processo civil”, esclarece de cátedra:

Antes de mais nada, cumpre esclarecer um aspecto importante das relações entre regime político e ordenamento processual. Afigura-se óbvio que a disciplina legal do processo “e não só do processo” sofre a influência das características do regime político sob o qual é editada. Mas, à luz da experiência histórica, também deveria ser óbvio que constitui exagero de simplificação conceder essa relação à guisa de vínculo rígido, automático e inflexível, para se considerar que, se determinada lei “processual ou qualquer outra” surgiu sob governo autoritário, essa contingência cronológica fatalmente lhe imprime o mesmo caráter e torna incompatível com respeito às garantias democráticas. A realidade é sempre algo mais complexa que dela propõem interpretações assim lineares, para não dizer simplórias (Autor *cit in* TEMAS DE DIREITO PROCESSUAL, 9ª- Serie, 1ª Ed., pp. 88/89, Editora Saraiva, 2007, São Paulo).

Diante de tal ponto de partida, e afeiçoado à lógica do razoável (*logos del razonable*), tem-se por seguimento, na busca e explicitação da idéia central do presente trabalho, o que verdadeiramente significa os poderes instrutórios do juiz.

3 PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ – A NOVA DINÂMICA DO TRATO PRESTATIVO DA JURISDIÇÃO

Como emblemas do Estado social e da pós-modernidade, o reflexo na legislação processual da capacitação plena do juiz em proceder a busca da verdade real, contida em cada litígio, podendo determinar as provas que entender necessárias em concordância ou não com os requerimentos probatórios dos litigantes, tudo em derredor dos princípios do livre convencimento e da persuasão racional, sem descumprimento do devido processo legal, tem-se a nova roupagem (armadura) do agente político exercente da atividade jurisdicional na pós-modernidade com as influências do modelo liberal de Estado.

O nosso atual Código de Processo Civil (Lei nº. 5.869 de 11.01.1973) é monumento demarcante das duas zonas de influência, consignando a tentativa equilibrante entre as tendências da dispositividade e inquisitividade.

O art. 130, do CPC, bem demonstra o arrojo do legislador, plenamente influenciado pelas idéias de modernidade do Processo Civil, conduzidas às nossas plagas pela inteligência de Enrico Tullio Liebman, que, pairante em São Paulo no período do segundo conflito mundial, conseguiu atrair para seus ensinamentos uma plêiade de jovens processualistas, dentre os quais o grande mentor do novo Código, Professor ALFREDO BUZOID, então Ministro da Justiça no período final de votação e sancionamento da novel legislação:

Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatória.

Eis o comando central do poder instrutório do juiz, que se irradia em vários dispositivos da unidade sistêmica, tais como: 333, I – Determinação de ofício da prova pericial; 342 – Interrogatório das partes; 335 a 360 – Exibição de documento ou coisa em poder da parte ou de terceiro; 399 – Requisição de informações e certidões junto às repartições públicas; 418, I e II – Inspeção judicial de pessoas ou coisas e inquirição de testemunhas referidas e acareação.

Sob visão de JOSÉ DOS SANTOS BEDAQUE, a quem se outorga o título de pioneiro no estudo específico dos poderes instrutórios do juiz, torna-se imprescindível a maior participação do juiz na efetivação do processo. É o que se depreende de sua valiosa lição:

Por tudo, conclui-se que a prova pertence a todos os que participam da relação processual: às partes, porque procuram demonstrar os fatos favoráveis aos seus interesses. Ao juiz, pois através da prova

se alcança do escopo do processo. E sua atividade não implica apenas a determinar toda prova que entenda necessária a formação do seu convencimento, mas inclui também o poder de interferir na produção da prova requerida pelas partes, tudo para alcançar os objetivos do processo.

Assim sendo, a atividade probatória também deve ser exercida pelo magistrado, não em substituição das partes, mas, junto com elas, como um dos sujeitos interessados no processo. A maior participação do juiz na instrução da causa é uma das manifestações da “*postura instrumentalista que envolve a ciência processual*”. Essa postura favorece, sem dúvida, a “eliminação das diferenças de oportunidades em função da situação econômica dos sujeitos”. Contribui, enfim, para a “efetivação do processo”, possibilitando que o instrumento estatal de solução de controvérsias seja meio real de acesso à ordem jurídica justa. A tendência moderna de assegurar a todos a solução jurisdicional, mediante o devido processo constitucional, compreende a garantia da solução adequada, cuja obtenção pressupõe a ampla participação do juiz na construção do conjunto probatório (Autor cit *in* PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ, 3ª Ed., pp. 161/162, Editora RT, 2001, São Paulo).

Não dissente o entendimento de MARIA ELIZABETH CASTRO LOPES, ao enunciar em conclusões:

-A admissibilidade do princípio dispositivo não é incompatível com o fortalecimento dos poderes do juiz.

-O juiz não é dono do processo (*dominus processu*), pois este é um instrumento público regido pelo princípio da colaboração entre os sujeitos que dele participam.

-O sistema vigente confere ao juiz razoável soma de poderes, não se vislumbrando a necessidade de ampliá-los, mas sim de fazê-los atuar eficazmente na busca da efetividade do processo (Autora cit *in* O JUIZ E O PRINCÍPIO DISPOSITIVO, 1ª Ed., p. 152, Editora RT, 2006, São Paulo).

Bem se depreende que o sistema processual civil brasileiro, ao preservar o princípio da demanda (art. 2º, do CPC), em sintonia com os da

responsabilidade probatória (art. 333, do CPC) e da reserva do pedido (art. 128, do CPC), ao mesmo tempo em que imprimiu no art. 130, do CPC, os poderes instrutórios do juiz, fê-lo em equilíbrio e harmonia, adotando uma posição sincrética em que a rigidez da dispositividade é mitigada, recebendo tratamento modernizador, ao liberar o julgador, dispondo em abono de seu convencimento, dos meios probatórios, até mesmo que alheios aos que pugnados pelas partes.

Consolidando tal entendimento, valemo-nos da admoção sábia, do grande mestre fluminense, JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA:

Não há responsabilizar o Código pela escassez das iniciativas instrutórias dos juízes, das quais são raras na prática, até as de mais cristalina legitimidade. Em numerosos casos isso se explica, por certo, pelas condições altamente desfavoráveis em que é exercida a função judicante. Não influirá também, contudo, ao menos em certo grau, uma tendência à timidez e à acomodação, “racionalizada” em termos de homenagem ao “princípio dispositivo” e favorecida pela atitude de ponderável setor da doutrina, que nele busca inspiração para desestimular, de modo frontal ou oblíquo, a pesquisa oficial da verdade? Antes que a lei, aqui é sobretudo a mentalidade dominante que gostaríamos de ver modificada.

Entretanto, o mais valioso instrumento “corretivo”, para o juiz, consiste sem dúvida na possibilidade de adotar “ex officio” iniciativas relacionadas com a instrução do feito. Os poderes instrutórios, a bem dizer, devem reputar-se inerentes à função do órgão judicial, que, ao exercê-los, não se substitui às partes, como leva a supor uma visão distorcida do fenômeno. Mas é inquestionável que o uso hábil e diligente de tais poderes, na medida em logre iluminar aspectos da situação fática, até então deixados na sombra por deficiência da atuação deste ou daquele litigante, contribui do ponto de vista prático, para suprir inferioridades ligadas à carência de recursos e de informações, ou à dificuldade de obter o patrocínio de advogados mais capazes e experientes. Ressalta, com isso, a importância social do ponto (Autor cit *in* Temas de Direito Processual, 3ª série, pp. 38, 52, 53, Editora Saraiva, São Paulo, 1984).

Desta sorte, iniludível que o interrogatório das partes habita o universo dos poderes instrutórios do juiz.

4 PRIMEIROS ASSENTAMENTOS SOBRE O INTERROGATÓRIO AS PARTES

O vigente Código de Processo Civil, gerado na inspiração cultural e doutrinária do eminente processualista ALFREDO BUZAID, trouxe até nós a inovação pela expressividade possibilitadora de o Juiz determinar, em qualquer fase do processo, de ofício, o comparecimento pessoal das partes, a fim de interrogá-las sobre os fatos da causa.

Inexistia, no Código revogado, disposição expressa nesse sentido, sendo aceita análoga disposição, como integrante do poder geral do Juiz, na reitoria do feito, como atestava o art. 117, *in verbis*: A requerimento, ou *ex-officio*, o juiz poderá, em despacho motivado, ordenar as diligências necessárias à instrução do processo e indeferir as inúteis em relação ao seu objetivo ou requeridas com propósitos manifestamente protelatórios.

Da maneira como hoje se encontra sistematizado, podemos distinguir o depoimento pessoal da parte, requerido pela *ex-adversa* (art. 343 do CPC), com o interrogatório das partes determinado *ex officio* pelo Juiz (art. 342 do CPC), de momentos e de efeitos próprios e distintos, como veremos, ao se proceder à intenção exegética deste articulado, no tópico seguinte.

Os contornos históricos do interrogatório dos demandantes findam origem no Direito Romano, em que era amplo e irrestrito:

“Para averiguar la verdad, el juez prefecto, vicario, etc. tenía más amplitud que en nuestro proceso. Podía interrogar a las partes cuantas veces creyera conveniente, mientras que, entre nosotros, sólo en diligencias para mejor proveer” (HUMBERTO CUENCA, “Proceso Civil Romano”, p. 146, Ed. Jurídica Europa-América, Buenos Aires, 1957).

A tradição em nosso Direito rescende ao formalismo reinol das *Ordenações*:

“Tem lógar o depoimento dentro da Dilação ou antes della começar (cit. Ord., Liv. III, Tít. 53, § 13, Tít. 54 princ.), depois de finda a Dilação, excepto: I – se o depoimento foi requerido dentro da Dilação; II – se for ordenado pelo Juiz *ex officio*...” (PEREIRA E SOUSA, “Primeiras Linhas sobre o Processo Civil”, p. 165, nota 464, H. Garnier, Livreiro Editor, Rio de Janeiro, 1907).

“O interrogatório da parte pode ser oficial ou requerido. As Ord. L. III, t. 20, § 4º e t. 32 pr. o admitiam *in initio litis...*” (FRANCISCO PAULA BAPTISTA, “Compendio de Theoria e Prática”, p. 124, 8ª ed., Livraria Acadêmica de Saraiva e Cia., s/d., S. Paulo).

A aceitação de tão eficiente meio de esclarecimento na formação do livre convencimento do julgador faz-se sentir entusiasticamente no Código de Processo Civil italiano, em seu art. 117, tendo como grande arauto MAURO CAPPELLETTI, com igual ressonância nas legislações processuais da Alemanha (L. ROSEMBERG), Dinamarca (H. MUNCH-PETERSEN), Inglaterra, Estados Unidos da América do Norte, Áustria, Cantão de Zurique, Japão, Hungria, Suécia e Noruega, além do consagrado acolhimento no Código Processual francês, de que noticiam os mestres JEAN VIATTE e EMANUEL BLANC.

Trata-se indiscutivelmente de salutar meio de redução do distanciamento do Juiz com as partes, possibilitando o esclarecimento de certos aspectos fáticos da questão, hauridos do próprio agente, sem intermediação técnica do procurador judicial, e que, decerto, torna mais límpido e escorreito o material coletado, de forma a cintilar em inigualável brilho, espancando as obscuridades, dúvidas e aspectos controvertidos da demanda.

Não sei a razão por que nossos juízes se têm julgado dispensados deste precioso meio de instrução e exame. (Francisco Paula Baptista, *in* Compêndio de Theoria e Practica, 8ª Ed., s.d, Editora Livraria Acadêmica de Saraiva e C.a., São Paulo).

A indagação vem de longe, através de PAULA BAPTISTA, e repassada na mais alta qualidade e saber do velho processualista.

Esta indagação, de certa forma, é respondida pela aguda inteligência da professora ADA PELLEGRINI GRINOVER:

A responsabilidade processual inexistente no Brasil, nem se faz premente, na medida em que o juiz brasileiro assoberbado de serviço e com acúmulo permanente de processos, raramente chega a exercer sequer os poderes que os códigos lhes atribuem, limitando-se, no mais das vezes, a aguardar a iniciativa das partes e a confiar em seu poder dispositivo (Autora cit. *in* Responsabilidade do Juiz brasileiro, Estudos de Direito Processual em homenagem a José Frederico Marques, 1ª ed., p. 23, Editora Saraiva, 1982. São Paulo).

A acuidade de ALCIDES CONEJEIRO PERES, nos fornece um

verdadeiro roteiro (mapa) de onde se encontrar o termo interrogatório no complexo de regras que formam o processo civil brasileiro, muito embora o alvo de nossas inquietações tenha residência no art. 342, do CPC:

“Interrogá-la.....na audiência,	343
“Interrogá-las.....a fim de,	342
“Interrogada.....a parte será,	344
“Interrogado.....que lhe for,	340, I
“Interrogando-o.....examinará,	1181
“Interrogará.....o juiz,	416
“Interrogatório.....assistir ao,	344, § único
	consistir em, 846
	far-se-á o, 847

da audiência de, 1.182 (Autor *cit in* Vocabulário do Código de Processo Civil, 2ª ed., p. 217, Editora Forense, 1998, Rio de Janeiro).

5 EXEGESE DO ART. 342, DO CPC.

O art. 342, da Lei nº 5.869, de 11.1.73, manteve inalterada a redação dada ao art. 346 do texto do projeto de Lei do Executivo, que recebeu, na casa de origem o nº 810-B/72 e nº 41/72, na Câmara dos Deputados, e, conseqüentemente, nenhuma emenda lhe foi oposta, tramitando, até a aprovação final e sanção presidencial, com a mesma redação insculpida pela Comissão de processualistas, comandada pelo mestre BUZAID.

A *verba legis* é incisiva: O Juiz pode, de ofício, em qualquer estado do processo, determinar o comparecimento pessoal – das partes, a fim de interrogá-las sobre os fatos da causa.

Tal como se encontra posta, a norma exsurge, como primeiro aspecto merecedor de interpretação, se a determinação contida no artigo em menção faz-se regra, ao passo que o depoimento seria exceção, diante da redação empregada no art. 343, *in verbis*: “Quando o Juiz não determinar de ofício...”.

Parece-nos ser precária a formação de entendimento, com utilização desta ótica, obtido pela interpretação literal, com desprezo do exame sistemático da matéria.

Em tal sentido já professava ANTÔNIO LUIZ DA CAMARA LEAL:

Consiste o interrogatório na faculdade que tem o juiz de dirigir, por autoridade própria, perguntas às partes sobre o objecto do litígio. Differe, como veremos do depoimento pessoal e nenhum

fundamento sólido autoriza a atribuímos ao juiz o uso do depoimento, quando a lei o facultou somente às partes e para o juiz criou outro meio para obter a confissão dos litigantes. Seria supérfluo na lei um instituto superfluo ou dois institutos para o mesmo fim, o que é aberratório dos princípios hermenêuticos.

O interrogatório, e não o depoimento, é o meio de prova atribuído à espontânea iniciativa do juiz e que a lei lhe outorga para obter a confissão das partes, e, por isso deve ser ordenado pelo juiz *ex officio* (Autor cit in DO DEPOIMENTO PESSOAL – THEORIA E PRÁTICA, 1ª Ed., pp.36/37, Editora Livraria Acadêmica Saraiva, 1923, São Paulo).

A liberdade probatória é ampla; cada parte requererá e produzirá as provas que reputar necessárias ao confirmatório de seus direitos, dentre elas encontrando-se a do requerimento pelo depoimento pessoal do litigante adverso, um direito que lhe assiste (art. 343), e, como tal, exercitável ou não, passível inclusive de desistência.

No que pertine à faculdade outorgada ao Juiz (art. 342), esta tem oportunidade, independentemente ou não, de terem sido requeridos os depoimentos pelas partes, ou, se estes já foram consumados, em qualquer fase ou estado do processo, sempre que o judicante tiver necessidade de esclarecer fatos alusivos à causa.

O outro elemento aferido é que o depoimento pessoal, pois assim se encontra nominado, terá ocorrência quando da abertura da audiência de instrução e julgamento, dentro do momento estabelecido no art. 452, ou seja, após a prestação de esclarecimentos pelos peritos e assistentes e sempre antecedendo a colheita da prova testemunhal, ao passo que o interrogatório das partes poderá ser exercido em qualquer momento processual, até mesmo avizinhandose a prolação da sentença, prazo em que a autoridade judiciária converterá em diligência o julgamento.

Um não necessita obrigatoriamente do outro; ambos são prescindíveis, desde que assim seja dispensado (ou não requerido) o depoimento pessoal pela parte contrária, ou, desnecessitando o Juiz de esclarecimentos, através do interrogatório das partes; nenhum é regra, nenhum é exceção; ambos são exercitáveis e possíveis concomitantemente, através do direito da parte e/ou pela faculdade do Magistrado.

Embora a grande maioria de nossos processualistas não adote a denominação *juris* diferenciativa, preferindo tratar como “depoimento requerido”, e “depoimento *ex officio*”, parece-nos bem assente, pela própria redação dos arts. 342 e 343, que o primeiro trata, com exclusividade, do interrogatório da

parte, enquanto que o segundo, por sua própria natureza, finalidade e efeitos, é que merece a denominação de “depoimento pessoal”, pois as expressões têm significação bem diversa, embora, pela *praxis*, os dicionaristas do Direito não consignem a distinção, com a exceção honrosa de AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS, o jurisconsulto do império, que assim diferentemente verbetizou:

Interrogatório é uma das partes integrantes do Processo Civil, e do Processo Criminal, em que as partes são perguntadas sobre o que pertence à causa.

Em matéria civil, entre nós, foram abolidos os inquisidores pelo art. 26 da Disp. Provis. sobre a administração da Justiça Civil, e os interrogatórios pelas próprias partes, ou seus procuradores; e fazem os juízes, sendo necessário. (Autor cit. *In Vocabulário Jurídico* Vol. I - T. I - Clássicos do Direito Brasileiro, p.158, Editora Saraiva, 1983, São Paulo).

Depoimento pessoal – É o interrogatório feito pelo Juiz à *parte* autora ou à ré, e as respectivas respostas orais sobre os fatos da causa. Pode ser determinado pelo Juiz de ofício, ou a requerimento da *parte*, em qualquer momento do processo, mas normalmente dentro da audiência de instrução e julgamento (ELIEZER ROSA, “Dicionário de Processo Civil”, p. 168, Bushatsky, 1973, São Paulo).

Denominação que se dá ao depoimento feito por uma das *partes* em demanda, intentado com o objetivo de provocar a confissão do depoente acerca dos fatos em litígio (DE PLÁCIDO E SILVA, “Vocabulário Jurídico”, p. 36, v. II, 7ª ed., Forense, 1982, Rio de Janeiro).

Conjunto de declarações que um dos litigantes – o autor ou o réu – presta em juízo, na audiência de instrução e julgamento da causa, a requerimento da *parte* contrária, que, por este meio, procura apurar a verdade do fato, ou direito, e assim obter prova do seu contendor (PEDRO NUNES, “Dicionário de Tecnologia Jurídica”, p. 342, v. I, 7ª ed., Freitas Bastos, 1966, Rio de Janeiro).

“Depoimento Pessoal” (dir. prc.).

Depoimento do autor ou do réu (LEIB SOIBELMAN, “Dicionário Geral do Direito”, v. I, p. 187, José Bushatsky, 1974, S. Paulo).

Os dicionários reservam ao vocábulo “interrogatório” destinação específica ao ato processual penal, previsto no art. 185 da Lei de Ritos Penal.

O que é de interesse, embora reconheçamos a liça ainda hoje existente entre os doutrinadores do Processo Penal, de ser o interrogatório meio de prova ou de defesa, emerge da sua natureza *ad clarificandum*, pois, em origem, o ato de interrogar era prova do Juiz.

Momento aclarador das obscuridades da lide, e solucionador das controvérsias: é assim que é admitido o interrogatório das *partes*, na lei, doutrina e jurisprudência processual civil.

Vejamos a dicção dos processualistas:

O art. 342 agora estabelece, nitidamente com caráter de prova complementar, o direito-dever do juiz de ordenar, em qualquer estado do processo, o comparecimento pessoal das partes, a fim de interrogá-las sobre os fatos da causa.

Desde logo devemos consignar que o instituto disciplinado no art. 342 é inconfundível com o depoimento pessoal, pois, como é sabido, é regra de hermenêutica que se dê a cada instituto, sendo possível, como no caso o é, um rendimento autônomo e próprio.

O art. 342 confere ao Juiz, como se disse, um poder-dever, no sentido de que deverá ser usado quando o Juiz se encontrar num estado de dúvida insuscetível de ser esclarecida por outro modo, que não o interrogatório, ou, pelo menos, que entenda ser o interrogatório meio manifestamente adequado para esclarecimentos (ARRUDA ALVIM, “Manual de Direito Processual Civil”, v. II, pp. 298-229, Ed. RT, 1978, S. Paulo).

Ao lado do depoimento pessoal, o Código de Processo Civil instituiu, a nosso ver, o interrogatório, que, com aquele instituto, se assemelha mas não se confunde.

E aí se tem a aplicação do princípio da imediatidade do Juiz com as *partes*, na sua maior amplitude.

Por outras palavras, o interrogatório “sobre fatos da causa”, na hipótese do artigo 342, tem a finalidade de aclará-las, para bem se instruir o processo das provas necessárias, e bem decidir”

(MOACYR AMARAL SANTOS, "Primeiras Linhas de Direito Processual Civil", v. 2º, pp. 409-410, 6ª ed., Saraiva, 1981, S. Paulo).

Examinados em suas linhas gerais, podemos estabelecer a separação entre os dois institutos:

a) O depoimento pessoal é uno em sua realização, sempre a requerimento da *parte* adversa (art. 349), e realizado em momento certo, na abertura da audiência de instrução e julgamento (inc. II do art. 452), ao passo que o interrogatório (art. 342) pode ser múltiplo e realizável em qualquer fase do processo, e determinado de ofício pelo juiz, a seu critério, para discernimento de dúvidas e obscuridades.

b) O instante de se deferir o pedido de depoimento pessoal é na fase saneadora (art. 330, II), enquanto que o da determinação *ex officio*, pela própria flexibilidade e elastério, tem aplicação em qualquer momento processual, através de despacho, desde que antecedente à prolação da sentença.

Por derradeiro, impõe-se o estabelecimento dos efeitos do interrogatório, no que alude ao litígio, ou, ainda, à conseqüência da contumácia da *parte* em Juízo.

A doutrina tem acordado que se torna impossível a inserção do mandado intimatório para fins de interrogatório, da admoção da confissão, estabelecida, especialmente, para os casos de depoimento pessoal (§ 1º do art. 343) e, conseqüentemente, tornando-se inaplicável, nas hipóteses de mero interrogatório, incidente à *parte in non comparendo*, embora tenha entendido contrariamente SÉRGIO SAHIONE FADEL:

E o litigante, que for chamado, deve comparecer, sob pena de lhe ser imposta a pena de confesso, ao menos relativamente aos fatos que o Magistrado desejaria esclarecer (autor cit. in "Código de Processo Civil Comentado", v. II, p. 203, José Konfino Editor, 1974, Rio de Janeiro).

Assentando em prumo e norte diversos, a grande maioria dos processualistas:

Com relação ao depoimento requerido (não ao determinado de ofício), comina a lei sanção para o descumprimento do dever de comparecer e de depor. A sanção consiste na aplicação à *parte*, pelo Juiz, da pena de confissão (art. 343, § 2º); isto é, presumem-se *rectius*, fingem-se, confessados, nos termos do art. 343, § 1º, os fatos contra *ela* alegados (JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA,

“O Novo Processo Civil Brasileiro”, p. 78, 5ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1983).

Essa penalidade somente cabe quando o depoimento for requerido pelo adversário, e não, quando for determinado pelo Juiz, *de ofício*, usando do poder do art. 342 (ALCIDES DE MENDONÇA LIMA, “Probidade Processual e Finalidade do Processo”, p. 56, Ed. Vitória, Uberaba-MG, 1978).

Perquire-se, sendo defesa a inserção da admonição no mandado de intimação, e não valendo como confissão, mesmo que obtidos elementos confessórios: no ato de interrogatório, diante de sua natureza clarificatória, qual a sanção que incorreria a parte desidiosa em não comparecer em Juízo?

Adiante-se-nos impossível a aplicabilidade de sancionamento e oneração de confissão em qualquer circunstância da determinação interrogatorial (embora MOACYR AMARAL SANTOS, em seus “Comentários ao Código de Processo Civil”, Forense 1975, admitisse a confissão se esta acidentalmente ocorresse), e tampouco pode ser jungida à compulsoriedade o comparecimento da parte, desde que, para o depoimento pessoal, não se encontre obrigada a *parte* da presença em Juízo, ou prestá-lo e tão-somente lhe gravando em caso de negativa a *confessio ficta*, não se afeiçoando, por igual a condução forçada (“debaixo de vara”), cuja utilização, em decorrência do poder de polícia do Juiz no processo, é restritiva à testemunha faltosa (artigo 412 do CPC), impossível de aplicação analógica, por imposição hermenêutica e diante do direito e garantia constitucional da parte, de fazer-se silente em face da demanda que lhe é proposta.

A recusa do não-comparecimento infringe o dever processual estabelecido no artigo 340, I, com a quebra correspondente dos “deveres de expor os fatos em Juízo, conforme a verdade, e proceder com lealdade e boa-fé” (art. 14, I e II), carreando para o faltoso um posicionamento desagradável diante do julgador, que, em não dissipando as dúvidas ou contradições preexistentes, deverá apreciar, no momento sentencial, a conduta da *parte*, no contexto das provas.

A fonte doutrinária é uníssona:

Malgrado não seja conveniente a consignação no mandado da advertência, constante do § 1º do art. 343, já que a confissão real ou ficta não é seu objetivo, o não comparecimento da parte, chamada, *ex officio*, para depor, a submete à infrigência ao disposto no art. 340, I, norma disciplinar sem sanção, mas que carrega à *parte* que a viola, a uma posição incômoda na apuração dos fatos, já que se converte em elemento de convicção (JOÃO CARLOS PESTANA

DE AGUIAR, “Comentários ao Código de Processo Civil”, v. IV, p. 128, Ed. RT, 1977, S. Paulo).

O desrespeito a esses deveres faz resultar para o Juiz o poder, conforme a natureza e gravidade do caso, e circunstâncias, que o rodearam, ponderosamente apreciadas, de atribuir àquela atitude da *parte* caráter de procedimento de má-fé, equivalente à alteração intencional da ‘verdade dos fatos’ e de omissão intencional de ‘fatos essenciais ao julgamento da causa’ (CPC, art. 17, II e III), com a conseqüente aplicação, afinal, da sanção do art. 18 do mesmo Código. Isso tudo sem prejuízo de o Juiz extrair da atitude do litigante desidioso argumentos probatórios que lhe sejam desfavoráveis” (MOACYR AMARAL SANTOS, ob. cit., p. 411).

É oportuno ressaltar, também, ainda, à guisa de introdução, que a cominação da pena de confissão, expressamente prevista no art. 343, não se estende ao preceito do art. 342, omissivo a respeito.

Consoante princípio de interpretação da lei, as disposições constantes dos parágrafos se subordinam ao *caput*, o que leva a concluir que o § 2º do art. 343 não pode alcançar o disposto no art. 342 (apud Repro 5/327 e 328)” (ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, “Audiência de Instrução e Julgamento”, p. 80, 1ª ed., Forense, 1979, Rio de Janeiro).

A fonte jurisprudencial na abrangência do tema “interrogatório das partes” ainda é bastante rara, talvez pela não-aplicabilidade do instituto em larga escala. Vejamos ilustrativamente dois arestos sobre a matéria:

Se o Juiz, a quem está confiado o julgamento da demanda, declara ser indispensável a produção de certas provas a fim de que possa firmar convicção, usa da faculdade legal, face ao que dispõe não só o art. 342 do CPC, como, ainda, diante dos preceitos dos arts. 130 e 418 do nosso Estatuto (Ac. unân. 9.454 da 1ª Câm. do TJPR, in “O Processo Civil à Luz da Jurisprudência”, ALEXANDRE DE PAULA, v. III, p. 539, nova série, Forense, 1982, Rio de Janeiro).

O Magistrado, ao determinar, *de ofício*, a intimação da *parte* para o depoimento pessoal, poderá cominar, para o caso do não-comparecimento, as mesmas conseqüências previstas no § 1º do art. 343 do CPC. A desconsideração à Justiça pelo não atendimento de mandato judicial não é menor quando a iniciativa parte do Juiz, do que tem origem no requerimento da outra parte; num e noutro

caso, a indiferença da *parte*, não atendendo ao chamado, poderá importar, desde que previamente advertida, na presunção de confissão ficta (Ac. da 3ª Câm. do TARS, na Ap. 22.296, *in ob.* e autor supracitado, pp. 548.549).

A forma de como se proceder ao interrogatório, diante do princípio do contraditório, reinante em nossa legislação processual desde as suas bases primeiras, tem aguçado os nossos estudiosos do Processo Civil, na busca de uma solução que compatibilize a informalidade do ato, a sua publicidade, a participação das partes e de seus procuradores.

Tal preocupação remonta ao início da formação de nosso Direito Processual Civil, através do magistério do sempre sábio PAULA BAPTISTA:

Poderá a parte interrogada comparecer com assistência e auxílio de seu advogado? Aquelles que seguem a afirmativa fundam-se em que não se deve consentir que as pessoas sejam surpreendidas com interpeleções imprevistas, e, desta sorte, destruam os planos do seu advogado. Eu, porém, sigo a negativa (é justamente a seguida nas causas criminais), e digo, como Rauter, que a verdade dos factos não precisa de assistência e conselhos dos sábios para se reproduzir. Cada um deve saber os factos que lhe são pessoais; se consultar sua consciência, não deverá temer ser interrogado; entretanto que, se lhe for permitido a recorrer a conselhos estranhos, o interrogatório ficará reduzido a escreverem-se respostas suggeridas e ensinadas. A justiça quer o triumpho da verdade, e não o das invenções, e, por isto, cumpre que o interrogado responda de viva voz e sem auxílio estranho” (autor cit. *in* “Compêndio de Theoria e Practica”, p. 125).

A solução de conformação do princípio dispositivo, predominante em nossa processualística, com o da inquisitorialidade do interrogatório, embora de resultado abrandado e misto, ensinam-nos os doutos os seus lineamentos:

Há formalidades a observar para realizar-se esse interrogatório? A Lei é omissa; trata-se de ato de forma livre. Nada obstante, a exigência inscrita no art. 117 do CPC italiano, na parte não traduzida no texto brasileiro “...comparecimento das partes em contraditório...”, fornece apoio seguro. Deve ser respeitado, pois, o princípio de contraditório, mediante não só a designação de dia e hora, como a ciência também prévia da *parte* contrária e dos

litisconsortes e assistentes, no caso de não terem sido convocados. O interrogatório tanto poderá ser feito em conjunto, como isoladamente. O Juiz poderá observar, se reputar conveniente, o disposto no art. 344, parágrafo único.

Tais requisitos informam igualmente a inspeção judicial, da qual o disposto nos arts. 442, parágrafo único e 443, *caput*, aplica-se ao interrogatório. A parte poderá fazer-se acompanhar de seu advogado; do ato deverá ser lavrado termo no qual será lançado apenas o que for essencial, precisamente por não se tratar de depoimento e não incidir, portanto, a disposição do art. 344, *caput* (EGAS MONIZ DE ARAGÃO, Exegese do Código de Processo Civil, v. IV, t. I, p. 145, 1ª ed., Aide Editora, 1984, Rio de Janeiro).

Afigura-se-nos, ainda, que do interrogatório livre, tal como está previsto no art. 342, dever-se-á lavrar um termo, de tal forma que fique documentado nos autos o que a *parte*, ou as *partes*, tenham dito ao Magistrado. Ainda, parece-nos ser direito dos advogados assistirem ao referido interrogatório, menos para nele intervirem, senão para fiscalizar a atividade do Juiz, no sentido de evitar que saia ele, eventualmente, de sua imparcialidade. Aplica-se o disposto no art. 342 a quaisquer tipos de processos, inclusive, senão especialmente, aos casos de segredo de justiça, hipótese em que também têm os advogados o direito de, aos mesmos, estarem presentes. Ainda, não deverá uma parte ouvir o interrogatório da outra, mercê da aplicação analógica da lei (art. 413) (ARRUDA ALVIM, ob. cit., p. 300).

Revela-se que, assumindo a condição de integrante da grande família jurídica romana-germânica, o Brasil, por legado histórico e sistematização, identificáveis na legislação adjetiva, em toda sua história, exhibe os traços característicos de participante do sistema *CIVIL LAW*, onde a iniciativa do juiz, quando não expressamente permitida, não é vetada, possibilitando a existência harmoniosa entre os poderes dispositivos e inquisitivos, sem os rigores demarcantes da dispositividade e da inquisitividade, este último predominante no sistema *COMMON LAW* do direito anglo-saxônico.

6 VITRINA DO INTERROGATÓRIO DAS PARTES NO DIREITO COMPARADO

Por amostragem ilustramos neste capítulo a existência do instituto processual do interrogatório das partes nos ordenamentos jurídicos estrangeiros, enfocando primacialmente sua presença nos países do sistema *COMMON LAW* e *CIVIL LAW*.

De permeio, o registro consignante da presença interrogatorial no Direito Canônico, berço da tradição jurídica ocidental e formante em companhia do Direito Romano e do Tedesco, a grande família do denominado *CIVIL LAW*, vivenciado ainda hoje nos países europeus e latinos.

A exemplificação do *COMMON LAW*, vem do direito americano, onde o sistema tem características próprias, diferenciando daquele demarcante dos países anglo-saxônicos, ostentando, porém, um traço comum, ou seja, nenhuma mobilidade probatória do juiz, restando o seu engessamento diante da plena dispositividade favorecendo aos litigantes e seus procuradores, estes sim dotados de uma exclusiva disponibilização probante.

O feito misto (dispositividade e inquisitividade), guarnece a autoridade judicial de poderes instrutórios em parificação como os litigantes, é a tônica da maioria dos ordenamentos jurídicos, colacionando-se em abono desta assertiva, regramentos processuais da Itália, Portugal e do Código Modelo (TIPO) para iberoamérica:

117. Interrogatorio *non formale delle parti*

- Il giudice, in qualunque stato e grado del processo, há facoltà di ordinare la comparizione personale delle parti in contraddittorio tra loro per interrogarle liberamente sui fatti della causa (p.c. 229, 415, 420). Le parti possono farsi assistere dai difensori.

229. *Confessione Spontanea - La confessione spontanea puo essere contenuta in qualsiasi atto processuale firmato dalla parte personalmente, salvo il caso dell art.117.*

* Os artigos 228 a 232 cuidam - *Della confessione giudiziale e dell interrogatorio formale*, que corresponde em nosso sistema processual ao depoimento pessoal da parte (343, CPC) (**Código de Processo Civil Italiano - organizado e anotado por CORRADO FERRI, Editora Zanichelli, 1994, Torino**).

Artigo 266. (princípio da cooperação)

1 - *omissis*

2 - O juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de facto ou de direito que se afigurem pertinentes dando-se conhecimento à outra parte dos resultados diligência (**Código de Processo Civil português, coordenado por José Tavares de Sousa, 2ª edição, 1997, Coimbra Editora, Portugal**).

Cân. 1530 - Para apurar melhor a verdade, o juiz pode sempre interrogar as partes, e até o deve, a requerimento da parte ou para provar um fato que é do interesse público que esteja acima de qualquer dúvida.

Cân. 1528 - Se uma parte ou testemunha recusam apresentar-se perante o juiz para responder, é lícito interrogá-las mesmo por meio de um leigo designado pelo juiz ou requerer a declaração delas perante público tabelião, ou por qualquer outro modo legítimo. Este canôn, que é completamente novo, facilita notavelmente a instrução do processo, embora possa debilitar o valor do depoimento em questão. A razão desta nova prescrição está em que o interrogatório das partes ou das testemunhas não é um verdadeiro ato de jurisdição, pelo que pode ser inclusive a pessoas que não participam do poder judiciário da Igreja (**Código de Direito Canônico - Codex Iuris Canonici - 7ª edição revista e ampliada, 1994, Edições Loyola, São Paulo**).

139. (interrogatorio)

139.1. El interrogatorio se hará por el Tribunal, sea el dispuesto de oficio o por pedido de parte. Las preguntas recaerán sobre los hechos controvertidos; terminado el interrogatorio, las partes, por intermedio de sus abogados, podrán interrogarse libremente, pero sujetos a la dirección del Tribunal conforme con lo dispuesto por el numeral 3º del artículo 151.

139.2. El interrogatorio de La parte podrá efectuarse por el Tribunal en el curso de cualquier audiencia, de oficio o a solicitud de la parte contraria, sin necesidad de previa citación.

139.4. La incomparencia a la citación sin causa justificada, así

como la negativa a contestar o las respuestas evasivas o inconducentes, en su caso, susceptibles de ser probados por confesión (EL CODIGO PROCESAL CIVIL MODELO PARA IBERO AMERICA TEXTO DEL ANTEPROYECTO Segunda edición supervisada y actualizada por ENRIQUE VESCOVI, Fundación de cultura universitaria 1997, Montevideo, p.80/81).

Interrogatório (*Interrogatory*) – Perguntas por escrito feitas por uma parte e oficialmente entregues a uma parte oponente que as deve responder por escrito e sob juramento como uma peça de revelação (*In Glossário de Termos Usados nos Tribunais Federais dos Estados Unidos, 6ª Impressão, p. 32, Serviços de Divulgação e Relações Culturais dos Estados Unidos da América – USIS, 1998).*

CHAPTER III – PRETRIAL: FRAMING THE LITIGATION, A. PLEADING

§ 3 – 25. *Interrogatories* (Interrogatórios)

Interrogatórios consistem em uma serie de perguntas escritas as quais são respondidas igualmente de forma escrita e assinadas sob juramento de verdade. Os interrogatórios são diferentes dos depoimentos escritos pois são dirigidos apenas às partes e não às testemunhas e também porque as perguntas nos interrogatórios são formuladas pela parte e por seu advogado (nos depoimentos escritos apenas o advogado formula perguntas).² (*In CIVIL PROCEDURE IN A NUTSHELL, FOURTH EDITION, by MARY KAY KANY, ST. PAUL, MINN, WEST PUBLISHING CO., p. 134, 1996, Livre Tradução de Lúcio Flávio Apoliano Ribeiro, Magistrado Trabalhista da 21ª região).*

O processo perante o Judiciário nos EUA, seja no âmbito federal, seja no estadual, encontra-se dominado por princípios de ordem constitucional, que, em grandes traços, são os seguintes:

1.º) repulsa a aspectos inquisitoriais, seja no processo civil, seja no criminal; em ambos, há a idéia fundamental de que o relacionamento entre as partes e o juiz, é uma relação em que este exerce uma função neutra, como se fosse um arbitro, colocando-se à sua decisão o confronto autor/réu (*adversary proceedings*) no processo civil ou,

no processo criminal, o confronto de um lado a sociedade, representada pelo Ministério Público, o *prosecutor*, com enormes poderes e iniciativa, e de outro, o acusado (*accused*) (*accusatory proceedings*); em quaisquer deles, estão vedadas maiores iniciativas ao juiz ou quaisquer impulsos oficiais que não sejam determinados por iniciativa das partes ou do *prosecutor* (ou seja, proibição dos *inquisitorial proceedings*); (GUIDO FERNANDO SILVA SOARES, in COMMON LAW – INTRODUÇÃO AO DIREITO DOS EUA, 1ª Ed., pp. 58 e 104, Editora RT, 1999, São Paulo).

De toda a contextualidade dos referenciais, deduz-se, como sinal demarcante dos dois sistemas, a participação do juiz na gestão da atividade processual.

Dinâmico e investigativo no *CIVIL LAW*, estático e meramente aplicador da lei no *COMMON LAW*.

A busca equilibrante entre as duas mentalidades (liberdade e contenção), na primeira privilegiando-se a prospecção dos fatos na missão reveladora da verdade real, e na segunda, a outorga dos litigantes pelo conduto profissional de seus advogados, de instrumentos hábeis de produção de provas, capacitando-os a ofertarem ao julgador material apto à formação de seu convencimento.

O divisor de águas entre os dois sistemas emerge da pena sensível e genial de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA:

“Civil law e common law: processo “inquisitorial” e processo “adversarial” – O confronto entre o civil law e common law tem sido feito por diversos prismas. No campo do processo, é critério recorrente o que se tira da divisão do trabalho entre o juiz e partes (*rectius*: entre juiz e advogados das partes) na instrução probatória. Adverte-se aí uma diferença de acentuação: os ordenamentos anglo-saxônicos atribuem a tarefa principalmente aos advogados, enquanto nos da família romano-germânica assumem relevância maior o papel do órgão judicial. Cunharam-se até denominações, no âmbito do *common law*, para assinalar o contraste: ao processo do tipo dominante na família romano-germânica chama-se “*inquisitorial*”, ao outro tipo, “*adversarial*”. À evidência, jamais existiu e com certeza jamais existirá ordenamento processual “quimicamente puro”: todos combinam, em variável dosagem, elementos de ambos os tipos (Autor *cit. In* TEMAS DE DIREITO PROCESSUAL – 9ª Série, 1ª Ed., p. 41, Editora Saraiva, 2007, São Paulo).

7 UMA QUASE NOSTALGIA

Os proclamados poderes instrutórios do juiz, conquistas do povo e da democracia participativa pela ótica da soberania popular com representação incorporada na realização da função jurisdicional, cujo relevo efetivo na maioria das vezes habita apenas a moldura legal e atitudes operacionais isoladas, tornando anêmicas as disposições processuais que os instituíram, causando por ditame da lei física da inércia, conseqüências atrofiantes e indicativos de lenta passidão e de certa vacuidade.

O sonho e o ideal do processo civil moderno passa e repassa pelas posturas autênticas e técnicas dos operadores jurisdicionais, fazendo com que o juiz moderno, prometido julgador do terceiro milênio, quase figura alada, livre do casulo da legalidade estrita, com mente aberta e sensibilidade aguda, seja atento aos fatos e acontecimentos do homem em sociedade, demonstrando por exigência e reclamo social, um profundo equilíbrio entre os princípios norteadores da dispositividade e da inquisitividade, sem a ousadia de malabares.

Ter-se-á o juiz por vigilante diuturno do assecuratório efetivo do cumprimento das garantias processuais constitucionais, fazendo com que a norma volva-se para sua origem, a organização do Estado e a justiça social, e seja relevante para o homem, o seu grande destinatário.

Só assim escaparemos da nostalgia itabirana vivenciada por Drummond:

Tive ouro, tive gado, tive fazendas.
Hoje sou funcionário público.
Itabira é apenas uma fotografia na parede.
Mas como dói!

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

² Interrogatories consist of a series of written questions to which written answers are prepared and signed under oath. They differ from depositions on written questions in that they may be directed only to parties, not witnesses, and the answer may be composed by the party and his attorney.

REFERÊNCIAS

- AGUILAR João Carlos Pestana de. *Comentários ao código de processo civil*. S. Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. v. 1.
- ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. S. Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. v. 2.
- ARAGÃO, Egas Moniz de. *Exegese do código de processo civil*. Rio de Janeiro: Ed. Aide, 1984. v. 4, t. 1.
- BAPTISTA, Francisco Paula. *Compêndio de theoria e practica*. 8. ed. S. Paulo: Livraria Acadêmica de Saraiva, s.d.
- BITTENCOURT, Edgard de Moura. *O juiz*. 2. ed.. S. Paulo, Universitária de Direito, 1982.
- BOLETIM DE JURISPRUDÊNCIA ADCOAS. S. Paulo, 1978, Ano X, nº 36.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. *Audiência de instrução e julgamento*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: histórico da lei. v. I, t. II. Brasília: Senado Federal – Subsecretaria de Edições Técnicas, 1974.
- CUENCA, Humberto. *Proceso civil romano*. Buenos Aires: Jurídica Europa-América, s/d.
- FADEL, Sérgio Sahione. *Código de processo civil comentado*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1974. v. 2.
- JESUS, Damásio E. de. *Código de processo penal anotado*. Rio de Janeiro: Saraiva, 1981.
- LEITE, Luciano Marques et alii. *Colóquios de direito processual*. S. Paulo, 1969.

-
- LIMA, Alcides de Mendonça. *Proibidade processual e finalidade do processo*. Uberaba-MG: Vitória, 1978.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- NEGRÃO, Theotônio. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*, 13. ed., S. Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.
- NUNES, Pedro. *Dicionário de tecnologia jurídica*. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1966. v. I.
- PAULA, Alexandre de. *O processo civil à luz da jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 1982. v. 3 (Nova Série).
- PEREIRA E SOUSA. *Primeiras linhas sobre o processo civil*. Rio de Janeiro, 1907.
- PERES, Alcides Conejeiro. *Vocabulário do código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- PLÁCIDO E SILVA, *Vocabulário jurídico*. 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, v. 3.
- RANGEL, Leila Castello Branco. *Código de processo civil*. Brasília: Senado Federal – Subsecretaria de Edições Técnicas, 1975.
- ROSA, Eliézer. *Dicionário de processo civil*. S. Paulo: José Bushatsky, 1973.
- SABINO JÚNIOR, Vicente. *Código de processo civil*. S. Paulo: Ouro Branco, 1969.
- SANTOS, Moacy Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 6. ed., S. Paulo: Saraiva, 1981. v. 2.
- SOILBELMAN, Leib. *Dicionário geral de direito*. S. Paulo: José Bushatsky, 1973. v. 1.

AUTODEFESA PROCESSUAL PENAL NOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E NO BRASIL**Dr. Michel Pinheiro**

Juiz de Direito

1 INTRODUÇÃO

Na metade do século XX, o mundo viu-se obrigado a repensar os fundamentos da ordem jurídica. Os horrores vivenciados na II Grande Guerra Mundial trouxeram aos países a necessidade de reeditar uma nova concepção afirmativa de direitos do homem, até então não tratada com a visão decorrente das crueldades vivenciadas.

Aprovou-se em 1945, logo após a vergonha do holocausto, a Carta das Nações Unidas, dando início a uma nova ordem internacional tendente a estabelecer um modelo de conduta nas relações internacionais voltado à manutenção da paz e segurança entre as nações, com inclusão da proteção de direitos humanos, em sentido amplo.

Em seguida, em 1948, foi aprovada a Declaração Universal dos Direitos do Homem, representando a carta de compromissos a serem seguidos pelos países para garantir a existência, com o mínimo de qualidade, do gênero humano. Dita Carta representou a constatação por parte da Organização das Nações Unidas de que o Estado, vez que outra, agia de forma abusiva, tornando-se necessário impor o poder a quem não respeitava direitos.

Mesmo não tendo o formato de um tratado com o escopo de vincular os países, a Declaração Universal dos Direitos do Homem teve por meta estabelecer um padrão mínimo de direitos humanos e liberdades fundamentais para reconhecimento universal, inaugurando-se uma nova linguagem sobre direitos.

Depois, vieram os Pactos Internacionais prescrevendo direitos e garantias, alguns com ampliação em relação à Declaração Universal. A Constituição brasileira de 1988, diferente do que ocorrera até o advento da Constituição de 1967 – mesmo com a Emenda de 1969 –, trouxe expressamente elenco de direitos e garantias fundamentais, incorporando diversos textos preconizados na Declaração Universal dos Direitos Humanos e nos Pactos Internacionais aprovados e aderidos, promovendo a inclusão no ordenamento jurídico nacional.¹

Portanto, o marco divisório entre a supremacia da lei e a supremacia da Constituição ocorreu com o final da *Guerra de Hitler*. Encerra-se a era dos códigos, cujas regras tinham a força, para ingresso na era dos princípios, tidos

indubitavelmente como normas mais importantes. Nascia o Estado Constitucional Democrático como aperfeiçoamento do Estado de Direito.

Inseridos numa nova ordem de idéias, os países optaram por fortalecer os Pactos internacionais, tornando os Direitos Humanos um conjunto requintado de direitos eminentemente internacionalizados. Os mais importantes que interessam ao presente estudo, são: o Pacto de San José da Costa Rica (resultado da Convenção Americana dos Direitos Humanos realizada em 1969) e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

A ratificação de um tratado impõe aos Estados aderentes a obrigação de que cumpram e garantam a observância dos direitos nele contidos. E quando o tratado é sobre direitos fundamentais há o encargo para cada Estado de fazer implementar os instrumentos que possam ser utilizados por qualquer pessoa para impedir a falta de execução dos dispositivos do próprio tratado ou exigir a reação do dano no caso de violação pela inobservância.

O Brasil ratificou os dois Tratados de direitos humanos aqui referidos sem ressalvas significativas que impeçam a efetiva aplicação dos direitos e garantias fundamentais.

O presente artigo tem o escopo de fazer uma análise das regras de interpretação dos tratados internacionais e sua aplicação ao ordenamento jurídico brasileiro, com ênfase na efetividade da autodefesa processual penal.

2 A INTERPRETAÇÃO DOS TRATADOS E O PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA NORMA MAIS FAVORÁVEL

Antônio Augusto Cançado Trindade² lembra que, em matéria de direitos humanos, as normas jurídicas – tanto internacionais como internas, formando interação constante – procuram socorrer os seres humanos que têm direitos violados ou ameaçados, formando um *ordenamento jurídico de proteção*. Ao longo do tempo, alguns países passam a adotar normas de instrumentos internacionais de direitos humanos em aplicação direta internamente – tidas como *self-executing* –, enquanto outros optaram pela inserção nos respectivos ordenamentos através de leis – ou outro ato normativo com força legislativa – para que alcançassem eficácia³ pelos tribunais e autoridades administrativas. E conclui que a interação é, pois, manifesta e inquestionável.

Cançado Trindade⁴ nos informa que a doutrina jurídica dos direitos humanos centrou preocupação sobre a primazia do direito internacional sobre o direito interno. Mas, no contexto atual, a primazia é da norma mais favorável às vítimas. A busca pela proteção integral da pessoa - como princípio fundamental

do discurso de defesa dos direitos humanos - enaltece a primazia da norma mais favorável quando do exercício de interpretação do conjunto normativo. Temos o princípio da primazia da norma mais favorável como preceito consagrado de forma expressa em tratados de direitos humanos.

Paulo Henrique Gonçalves Portela defende que a inclusão desse princípio no texto constitucional decorre da consagração da dignidade humana como um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, o que faz com que todo o ordenamento jurídico brasileiro deva se voltar a conferir o máximo de eficácia a essa dignidade, vez que é inerente ao indivíduo independentemente de qualquer condição de que se revista.⁵ Ou seja, a dignidade humana é o mais importante referencial de aplicação das normas jurídicas, tanto internacionais como internas.

Gonçalves Portela salienta que o Brasil assumiu um compromisso prioritário com a proteção e promoção da dignidade humana em território nacional e no mundo, valor entendido pela comunidade internacional como de suprema relevância e cuja realização na vida social pode ocorrer mesmo que haja algum sacrifício da própria soberania nacional⁶.

Por isto, há no Direito Internacional a clara concepção de que as normas sobre direitos humanos devem prestigiar sempre os mecanismos que melhor possam proteger a dignidade humana.⁷ Tal idéia encontra expressa previsão, e. g., no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, em que não se admitirá qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado-Parte do presente pacto em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob pretexto de que o presente pacto não os reconheça ou os reconheça em menor grau⁸.

Observe-se, pela redação acima, que direitos humanos chamados fundamentais, quando expressamente afirmados e reconhecidos em qualquer Estado que aderiu formalmente aos termos do Pacto, não sofrerão restrições ou suspensões por leis, convenções, regulamentos ou costumes sob pretexto de não reconhecimento ou de reconhecimento parcial. Por evidência, eventuais dúvidas de interpretação podem ser dirimidas, mas sem que se impeçam a aplicação das normas mais benéficas.

Outro importante documento que materializou norma sobre o tema foi o Pacto de San José da Costa Rica, resultado da Convenção Americana de Direitos Humanos (de novembro de 1969). A redação do art. 29 trata de normas de Interpretação, informando que:

nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: a) permitir a qualquer dos Estados Partes, grupos ou

peessoas, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados-Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados; c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.⁹

Vê-se, dessa maneira, um comando ostensivo no direcionamento da interpretação das normas emitido aos países signatários do Pacto de San José. Percebe-se, desta feita, a intenção de vedar a supressão do gozo e do exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção restou inquestionável. Deste modo, é possível chegar à asserção dedutiva de que em caso de conflito entre norma internacional de direitos humanos e norma interna – tida como aquela produzida segundo os preceitos de elaboração normativa de cada país –, deverá prevalecer, sempre, aquela que melhor proteja o indivíduo em sua dignidade.

Flávia Piovesan¹⁰ trouxe importante contribuição neste ponto, destacando que a “interpretação a ser adotada no campo do Direito dos Direitos Humanos é a interpretação axiológica e teleológica, que conduza sempre à prevalência da norma que melhor e mais eficazmente proteja a dignidade humana.” A autora afirma ainda que o Pacto de San José da Costa Rica consagra o princípio da prevalência da norma mais benéfica para orientar que a Convenção só se aplica se ampliar, fortalecer e aprimorar o grau de proteção de direitos, ficando vedada sua aplicação se resultar na restrição e limitação do exercício de direitos previstos pela ordem jurídica de um Estado-Parte ou por tratados internacionais por ele ratificados.

Assim sendo, a primazia é sempre da norma mais benéfica e protetiva aos direitos humanos, seja ela do Direito Interno ou do Direito Internacional. Este princípio há de prevalecer e orientar a interpretação e aplicação da normatividade de direitos humanos, ficando afastados os princípios interpretativos tradicionais, como o princípio da norma posterior revoga a anterior com ela incompatível, ou o princípio da norma especial que revoga a geral no que apresenta de especial.

Sobre o âmbito e o sentido dos direitos fundamentais, a Constituição Portuguesa tem interessante previsão no art. 16.2: “Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.”¹¹ Isto revela o propósito de garantir maior efetividade às normas internas diante da amplitude

humanista alcançada pela Declaração de 1948, o pós-guerra.

No entanto, no Brasil, Paulo Bonavides lembra – tratando especificamente da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 – que:

erra todo aquele que vislumbra no valor das Declarações dos Direitos Humanos uma noção abstrata, metafísica, puramente ideal, produto da ilusão ou do otimismo ideológico. A verdade é que sem esse valor não se explicaria a essência das Constituições e dos tratados, que objetivamente compõem as duas faces do direito público – a interna e a externa.¹²

E na aplicação dos tratados no âmbito do ordenamento jurídico interno, mesmo que sejam utilizados os parâmetros hermenêuticos tradicionais – quanto ao critério da hierarquia de normas ou da cronologia –, prevaleceria o critério da *regra mais favorável ao ser humano*. Isto se deve ao fato de que o objetivo principal dos tratados é conferir às pessoas a mais ampla proteção possível, com interpretação ampliativa das normas para este específico fim.

Dito isto, não cabe suscitar disposições de direito interno para impedir a aplicação de direitos consideráveis mais benéficos aos seres humanos que estejam previstos nos tratados ratificados, regra esta que está expressa na maioria dos tratados. Porém, deve prevalecer a norma interna quando esta for mais favorável do que as do tratado. O exercício de um inafastável juízo de valor é essencial para permitir uma conclusão racionalmente aceitável.

Para Augusto Cançado Trindade¹³, a tendência constitucional contemporânea de dispensar um tratamento especial aos tratados de direitos humanos é, pois, sintomática de uma escala de valores na qual o ser humano passa a ocupar posição central.

Dessa forma, a primazia de normas mais favoráveis não se restringe à proteção da vítima, mas sim à proteção do ser humano em toda a dimensão de direitos. Por isso, qualquer pessoa que responda a processo criminal – e, por evidência, seja qualificado como réu – pode invocar direito ou garantia internacional materializado em tratado como sendo mais benéfico do que a lei interna do país em que vive.

Sobre a interação das normas, Cançado Trindade assevera com ênfase que “o direito internacional e o direito interno interagem e se auxiliam mutuamente no processo de expansão e fortalecimento do direito de proteção ao ser humano.”¹⁴ Pela primazia da norma mais favorável, eventual conflito com o Direito Interno deve ser resolvido pelo grau de benefício ao ser humano. Ou seja,

caso os direitos constantes dos tratados internacionais de direitos humanos revelaram-se mais benéficos, estes deverão prevalecer. O contrário ocorrerá se as normas do ordenamento jurídico interno conferirem maior proteção ao ser humano, devendo estas ser aplicadas, não importando se o tratado foi ratificado posteriormente e nem se a norma interna possui natureza infraconstitucional.

3 OS TRATADOS INTERNACIONAIS E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Duas são as teorias doutrinárias de incorporação dos tratados internacionais na ordem jurídica interna dos países: a monista, definida pela incorporação automática em decorrência de normatização que assim estabelece; e a dualista, em que a incorporação não é automática. A maioria dos países europeus, os EUA e alguns países latino-americanos adotam a incorporação automática.

Nélida Astezia Castro Cervantes¹⁵ diz que a forma de aplicação e a hierarquia dos tratados internacionais no âmbito interno são determinadas pelas respectivas Constituições de cada Estado, além da interpretação jurisprudencial. E as relações entre o Direito Interno e Direito Internacional – ou seja, as dúvidas sobre aplicação ou não dos tratados no âmbito interno e eventuais conflitos – devem ser estudadas levando em conta o debate entre as teorias monista e dualista.

Pela teoria monista, o ordenamento jurídico é um só, formado de normas internas e internacionais. Dentro dela, duas correntes se formaram: uma que afirma a primazia do Direito Interno e outra que defende o primado das normas de Direito Internacional. Nélida¹⁶ lembra, ainda, que os monistas defensores da primazia do Direito Internacional têm subdivisão em dois grupos: os extremados, encabeçado por Kelsen, e os moderados, que tinham como principal expositor Verdross. Os primeiros inadmitem conflito entre a norma interna e a de Direito Internacional sob o argumento de que a Constituição do Estado (norma interna) tiraria da norma internacional seu fundamento de validade, evitando a colisão. Já o segundo grupo defendia a coexistência das normas de Direito Interno e de Direito Internacional e, quando as primeiras fossem contrárias às segundas, teriam validade e obrigatoriedade perante os Estados, cabendo impugnação junto ao Direito Internacional.

A teoria dualista¹⁷ entende que existem dois ordenamentos jurídicos igualmente válidos, mas que são independentes e autônomos, o que torna impossível o conflito entre as normas dos ditos ordenamentos, uma vez que o Direito Interno rege as relações jurídicas intra-estatais e o Direito Internacional ocupa-se com as relações interestatais, com destinatários diversos.¹⁸

A doutrina jurídica sobre Direitos Humanos no Brasil mantém a

classificação de quatro correntes sobre a incorporação dos Pactos Internacionais no ordenamento jurídico brasileiro: uma que entende que os Pactos são supraconstitucionais, e teriam mais força normativa do que a própria Constituição; outra corrente entende que os pactos são recepcionados como normas de índole constitucional (posição de Flávia Piovesan¹⁹, Valério Mazzuoli²⁰ e Luiz Flávio Gomes²¹); uma terceira defende a recepção como norma de mesma hierarquia de lei ordinária (antes vigente no Supremo Tribunal Federal); e a última, externada em voto do ministro Gilmar Mendes proferido no Recurso Extraordinário n. 466.343-SP, com julgamento concluído – cujo relator é o ministro Cezar Peluso – em que se concebem os tratados internacionais de direitos humanos como *direito supralegal* – ou seja, de valor normativo inferior à Constituição, mas superior às leis federais.

No Brasil, o art. 84, VII, da Constituição de 1988 prevê que cabe privativamente ao Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional. Noutro prisma, o art. 49, I, estabelece que é da competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

Assim, há o fortalecimento do Congresso Nacional no exame dos tratados, com opção pela representação popular para dizer a última palavra sobre a introdução no ordenamento jurídico nacional de normas elaboradas pelas representações dos países, nas assembleias internacionais agendadas especificamente para este fim.

Por previsão Constitucional, os tratados internacionais são celebrados pelo Presidente da República e o Congresso Nacional os examina aprovando por meio de decreto legislativo. Depois de aprovado no Congresso, o Poder Executivo deve ratificar o texto. Tratando-se de matéria relativa a Direitos Humanos, a própria Constituição de 1988 consignou dispositivo que automatiza a incorporação. É o caso do art. 5º, § 1º, em que está disposto que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Sobre a força normativa, Flávia Piovesan nos faz recordar que, desde 1977, o Supremo Tribunal Federal equipara juridicamente o tratado internacional à lei federal, em decisão proferida no Recurso Extraordinário n. 80.004. Decidiu-se que os tratados estão na mesma hierarquia das leis, portanto, fazendo ensejar a utilização do princípio de que a norma posterior revoga a anterior sempre que estejam na mesma hierarquia.²² Mas a autora opta por outra opinião quando defende que os tratados internacionais de direitos humanos têm hierarquia constitucional diante do seu caráter especial de proteção, expondo:

Acredita-se, ao revés, que conferir grau hierárquico constitucional aos tratados de direitos humanos, com a observância do princípio da prevalência da norma mais favorável, é interpretação que se situa em absoluta consonância com a ordem constitucional de 1.988, bem como com sua racionalidade e principiologia. Trata-se de interpretação que está em harmonia com os valores prestigiados pelo sistema jurídico de 1.988, em especial com o valor da dignidade humana – que é valor fundante do sistema.²³

O art. 5º, § 2º, dá ainda mais força à introdução do Direito Internacional dos Direitos Humanos quando consagrou a regra de que os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Mas, uma importante mudança foi introduzida na Constituição pela Emenda Constitucional n. 45, em 2004. Ao art. 5º foi acrescido o § 3º com a seguinte redação: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

Tal dispositivo nos remete ao questionamento sobre a força normativa dos tratados. A interpretação literal concede a força à rigidez da forma para que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos tenham força de emendas constitucionais. Tal opção, indubitavelmente, veio forçar nova posição do Supremo Tribunal Federal, fazendo com que ele desse aos tratados internacionais não confirmados pelo Congresso Nacional uma força normativa maior do que as leis federais.

Cançado Trindade²⁴ menciona, no que tange à natureza jurídica dos tratados internacionais dos direitos humanos, que o binômio *respeitar/fazer respeitar* significa que as obrigações dos Estados Partes abarcam, de forma incondicional, o dever de assegurar o fiel cumprimento das disposições de suas normas por todos os seus órgãos ou agentes, assim como por todas as pessoas sujeitas à sua jurisdição. Além disso, tem ainda o dever de assegurar que suas disposições sejam respeitadas por todos, particularmente pelos demais Estados-Partes, configurando-se em deveres que se situam no plano das obrigações *erga omnes*.

4 A AUTODEFESA PROCESSUAL PENAL

A definição de defesa processual penal passa pela doutrina pátria por dois modelos: defesa técnica e autodefesa. Por defesa técnica entende-se aquela feita no processo penal exclusivamente por atuação de advogado regularmente inscrito para o exercício da profissão. O advogado atua representando os interesses de quem está sendo processado, sendo considerado pela Constituição de 1988 indispensável à administração da justiça (art. 133). A indicação é feita perante o juiz que, na ausência, anunciará a possibilidade de convocação de um defensor público para o encargo.

A defesa técnica é tida pela doutrina como indisponível por ser imprescindível à efetividade do princípio do contraditório. Almeja-se no processo o equilíbrio entre a acusação e a defesa no que tange à disponibilidade de instrumentos para construção das teses. É a chamada condição de *paridade de armas*,²⁵ expressão que encontra guarida no princípio da igualdade – em que se quer garantir a igualdade de oportunidades às partes no processo.

Antônio Scarance Fernandes²⁶ preconiza que, para ser ampla como exige o texto constitucional, a defesa técnica apresenta-se no processo penal como defesa necessária, indeclinável, plena e efetiva. O advogado seria necessário para equilibrar a defesa com a acusação, uma que esta, em regra, é feita por membros do Ministério Público altamente qualificados, além de contarem com polícia técnica especializada em investigação criminal.

Assim, é facultado ao acusado constituir advogado de sua confiança. Caso não o faça, o juiz deve obrigatoriamente nomear um defensor para o exclusivo patrocínio da defesa, podendo ser defensor público em caso de declaração de que inexistente, para o acusado, a possibilidade de remunerar o causídico.²⁷

Já, para a autodefesa, o vernáculo deve necessariamente ser utilizado para conceituar o que se propõe nominar de *autodefesa processual penal plena*. Para Aurélio Buarque de Hollanda Ferreira,²⁸ *autodefesa* tem como significado a defesa de um direito feita pelo seu titular, enquanto o termo *plena* é adjetivo que traduz a idéia de cheio, completo, inteiro, perfeito.

Os grandes processualistas da doutrina processual penal brasileira entendem que a autodefesa – no processo penal – abrange, em suma, tão somente o direito de estar presente aos atos do processo e o direito ao interrogatório²⁹, considerado um dos seus meios mais eficazes.

Ainda pela doutrina pátria, a participação pessoal do réu no contraditório e nos debates não enseja a permissão de manifestação verbal. Eventual manifestação somente é permitida no próprio interrogatório, momento em que há livre direito de expressão do processado, inclusive podendo articular fatos e circunstâncias que não correspondem à verdade. Desse modo, temos, como obrigatória, a participação do advogado no processo penal, na atuação

como defensor, agindo como procurador ou representante da parte – aqui, o próprio réu.

Júlio Fabbrini Mirabete³⁰ constata esta evidência quando relata que

A defesa técnica obrigatória é complementada pela autodefesa, que pode se desenvolver ao seu lado no processo. Essa autodefesa do acusado, que é facultativa, consiste na participação do réu em quase todos os atos do processo, inclusive com a possibilidade de apresentar alegações, como no interrogatório. Pode ela, inclusive, transbordar para o campo de atividades essencialmente postulatórias, citando-se como exemplo a manifestação do réu do desejo de apelar da sentença condenatória, que torna efetivo o recurso.

Ele menciona que, por faltar capacidade para o exercício do *jus postulandi* (capacidade postulatória) à parte (acusado), é necessário suprir tal deficiência com a outorga de procuração (mandato) ao advogado que, além de representar o cliente do processo, atua para que a tutela jurisdicional seja prestada com acerto e justiça.

Ada Pellegrini Grinover doutrina que o réu, sujeito da defesa, não tem obrigação nem dever de fornecer elementos de prova que o prejudiquem. Pode calar-se ou até mentir. E lembra ainda:

O retorno ao direito ao silêncio, em todo seu vigor, sem atribuir-lhe nenhuma consequência desfavorável, é uma exigência não só de justiça, mas sobretudo de liberdade. O único prejuízo que do silêncio pode advir ao réu é o de não utilizar a faculdade de autodefesa que se lhe abre através do interrogatório. Mas quanto ao uso desta faculdade, o único árbitro há de ser a sua consciência, cuja liberdade há de ser garantida em um dos momentos mais dramáticos para a vida de um homem e mais delicado para a tutela de sua dignidade.³¹

Fernando da Costa Tourinho Filho³² diz que a *autodefesa* ocorre quando a defesa é levada a cabo pelo próprio imputado. E confirma a posição da doutrina majorante: “se o imputado não for profissionalmente habilitado, não é possível a *autodefesa*”. E declara sua opção pela restrição da *autodefesa* – a que atribui o significado de *defesa material* – às manifestações do imputado, quando pode abster-se de responder as perguntas que lhe forem formuladas pelo juiz, no interrogatório.

E verbera, enaltecendo a defesa técnica:

O caráter público da defesa acentua-se mais ainda, se se atentar para a circunstância de que o atual sistema legal exige a defesa profissional, a defesa técnica, ou seja, assumida por quem tenha habilitação técnica. Ainda que o imputado a recuse, não pode o juiz atendê-lo, pois, se o fizer, isto é, se permitir que o próprio réu se defenda, sem qualquer preparação científica, haverá a degradação da tutela profissional.³³

Fernando Capez³⁴ também segue a linha corrente, consignando que

a ampla defesa de que fala o texto constitucional desdobra-se em dois aspectos: a defesa técnica, exercida por profissional habilitado (indispensável – CPP, art. 261), e a autodefesa, desempenhada pela própria parte (dispensável a critério do acusado), e que se manifesta no interrogatório, no direito de audiência com o juiz (comparecimento em juízo), na possibilidade de interpor, por si, recurso etc.

Guilherme de Souza Nucci³⁵ faz distinção entre *ampla defesa* e *plenitude da defesa*, tema tratado na seção do conceito. Porém, não faz nenhuma referência à *autodefesa*, deixando claro em exemplo que a *ampla defesa* abrange diversos direitos exclusivos do réu, como no caso de ajuizamento de revisão criminal – o que é vedado à acusação –, e a verificação da eficiência da defesa pelo magistrado com possibilidade de substituição do causídico quando necessário.

Antônio Scarance Fernandes³⁶, por sua vez, defende que a *autodefesa* se manifesta no processo de várias formas: direito de audiência, direito de presença e direito a postular pessoalmente. A primeira seria através do interrogatório (tido como o momento adequado para o acusado, em contato direto com o juiz, trazer sua versão sobre o fato da imputação; o segundo garantiria ao acusado a oportunidade de acompanhar os atos de instrução ao lado do seu defensor, auxiliando-o na realização da defesa.

Quanto ao direito do réu postular pessoalmente – em sua própria defesa –, Scarance se refere aos exemplos da interposição de recursos, impetração de *habeas corpus*, formulação de pedidos no juízo da execução penal, como o pedido para progressão de regime de pena. Nesse sentido, segue a doutrina adotada no Brasil, atualmente.

Luiz Flávio Gomes, fazendo referência às garantias mínimas do devido

processo criminal, considera a autodefesa uma garantia e informa que ela pode ser observada com o *direito de audiência* (sobretudo no ato do interrogatório), o *direito a intérprete ou tradutor*, o *direito de presença* nos atos processuais (que envolve o direito de confronto com testemunhas e vítimas), o *direito de participação no contraditório* (colheita de provas, por reperguntas), o *direito de comunicação livre e reservada com o seu defensor*, além do *direito de postulação pessoal* (exercido quando da interposição de alguns recursos processuais – Código de Processo Penal, art. 584 e 598 –, impetrar *habeas corpus* e propor revisão criminal, conforme autoriza o art. 633 do mesmo Código).³⁷

O argentino Raúl Washington Ábalos³⁸ diz que a doutrina de seu país país tem sustentado que a autodefesa técnica – aquela feita quando o réu é advogado – não se mostra conveniente porque se encontra numa relação de *inferioridade psicológica* com relação ao Ministério Público, diminuindo a eficácia do direito de defesa. Para ele, “el temor, la timidez, la inseguridad por la suerte del proceso, son argumentos que también se esgrimen para negar la posibilidad a que el imputado se defienda técnicamente.”

Mas o autor lembra que não se deve desconhecer que o direito de defesa é um direito subjetivo público individual. E, por isso, o Estado agiria de forma arbitrária se pretendesse modificar a vontade individual do imputado. Assim, dita vontade deve ser aceita se sua defesa se revela eficaz. Cita, no entanto, duas condições para aceitação da autodefesa: que o imputado, ao defender-se, não prejudique a eficácia da defesa e que a autodefesa não deve obstar o normal desenvolvimento do processo.³⁹

5 A AUTODEFESA PROCESSUAL PENAL NA REDAÇÃO DOS PACTOS INTERNACIONAIS

É possível afirmar que a defesa da ampliação da atuação do acusado em processo penal tem previsão normativa dos mais importantes Pactos aderidos pelo Brasil, uma vez que estes revelam uma redação que permite concluir pela maior atuação de quem responde ao processo.

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos diz, no art. 14.3.d e e, que toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas a estar presente no julgamento e a defender-se pessoalmente ou por intermédio de defensor de sua escolha; a ser informada, caso não tenha defensor, do direito que lhe assiste de tê-lo, e sempre que o interesse da justiça assim exija, a ter um defensor designado *ex officio* gratuitamente, se não tiver meios para remunerá-lo; a interrogar ou fazer interrogar

as testemunhas de acusação e a obter comparecimento e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições de que dispõem as de acusação.

Já do Pacto de San José da Costa Rica se extraem as garantias judiciais no art. 8º, letras *d e e*, onde se resguarda o direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor, assim como o direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei.

Os textos colacionados têm similaridade em suas redações, consistente na possibilidade de que o acusado se defenda *pessoalmente* ou por defensor. Entretanto, há uma particularidade: o Pacto de San José da Costa Rica admite a possibilidade do acusado ser *assistido* por advogado. O termo *assistido*, numa captação literal do sentido, significa *dar ou prestar assistência*, permitindo levar à ilação de que não seja retirada a faculdade de defesa pelo próprio acusado, a exemplo do processo penal dos Estados Unidos quanto ao *self-representation*.

Sendo assim, pelo Processo Penal dos EUA, a assistência de advogado sugere uma certeza: a defesa é monopólio do acusado. Ou seja, a condução da defesa deve ser confiada ao próprio acusado e não à pessoa do seu advogado, atuando este último como conselheiro. Desta forma, desvela-se a conveniência sobre a atuação do réu na formação da prova. Os vários argumentos e direcionamentos sobre a prova devem ser, inicialmente, submetidos ao próprio réu para, podendo e querendo, consultar seu advogado sobre cada tema perquirido.

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, por sua vez, permite que o réu confie a defesa ao advogado, utilizando para isto o termo *por meio de*. Mas mesmo assim, há dispositivo que sugere a atuação concreta do acusado na parte que permite a ele *interrogar* diretamente as testemunhas – o que leva à possibilidade de captar o sentido mais benéfico à vontade do réu em fazer perguntas às testemunhas sem a necessidade de que seja por meio do seu defensor. A própria redação da letra *e* do art. 14.3 do Pacto traz expressa a previsão a faculdade de usar o advogado, quando usa a expressão *fazer interrogar* logo depois *de interrogar*.

Além dos dois Pactos mencionados, há também o resultante da Convenção Européia de Direitos Humanos⁴⁰, art. 3, *c e d*, com importante redação normativa, onde assevera que o acusado tem, como mínimo, os seguintes direitos: defender-se a si próprio ou ter a assistência de um defensor da sua escolha e, se não tiver meios para remunerar um defensor, poder ser assistido gratuitamente por um defensor oficioso, quando os interesses da justiça o exigirem. Além disso, pode interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e obter a

convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação.

Vê-se que até no continente europeu foi fixada expressa previsão de ampliação da autodefesa logo depois da Segunda Grande Guerra, reconhecendo – ou assegurando – para os europeus, quando acusados, direitos considerados *mínimos*.

6 O APARENTE CONFLITO ENTRE OS PACTOS INTERNACIONAIS E O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Para o Supremo Tribunal Federal, os critérios de solução de antinomias das regras definem o aparente conflito no caso de prevalecer a tese de que o tratado tem mesma hierarquia de lei ordinária. Pelo critério cronológico tem-se que, na existência de duas normas incompatíveis, prevalece a norma posterior. Eis a efetivação do brocardo: *lex posterior derogat legi priori*. A eficácia da lei no tempo é limitada ao prazo de sua vigência, iniciada com a sua publicação e perdura até a sua revogação. A lei, dessa maneira, só começa a produzir seus efeitos após a vigência e deixa de produzi-los quando revogada.

Pelo critério hierárquico, também nominado de *Lex superior*, na existência de normas incompatíveis entre si, prevalece a hierarquicamente superior. O contrário é inadmissível, pois uma norma inferior nunca revoga uma superior. Ele teve inspiração na expressão latina *lex superior derogat legi inferiori*.

O critério da especialidade, também denominado *Lex specialis*, corresponde à expressão latina *lex specialis derogat legi generali*. Por esse critério, quando duas normas são incompatíveis, sendo uma geral e outra especial, prevalece a segunda. O entendimento que define esse critério diz respeito à circunstância da norma especial contemplar um processo natural de diferenciação das categorias, o que viabiliza, assim, a aplicação da lei especial no grupo que contempla as peculiaridades nela presentes, sem ferir a norma geral, de amplitude elevada.

Nos dois casos, temos sempre a superioridade normativa dos Pactos Internacionais. No primeiro, se os Pactos têm força de norma constitucional, prevalecem eles sobre o Código de Processo Penal pelo critério da hierarquia normativa; no segundo, se os Pactos são considerados com força similar às leis ordinárias, prevalecem sobre o Código de Processo Penal pelo critério da temporariedade – o cronológico –, pois entraram em vigor no Brasil em setembro de 1992 – o Pacto de San José da Costa Rica – e em janeiro de 1992 – o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos –, ou seja, bem depois do C.P.P., cuja

feição normativa data de outubro de 1941, consubstanciada no Decreto-lei n. 3.689.

Porém, há nova lei em vigor que alterou o Código de Processo Penal: a Lei n. 11.689, de 9 de junho de 2008.⁴¹ Tal normal legal alterou os procedimentos referentes ao julgamento pelo Tribunal do Júri, restringindo, por omissão, a atuação pessoal do acusado na formulação de perguntas no momento da instrução em plenário, em que se afirmou, no art. 473, que prestado o compromisso pelos jurados, será iniciada a instrução plenária quando o juiz presidente, o Ministério Público, o assistente, o querelante e o defensor do acusado tomarão, sucessiva e diretamente, as declarações do ofendido, se possível, e inquirirão as testemunhas arroladas pela acusação.

Além disso, para a inquirição das testemunhas arroladas pela defesa, o defensor do acusado formulará as perguntas antes do Ministério Público e do assistente, mantidos no mais a ordem e os critérios estabelecidos no artigo 473 do CPP. Os jurados poderão formular perguntas ao ofendido e às testemunhas, por intermédio do juiz presidente.

Tal regra inova se tomarmos o CPP como referência, configurando afronta aos Pactos de San José da Costa Rica e dos Direitos Civis e Políticos porque não tem a força normativa para revogá-los naquilo que contraria. Ademais, não se afigura como razoável entender que a nova lei criou regra de exceção à recepção dos referidos Pactos, pois estes foram incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro sem ressalva quanto à colheita de prova testemunhal.

Flávia Piovesan⁴² se refere à Convenção de Viena para destacar a posição dos tratados internacionais sobre direitos humanos. Salienta que o artigo 53 é aplicável para definir tais tratados como norma cogente (*jus cogens*), a ser observada como obrigação *erga omnes* e com especial força de observância obrigatória – normas de comando peremptório, imperativo. Eis a redação do art. 53:

É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza.⁴³

Com isso, Piovesan sustenta que os direitos humanos, quando inseridos em tratados, têm hierarquia especial e privilegiada em relação aos

tratados internacionais tradicionais. E argumenta que o Brasil fez opção por um sistema misto de disciplinamento dos tratados, combinando regimes jurídicos diferenciados: um aplicável aos tratados de direitos humanos; o outro, aplicável aos tratados tradicionais.

Tal divisão, pela autora, faz com que os tratados de proteção internacional de direitos humanos tenham hierarquia constitucional e sejam incorporados automaticamente ao ordenamento jurídico interno. Já os tratados tradicionais, por sua vez, apresentam hierarquia infraconstitucional e não se incorporam de forma automática no ordenamento.

Portanto, pela posição defendida por Flávia Piovesan, os Pactos devem sempre prevalecer sobre o Código de Processo Penal por serem tratados como norma de índole constitucional, o que torna autorizada a participação maior do réu na formulação da prova. Mesmo que se adote a posição do Supremo Tribunal Federal, há maior força normativa dos Pactos sobre o Código de Processo Penal diante da incorporação no nosso ordenamento jurídico ter ocorrido bem depois da vigência do Decreto-lei n. 3.689, de 1941, como já referido.

A autodefesa processual é, pelo visto, direito que deve ser firmado na coerência do sistema de proteção aos direitos humanos. A dignidade passa a sofrer riscos com a fragilização no reconhecimento da liberdade de agir do réu.

A solução que parece ser mais razoável para o aparente conflito entre os Pactos de San José da Costa Rica e dos Direitos Civis e Políticos com a Lei n. 11.689, de 9 de junho de 2008, reside na harmonização, ou seja, na afirmação da força normativa da recitada lei juntamente com o referidos Pactos, principalmente quanto à referência da primazia da norma mais favorável. Ou seja, a melhor interpretação é aquela que considera válida a Lei n. 11.689/2008 e acrescenta a possibilidade de dar força normativa – e validade – aos Pactos, na parte que possibilita ao acusado de atuar pessoalmente na produção das provas colhidas no plenário do júri.

E o mesmo entendimento da primazia da norma mais favorável ao acusado deve ser referenciado quanto às novas Leis n. 11.690 e 11.719, ambas também de 2008, uma vez que tratam de regras processuais penais, tanto das provas como dos procedimentos.

No entanto, o STF, com a nova posição referida, encerrou a dúvida.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De todo o exposto, é de se inferir, em suma, que:

a) Os horrores vivenciados na II Grande Guerra Mundial trouxeram aos países a necessidade de reeditar uma nova concepção afirmativa de direitos do homem. Com isso, a Carta das Nações Unidas, dando início a uma nova ordem internacional tendente a estabelecer um modelo de conduta nas relações internacionais voltado à manutenção da paz e segurança entre as nações, com inclusão da proteção de direitos humanos, em sentido amplo.

b) Inseridos numa nova ordem de idéias, os países optaram por fortalecer os Pactos internacionais, tornando os Direitos Humanos um conjunto requintado de direitos eminentemente internacionalizados. Os mais importantes que interessam ao presente estudo, são: o Pacto de San José da Costa Rica (resultado da Convenção Americana dos Direitos Humanos realizada em 1969) e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. O Brasil ratificou os dois Tratados de direitos humanos aqui referidos sem ressalvas significativas que impeça a efetiva aplicação dos direitos e garantias fundamentais.

c) A busca pela proteção integral da pessoa - como princípio fundamental do discurso de defesa dos direitos humanos - enaltece a primazia da norma mais favorável quando do exercício de interpretação do conjunto normativo. Temos o princípio da primazia da norma mais favorável como preceito consagrado de forma expressa em tratados de direitos humanos.

d) A inclusão do princípio da dignidade da pessoa humana no texto constitucional decorre de sua consagração como um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, o que faz com que todo o ordenamento jurídico brasileiro deva se voltar a conferir o máximo de eficácia a essa dignidade, vez que é inerente ao indivíduo independentemente de qualquer condição de que se revista. Ou seja, a dignidade humana é o mais importante referencial de aplicação das normas jurídicas, tanto internacionais como internas.

e) É possível afirmar que a defesa da ampliação da atuação do acusado em processo penal tem previsão normativa dos mais importantes Pactos aderidos pelo Brasil em matéria de direitos humanos, uma vez que estes revelam uma redação que permite concluir pela maior atuação de quem responde ao processo. Tais Pactos são: Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e Pacto de San José da Costa Rica.

f) A autodefesa processual é, pelo visto, direito que deve ser firmado na coerência do sistema de proteção aos direitos humanos. A dignidade passa a sofrer riscos com a fragilização no reconhecimento da liberdade de agir do réu.

g) A solução que parece ser mais razoável para o aparente conflito entre os Pactos de San José da Costa Rica e dos Direitos Civis e Políticos com as Leis n. 11689, 11690 e 11719, de 2008, reside na harmonização, ou seja, na afirmação da força normativa da recitada lei juntamente com o referidos Pactos, principalmente quanto à referência da primazia da norma mais favorável.

¹A Constituição de 1988 foi bem ampliativa, pois prescreveu a possibilidade até mesmo da incorporação de outros Pactos cujos artigos não foram contemplados na própria Carta, conforme o § 2º do art. 5º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

²TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. v. 1, 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 2003, p. 506.

³Cançado Trindade opta por *exigibilidade* e implementação. (cf. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**, v. 1, 2 ed. Porto Alegre: Fabris, 2003, p. 538).

⁴*Ibidem*, p. 542.

⁵PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Tratados Internacionais de Direitos Humanos: análise à luz do princípio da prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais do Brasil**. 2007. 309 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2007, p. 107.

⁶*Ibidem*, p. 110.

⁷Esta posição é defendida por Antônio Augusto Cançado Trindade. (cf. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção dos Direitos Humanos nos plano nacional e internacional: perspectivas brasileiras**. Brasília: F. Naumann, 1992, p. 317-318.

⁸PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS, Art. 5º - 2. Disponível em : <http://www.cedin.com.br/050trata_pgs/trata000.htm#05>. Acesso em: 31 jan. 2008.

⁹PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA, PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS, Art. 5º - 2. Disponível em : <http://www.cedin.com.br/050trata_pgs/trata000.htm#05>. Acesso em: 31 jan. 2008.

¹⁰GOMES, Luiz Flávio e PIOVESAN, Flávia (Coordenadores). **O Sistema Interamericano de proteção dos Direitos Humanos e o Direito brasileiro**. São Paulo: RT, 2000, p. 26.

¹¹PORTUGAL. Constituição Portuguesa. Disponível em: <http://www.portugal.gov.pt/Portal/PT/Portugal/Sistema_Politico/Constituicao/constituicao_p02.htm>. Acesso em: 26 junho 2008.

¹²BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 574.

¹³TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**, p. 515.

¹⁴*Ibidem*, p. 558.

¹⁵CERVANTES, Nélida Astezia Castro. **Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos: vícios na Emenda Constitucional 45/2004**. 2006. 164 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2006, p. 44.

¹⁶Nélida Astezia recorda que, no Brasil, a teoria monista como primazia para o Direito Internacional tinha em Pontes de Miranda um de seus principais defensores. Já Valério de Oliveira Mazzuoli defendia que primazia do Direito Internacional sob o Direito Interno será tendência mundial, e decorria de regra pactuada pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969.

¹⁷Nélida informa que a teoria dualista, ou pluralista, era encabeçada por Triepel, tendo sido o primeiro a desenvolver um estudo sistemático acerca de um conflito entre normas em sua obra *Volkerrecht und Landesrecht*.

¹⁸DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 91.

¹⁹PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 331.

²⁰MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **A influência dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no direito interno brasileiro**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/brasil/textos/mazuoli.html>>. Acesso em: 14 abril 2008.

²¹GOMES, Luiz Flávio. Tratados de direitos humanos: nível supralegal. **Revista Juristas**. Disponível na internet, no site: <http://www.juristas.com.br/mod_revistas.asp?ic=2698>. Acesso em: 14 abril 2008.

²²PIOVESAN, Flávia e GOMES, Luiz Flávio (Coordenadores). **O Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: RT, 2000, p. 164.

²³*Ibidem*, p. 169.

²⁴TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. v. 1. 2 ed. Porto Alegre: Fabris, 2003, p. 357.

²⁵GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **As nulidades do processo penal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

²⁶FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. São Paulo: RT, 2005, p. 284.

²⁷A assistência judiciária gratuita é direito previsto na Constituição de 1988, Art. 5º, LXXIV.

²⁸FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário eletrônico Aurélio: com corretor ortográfico**. Curitiba: Editora Positivo, 2004, CD-ROM.

²⁹É interrogatório um ato processual presidido pelo juiz em que o réu é qualificado e auscultado sobre dados pessoais e sobre os fatos narrados na denúncia criminal. O silêncio do réu não importará em confissão e não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa. Pelo Código de Processo Penal, é feito com observância dos art. 185 e seguintes.

³⁰MIRABETE, Júlio Fabrini. **Processo Penal**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 337. Ele ressalta que o advogado exerce um *munus* público, sendo até, por dispositivo constitucional, indispensável à administração da justiça (Art. 133 da CF).

³¹GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em sua unidade**. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 111.

- ³²TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Vol. 2. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 473.
- ³³*Ibidem*, p. 471
- ³⁴CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 153.
- ³⁵NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**, 2 ed., RT, 2006, p. 80.
- ³⁶FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. São Paulo: RT, 2005, p. 293-294.
- ³⁷PIOVESAN, Flávia e GOMES, Luiz Flávio (Coordenadores). **O Sistema Interamericano de proteção dos Direitos Humanos e o Direito brasileiro**. São Paulo: RT, 2000, p. 213.
- ³⁸ÁBALOS, Raúl Washington. **Derecho Procesal Penal**. 2.ed. Tomo II. Mendoza: Jurídicas Cuyo, 2007, p. 217.
- ³⁹*Ibidem*, p. 218.
- ⁴⁰CONVENÇÃO EUROPÉIA DOS DIREITOS DO HOMEM. Disponível em : < http://www.cidadevirtual.pt/cpr/asilo1/cesdh.html#artigo_60 >. Acesso em: 1 jun 2008.
- ⁴¹BRASIL, Lei n 11.689, de 9 de junho de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11689.htm>. Acesso em: 29 junho 2008.
- ⁴²*Ibidem*, p. 171.
- ⁴³CONVENÇÃO DE VIENA. Disponível em: <<http://www2.mre.gov.br/dai/dtrat.htm>>. Acessado em 8 abril 2.008.

REFERÊNCIAS

- ÁBALOS, Raúl Washington. *Derecho procesal penal*. 2.ed. Tomo 2. Mendoza: Jurídicas Cuyo, 2007.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BRASIL, Lei n 11689, de 9 de junho de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11689.htm>. Acesso em: 29 jun. 2008.
- BRASIL. Lei n. 11690, de 9 de junho de 2008, Art. 212. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/11690.htm>. Acesso em: 25 set. 2008.

BRASIL. Lei n. 11719, de 20 de junho de 2008. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm>. Acesso em: 25 set. 2008.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

CERVANTES, Nélida Astezia Castro. *Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos: vícios na Emenda Constitucional 45/2004*. 2006. 164 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2006.

CONVENÇÃO EUROPÉIA DOS DIREITOS DO HOMEM. Disponível em : < http://www.cidadevirtual.pt/cpr/asilo1/cesdh.html#artigo_60>. Acesso em: 1º jun 2008.

CONVENÇÃO DE VIENA. Disponível em: < <http://www2.mre.gov.br/dai/dtrat.htm>>. Acessado em 8 abr. 2.008.

DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário eletrônico Aurélio: com corretor ortográfico*. Curitiba: Editora Positivo, 2004, CD-ROM.

GOMES, Luiz Flávio (Coord.); PIOVESAN, Flávia (Coord.). *O Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GOMES, Luiz Flávio. *Tratados de direitos humanos: nível supralegal*. Revista Juristas. Disponível na internet, no site: <http://www.juristas.com.br/mod_revistas.asp?ic=2698>. Acesso em: 14 abril 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *As nulidades do processo penal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em sua unidade*. São Paulo: Saraiva, 1978.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *A influência dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no direito interno brasileiro*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/brasil/textos/mazzuoli.html>>. Acesso em: 14 abr. 2008.

MIRABETE, Júlio Fabrini. *Processo penal*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 2. ed. Revista dos Tribunais, 2006, p. 80.

PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS, Art. 5º - 2. Disponível em: <http://www.cedin.com.br/050trata_pgs/trata000.htm#05>. Acesso em: 31 jan. 2008.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Tratados Internacionais de Direitos Humanos: análise à luz do princípio da prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais do Brasil*. 2007.

PORTUGAL. Constituição Portuguesa. Disponível em: <http://www.portugal.gov.pt/Portal/PT/Portugal/Sistema_Politico/Constituicao/constituicao_p02.htm>. Acesso em: 26 jun. 2008.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. Vol. 2. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. v. 1, 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 2003.

_____. *A proteção dos direitos humanos nos plano nacional e internacional: perspectivas brasileiras*. Brasília: F. Naumann, 1992.

COMENTÁRIOS AOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DO CÓDIGO DE ÉTICA DA MAGISTRATURA NACIONAL¹

Marlúcia de Araújo Bezerra

Juíza de Direito Titular da 17ª Vara Criminal de Fortaleza – CE

Este trabalho foi desenvolvido por oportunidade do CURSO DE DEONTOLOGIA E ÉTICA DO MAGISTRADO, uma louvável iniciativa da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará, ministrado com excelência pelo professor Reginaldo da Costa e cujos ensinamentos farão, em minha consciência, definitiva morada.

O verdadeiro Juiz não tem escolha: ou pauta-se com extremo rigor ético na vida pessoal e profissional ou não será, verdadeiramente, Juiz, e sua toga não passará de uma capa preta, da qual, ao invés da pacificação social, efluirão indelévels mazelas.

1 A INDEPENDÊNCIA

O magistrado, para a correta formação do seu livre convencimento sobre os casos postos ao seu julgamento, deve manter-se infenso a influências externas aos autos, estas sempre danosas à própria consciência do julgador.

Ao juiz não é dado ceder a pressões, mesmo àquelas mais violentas e poderosas para, abandonando os critérios técnico-científicos, proferir julgamento político-casuístico.

“Preservai, juízes de amanhã., preservai vossas almas juvenis desses baixos e abomináveis sofismas. A ninguém importa mais do que à magistratura fugir do medo, esquivar humilhações, e não conhecer cobardia. Todo o bom magistrado tem muito de heróico em si mesmo, na pureza imaculada e na plácida rigidez, que a nada se dobre, e de nada se tema, senão da outra justiça, assente, cá embaixo, na consciência das nações, e culminante, lá em cima, no juízo divino. Não tergiverseis com as vossas responsabilidades, por mais atribulações que vos imponham, e mais perigos a que vos exponham. Nem receeis soberanias da terra: nem a do povo, nem a do poder. O povo é uma torrente, que rara vez se não deixa conter pelas ações magnânimas. A intrepidez do juiz, como a bravura do soldado, o arrebatam, e fascinam. Os governos investem contra a justiça, provocam e desrespeitam a tribunais; mas, por mais que lhes espumem contra as sentenças, quando justas, não terão, por muito tempo, a cabeça erguida em ameaça ou desobediência diante dos magistrados, que os enfrentem com dignidade e firmeza.”.

2 A IMPARCIALIDADE.

“A regra da igualdade não consiste senão em aquinhoar desigualmente

aos desiguais, na medida em que se desigualam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem.”

Imparcial é o magistrado que, no exercício de suas funções, consegue afastar por completo de seu espírito os preconceitos, os favoritismos e as predisposições que, como homem comum que é, obnubilam-lhe a consciência. E a tarefa de julgar exorta a todos os que a exercem a agir dessa maneira sob pena de não se alcançar o objetivo maior e razão de ser do próprio Poder Judiciário, qual seja, a pacificação social pela justa solução dos conflitos intersubjetivos.

3 A TRANSPARÊNCIA.

Guarda este princípio íntima conexão com o da publicidade dos atos administrativos. Quer dizer que do magistrado cobra-se uma postura de cristalina lisura de seus atos, resguardando-se, porém, da excessiva exposição social e midiática, ainda que reconhecidamente por virtude procedimental e de caráter.

Tampouco deve o Juiz, julgando-se a si próprio maior em cultura e conhecimento jurídico que os seus pares e demais operadores do Direito, tecer-lhes críticas destrutivas, bem como às suas obras, limitando-se, quando for de sua alçada, a refutá-las com argumentos e razões de convencimento.

“Não cortejeis a popularidade. Não transijais com as conveniências. Não tenhais negócios em secretarias. Não delibereis por conselheiros, ou assessores. Não deis votos de solidariedade com outros, quem quer que sejam. Fazendo aos colegas toda a honra, que lhes deverdes, prestai-lhes o crédito, a que sua dignidade houver direito; mas não tanto que delibereis só de os ouvir, em matéria onde a confiança não substitua a inspeção direta. Não prescindais, em suma, do conhecimento próprio, sempre que a prova terminante vos esteja ao alcance da vista, e se ofereça à verificação imediata do tribunal.”

4 A INTEGRIDADE PESSOAL E PROFISSIONAL. A DIGNIDADE.

É dever de todo aquele que integra o quadro da magistratura nacional servir de exemplo de retidão de caráter para os demais cidadãos pois, do contrário, não terá autoridade moral nem legitimidade para exigir o cumprimento de nenhuma decisão sua, por mais justa que seja, situação que o tornará inapto ao exercício da atividade jurisdicional.

“É à magistratura que vos ides votar?”

Elegeis, então, a mais eminente das profissões, a que um homem se pode entregar neste mundo. Essa elevação me impressiona seriamente; de modo que não sei se a comoção me não atalhará o juízo, ou tolherá o discurso. Mas não se dirá que, em boa vontade, fiquei aquém dos meus deveres.

Serão, talvez, meras vulgaridades, tão singelas, quão sabidas, mas ande o senso comum, a moral e o direito, associando-se à experiência, lhe nobilitam os ditames. Vulgaridades, que qualquer outro orador se avantajaria em esmaltar de melhor linguagem, mas que, na ocasião, a mim tocam, e no meu ensoado vernáculo hão de ser ditas. Baste, porém, que se digam com isenção, com firmeza, com lealdade; e assim hão de ser ditas, hoje, desta nobre tribuna.

Moços, se vos ides meter com o direito e o crime na cadeira de juízes, começai, esquadrihando as exigências aparentemente menos altas dos vossos cargos, e proponde-vos caprichar nelas com dobrado rigor; porque, para sermos fiéis no muito, o devemos ser no pouco.

“Qui fidelis est in minimo, et in majori fidel est; et qui in modico iniquus est, et in majori iniquus est.”

5 A DILIGÊNCIA E A DEDICAÇÃO.

Todo aquele que se dedica à causa da Justiça deve fazer do seu ofício a prioridade da sua vida. A magistratura é um sacerdócio que exige para si completa entrega de atenção e boa vontade.

Não saia o Juiz a arranjar para si obrigações e compromissos outros que lhe tirem a devoção ao exercício extenuante da judicatura. Quem assim age, perde o foco, permite o acúmulo de processos por incúria e, em infeliz consequência, diminui a credibilidade da instituição judiciária como um todo.

“Ponho exemplo, senhores. Nada se leva em menos conta, na judicatura, a uma boa fé de ofício que o vezo de tardança nos despachos e sentenças. Os códigos se cansam de balde em o punir. Mas a geral habitualidade e a convivência geral o entretêm, inocentam e universalizam. Destarte se incrementa e demanda ele em proporções incalculáveis, chegando as causas a contar a idade por lustras, ou décadas, em vez de anos.

Mas justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade. Os juízes tardinheiros são culpados, que a lassidão comum vai tolerando. Mas sua culpa tresdobra com a terrível agravante de que o lesado não tem meio de reagir contra o delinqüente poderoso, em cujas mãos jaz a sorte do litígio pendente.

Não sejais, pois, desses magistrados, nas mãos de quem os autos penam como as almas do purgatório, ou arrastam sonos esquecidos como as preguiças do mato.”

6 A CORTESIA, A HONRA E O DECORO.

Deveras ignóbil é a descompostura praticada por quem deveria dar exemplo de urbanidade. Os operadores do Direito, em especial os magistrados, têm a obrigação de relacionarem-se com polidez entre si e com os demais, no trato falado, pessoal ou por escrito.

Aos juízes cabe respeitar os seus pares, os advogados, as partes, os promotores, os defensores, os servidores, as testemunhas e toda a comunidade, na mesma proporção em que julgue merecer para si o tratamento por Excelência ou Meritíssimo.

“Não vos pareçais com esses outros juízes, que, com tabuleta de escrupulosos, imaginam em risco a sua boa fama, se não evitarem o contato dos pleiteantes, recebendo-os com má sombra, em lugar de os ouvir a todos com desprevenção, doçura e serenidade.

Não imiteis os que, em se lhes oferecendo o mais leve pretexto, a si mesmos põem suspeições rebuscadas, para esquivar responsabilidades, que seria do seu dever arrostar sem quebra de ânimo ou de confiança no prestígio dos seus cargos.

Não sigais os que argumentam com o grave das acusações, para se armarem de suspeita e execração contra os acusados; como se, pelo contrário, quanto mais odiosa a acusação, não houvesse o juiz de se precaver mais contra os acusadores, e menos perder de vista a presunção de inocência, comum a todos os réus enquanto não liquidada a prova e reconhecido o delito.

Não acompanheis os que, no pretório, ou no júri, se convertem de julgadores em verdugos, torturando o réu com severidades inoportunas, descabidas, ou indecentes; como se todos os acusados não tivessem direito à proteção dos seus juízes, e a lei processual, em todo o mundo civilizado, não houvesse por sagrado o homem, sobre quem recai acusação ainda inverificada.

Não estejais com os que agravam o rigor das leis, para se acreditar com o nome de austeros e ilibados. Porque não há nada menos nobre e aplausível que agenciar uma reputação malignamente obtida em prejuízo da verdadeira inteligência dos textos legais.”

7 A PRUDÊNCIA.

A decisão judicial deve ser o fruto de uma reflexão profunda do magistrado na qual considere valorativamente os argumentos e contra-argumentos de uma pretensão, sempre com suporte nas provas que se contém nos autos e sob o pálio do Direito regulador da relação jurídica em questão.

Se é verdade que toda caneta é uma arma em potencial, a do magistrado é, certamente, a mais poderosa delas e, como tal, há de ser manejada com a máxima cautela, a fim de se evitar conseqüências deletérias às partes e à sociedade em geral.

E nada de mais abjeto que, em se errando, permanecer no erro conscientemente, por mera arrogância de poder, ou por medo de reconhecer o erro, sob a falsa impressão de que isto diminui a quem o faz.

“Outro ponto dos maiores na educação do magistrado: corar menos de ter errado que de se não emendar. Melhor será que a sentença não erre. Mas, se cair em erro, o pior é que se não corrija. E, se o próprio autor do erro o remediar, tanto melhor; porque tanto mais cresce, com a confissão, em crédito de justo, o magistrado, e tanto mais se soleniza a reparação dada ao ofendido.”

8 O SIGILO PROFISSIONAL.

O que há nos autos, embora muitas vezes de domínio público, não deve servir de assunto para o magistrado em sua vida pública ou privada. Assim também com as decisões que houver de proferir, as quais devem falar por si, abstendo-se o prolator de dela fazer propaganda a quem da mesma não cumpra tomar conhecimento.

9 CONHECIMENTO E CAPACITAÇÃO.

O Direito é uma ciência. O magistrado, um cientista. Mais que isso, o Juiz tem a obrigação de aprimorar de forma continuada seus conhecimentos jurídicos e a técnica de aplicação destes em prol da rápida solução das questões postas sob sua cúria, em corolário ao direito da sociedade em geral à obtenção de um serviço de qualidade na administração da Justiça, o qual não se concebe também fora de rigorosos limites éticos.

“Estudante sou. Nada mais. Mau sabedor, fraco jurista, mesquinho advogado, pouco mais sei do que saber estudar, saber como se estuda, e saber que tenho estudado. Nem isso mesmo sei se saberei bem. Mas, do que tenho logrado saber, o melhor devo às manhãs e madrugadas. Muitas lendas se têm inventado, por aí, sobre excessos da minha vida laboriosa. Deram, nos meus progressos intelectuais, larga parte ao uso em abuso do café e ao estímulo habitual dos pés mergulhados n’água fria. Contos de imaginadores. Refratário sou ao café. Nunca recorri a ele como a estimulante cerebral. Nem uma só vez na minha vida busquei num pedilúvio o espantinho do sono. Ao que devo, sim, o mais dos frutos do meu trabalho, a relativa exabundância de sua fertilidade, a parte produtiva e durável da sua

safrá, é às minhas madrugadas. Menino ainda, assim que entrei ao colégio, alvidrei eu mesmo a conveniência desse costume, e daí avante o observei, sem cessar, toda a vida. Eduquei nele o meu cérebro, a ponto de despertar exatamente à hora, que comigo mesmo assentava, ao dormir. Sucedia, muito amiúde, encetar eu a minha solitária banca de estudo à uma ou às duas da antemanhã. Muitas vezes me mandava meu pai volver ao leito; e eu fazia apenas que lhe obedecia, tornando, logo após, àquelas amadas lucubrações, as de que me lembro com saudade mais deleitosa e entranhável.

Tenho, ainda hoje, convicção de que nessa observância persistente está o segredo feliz, não só das minhas primeiras vitórias no trabalho, mas de quantas vantagens alcancei jamais levar aos meus concorrentes, em todo o andar dos anos, até à velhice. Muito há que já não subtraio tanto às horas da cama, para acrescentar às do estudo. Mas o sistema ainda perdura, bem que largamente cerceado nas antigas imoderações. Até agora, nunca o sol deu comigo deitado, e, ainda hoje, um dos meus raros e modestos desvanecimentos é o de ser grande madrugador, madrugador impenitente.

Mas, senhores, os que madrugam no ler, convém madrugarem também no pensar. Vulgar é o ler, raro o refletir. O saber não está na ciência alheia, que se absorve, mas, principalmente, nas idéias próprias, que se geram dos conhecimentos absorvidos, mediante a transmutação, por que passam, no espírito que os assimila. Um sabedor não é armário de sabedoria armazenada, mas transformador reflexivo de aquisições digeridas.

Já se vê quanto vai do saber aparente ao saber real. O saber de aparência crê e ostenta saber tudo. O saber de realidade, quanto mais real, mais desconfia, assim do que vai apreendendo, como do que elabora.”

Temos aí, em epítome, o retrato dos pontos que devem nortear a conduta dos magistrados, ilustrados pelas transcrições feitas. Já em 1920, como se observa, não faltava orientação ética a quem iria mergulhar neste oceano de conflitos que é a instituição judiciária.

O desafio que temos de vencer cotidianamente sempre foi, é e será conter, em nossa humana alma, os ímpetos de individualismo e as imperfeições que pelem severamente para nos deformar o caráter.

¹ Todas as citações são excertos do discurso “ORAÇÃO AOS MOÇOS”, proferido pelo inesquecível Ruy Barbosa, no ano de 1920, quando, na oportunidade, escutavam-no uma turma de advogados e juizes neófitos.

Jurisprudência Cível

Apelação Cível

APELAÇÃO CÍVEL N.º 2000.0016.0016-9, de Fortaleza

APELANTE: ABEL CORREIA ALVES.

APELADO: CONDOMÍNIO DO EDIFÍCIO CAIMAN

RELATOR: Des. José Arísio Lopes da Costa.

EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS. PROTESTO DE TAXA CONDOMINIAL. QUITAÇÃO REFERENTE AOS MESES ANTERIORES QUE NÃO ATINGE A ÚLTIMA OBRIGAÇÃO AINDA POR SE VENCER. EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO. INEXISTÊNCIA DE DANO.

(1) Se o termo de quitação refere-se às parcelas já pagas até o mês imediatamente anterior, mas sem mencionar a competência deste mês ou as obrigações a ele relativas, com vencimento ainda em aberto, a quitação não o abrangerá, posto que o único critério seguro para a exoneração do condômino é o do último vencimento, cujos efeitos retroagem ao derradeiro mês de fruição.

(2) Sentença mantida. Apelo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível n.º 2000.0016.0016-9, de Fortaleza, envolvendo as partes acima aludidas.

ACORDA a Turma Julgadora da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Ceará, por votação unânime, em conhecer do recurso, mas para negar-lhe provimento e, assim, manter na íntegra a sentença recorrida, nos termos do voto, parte integrante deste Acórdão.

RELATÓRIO

Cuida-se de recurso de apelação interposto por ABEL CORREIA ALVES, de sentença do MM.º Juiz de Direito da 13.ª Vara Cível de Fortaleza (fls. 133/134), que julgou improcedente ação de reparação de danos morais movida pelo apelante contra o CONDOMÍNIO DO EDIFÍCIO CAIMAN, ao tempo em que acolheu a reconvenção aforada em sentido contrário, ao entendimento de que legítimo o protesto cartorial tirado em nome do autor, por falta de pagamento da taxa condominial relativa ao mês de janeiro de 1999.

Argumentando o recorrente, em síntese, com que o prolator da sentença deu interpretação equivocada ao documento de fls. 23, o qual lhe conferia plena quitação em relação a todo o período em que morou no Condomínio Caiman (fls. 135/138).

Contra-razões, às fls. 143/150, a defender o acerto da sentença monocrática.

É o relatório.

VOTO

Conheço do recurso, posto presentes os pressupostos de admissibilidade.

De feito.

O demandante moveu a presente ação com vistas a receber indenização por danos morais supostamente oriundos de protesto de título relativo à falta de pagamento da taxa condominial, anterior à rescisão de seu contrato de locação, com vencimento em 05/02/1999.

Para tanto, aduz que a declaração de fls. 23 dos autos, assinada pelo síndico, daria quitação para a dívida cobrada no instrumento de protesto de fls. 22.

Na audiência do dia 08/11/2000, o juiz presidente entendeu existirem elementos suficientes para o julgamento da causa naquele instante processual, por exigir o destribe do feito mera interpretação sobre os documentos já constantes dos autos.

Entendeu, assim, assistir razão à parte contestante e reconvinte,

calcado em que as taxas de condomínio referem-se sempre ao período anterior, e em tendo a quitação do síndico feito alusão somente às obrigações pagas até o mês de janeiro, tal afirmação não incluiria a taxa do mês de fevereiro, retroativa a janeiro.

Efetivamente, julgou com justeza o magistrado singular, porquanto a declaração de quitação do síndico do condomínio Caiman, datada de 1.º de fevereiro de 1999, a toda evidência, anterior ao vencimento da taxa condominial relativa à competência do mês de janeiro, fixada para 05/02/1999, não dá margem a dúvida alguma sobre a não inclusão desta em seu contexto.

Ao contrário, se o termo de quitação houvesse mencionado que seus efeitos abrangiam a competência do mês de janeiro com todas as respectivas obrigações, poder-se-ia interpretá-lo à maneira do demandante.

Note-se que a declaração do síndico refere-se ao tempo passado. Se o último vencimento, verificado antes de sua confecção, se deu em 05/01/1999, como poderia a quitação contemplar obrigação em aberto com vencimento futuro?

Claro está que o termo refere-se às taxas já vencidas e não às por se vencerem, com efeito retroativo ao derradeiro mês de fruição.

Destarte, não há dano algum a reparar, visto que a direção do Condomínio Caiman, ao mandar a protesto o título relativo à última taxa condominial em aberto, operou acobertado pela excludente de ilicitude do exercício regular de direito.

A reconvenção, cujo pedido reside na condenação do autor ao pagamento da taxa condominial protestada, de conseguinte, é procedente, visto que reconhecido o débito em referência.

Honorários e custas disciplinados corretamente, sem merecer ressalvas.

Ex positis, tomo conhecimento da apelação, mas tão-somente para negar-lhe provimento e, assim, manter intacta a douda sentença monocrática.

É como voto.

Fortaleza, 28 de abril de 2008.

PROCESSO Nº 2000.0115.1308-0/1.
APELAÇÃO CÍVEL.
APELANTE: FINASA SEGURADORA S.A.
APELADO: JOSÉ NUNES RODRIGUES.
RELATOR: DES. FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA.

CIVIL E PROCESSUAL. APÓLICE. CONTRATO DE SEGURO DE VIDA EM GRUPO E/OU ACIDENTES PESSOAIS. INVALIDEZ PARCIAL PERMANENTE. PRESCRIÇÃO ANUA. PRAZO. FLUÊNCIA. SUSPENSÃO. AVISO DE SINISTRO. SÚMULA Nº 229 DO STJ. CIÊNCIA DO SEGURADO DA NEGATIVA DE PAGAMENTO.

1. É de ser paga a indenização securitária, tendo em vista a incapacidade parcial permanente para o trabalho, atestada suficientemente pelo cabedal probatório dos autos, inclusive perícia médica, e sua conformação à previsão contratual.

2. Compete à apelante fazer prova da inequívoca ciência, pelo segurado, da negativa quanto ao pedido de pagamento da indenização, a fim de que se possa computar o lapso prescricional suscitado.

2. Recurso conhecido e desprovido.

ACÓRDÃO

Acordam os integrantes da Primeira Câmara Cível, por uma de suas Turmas, a unanimidade, em conhecer do recurso, para negar-lhe provimento, confirmando a sentença recorrida.

Fortaleza, 27 de abril de 2009.

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação aforada por Finasa Seguradora S.A., em face de sentença proferida pelo Juízo da 20ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza, que, ao apreciar ação monitória promovida por José Nunes Rodrigues, julgou-a procedente e converteu o mandado inicial em mandado executivo.

O apelado, ao submeter-se a cirurgia de catarata, contraiu infecção ocular, em decorrência da qual perdeu totalmente a visão do olho esquerdo. Por conseguinte, requereu à apelante o pagamento de indenização constante da apólice de seguro, deparando-se, pois, com a recusa da empresa.

Sustenta a recorrente, em síntese, como preliminar, estar prescrito o direito do autor, porquanto haja ingressado em juízo há mais de um (1) ano da data do sinistro. No mérito, sustenta que a hipótese em causa (evento danoso), nada obstante as perícias realizadas, não se ajusta à previsão da apólice de seguro, tendo em vista a ausência de requisitos ali estipulados para o recebimento da indenização.

Por conseguinte, reclama a extinção do processo, com base no art. 269, IV, do CPC.

Contrarrazões às fls. 162-170, pela manutenção do *decisum*.

É o relatório.

VOTO

A insurreição preenche os requisitos de admissibilidade.

(1)

Da preliminar de prescrição

Suscita a apelante a ocorrência de prescrição, uma vez que o recorrido teria demandado contra aquela mais de um ano após a ocorrência do sinistro. Argumenta ter-se dado o evento danoso em 30.08.1999 (data da consulta em pós-operatório, ao constatar-se a infecção), quando começou a contar o lapso prescricional, e após haver tomado conhecimento da negativa da empresa, mediante correspondência datada de 04.08.2000, passados onze (11) meses, tornou a fluir o dito prazo prescricional até o protocolo da inicial, em 04.06.2000, quando transcorridos mais dez (10) meses.

A Súmula nº 229 do Superior Tribunal de Justiça tem o seguinte teor: “O pedido do pagamento de indenização à seguradora suspende o prazo de prescrição até que o segurado tenha ciência da decisão” (grifamos).

Noticiam os fólios haver sido o autor submetido a cirurgia em 25.08.1999. Cinco dias depois, em 30.08.1999, foi ter com o médico, em consulta de pós-operatório, quando identificada infecção no olho esquerdo, no qual realizado o procedimento cirúrgico. À fl. 15, consta *relatório médico* assinado pelo Dr. Francisco Airton Vasconcelos, CRM-CE 2341, com data de 10.07.2000. À fl. 17, tem-se conta de correspondência da apelante, datada de 04.08.2000, em que

explicita a negativa à pretensão do autor quanto à indenização requerida.

Com efeito, apesar de a data da correspondência ser de 04.08.2000, não se pode concluir, somente por isso, haja o apelado tomado conhecimento da comunicação naquele mesmo mês ou ano. Não se extrai do caderno processual, de modo inequívoco, em que data o segurado, ora recorrido, tomou *ciência da decisão* negativa de pagamento da indenização.

Roberto Rosas registra, citando Voltaire Marensi, a respeito da Súmula nº 229 do STJ, as seguintes colocações, *in verbis*:

Durante o exame do pedido do segurado, **após comunicação do sinistro** (CC, art. 1.457), **fica suspenso o prazo de prescrição** até a conclusão se haverá ou não o pagamento da indenização pedida. **O prazo recomeça com a ciência dada pela seguradora ao segurado.** (Voltaire Marensi, *O seguro no direito brasileiro*, Síntese, p. 21) (grifamos). (Cf. *Direito sumular*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 380).

Além do mais, tem-se à fl. 15v. que o *aviso de sinistro* é datado de 10.07.2000. Data em que também foi assinado o *relatório médico* (fl. 15), a dessumir que, a partir dessa data foi suspenso o lapso prescricional, não se tendo informação de quando, efetivamente, tenha recomeçado a contagem, à míngua de prova quanto à data em que o apelado haja sido cientificado da decisão da seguradora quanto ao não pagamento do valor do seguro.

A vestibular foi protocolada em 04.06.2001, menos de um (1) ano após a data da correspondência remetida ao apelado (04.08.2000), na qual é dada ciência da negativa de pagamento.

Por conseguinte, conheço da preliminar de prescrição, repelindo-a, ante a não confirmação da data em que o apelado teve efetivo conhecimento da comunicação de negativa de pagamento do pleito indenizatório encaminhado pela recorrente.

(2)

Mérito

Assere a apelante, ainda, à fl. 153, não haver configuração da invalidez permanente total ou parcial por acidente reconhecida em sentença em favor do autor, tendo em vista não se enquadrar na cláusula 2ª das condições gerais da apólice, que diz sobre o conceito de invalidez permanente total ou parcial por acidente.

Aduz que o evento não foi caracterizado pela *violência*, consoante descrito na apólice, razão por que é de ser descaracterizado.

Compulsando os autos, observo, às fls. 54-55 (anexo à apólice de vida em grupo nº 0.004), no item 2.1., sobre o conceito de *invalidéz permanente total ou parcial por acidente*, o seguinte: “é a perda ou a impotência funcional, total ou parcial, definitiva, de membro ou órgãos, em virtude de lesão física causada por acidente pessoal”. Acerca do conceito de *acidente pessoal*, estipula o item 2.2.: “é o evento exclusivo e diretamente externo, súbito, involuntário e violento, causador de lesão física, que por si só e independentemente de toda e qualquer outra causa tenha como consequência direta a Invalidez Permanente, Total ou Parcial do Segurado”. Por fim, o item 5.7, informa estarem contidas nos *riscos excluídos* “as doenças (incluídas as profissionais), quaisquer que sejam suas causas, ainda que provocadas, desencadeadas ou agravadas, direta ou indiretamente por acidente, **ressalvadas as infecções**, estados septicêmicos e embolias, **resultantes de ferimento visível**”.

As perícias médicas realizadas (fls. 125 e 136; quesitos às fls. 73 e 79) a requerimento do juízo da causa constataram ter sido o evento em exame um *acidente pós-operatório, imprevisto, involuntário, súbito e incurável*, e que *as infecções são causadas por fatores endógenos, exógenos ou por pré-disposição do paciente*.

Nos quesitos apresentados pela apelante, à fl. 79, lê-se, no item 3, a seguinte indagação: “O autor possui algum mal provocado por um evento com data caracterizada, exclusivo e diretamente externo, súbito, involuntário e **violento**?” (grifamos). Em resposta, o perito médico, diretor de conceituada instituição local para deficientes visuais, explicitou (fl. 136): “**Sim**; acidente pós-operatório (infecção), evento súbito e involuntário”.

Não resta, pois, motivo para maiores digressões acerca da existência, na espécie, do evento danoso e do dever que incumbe à apelante de indenizar o apelado, em vista de as circunstâncias do caso concreto, sucedidas ao recorrido, enquadrarem-se perfeitamente aos conceitos avençados nas cláusulas do contrato de seguro levado a efeito entre as partes, o que se infere a partir das provas documentais e periciais aos fólios coligidas.

Do exposto, nego provimento ao presente recurso, a confirmar integralmente o *decisum* monocrático.

Fortaleza, 27 de abril de 2009.

APELAÇÃO CÍVEL N.º 2000.0121.7625-8/1
APELANTE/APELADA: TELEMAR NORTE LESTE S/A
APELANTE/APELADO: ZILDO CORREIA DE OLIVEIRA
ORIGEM: 19ª VARA CÍVEL DE FORTALEZA
RELATOR DESEMBARGADOR ADEMAR MENDES BEZERRA

EMENTA. DIREITO DO CONSUMIDOR. SERVIÇO DE TELEFONIA FIXA. COBRANÇAS INDEVIDAS. INSCRIÇÃO INDEVIDA DO NOME DO CONSUMIDOR NO SPC/SERASA. DANO MORAL. QUANTIFICAÇÃO.

- Não provando a empresa de telefonia a pactuação de contrato com o consumidor, são indevidas as respectivas cobranças.
- A inscrição indevida do nome de um indivíduo nos cadastros de proteção ao crédito (SPC/SERASA) é fato suficiente para caracterizar dano moral indenizável.
- A fixação do valor da indenização deve, segundo juízo de razoabilidade, compensar a vítima pelo gravame sofrido e sancionar o agente danoso por sua injusta conduta. A indenização por dano moral, pois, não pode ocasionar exagerado enriquecimento sem causa.
- Precedentes dos Tribunais Superiores.
- Recursos conhecidos, mas parcialmente provido apenas o da Telemar.

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da Apelação Cível n.º 2000.0121.7625-8/1, em que figuram as partes acima indicadas. Acorda a Segunda Câmara Civil do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, conhecer dos recursos, mas para dar parcial provimento apenas ao apelo da Telemar, nos termos do voto do relator.

Fortaleza, 15 de abril de 2009.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de apelações cíveis ajuizadas em face da decisão da MMA. Juíza da 19ª Vara Cível de Fortaleza que julgou parcialmente procedente Ação de Reparação de Danos Morais ajuizada por Zildo Correia de Oliveira contra a Telemar Norte Leste S/A, pela qual esta restou condenada ao pagamento de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) a título de indenização por danos morais.

Na inicial de fls. 02/07, o autor narra, em síntese, que foram instaladas três linhas telefônicas em seu nome (467.2834, 296.4410 e 467.2844), sem que tenha havido sua solicitação e autorização. Em seguida, assevera que os débitos gerados pela utilização de tais linhas ensejaram a indevida inscrição de seu nome nos cadastros de proteção ao crédito (SPC e SERASA), ocasionando-lhe, assim, danos morais passíveis de reparação.

Diante dessa situação e considerando que as negativas vêm lhe causando grave constrangimento e desconforto moral, pleiteia indenização no valor de 250 (duzentos e cinquenta) salários mínimos.

Juntou documentos de fls. 09/35.

Regularmente citada, a empresa ré apresentou contestação às fls. 45/68, oportunidade em que defendeu, em suma, que a habilitação das linhas telefônicas processou-se de forma legítima e regular, razão pela qual ou o autor realmente solicitou a ativação de tais linhas ou ele e a ré foram vítimas de fraude praticada por uma terceira pessoa, sustentando, assim, causa excludente de responsabilidade civil. Em seguida, aduz a improcedência do pleito indenizatório, como também a sua exorbitância.

Acostou os documentos de fls. 69/93.

Réplica do autor às fls. 96/102.

À fl. 103, despacho determinando a intimação das partes para apresentarem proposta de acordo.

Proposta de acordo da ré à fl. 105 e contra-proposta do autor às fls. 106/107.

Às fls. 111/112, despacho saneador designando a realização de audiência de instrução.

Às fls. 138/147 e 157/168, foi realizada a instrução processual em juízo.

Memoriais da ré às fls. 173/177 e do autor às fls. 179/190.

Pela sentença de fls. 191/199, a MMA. Juíza *a quo*, conforme adiantado acima, julgou parcialmente procedente a pretensão autoral, condenando a Telemar Norte Leste S/A ao pagamento da quantia de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) a título de reparação pelos danos morais suportados pelo demandante.

Embargos de declaração do autor às fls. 201/204, alegando

obscuridade na sentença de fls. 191/199, relativamente ao índice de correção monetária a ser aplicado.

Decisão acolhendo os aclaratórios às fls. 205/206.

Irresignada, a ré vem de apelar às fls. 207/233, reiterando as alegações colacionadas em sede de contestação.

Contra-razões às fls. 239/245.

Às fls. 246/252, recurso de apelação do autor pugnando pela majoração do valor da condenação para 250 (duzentos e cinquenta) salários mínimos.

Contra-razões da Telemar às fls. 255/272.

É o relatório.

VOTO

No destreame da lide devolvida a esta egrégia Corte de Justiça, infere-se a necessidade de apreciação das seguintes questões: a) licitude ou ilicitude das cobranças realizadas pela empresa de telefonia demandada inerentes ao uso das linhas telefônicas n^os 467.2834, 296.4410 e 467.2844; b) licitude ou ilicitude da inscrição do nome do autor nos cadastros de proteção ao crédito; c) ocorrência de dano moral na hipótese em exame; c) se o *quantum* indenizatório foi fixado razoavelmente.

Relativamente às cobranças dos serviços de telefonia questionados pelo autor, entendo que foram inquestionavelmente ilícitas, já que, em nenhum momento, a empresa de telefonia ré desincumbiu-se do ônus de provar que o autor realmente solicitou a habilitação das linhas telefônicas mencionadas na exordial. Além disso, convém salientar que é do fornecedor o ônus de investigar a veracidade das informações que são levadas a seu conhecimento acerca das solicitações para a prestação de seus serviços.

Sobre o sistema utilizado pela Telemar para a habilitação de linhas telefônicas, merecem transcrição as seguintes passagens da sentença recorrida (fls. 191/199), *in verbis*:

“(...) na ânsia de lucro, buscando vender as linhas telefônicas e, ainda prestando serviços a estas pessoas, as empresas telefônicas brasileiras não vêm agindo com a diligência necessária, principalmente, quando se percebe no mundo hodierno o avanço da tecnologia usada a serviço de atos estelionatários e para a realização de outras fraudes, lesionando cidadãos que são vítimas de cobranças indevidas e inscrição de seus nomes em cadastros de inadimplentes, tal como ocorreu com o promovente.

Observa-se que se tornou praxe o pedido de instalações de linhas telefônicas mediante simples ligação em que os dados são repassados, sem a prudente e necessária fiscalização da correção dos dados informados e, principalmente, sem a exigência de formalidades, como, por exemplo, entrega de documentação autenticada e assinatura do interessado mediante reconhecimento de firma.”

Percebe-se, assim, que, ao optar por utilizar um sistema informal e inseguro para habilitação de linhas telefônicas, deve a Telemar assumir o risco pela ocorrência de eventuais fraudes praticadas por terceiros estelionatários, razão pela qual improcede a alegação de causa excludente de responsabilidade civil.

Nessa linha de idéias, não há justificativa jurídica para a inclusão do nome do autor nos cadastros de proteção ao crédito, tal como se infere do documento de fl. 14. Esta atitude, por si só, enseja a configuração de dano moral indenizável, tal como vem unanimemente entendendo o Superior Tribunal de Justiça, como se lê das seguintes ementas:

“Considera-se comprovado o dano moral decorrente de inscrição indevida no SPC se demonstrada, nos autos, a existência desta” (AgReg. 299.655 – Rel. Nancy Andrighi – j. 17.05.2001 – RSTJ 147/209)

“Responsabilidade civil. Dano moral. Inscrição indevida em cadastro negativo. Precedentes da Corte.

1. Como já decidido inúmeras vezes pela Corte, caracterizada a conduta indevida do banco em anotar o nome da parte em cadastro negativo, cabível é a indenização por dano moral, suficiente a demonstração da existência da inscrição irregular (REsp nº 313.595/RJ, da minha relatoria, DJ de 25/3/02; REsp nº 65.727/DF, Relator o Senhor Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 21/8/98).

2. Recurso especial não conhecido. (RESP 471159 / RO ; RECURSO ESPECIAL 2002/0117898-0Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR T4 - QUARTA TURMADJ 31.03.2003 p.00233)

“CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANO MORAL E EMERGENTE. MÚTUO. PROTESTO INDEVIDO. INSCRIÇÃO NO SERASA. PROVA DO PREJUÍZO. DESNECESSIDADE. (...)

I. A indevida inscrição em cadastro de inadimplente, bem como o protesto do título, geram direito à indenização por dano moral, independentemente da prova objetiva do abalo à honra e à reputação sofrida pelo autor, que se permite, na hipótese,

presumir, gerando direito a ressarcimento que deve, de outro lado, ser fixado sem excessos, evitando-se enriquecimento sem causa da parte atingida pelo ato ilícito. (...) (RESP 457734 / MT ; RECURSO ESPECIAL 2002/0100669-6 Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR T4 - QUARTA TURMADJ 24.02.2003 p.00248)

“Processual Civil e Civil. Recurso Especial. Inscrição indevida no SPC. Danos morais. Prova. Desnecessidade. Indenização. Arbitramento. Alteração na via especial. Honorários. Sucumbência recíproca.

- Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, nos casos de inscrição indevida no cadastro de inadimplentes, considera-se presumido o dano moral, não havendo necessidade da prova do prejuízo, desde que comprovado o evento danoso. (...) (RESP 419365 / MT ; RECURSO ESPECIAL 2002/0028678-0 Ministra NANCY ANDRIGHI T3 - TERCEIRA TURMA DJ 09.12.2002 p.00341)

Como se vê, as cobranças protagonizadas pela Telemar pelo uso das linhas nºs 467.2834, 296.4410 e 467.2844, assim como as inscrições do nome do autor nos cadastros de proteção ao crédito foram **ilícitas**, restando, assim, indubitáveis os danos morais experimentados.

Passemos, então, à quantificação do pleito indenizatório.

Já é remansoso o entendimento no sentido de não ser justo nem jurídico fixar em montantes exagerados a reparação de danos morais. Como não há critérios objetivos para guiar o magistrado na determinação de um *quantum* que sirva de compensação, deve este se guiar pela razoabilidade, pelo bom senso e pela equidade.

Ressalte-se que o dano moral é compensável e não ressarcível, porque o prejuízo ao patrimônio moral de um sujeito jamais poderá ser proficuamente reparado por dinheiro. É neste sentido que Yussef Said Cahali (Dano Moral, 2ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 42) afirma que “a sanção do dano moral não se resolve numa indenização propriamente, já que indenização significa eliminação do prejuízo e das suas conseqüências, o que não é possível quando se trata de dano extrapatrimonial; a sua reparação se faz através de uma compensação, e não de um ressarcimento; impondo ao ofensor a obrigação de pagamento de uma certa quantia de dinheiro em favor do ofendido, ao mesmo tempo que agrava o patrimônio daquele, proporciona a este uma reparação satisfativa”.

Rui Stoco (Tratado de Responsabilidade Civil, 6ª Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p.1716) também leciona no mesmo sentido quando afirma que “a indenização do dano moral tem por fim ministrar uma sanção para a violação de um direito que não tem denominador econômico. Não é possível a sua avaliação em dinheiro, pois não há equivalência entre o prejuízo e o ressarcimento. Quando se condena o responsável a reparar o dano moral, usa-se de um processo imperfeito, mas o único realizável, para que o fendido não fique sem uma satisfação”.

Nessa linha de pensamento, mediante o uso da razoabilidade, deve o magistrado chegar a um valor que a um só passo sirva como lenitivo à vítima, em função do vexame sofrido, e sanção para o agente do dano.

O entendimento aqui esposado vai ao encontro dos precedentes também do Superior Tribunal de Justiça, consoante se infere do seguinte julgado:

“(…)

III - O valor da indenização por dano moral sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça, recomendando-se que, na fixação da indenização a esse título, o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível sócio-econômico da parte autora e, ainda, ao porte econômico da ré, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso. (...)” (RESP 259816 / RJ DJ DATA:27/11/2000 PG:00171 Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA)

Do voto do Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira nesse julgado, extrai-se a seguinte passagem:

“Certo é que a indenização, como se tem assinalado em diversas oportunidades, deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento indevido, com abusos e exageros, devendo o arbitramento operar com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa e ao porte econômico das partes, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, devendo, de outro lado, desestimular o ofensor a repetir o ato.”

Analisando a situação vertente, penso que a condenação em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), atende, a meu ver, de uma só vez, ao cunho sancionador à empresa de telefonia apelante, servindo, ademais, de lenitivo aos dissabores experimentados pela parte contrária, decorrentes da restrição de crédito sofrida.

Por tais razões, conheço dos recursos, mas para dar parcial provimento apenas ao apelo da Telemar, a fim de reduzir o *quantum* da indenização por danos morais de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

É como voto.

Fortaleza, 15 de abril de 2009.

PROCESSO: Nº 2000.0129.3321-0/1

CLASSE: APELAÇÃO CÍVEL

APELANTE: MARIA VANDA GOMES FONTELES

APELADOS: MARIA TELMA FONTELES GUIMARÃES E JAIR GUIMARÃES

RELATOR: DES. FRANCISCO SALES NETO

ÓRGÃO JULGADOR: 1ª CÂMARA CÍVEL

E M E N T A: DIREITO CIVIL. SUCESSÕES. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS PROPOSTA EM FACE DE INVENTARIANTE, RELATIVA A VALORES RECEBIDOS E GASTOS PELA INVENTARIADA QUANDO EM VIDA. CARÊNCIA DE AÇÃO. EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. A OBRIGAÇÃO DO INVENTARIANTE DE PRESTAR CONTAS RESUME-SE AO PERÍODO QUE FICOU NA ADMINISTRAÇÃO DOS BENS DO ESPÓLIO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REDUÇÃO.

1. É digna de confirmação a sentença que julga extinta sem resolução de mérito Ação de Prestação de Contas aforada em face de inventariante, objetivando o esclarecimento da destinação de valores recebidos e gastos pela inventariada quando em vida, posto que aquele que recebe o múnus da inventariança somente está obrigado a prestar contas durante o período de sua administração, e não por atos pretéritos praticados por terceiro.

2. Nas causas em que não houver condenação, os honorários serão fixados consoante apreciação eqüitativa do juiz, observados o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado, bem como o tempo exigido deste para elaboração dos articulados, de acordo com o que preceitua o art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

3. *Recurso a que se dá parcial provimento.*

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, em conhecer do recurso, para dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Relator.

R E L A T Ó R I O

MARIA VANDA GOMES FONTELES, devidamente qualificada no intróito, ingressou com Ação de Prestação de Contas perante a 3ª Vara de Sucessões da Comarca de Fortaleza, em desfavor de MARIA TELMA FONTELES GUIMARÃES, também qualificada, no início.

Sustentou, na peça preambular, ter se habilitado no processo de inventário do espólio de sua mãe, Filomena Gomes Fonteles, onde é inventariante a promovida, tendo apresentado relação de bens do acervo patrimonial da extinta. Explicou que a sua genitora, enquanto viva, herdou do filho José Juarez Gomes Fonteles, a quantia de R\$ 893.097,21 (oitocentos e noventa e três mil, noventa e sete reais, e vinte e um centavos).

Disse mais, que a demandada convivia com a Sra. Filomena na época em que esta era inventariante do espólio do filho José Juarez, sendo que a ré cuidava pessoalmente dos interesses de sua genitora, mantendo exclusivo controle sobre aplicações financeiras e de poupança, não prestando contas de como estava sendo utilizada a quantia herdada. Afirmou ter direito a saber qual a destinação dada à quantia de R\$ 390.129,34 (trezentos e noventa mil, cento e vinte e nove reais, e trinta e quatro centavos). Requereu a citação do marido da ré, o Sr. Jair Guimarães, e a ao fim, a procedência da lide.

Juntou docs. fls. 09/23.

A parte promovida contestou suscitando preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, argumentando que não pode ser responsável pelos atos da inventariante e única herdeira do espólio, Sra. Filomena, posto que esta os praticou no exercício regular de seu direito. Ainda preliminarmente, disse que, igualmente à autora, também é filha da Sra. Filomena, enquanto seu marido, Jair Guimarães, sequer é herdeiro. No mérito, afirmou que só pode responder por contas relativas ao período de inventariança, e não por atos praticados por sua mãe enquanto viva, posto que a mesma gozava de plena capacidade e lucidez. Findou requerendo a improcedência da ação.

A MM. Juíza proferiu sentença às fls. 102/110, conforme o seguinte dispositivo:

“(…) Diante de todo o exposto, decido pelo julgamento antecipado da lide, com a aquiescência das partes. Em conseqüência, **JULGO** antecipadamente a lide, por sentença de minha lavra, para que produza seus legítimos e jurídicos efeitos, **declarando** a autora carecedora de ação para pleitear contas da herdeira Maria Telma Fonteles Guimarães no juízo sucessório, por restar fartamente provada nos autos a impropriedade do pedido nesta via, por faltar legitimidade a uma das partes e por faltar nos autos o objeto do pedido, impossibilitando a contraprestação.

(…)

Em conseqüência, declaro extinto o processo, sem apreciação do mérito, com supedâneo no art. 267, VI, c/c o art. 301, X, do Código de Processo Civil.

Custas, as de lei. Honorários no percentual de dez (10%) do valor da causa, em consonância com o art. 20, § 4º do Código de Processo Civil.

(…)”. (**destaques originais**).

A autora apresentou recurso de apelação às fls. 111/125, desta vez alegando que houve movimentação financeira nas contas do espólio após a morte da inventariada. Argumentou ainda que a competência do juízo sucessória é “*óbvia*”, uma vez que houve “*omissão deliberada de informações sobre a integralidade dos bens*”, acrescentando que o objeto da ação de prestação de contas foi específico, limitando-se ao momento da declaração de bens, durante o qual a inventariante e seu marido se utilizaram de valores da conta conjunta que mantinham com a inventariada.

Prosseguiu na narrativa aduzindo que a sentença está dissociada dos fatos e da lei, vez que a MM. Sentenciante se declarou incompetente para julgar o feito, porém não o remeteu para o juízo competente. No mais, impugnou o montante arbitrado a título de honorários advocatícios, consistente em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, pugnando, ao fim, pelo provimento do recurso.

Contra-razões às fls. 139/148.

Processo remetido para consideração da Procuradoria Geral de Justiça, a qual, em parecer de mérito que repousa às fls. 153/156, opinou pelo improvimento do recurso, com a confirmação integral da sentença guerreada.

É o relatório.

VOTO

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

“*Ab initio*”, insta registrar que a ação de prestação de contas tem por finalidade precípua esclarecer e determinar a certeza em torno de contas existentes entre as partes de uma relação de direito material, que envolva débito e crédito recíprocos, sobre as quais pesem dúvidas, fixando-se um saldo devedor ou credor por parte de quem as exige ou de quem as presta, de forma a reparar uma lesão ao direito de qualquer dessas partes.

Moacyr Amaral Santos acentua que compreende essa demanda “... *uma série de atos outros, que objetivam não só a verificação e a comprovação das entradas e saídas, como, principalmente, a determinação da certeza do saldo credor ou devedor resultante das mesmas contas. Assim, ‘prestação de contas’, no sentido jurídico e específico, é todo um instrumento de determinação da certeza do saldo credor ou devedor daquele que administra ou guarda bens alheios.*”¹

Adroaldo Furtado Fabrício leciona que:

“Prestar contas significa fazer alguém a outrem, pormenorizadamente, parcela por parcela, a exposição dos componentes de débito e crédito resultantes de determinada relação jurídica, concluindo pela apuração aritmética do saldo credor ou devedor, ou de sua inexistência. A natureza dessa relação jurídica pode variar muito; de um modo geral, pode-se dizer que deve contas quem quer que administre bens, negócios ou interesses de outrem, a qualquer título. Há de prestar contas, por outras palavras, aquele que efetua e recebe pagamentos por conta de outrem, movimentando recursos próprios ou daquele em cujo interesse se realizam os pagamentos recebidos.”

Segundo lição de Humberto Theodoro Júnior:

“Pode-se, destarte, concluir que o procedimento especial da ação de prestação de contas tem, em regra, a força de tornar certa a expressão numérica de uma relação jurídica, com o fim de impor uma condenação à parte devedora pelo saldo apurado; e, às vezes, apenas a força de acertar o relacionamento jurídico e econômico entre as partes.”

E continua, discorrendo sobre o seu cabimento:

“O procedimento especial da ação de prestação de contas foi concebido em direito processual com a destinação específica de compor os litígios em que a pretensão, no fundo, se volte para o esclarecimento de certas situações resultantes, no geral, da administração de bens alheios.

Na verdade, todos aqueles que têm ou tiveram bens alheios sob sua guarda e administração devem acertar contas, isto é, devem ‘apresentar a relação discriminada das importâncias recebidas e despendidas, em ordem a fixar o saldo credor, se as despesas superam a receita, ou o saldo devedor, na hipótese contrária’, ou até mesmo a inexistência de saldo, caso as despesas tenham se igualado às receitas.”

Assim, todos aqueles que administram ou mantêm sob sua guarda, bens alheios, têm o dever de prestar contas. Daí resulta o direito de se exigir informações detalhadas sobre a natureza e a origem dos valores administrados por alguém.

Na prestação de contas, pois, o suporte fático do pedido é a obrigação do réu de dar contas ao autor, sendo que, se esse dever for contestado, o processo abrangerá duas fases: uma, preliminar, em que a controvérsia sobre o direito de exigir contas será resolvida, mediante um pronunciamento do Judiciário se o demandado está obrigado a prestá-las conforme pretendido pelo demandante; outra, final, em que, admitida a procedência da primeira, terá lugar a referida prestação, em forma mercantil, objetivando a fixação de um saldo devedor ou credor, líquido e certo, na operação pugnada.

No caso dos autos, a MM. Sentenciante decidiu pela extinção do feito sem resolução do mérito, com base no art. 267, VI, c/c o art. 301, X, ambos do Código de Processo Civil, nestes termos:

“(...) A inicial trata de pedido de prestação de contas da inventariante de processo de inventário em curso nesta vara, para que esclareça a destinação de valores recebidos por pessoa falecida quando em perfeito uso de sua capacidade civil.

Bem se vê que a responsabilidade da inventariante não tem o condão de alcançar atos exercidos por terceiro antes de sua nomeação para o mister.

(...)

A jurisprudência é pacífica quanto ao período de obrigatoriedade para prestação de contas pelo inventariante, na forma administrativa e vinculada ao processo de inventário. A competência do juízo sucessório está restrita ao período de obrigatoriedade. Fora disso, o assunto deve ser tratado em outras vias, perante o juízo competente, como procedimento especial, desvinculado do feito sucessório.

(...)

No processo de inventário dos bens deixados por José Juarez Gomes Fonteles, D. Filomena Gomes Fonteles, atuou como inventariante do espólio de seu falecido filho e foi sua única herdeira. Nenhum impedimento constou à sua gestão nem foi levantada qualquer dúvida à sua capacidade civil.

(...)

Em conseqüência, JULGO antecipadamente a lide, por sentença de minha lavra, para que produza seus legítimos e jurídicos efeitos, declarando a autora carecedora de ação para pleitear contas da herdeira Maria Telma Fonteles Guimarães no juízo sucessório, por restar fartamente provada nos autos a impropriedade do pedido nesta via, por faltar legitimidade a uma das partes e por faltar nos autos o objeto do pedido, impossibilitando a contraprestação. (...)”

Ressalto, então, que o entendimento esposado pelo MM. Juiz merecer prevalecer. Explico:

Pretendeu a apelante, em sua peça vestibular, que sua irmã, Maria Telma Fonteles Guimarães, prestasse contas por período relativo ao tempo em que a genitora de ambas, Filomena Gomes Fonteles, era inventariante do espólio de seu falecido filho, tendo herdado deste vultuosa quantia.

Posteriormente, no recurso de apelação, depois de julgamento em 1º Grau dando pela extinção do feito sem resolução de mérito, a recorrente inovou em suas argumentações, desta vez pleiteando a prestação de contas pelo período correspondente ao do inventário dos bens deixados pela Sra. Filomena.

A pretensão da apelante de submeter à apreciação do juízo recursal a análise da mencionada matéria representa supressão do 1º grau de jurisdição, o que é vedado pelo ordenamento jurídico pátrio. Cabe à segunda instância o reexame das questões suscitadas em 1º grau. Dessa forma, analisar referido tema, em sede de apelação, seria suprimir instância do Poder Judiciário.

Aliás, esse é o entendimento jurisprudencial:

“AÇÃO DE REVISÃO DE CONTRATO. INOVAÇÃO EM SEDE RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. REAJUSTE

CONTRATUAL VINCULADO À VARIAÇÃO CAMBIAL DO DÓLAR. RECURSOS EXTERNOS. PROVA. INOCORRÊNCIA. CODECON. APLICABILIDADE. - **É vedado às partes deduzirem novas alegações, depois de concluída a *litis contestatio*** (art. 303 do CPC)” (TAMG - Apelação Cível 0419794-4 - 17/08/2004 - Rel. Juiz Roberto Borges de Oliveira. - Cfr. Informa Jurídico, CD-ROM n. 40 - outubro-dezembro/2005).

“RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DO TRABALHO. INDENIZAÇÃO. DIREITO COMUM. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO EMPREGADOR. TEORIA DO RISCO PROFISSIONAL. MATÉRIA NÃO SUSCITADA E DEBATIDA EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. INAPLICABILIDADE. EXEGESE DO ARTIGO 515 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. - **O recurso é meio voltado à provocação de reexame de decisão e, portanto, limita-se ao que foi pedido, discutido e decidido no juízo ‘a quo’. Inadmissível, portanto, a inovação em sede recursal, eis que não foi objeto de discussão em primeira instância, pois, caso contrário, de recurso não se trataria mas, isso sim, de nova ação a ser solucionada pelo Tribunal, suprindo-se, destarte, um grau de jurisdição”** (2º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo - Apelação Cível 0419794-4 - 12/06/2003 - Rel. Juiz Rocha de Souza. - Cfr. Informa Jurídico, CD-ROM n. 40 - outubro-dezembro/2005).

Ademais, ainda que se permitisse a análise de tais insurgências, as mesmas cairiam por terra, posto que a falecida, durante o tempo em que herdou considerável quantia, era plenamente capaz e responsável por seus atos, apesar de já ser pessoa de idade, podendo dar a destinação que bem entendesse ao que já era seu de direito.

Oportuno salientar, outrossim, que, contrariamente ao que sustentou a apelante nas suas razões recursais, conforme bem analisado pela i. Procuradora de Justiça oficiante nesta Câmara, o que motivou a decisão monocrática não foi a incompetência absoluta do Juízo singular para dirimir a questão apresentada, mas a falta de duas das condições da ação.

Tais condições consistem, exatamente, na legitimidade das partes, e na possibilidade jurídica do pedido. Quanto à primeira delas, pertinente esclarecer que o réu deve ser, em tese, o responsável pela satisfação do interesse do autor. No caso ora sob enfoque, o requisito fundamental da prestação de contas é a existência de alguém responsável por guardar bens alheios, sendo que este requisito não fez presente, posto que não tinha a apelada a responsabilidade pela guarda dos bens de sua mãe.

A esse respeito, a jurisprudência é uníssona:

“APELAÇÃO CÍVEL. SUCESSÕES. INVENTÁRIO. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. OBRIGAÇÃO DO EX-INVENTARIANTE. DEVER DE PRESTAR CONTAS EM RELAÇÃO AO PERÍODO QUE FICOU NA ADMINISTRAÇÃO DOS BENS DO ESPÓLIO. Aquele que recebeu o múnus da inventariança está obrigado a prestar contas de sua administração, pelo período em que a exerceu, nos termos das normas dos artigos 914 e seguintes do CPC.” APELAÇÃO PROVIDA.” (Apelação Cível Nº 70025852773, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Vasco Della Giustina, Julgado em 10/09/2008).

Dessarte, inexistindo qualquer relação de direito material entre as partes litigantes a ensejar a pretendida prestação de contas, a extinção da ação sem resolução de mérito é medida que se impõe.

No concernente à verba honorária, arbitrada em 10% (dez por cento) do valor da causa, fixado em R\$ 893.097,21 (oitocentos e noventa e três mil, noventa e sete reais, e vinte e um centavos), assiste razão à apelante acerca da pretendida minoração.

Isso porque, havendo a extinção do processo sem resolução do mérito, deve-se observar, para a fixação dos honorários advocatícios, o parágrafo quarto do art. 20 do CPC, e não o seu parágrafo terceiro.

Assim, não há que se falar em aplicação do percentual de 10 (dez) a 20% (vinte por cento), previsto no art. 20, § 3º do CPC, visto que tal preceito legal só deve ser usado em caso de condenação, porque espelhará a conquista do patrono na lide.

Já no caso de extinção sem julgamento do mérito e obviamente sem condenação, deve-se fixar os honorários advocatícios, mediante apreciação equitativa do juiz, nos termos do que dispõe o art. 20, § 4º do CPC, *in verbis*:

“Art. 20. (...)

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

À propósito:

“PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. FATO SUPERVENIENTE. PAGAMENTO DO DÉBITO. PERDA DO OBJETO DA AÇÃO. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO (CPC, ART. 267, VI). HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. ART. 20, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. 1. Extinto o processo, sem Resolução do mérito, por causa posterior ao ajuizamento da ação, deve ser fixada verba honorária, com base no princípio da causalidade. 2. Tendo os apelados dado causa à demanda, assim como à perda de seu objeto, devem arcar com os ônus da sucumbência. 3. Tratando-se de processo extinto sem Resolução de mérito, deve a verba honorária ser fixada mediante apreciação equitativa do Juiz, a teor do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil. 4. Observado o grau de zelo profissional, o local da prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo procurador e o tempo exigido para seu serviço, é razoável a fixação dos honorários advocatícios no valor de R\$ 400,00, a mando da equidade. 5. Apelação a que se dá provimento”. (TRF 01ª R.; AC 1998.34.00.021354-8; DF; Quinta Turma; Rel. Des. Fed. Joao Batista Moreira; Julg. 30/04/2008; DJF1 21/05/2008; Pág. 87) CPC, art. 267 CPC, art. 20

Nesse contexto, analisando as especificidades do caso dos autos, e considerando os requisitos previstos nas alíneas “a”, “b” e “c”, do § 3º do artigo em espede, quais sejam: o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para seu serviço, tenho como razoável o valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), que ora arbitro.

Com estas ponderações, DOU PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO tão somente para reduzir os honorários advocatícios para o valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), a serem arcados integralmente pela parte vencida.

É como voto.

Fortaleza, 10 de novembro de 2008.

¹Ação Cominatória no Direito Brasileiro, p. 351/353.

PROCESSO Nº 2000.0130.1558-4/1
APELAÇÃO CÍVEL EM EXECUÇÃO FISCAL
APELANTE: FAZENDA PÚBLICA DO MUNICÍPIO DE FORTALEZA
APELADO: INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DO ESTADO DO CEARÁ –
IPEC
ÓRGÃO JULGADOR: 3ª CÂMARA CÍVEL
RELATOR: DES. CELSO ALBUQUERQUE MACÊDO

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. DESNECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. CABIMENTO. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DO ESTADO DO CEARÁ – IPEC. GESTÃO OPERACIONAL DO SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. IMPOSTO SOBRE A PROPRIEDADE PREDIAL E TERRITORIAL URBANA – IPTU. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DA AUTARQUIA ESTADUAL. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA NÃO IDENTIFICADA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

CABIMENTO. NATUREZA CONTENCIOSA DO INCIDENTE. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A orientação desta Corte Estadual e do Superior Tribunal de Justiça “*firmou-se no sentido de admitir a exceção de pré-executividade nas situações em que não se faz necessária dilação probatória ou em que as questões possam ser conhecidas de ofício pelo magistrado, como as condições da ação, os pressupostos processuais, a decadência, a prescrição, entre outras*” (STJ, Primeira Seção, REsp 1104900/ES, Rel. Ministra Denise Arruda, julgado em 25.03.2009, DJe 01.04.2009).

2. Em relação ao IMPOSTO SOBRE A PROPRIEDADE PREDIAL E TERRITORIAL URBANA – IPTU, incidente sobre imóveis adquiridos por meio do Sistema Financeiro da Habitação, atuando

o INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DO ESTADO DO CEARÁ – IPEC na condição de agente financeiro, esta Corte Estadual firmou-se no sentido de ser indevida a pretensão executiva, porquanto evidenciada a ilegitimidade passiva da autarquia estadual, que não assumiu a propriedade dos referidos imóveis, tampouco deteve seu domínio útil ou posse, aspectos intrínsecos ao fato gerador e necessários para a adequada identificação do contribuinte do mencionado tributo municipal.

3. A execução refere-se a período posterior ao ano de 1990, momento em que a responsabilidade pela gestão dos correspondentes contratos e convênios foi assumida pela Companhia da Habitação do Estado do Ceará – COHAB, seguindo-se com a extinção do Departamento de Operações Habitacionais – DOHAB e do Fundo Especial de Empréstimos Imobiliários – FEIMOB (Decretos n^{os} 20.547/90, 20.584/90 e 20.756/90).

4. Não se trata da hipótese constitucional de imunidade tributária, já que os imóveis sequer integram o patrimônio da autarquia estadual.

5. Também não se cuida de modificação do sujeito passivo da obrigação tributária, pois mencionados atos normativos estaduais não tratam da responsabilidade pelo pagamento de tributos, mas apenas da gestão operacional do Sistema Financeiro da Habitação, não se amoldando às circunstâncias do art. 123 do Código Tributário Nacional.

6. A vedação contida no art. 1º-D da Lei nº 9.494/97 não se aplica às execuções fiscais, regidas por lei especial, sendo devidos honorários advocatícios quando acolhida exceção de pré-executividade, incidente processual de natureza contenciosa, prestigiando-se, pois, o princípio da causalidade, segundo o qual *“aquele que deu causa à propositura da demanda ou à instauração de incidente processual deve responder pelas despesas daí decorrentes”* (NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 222).

7. Recurso não provido.

ACÓRDÃO

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

RELATÓRIO

Cuida-se de **apelação** apresentada em face da extinção em bloco de **execuções fiscais** promovidas pela FAZENDA PÚBLICA DO MUNICÍPIO DE FORTALEZA contra o INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DO ESTADO DO CEARÁ – IPEC, por ilegitimidade passiva, com o acolhimento de **exceção de pré-executividade** e o arbitramento de **honorários** de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa (fls. 66/68).

Em seu recurso, a **FAZENDA PÚBLICA DO MUNICÍPIO DE FORTALEZA** (fls. 70/81) apresentou, em síntese, os seguintes argumentos: as alterações na gerência do sistema financeiro de habitação estadual não elidem as obrigações tributárias incidentes sobre os imóveis negociados; cabia ao agente financeiro informar à Prefeitura a ocorrência de fatos ou circunstâncias que afetassem a incidência, o cálculo ou a administração do imposto; mesmo não sendo proprietário do imóvel, o IPEC é o agente financiador responsável pelo imóvel, não podendo se eximir do pagamento do IPTU, que tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse do imóvel; se não há propriedade do ente público, não há como ser reconhecida a hipótese constitucional de imunidade recíproca; impossibilidade de condenação em honorários nas execuções não embargadas (art. 1º-D da Lei nº9.494/97). Sob esses fundamentos, pugna pelo provimento do recurso, julgando-se procedente a pretensão executiva, com o afastamento da condenação ao pagamento de honorários advocatícios.

O INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DO ESTADO DO CEARÁ – IPEC (fls. 83/89) defendeu a confirmação da sentença recorrida, com os seguintes destaques: nos anos oitenta, o IPEC atuou como agente financeiro do Sistema Financeiro da Habitação, intermediando a aquisição de imóveis por servidores públicos estaduais, sendo essa função absorvida pela COHAB-CE em 1990; os imóveis não pertencem ao patrimônio do IPEC, que não detém seu domínio ou sua posse, não se caracterizando quaisquer dos fatos geradores do IPTU.

A **PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA** (fls. 97/99) entendeu desnecessária sua manifestação nos autos, por ausência de interesse público.

Revistos, foram inclusos os autos em pauta para julgamento.

É o relatório.

VOTO

Preliminarmente, impõe-se ressaltar que, não obstante sejam os embargos à execução o meio de defesa próprio da execução fiscal, a orientação desta Corte Estadual e do Superior Tribunal de Justiça **“firmou-se no sentido de admitir a exceção de pré-executividade nas situações em que não se faz necessária dilação probatória ou em que as questões possam ser conhecidas de ofício pelo magistrado, como as condições da ação, os pressupostos processuais, a decadência, a prescrição, entre outras”** (STJ, Primeira Seção, **REsp 1104900/ES**, Rel. Ministra Denise Arruda, julgado em 25.03.2009, DJe 01.04.2009).

Sobre o assunto, o entendimento doutrinário proclama:

“O primeiro meio de defesa de que dispõe o devedor na execução é a exceção de executividade. **Admite-se-a quando desnecessária qualquer dilação probatória para a demonstração de que o credor não pode executar o devedor.** [...] Havendo necessidade de dilação probatória para que o devedor possa demonstrar a existência da causa liberatória da obrigação é inadmissível a exceção de executividade.” (NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 736.)

Na situação submetida à apreciação deste órgão colegiado, a exceção oferecida pelo INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DO ESTADO DO CEARÁ – IPEC trata da **ilegitimidade passiva**, condição da ação executiva que ostenta a natureza de questão de ordem pública e pode ser apreciada por meio do referido incidente, desde que seja desnecessária a instrução probatória.

Nesse sentido, o entendimento jurisprudencial:

“A invocação de ilegitimidade passiva *ad causam*, via exceção de pré-executividade, afigura-se esboçada, uma vez cediço na Turma que o novel incidente é apto a veicular a ausência das condições da ação. Faz-se mister, contudo, a desnecessidade

de dilação probatória (exceção *secundum eventus probationis*), porquanto a situação jurídica a engendrar o referido ato processual deve ser demonstrada de plano. (Precedentes: RESP n.º 784.101/SP, deste relator, DJ de 30.10.2006; REsp 774720 /RJ; Relator Ministro Teori Albino Zavascki DJ 12.06.2006; REsp 793073/RS Relator Ministro Castro Meira DJ 20.02.2006; REsp 712.998/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJ 08.02.2008; REsp 774720 /RJ, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ 12.06.2006)“(STJ, Primeira Turma, **REsp 979.970/SP**, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 06.05.2008, DJe 18.06.2008.)

Avancemos, pois, na análise do mérito do recurso, em que se analisa a possibilidade de oferecimento de execução em face do INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DO ESTADO DO CEARÁ – IPEC em relação ao IMPOSTO SOBRE A PROPRIEDADE PREDIAL E TERRITORIAL URBANA – IPTU incidente sobre imóveis adquiridos por servidores públicos por meio do **Sistema Financeiro da Habitação**, atuando a autarquia estadual na condição de agente financeiro.

A matéria já foi apreciada em outras oportunidades, concluindo esta Corte Estadual ser indevida a pretensão executiva, porquanto evidenciada a **ilegitimidade passiva da autarquia estadual**, que não assumiu a propriedade dos referidos imóveis, tampouco deteve seu domínio útil ou posse, aspectos intrínsecos ao fato gerador e necessários para a adequada identificação do contribuinte do mencionado tributo municipal.

Ademais, a execução refere-se a período posterior ao ano de 1990, momento em que a responsabilidade pela gestão dos correspondentes contratos e convênios foi assumida pela **Companhia da Habitação do Estado do Ceará – COHAB**, seguindo-se com a extinção do Departamento de Operações Habitacionais – DOHAB e do Fundo Especial de Empréstimos Imobiliários – FEIMOB (*Decretos n.ºs 20.547/90, 20.584/90 e 20.756/90*). Convém assinalar que **não se trata da hipótese constitucional de imunidade tributária**, já que os imóveis sequer integram o patrimônio da autarquia estadual. Também **não se cuida de modificação do sujeito passivo da obrigação tributária**, pois mencionados atos normativos estaduais não tratam da responsabilidade pelo pagamento de tributos, mas apenas da gestão operacional do Sistema Financeiro da Habitação, não se amoldando às circunstâncias do art. 123 do Código Tributário Nacional.

Sobre o assunto, reporto-me aos seguintes julgados desta Corte Estadual de Justiça:

“DIREITO TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. IMPOSTO PREDIAL E TERRITORIAL URBANO. CERTIDÃO DA DÍVIDA ATIVA INSCRITA CONTRA O INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DO ESTADO DO CEARÁ - IPEC. DECRETO QUE REESTRUTUROU O SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO DO ESTADO. ILEGITIMIDADE PASSIVA PARA FIGURAR NA EXECUÇÃO. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DA AUTARQUIA. EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO FISCAL. INAPLICABILIDADE DA REGRA DA IMUNIDADE RECÍPROCA. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ NÃO COMPROVADA.

I - O Instituto de Previdência do Estado do Ceará não pode ser considerado responsável tributário quanto às dívidas oriundas do inadimplemento de parcelas do Imposto Predial e Territorial Urbano das unidades imobiliárias em que figurou como agente intermediário do Sistema Financeiro da Habitação.

II - Hipótese em que claramente se percebe a ilegitimidade do IPEC para figurar no pólo passivo da execução fiscal. No momento em que ocorreram os fatos geradores do IPTU, este não era mais o responsável pelos contratos e convênios celebrados com as Instituições do Sistema Financeiro de Habitação. Também não pode ser o sujeito passivo na medida em que não é proprietária, titular do domínio útil ou possuidora a qualquer título do imóvel.

III - Caracterizada a carência de ação por ilegitimidade de uma das partes, extingue-se o processo sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, VI, CPC.

IV - A regra da imunidade recíproca é inaplicável à presente hipótese, pois os imóveis a que se refere o imposto cobrado não integram o patrimônio do IPEC.

V - O equívoco na indicação do pólo passivo por si só não pode dar azo a uma condenação por litigância de má-fé. Deste modo, não havendo nos autos prova incontestável da sua ocorrência, é de se reconhecer, portanto, a sua ausência, reformando-se as condenações ao pagamento de multa processual e indenização.

VI - Recurso conhecido e parcialmente provido.”(TJCE, Primeira Câmara Cível, **Processo nº 2005.0009.0271-5/0**, Apelação Cível, Rel. Desembargador Francisco Sales Neto, DJCE 08.04.2009.)

“DIREITO TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA, A TEOR DO §3º DO ART. 267 DO CPC. POSSIBILIDADE. IPTU. CERTIDÃO DA DÍVIDA ATIVA RELATIVA AO IMPOSTO PREDIAL E TERRITORIAL URBANO INSCRITA CONTRA O INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DO ESTADO DO CEARÁ E QUE FIGUROU NA QUALIDADE DE AGENTE INTERMEDIÁRIO DO SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO, VIABILIZANDO

O NEGÓCIO JURÍDICO ENTRE OS MUTUÁRIOS E O CONSTRUTOR-INCORPORADOR IMOBILIÁRIO. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DA AUTARQUIA PREVIDENCIÁRIA ESTADUAL QUANTO AO ADIMPLENTO DA EXAÇÃO TRIBUTÁRIA. EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO FISCAL. ILEGITIMIDADE PASSIVA. IMUNIDADE RECÍPROCA DOS ENTES FEDERADOS. INAPLICABILIDADE DA REGRA PRESENTE NO ART. 150, INC. VI, ALÍNEA A, DA CF/88 EX VI DA NORMA EXCEPCIONADORA DO §2º DO MESMO DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ.

1. Em se tratando de matéria de ordem pública e que não demanda dilação probatória, é perfeitamente admissível a oposição da objeção de pré-executividade, conforme vem admitindo sistematicamente a Corte Uniformizadora Infraconstitucional.

2. O Instituto de Previdência do Estado do Ceará não pode ser considerado responsável tributário quanto às dívidas oriundas do inadimplemento de parcelas do Imposto Predial e Territorial Urbano das unidades imobiliárias em que figurou como agente intermediário do Sistema Financeiro da Habitação.

3. O art. 1.228 do NCCB conceitua a propriedade, cujo conceito não é passível de modificação por meio da legislação tributária, consoante prevê o art. 110 do CTN.

4. O art. 32 do Código Tributário Nacional estipula que a propriedade predial e territorial urbana “tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município”, não havendo se falar que o IPEC possa ser considerado como responsável tributário pelo IPTU exequendo.

5. A hipótese dos autos não configura a possibilidade de reconhecimento da imunidade tributária recíproca entre os Entes da Federação, tal como preconizado no art. 150, inc. VI, alínea a, da Carta Republicana, em face da norma restritiva constante no §2º do mencionado dispositivo constitucional.

6. É de se reconhecer, portanto, a ausência de litigância de má-fé da Fazenda Pública do Município de Fortaleza, por não ter violado o disposto no inc. I do art. 17 do CPC, reformando-se as condenações ao pagamento de multa processual e indenização. Recurso conhecido e parcialmente provido.”(TJCE, Segunda Câmara Cível, **Processo nº 2005.0009.0269-3/0**, Apelação Cível, Rel. Desembargador José Cláudio Nogueira Carneiro, DJCE 09.02.2007.)

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE DE SUSCITAÇÃO DE EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ILEGITIMIDADE AD CAUSAM. MATÉRIA DE ORDEM

PÚBLICA COMPROVADA DE PLANO. AUTARQUIA ESTADUAL QUE ATUOU COMO AGENTE FINANCEIRO NA AQUISIÇÃO DE IMÓVEIS NÃO PODE SER CONSIDERADA CONTRIBUINTE OU RESPONSÁVEL TRIBUTÁRIO PELO IPTU. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ NÃO COMPROVADA. INAPLICABILIDADE DA REGRA DA IMUNIDADE RECÍPROCA.

- Inicialmente, de se assentar a possibilidade de suscitação de exceção de pré-executividade contra a Fazenda Pública, uma vez que está limitada a questões relativas aos pressupostos processuais, condições da ação, vícios do título e prescrição manifesta. - Considerando que o IPEC, autarquia estadual contra quem a Fazenda Municipal iniciou execução fiscal, atuou, em relação aos imóveis objetos da cobrança, na qualidade de agente financeiro, viabilizando a aquisição dos imóveis pelos mutuários, de se reconhecer sua ilegitimidade para figurar no pólo passivo da ação de execução. Isso porque o IPEC não é nem nunca foi proprietário ou possuidor dos imóveis financiados, nem pode ser reconhecido como responsável tributário, por haver recebido os bens apenas em garantia do financiamento prestado. - Apesar da ilegitimidade passiva *ad causam* do IPEC para figurar nas ações de execução dos imóveis por ele financiados, entendo não se mostrar esse o caso de atuação temerária da Fazenda Pública Municipal, ensejadora de condenação por litigância de má-fé. Com efeito, a Fazenda Municipal não incorreu em qualquer das hipóteses previstas do art. 17 do Código de Processo Civil. - No que concerne à alegada imunidade recíproca, de se reconhecer sua inaplicabilidade à presente hipótese, uma vez que o art. 150, § 2º. da Constituição Federal define sua extensão às autarquias apenas no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços vinculados a suas finalidade essenciais ou às delas decorrentes. Os imóveis a que se refere o imposto cobrado não integram o patrimônio do IPEC. - Recurso conhecido e improvido. Sentença confirmada.”(TJCE, Terceira Câmara Cível, **Processo nº 2005.0008.9992-7/0**, Apelação Cível, Rel. Desembargador Ernani Barreira Porto, DJCE 18.09.2006.)

Em relação à condenação em honorários, não merece acolhimento a insatisfação da parte recorrente, porquanto **a vedação contida no art. 1º-D da Lei nº 9.494/97 não se aplica às execuções fiscais, regidas por lei especial, sendo devidos honorários advocatícios quando acolhida exceção de pré-executividade, incidente processual de natureza contenciosa, prestigiando-se, pois, o princípio da causalidade**, segundo o qual *“aquele que deu causa à propositura da demanda ou à instauração de incidente processual deve responder pelas despesas daí decorrentes”* (NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 222).

Nesse sentido, observa-se a reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL CIVIL – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – ACOLHIMENTO COM EFEITOS INFRINGENTES – RECURSO ESPECIAL – EXECUÇÃO FISCAL – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – ART. 1º-D DA LEI 9.494/97 (REDAÇÃO DADA PELA MP 2.180-35/2001) – INAPLICABILIDADE – PRECEDENTES STJ. 1. São devidos honorários advocatícios quando acolhida exceção de pré-executividade. 2. A execução fiscal, por ser regida por lei especial, não se subsume ao comando da Lei 9.494/97, que alcança apenas a execução contra a Fazenda Pública. 3. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes, para dar provimento ao recurso especial.”(STJ, Segunda Turma, EDcl no REsp 1087716/PE, Rel. Ministra Eliana Calmon, julgado em 23.04.2009, DJe 13.05.2009.)

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. EXTINÇÃO PARCIAL DA EXECUÇÃO. CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. POSSIBILIDADE. REDUÇÃO DO QUANTUM ESTABELECIDO PELO ACÓRDÃO A QUO. VALOR NÃO EXORBITANTE. SÚMULA N. 7/STJ. INCIDÊNCIA. 1. A jurisprudência do STJ admite a condenação ao pagamento de honorários advocatícios em exceção de pré-executividade, uma vez que, apesar de ser um incidente processual, possui natureza contenciosa. A continuidade da execução não afasta a sucumbência do então excepto, ora recorrente. 2. A revisão do quantum estabelecido em condenação de verba honorária não é admitida em sede de recurso especial, porquanto depende do reexame de matéria fático-probatório, atraindo o óbice da Súmula n. 7/STJ. Excepcionalmente, admite-se tal revisão quando a condenação apresenta-se irrisória ou exorbitante, o que não é o caso dos autos. 3. Recurso especial não provido.”(STJ, Primeira Turma, REsp 1099523/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, julgado em 14.04.2009, DJe 27.04.2009.)

DIANTE DE TODO O EXPOSTO, **nego provimento do recurso, confirmando a extinção das execuções fiscais, sem resolução de mérito, por ilegitimidade passiva da autarquia estadual**, nos termos dos mencionados precedentes da jurisprudência.

É como voto.

Fortaleza, 20 de julho de 2009.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2000.0132.9172-7/1
RECORRENTE: JUIZ DE DIREITO DA 5ª VARA DE EXECUÇÕES FISCAIS
DA COMARCA DE FORTALEZA
APELANTE: FAZENDA PÚBLICA DO MUNICÍPIO DE FORTALEZA.
APELADO: ELEVADORES OTIS LTDA.
DESA. EDITE BRINGEL OLINDA ALENCAR

**EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBU-
TÁRIO. REEXAME NECESSÁRIO.
APELAÇÃO. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS.
COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA. LOCAL DA
PRESTAÇÃO DO SERVIÇO.**

1 - Credor é o Município em cujo território ocorreu o fato gerador, ou seja, onde houve a efetiva prestação do serviço. De outro modo, dota-se de extraterritorialidade a lei de um Município, e nega-se a outro a competência de tributar fato gerador ocorrido em seu território.

2 – Precedentes no Superior Tribunal de Justiça e na Corte Estadual. 3 – Reexame efetivado. Apelação a que se nega provimento. Sentença mantida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Desembargadores integrantes da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade de votos, em conhecer do Reexame Necessário e do recurso de Apelação Cível para, ao final, **NEGAR PROVIMENTO** ao apelo, nos termos do voto da Relatora, parte integrante deste Acórdão.

RELATÓRIO

Trata-se de Reexame Necessário e Apelação Cível interposta pelo MUNICÍPIO DE FORTALEZA contra sentença do Juízo da 5ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza que julgou procedente o pedido formulado em Embargos à Execução por ELEVADORES OTIS LTDA., declarando a invalidade do Auto de Infração n.º 57858-02 e consequente CDA de n.º 2818/2003, acabando por considerar procedentes os referidos embargos, desconstituindo o referenciado título executivo, declarando, ainda, extinta a execução fiscal e insubsistente a garantia ofertada, condenando, ainda, o embargado/apelante ao pagamento das custas processuais e da verba honorária, arbitrada em valor percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa (fls. 168).

Na ação originária, a apelada afirma que, além de prestar serviços no Município de Fortaleza, é detentora de contratos firmados com a empresa ALUMAR - Consórcio de Alumínio do Maranhão. Assim, aduziu que vem sendo, concomitantemente, cobrado o Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN – pela apelante sobre o mesmo fato gerador dos serviços prestados em outros Municípios, os quais já retém na fonte o tributo, configurando, assim, a bitributação do imposto.

Sustenta a tese de ser o supramencionado tributo devido ao Município tomador dos serviços, ou seja, onde efetivamente houve a sua prestação e não ao do local do estabelecimento da empresa.

Devidamente citado, apresentou o demandado, ainda em sede de 1º grau, as impugnações aos Embargos (fls.61-66), nas quais sustenta a legalidade da cobrança (art. 12, letra “a”, do DL 406/68), considerando que compete ao Município de Fortaleza a cobrança do ISS sobre as operações de prestação de serviços realizadas pela filial da embargante, estabelecida neste município.

Sentença às fls.163-168, onde o douto Magistrado de 1º grau, após apresentar vasta fundamentação, acolheu a pretensão autoral.

Inconformado, o embargado interpôs recurso apelatório (fls.169-178), sustentado em suas razões, as mesmas alegações contidas nas impugnações aos embargos, requerendo, ao final, a reforma da decisão monocrática.

Contra-razões às fls.192-202.

Observadas as formalidades legais, subiram os autos a esta Corte de Justiça.

É o relatório, no essencial.

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso voluntário e da remessa necessária.

Não havendo matéria preliminar a ser destrinchada, passo ao direto exame do mérito do apelo.

No caso, não merece acolhimento o inconformismo do Município de Fortaleza, devendo ser confirmada a sentença *a quo*, uma vez que houve a correta aplicação do direito à espécie, senão vejamos.

O requerido/recorrente invoca o art. 12, alínea “a”, do Decreto-lei nº 406/68, para sustentar que o ISS seria devido no município onde se localiza a sede da empresa prestadora do serviço.

No entanto, a exegese mais adequada ao citado dispositivo legal é a de que o imposto sobre serviço de qualquer natureza deverá ser recolhido ao Município onde o serviço fora efetivamente prestado. Interpretação literal desta norma, que consagrasse a postura almejada pelo recorrente, estaria admitindo a possibilidade de extraterritorialidade de legislação municipal, o que seria absolutamente contrária às determinações constitucionais. Ademais, admitindo-

se tal interpretação arbitrária, estar-se-ia ferindo outros princípios consagrados constitucionalmente tais como o da autonomia municipal, além da repartição de competência tributária entre os entes políticos da Federação, minuciosamente efetuada pela Constituição Federal.

A meu ver, não se admite que um serviço prestado dentro do território de um Município seja tributado por outro, caracterizando, assim, uma invasão de competência tributária, desrespeitando o princípio da territorialidade. Isto porque, conforme o art. 30, inciso III, da Constituição Federal de 1988, é assegurado aos Municípios autonomia política, no que tange à instituição e criação de tributos de sua competência, bem como em relação à aplicação de suas rendas, estabelecendo o art. 156, inciso III, do mesmo diploma legal que “compete aos Municípios instituir imposto sobre serviços de qualquer natureza”.

Assim, credor é o Município em cujo território ocorreu o fato gerador, ou seja, onde houve a efetiva prestação do serviço. De outro modo, dota-se de extraterritorialidade a lei de um Município, e nega-se a outro a competência de tributar fato gerador ocorrido em seu território¹.

Segundo reiterados precedentes da Superior Corte de Justiça, mesmo na vigência do art. 12 do Decreto-Lei nº 406/68, revogado pela Lei Complementar nº 116/03, a Municipalidade competente para realizar a cobrança do ISS é a do local da prestação dos serviços, onde efetivamente ocorre o fato gerador do imposto². A propósito, o próprio Supremo Tribunal Federal mantém em seu sítio virtual referência expressa à matéria, onde indica que a competência para tributação incidente sobre préstimo de serviços de qualquer natureza, assim como ocorre no caso em análise, recai sobre o local da prestação dos serviços³.

O tema assim se coloca na jurisprudência:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - DESNECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA - CABIMENTO - ISS - FATO GERADOR - LOCAL DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO – PRECEDENTES. 1. O mandado de segurança foi impetrado preventivamente para discutir questão de direito, em torno do município competente para cobrar ISS em relação a determinados contratos de prestação de serviços, o que dispensa dilação probatória. 2. Por determinação da Lei Maior, cabe ao Pretório Excelso a análise de violação a preceitos constitucionais. 3. Pacificou-se nesta Corte a jurisprudência no sentido de considerar competente para a cobrança do ISS o município em que ocorre a prestação do serviço, ou seja, se concretiza o fato gerador. 4. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, parcialmente provido. (STJ, REsp 929.948/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/10/2008, DJe 18/11/2008)

TRIBUTÁRIO. ISS. INCIDÊNCIA. ARRENDAMENTO MERCANTIL. COBRANÇA. ART. 12 DO DECRETO-LEI Nº 406/68. MUNICÍPIO DO FATO GERADOR. LOCAL DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. 1. O Município competente para a cobrança do ISS, à luz do disposto no art. 12, do Decreto-lei nº 406/68, é aquele em cujo território ocorreu o fato gerador, ou seja, onde se deu a efetiva prestação do serviço e não aquele onde se encontra a sede do estabelecimento prestador. 2. Precedentes: REsp 969.109/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, DJ 08.10.2007 AgRg no AG 516.637/MG, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ 01.03.2004; REsp 431.564/MG, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ 27.09.2004; AgRg no REsp 334.188/RJ, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, DJ 23.06.2003; EREsp 130.792/CE, Rel. Min. ARI PARGENDLER, DJ 12.06.2000; REsp 115.279/RJ, Rel. Min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, DJ 01.07.1999. 3. Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no REsp 845.711/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/04/2008, DJe 29/05/2008)

APELAÇÃO CÍVEL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS A EXECUÇÃO FISCAL. ISS. ESTABELECIMENTO. LOCAL DA PRESTAÇÃO. VIGILÂNCIA E MONITORAMENTO. COMPETÊNCIA. Para a incidência do ISS, considera-se sujeito ativo da relação jurídica tributária a municipalidade onde se efetiva a prestação do serviço, vale dizer, onde está localizado seu tomador. Inteligência do art. 12, Dec-Lei nº 406/68 e precedentes do STJ até 30/07/2003 e, após, do art. 3º, XVI, item 11.02 da LC 116/03. Verba honorária majorada, observadas as moduladoras dos parágrafos 3º e 4º do art. 20 do CPC. APELO DA EMBARGANTE PROVIDO. NEGADO PROVIMENTO AO APELO DO MUNICÍPIO. SENTENÇA CONFIRMADA, NO MAIS, EM REEXAME, CONHECIDO DE OFÍCIO. (TJRS, Apelação Cível Nº 70024690018, Primeira Câmara Cível, Relator: Carlos Roberto Lofego Canibal, Julgado em 24/09/2008)

Este Egrégio Tribunal, outrossim, já vem decidindo em sentido semelhante, como passo a transcrever, citando, inclusive, julgado desta respeitável Câmara Cível *in verbis*:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE OBRIGAÇÃO. IMPOSTO SOBRE SERVIÇO DE QUALQUER NATUREZA - ISS. COMPETÊNCIA

TRIBUTÁRIA. PRINCÍPIO DA TERRITORIALIDADE. FATO GERADOR. LOCAL DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. PRECEDENTES DO STJ. 1. Para fins de incidência do imposto sobre serviço de qualquer natureza - ISS, importa o princípio da territorialidade como critério de determinação de competência tributária. 2. Ocorrendo o fato gerador do ISS no local onde o serviço foi efetivamente prestado, é competente para exigir o seu pagamento o município onde foi realizado o serviço e não o local onde se encontra estabelecida a empresa. Precedentes do STJ. 3. Recurso e reexame conhecidos e desprovidos. (TJCE, Apelação Cível n.º 2000.0110.4630-0/1, 3ª Câmara Cível, Relator Des. ANTÔNIO ABELARDO BENEVIDES MORAES, decisão unânime, j. 31/03/2008, DJ de 30/04/2008 p.29)

TRIBUTÁRIO. ISS. SUJEITO ATIVO. MUNICÍPIO DO LOCAL DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. - Já está consolidado no entendimento do Superior Tribunal de Justiça que o Município competente para a cobrança de crédito tributário de ISS é aquele onde se deu a prestação do serviço fato gerador do imposto. - Recurso conhecido, mas improvido. (TJCE, Embargos Declaratórios Cíveis, n.º 2000.0015.1426-2/1, 2ª Câmara Cível, Relator Des. ADEMAR MENDES BEZERRA)

Desta feita, por tudo quanto exposto, conheço do Reexame Necessário e do Recurso Voluntário, para, porém, NEGAR-LHES PROVIMENTO, mantendo inalterada a sentença recorrida.

É como voto.

Fortaleza, 16 de março de 2009.

1TJRS, Apelação Cível N° 70026254565, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Irineu Mariani, Julgado em 17/12/2008.

2No mesmo sentido: AgRg no REsp 1067171/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/11/2008, DJe 02/12/2008; AgREsp 1.062.657/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe 06.10.08; AgRg no Ag n° 763.269/MG, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJ de 12/09/06; AgRg no REsp n° 845.711/RS, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ de 29/5/08; REsp n° 695.500/MT, Rel. Min. FRANCIULLI NETTO, DJ de 31/05/06.

3STF, AI 571.353-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 21-6-07, DJ de 10-8-07.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2000.0137.6537-0/1

APELANTE(S): ESTADO DO CEARÁ

APELADO(A)(S): IDALINA LIMA DE OLIVEIRA

RELATOR: DES. ADEMAR MENDES BEZERRA

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PRECEITO COMINATÓRIO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO DE FORMA GRATUITA PELO ENTE PÚBLICO. MOLÉSTIA GRAVE. RISCO DE MORTE. RECUSA DO ESTADO NO SENTIDO DE AMPARAR O DOENTE. DEVER DE ORDEM CONSTITUCIONAL. DESCUMPRIMENTO. DIREITOS INDISPONÍVEIS QUE DEVEM SER RESGUARDADOS. APELO DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da Apelação Cível nº **2000.0137.6537-0/1**, 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 conhecer do recurso de Apelação, para lhe negar provimento, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 5 de maio de 2009.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta pelo ESTADO DO CEARÁ contra decisão do MM. Juiz de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública Estadual, que julgou procedente a demanda proposta por IDALINA LIMA DE OLIVEIRA, em face da negativa do apelante em fornecer o medicamento ISCOVER 75mg, necessário para o tratamento de seu quadro clínico, dês que portadora de insuficiência coronária, tendo sido submetida a angioplastia e implante de uma endoprótese.

Nas razões de apelação acostadas às fls. 57/65, alega o recorrente, em suma, que o juízo de primeiro grau, em sua decisão, não teria observado que a responsabilidade de fornecer o mencionado medicamento seria inteiramente do

Município de Fortaleza, e não do Estado do Ceará, haja vista que a apelada tem domicílio na capital. Neste sentido, argüiu que, mesmo que se não entendesse ser a indicada municipalidade a única responsável por fornecer a medicação, haveria litisconsorte passivo necessário entre o apelante, a União e o Município de Fortaleza, uma vez que o parágrafo único do art. 198 da Constituição Federal, infere que os recursos para custeio do Sistema Único de Saúde - SUS são oriundos de esforço conjunto dos três entes federados, concorrentemente.

Argumenta, ainda, que o julgador de primeira instância não levou em consideração o fato de a norma contida no art. 196 da Constituição Federal possuir caráter eminentemente programático, com a utilização do vocábulo “dever” a designar uma exigência de caráter apenas moral.

Por fim, aduziu o apelante que a decisão judicial atacada padecia de vício de inconstitucionalidade, por alargar a prestação do serviço público, vindo o Estado do Ceará, assim, a ser obrigado a proceder a uma ampliação de políticas públicas, ao ter que fornecer medicamento à apelante, o que ofenderia o princípio da separação de poderes, previsto no art. 2º da Constituição da República.

A apelada apresentou, por seu turno, as contra-razões de fls. 67/72, afirmando que, efetivamente, o direito à saúde está submetido ao conceito de seguridade social, regendo-se esta pelos princípios da universalidade e igualdade de acesso às ações e serviços, e que o SUS, fazendo parte de uma rede integrada se caracteriza por ser atividade administrativa descentralizada, possuindo uma direção estatal em cada nível de governo, não havendo, assim, litisconsórcio passivo necessário entre a União, o Estado do Ceará e o Município de Fortaleza, mas apenas litisconsórcio facultativo.

Diz, ainda, que restou configurada a inequívoca omissão do Estado do Ceará em fornecer o medicamento ISCOVER 75mg, o que acarretaria danos irreparáveis à apelada, invocando jurisprudência em que a responsabilidade civil do Estado verificada deveria ser dirigida unicamente contra a pessoa de direito público envolvida. Finaliza, então, seu petítório pleiteando a manutenção da sentença recorrida.

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, pelo improvimento do recurso (fls. 85/90).

É o relatório.

VOTO

Senhor Presidente, inicialmente, desacolho as preliminares de ilegitimidade de parte e litisconsórcio passivo necessário. É que, como bem explanado na sentença apelada, “...a designação Estado, a qual se refere a

Constituição Federal, é feita de forma genérica, não especificando de maneira alguma, muito menos delimitando, de forma exclusiva, a esfera estatal habilitada. O direito à saúde é uma garantia social, expressa em nossa Carta Magna e em nossa Constituição Estadual, e, por via de consequência, acarreta ao Estado, na figura da União, dos Estados membros ou dos Municípios, a responsabilização por essa garantia constitucional preconizada em nossa ordem social”, o que, no caso, torna o Estado do Ceará parte legítima para figurar no pólo passivo da ação, não havendo que se falar em litisconsórcio passivo necessário entre a União, o Estado do Ceará e o Município de Fortaleza.

No mesmo sentido:

“APELAÇÃO CÍVEL. FORNECIMENTO DE REMÉDIO PARA PORTADOR DE HEPATITE VIRAL CRÔNICA DO TIPO C. INOCORRÊNCIA DE CONDENAÇÃO GENÉRICA. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL E PRIORITÁRIA À SAÚDE E À VIDA DIGNA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS PREVISTA NOS ARTS. 196 E 198 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. POSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO ADMINISTRATIVA ENTRE AS UNIDADES FEDERATIVAS E, SE FOR O CASO, DE AÇÃO REGRESSIVA PELOS GASTOS FEITOS POR UNS NA ESFERA DE COMPETÊNCIA DOS OUTROS. APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 65 DO TJRJ. INADMISSÍVEL A IMPOSIÇÃO AO CIDADÃO DE EXPEDIENTES BUROCRATIZANTES QUE IMPEÇAM OU OBSTACULIZEM O PRONTO IMPLEMENTO DOS DIREITOS À VIDA E À SAÚDE. A responsabilidade solidária não implica em litisconsórcio passivo necessário mas, tão somente, na possibilidade de o cidadão ver seu direito atendido por qualquer um dos entes federativos. Uníssona jurisprudência neste sentido. Recurso a que se nega seguimento na forma do art. 557 CPC.” (TJ-RJ; AC 2007.001.13633; Quinta Câmara Cível; Relª Desª Cristina Tereza Gaulia; Julg. 22/03/2007).

Pois bem. Quanto à matéria de fundo, vê-se que a decisão monocrática bem aplicou o direito à espécie.

O bem da vida que se entremostra em jogo no processo em tópico é a própria manutenção da existência da apelada. Nestes termos, o direito à vida é o que deve prevalecer no caso concreto, tendo em vista tratar-se de requisito de existência e pré-requisito ao exercício de todos os demais direitos e garantias do indivíduo.

A Constituição Federal proclama, aliás, como todos os ordenamentos jurídicos contemporâneos assentados em um estado democrático de direito, o direito à vida, cabendo ao Estado, no mínimo, assegurá-lo, tanto no sentido estrito de dar continuidade à vida, como no sentido de prover condições de vida digna e sociável.

Eis o teor da norma constitucional:

“Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a **inviolabilidade do direito à vida**, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
(...) (sem grifos no original)”.

Acatar o pedido recursal do apelante seria o mesmo que, indiretamente, impossibilitar ou relativizar essa garantia, o que certamente não se entende possível sob o prisma jurídico, mormente em se tratando de pessoa de avançada idade, que efetivamente comprovou necessitar da aludida medicação.

Contundente é a norma constitucional quando se refere à garantia da saúde, prescrevendo em seu art. 196 que “A saúde **é direito de todos e dever do Estado**, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (grifou-se).

No caso em tablado, configurada está lesão a direito fundamental, qual seja o direito à saúde da apelada, o que justifica e legitima a prestação jurisdicional exarada na decisão atacada.

Não colhe, ademais, o argumento segundo o qual não seriam as regras garantidoras previstas nos artigos 6º e 196 da CF/88 normas de eficácia imediata; ao contrário, essa discussão se mostra inócua na medida em que tal critério hermenêutico não se pode sobrepor ao princípio de que a “saúde é direito de todos e dever do Estado” (art. 196), nem seguir outro caminho que não o da preservação da dignidade da pessoa humana e da vida.

Não se verifica ingerência do poder judiciário no caso em análise, quanto menos quebra do princípio constitucional da separação dos poderes (art. 2º, da Constituição Federal), de maneira que a obrigação jurídica de fornecer medicamento necessário à manutenção da vida de um cidadão brasileiro, como se observa, não se trata de ampliar política pública de saúde, e sim corrigir omissão do Estado em tão-somente aplicar tal política.

No caso dos autos, não há qualquer razoabilidade em denegar-se o

necessário medicamento à apelante, não havendo óbice legal que possa impedir a cristalização do mais importante direito/garantia do homem – o direito à vida, consagrado como cláusula pétrea na Carta Magna.

Veja-se, a propósito, o entendimento do egrégio Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto:

“MEDICAMENTO – DIREITO À VIDA E À SAÚDE – DEVER DO ESTADO – DIREITO LÍQUIDO E CERTO DO IMPETRANTE.

1. Esta Corte tem reconhecido que os portadores de moléstias graves, que não tenham disponibilidade financeira para custear o seu tratamento, têm o direito de receber gratuitamente do Estado os medicamentos de comprovada necessidade. Precedentes.

2. O direito à percepção de tais medicamentos decorre de garantias previstas na Constituição Federal, que vela pelo direito à vida (art. 5º, caput) e à saúde (art. 6º), competindo à União, Estados, Distrito Federal e Municípios o seu cuidado (art. 23, II), bem como a organização da seguridade social, garantindo a “universalidade da cobertura e do atendimento” (art. 194, parágrafo único, I).

3. A Carta Magna também dispõe que “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (art. 196), sendo que o “atendimento integral” é uma diretriz constitucional das ações e serviços públicos de saúde (art. 198).

4. *In casu*, não havendo prova documental de que o remédio fornecido gratuitamente pela administração pública tenha a mesma aplicação médica que o prescrito ao impetrante - declarado hipossuficiente -, fica evidenciado o seu direito líquido e certo de receber do Estado o remédio pretendido.

5. Recurso provido”. (RMS 17425/MG; RECURSO ORDINARIO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2003/0202733-4, MINISTRA ELIANA CALMON, T2 - SEGUNDA TURMA, DJ 22.11.2004 P. 293).

“ADMINISTRATIVO. MEDICAMENTOS PARA TRATAMENTO DA AIDS. FORNECIMENTO PELO ESTADO.

OBRIGATORIEDADE. AFASTAMENTO DA DELIMITAÇÃO CONSTANTE NA LEI Nº 9.313/96. DEVER CONSTITUCIONAL. PRECEDENTES.

1. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO CONTRA V. ACÓRDÃO QUE ENTENDEU SER OBRIGATORIEDADE DO ESTADO O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PARA PORTADORES DO VÍRUS HIV.

2. NO TOCANTE À RESPONSABILIDADE ESTATAL NO FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS NO COMBATE À AIDS, É CONJUNTA E SOLIDÁRIA COM A DA UNIÃO E DO MUNICÍPIO. COMO A LEI Nº 9.313/96 ATRIBUI À UNIÃO, AOS ESTADOS, AO DISTRITO FEDERAL E AOS MUNICÍPIOS O DEVER DE FORNECER MEDICAMENTOS DE FORMA GRATUITA PARA O TRATAMENTO DE TAL DOENÇA, É POSSÍVEL A IMEDIATA IMPOSIÇÃO PARA TAL FORNECIMENTO, EM VISTA DA URGÊNCIA E CONSEQÜÊNCIAS ACARRETADAS PELA DOENÇA.

3. É DEVER CONSTITUCIONAL DA UNIÃO, DO ESTADO, DO DISTRITO FEDERAL E DOS MUNICÍPIOS O FORNECIMENTO GRATUITO E IMEDIATO DE MEDICAMENTOS PARA PORTADORES DO VÍRUS HIV E PARA TRATAMENTO DA AIDS.

4. PELA PECULIARIDADE DE CADA CASO E EM FACE DA SUA URGÊNCIA, HÁ QUE SE AFASTAR A DELIMITAÇÃO NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS CONSTANTE NA LEI Nº 9.313/96.

5. A DECISÃO QUE ORDENA QUE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FORNEÇA AOS DOENTES OS REMÉDIOS AO COMBATE DA DOENÇA QUE SEJAM INDICADOS POR PRESCRIÇÃO MÉDICA, NÃO PADECE DE ILEGALIDADE.

6. PREJUÍZOS IRIAM TER OS RECORRIDOS SE NÃO LHES FOR PROCEDENTE A AÇÃO EM TELA, HAJA VISTA QUE ESTARÃO SENDO USURPADOS NO DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE, COM A CUMPLICIDADE DO PODER JUDICIÁRIO. A BUSCA PELA ENTREGA DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL DEVE SER PRESTIGIADA PELO MAGISTRADO, DE MODO QUE O CIDADÃO TENHA, CADA VEZ MAIS FACILITADA, COM A CONTRIBUIÇÃO

DO PODER JUDICIÁRIO, A SUA ATUAÇÃO EM SOCIEDADE, QUER NAS RELAÇÕES JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO, QUER NAS DE DIREITO PÚBLICO.

7. PRECEDENTES DA 1ª TURMA DESTA CORTE SUPERIOR.

8. RECURSO IMPROVIDO” (RESP 325337/RJ ; RECURSO ESPECIAL, MINISTRO JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, DJ 03.09.2001 P. 159).

“RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS. SUS. LEI N. 8.080/90.

-O VENERANDO ACÓRDÃO PROFERIDO PELO EGRÉGIO TRIBUNAL A *QUO* DECIDIU A QUESTÃO NO ÂMBITO INFRACONSTITUCIONAL, NOTADAMENTE À LUZ DA LEI N. 8.080, DE 19 DE SETEMBRO DE 1990.

-O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE PRESSUPÕE A INTEGRALIDADE DA ASSISTÊNCIA, DE FORMA INDIVIDUAL OU COLETIVA, PARA ATENDER CADA CASO EM TODOS OS NÍVEIS DE COMPLEXIDADE, RAZÃO PELA QUAL, COMPROVADA A NECESSIDADE DO MEDICAMENTO PARA A GARANTIA DA VIDA DA PACIENTE, DEVERÁ SER ELE FORNECIDO.

-RECURSO ESPECIAL PROVIDO. DECISÃO UNÂNIME.”(RESP 212.346/RJ, REL. MIN. FRANCIULLI NETTO, 2ª T., DJ 04/02/2002).

Dessa forma, a decisão que assegurou o recebimento dos medicamentos narrados no apelo, além de seu elevado sentido social, não viola qualquer preceito legal, estando, ao contrário, em harmonia com a Constituição Federal e a jurisprudência sobre o tema.

Ante o exposto, conheço do recurso, por estarem presentes seus pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, para lhe negar provimento, mantendo a sentença atacada em seu inteiro teor e tornando definitiva a tutela antecipada concedida.

É como voto.

Fortaleza, 5 de maio de 2009.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2000.0143.3799-2/1.

APELANTE: COMPANHIA BRASILEIRA DE TRENS URBANOS - CBTU.

APELADA: DOLORES VASCONCELOS COSTA.

RELATORA: DESA. EDITE BRINGEL OLINDA ALENCAR

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ATROPELAMENTO FATAL DE PEDESTRE POR TREM. CONCURSO DE CULPAS. NEGLIGÊNCIA DA COMPANHIA FERROVIÁRIA, POR NÃO FISCALIZAR EFICAZMENTE A LINHA E IMPEDIR O TRÂNSITO DE PEDESTRES QUE UTILIZAM A VIA FÉRREA PARA CHEGAR À PLATAFORMA, E IMPRUDÊNCIA DA VÍTIMA, POR TRANSITAR SOBRE A FERROVIA. APLICAÇÃO DA REGRA CONTIDA NO ART. 945 DO CÓDIGO CIVIL. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA EM PARTE.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os desembargadores integrantes da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso para dar-lhe parcial provimento, nos termos do relatório e do voto da relatora, que passam a fazer parte integrante do presente acórdão.

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação cível interposta pela **COMPANHIA BRASILEIRA DE TRENS URBANOS - CBTU**, figurando como apelada **DOLORES VASCONCELOS COSTA**, em face de decisão proferida pelo MM. Juiz da 1ª Vara da Comarca de Caucaia.

Conforme se observa às fls. 88/90, o douto Magistrado de primeiro grau julgou procedente o pedido da autora e condenou a ora apelante a efetuar o

pagamento, à título de indenização por danos patrimoniais (lucro cessante), da quantia de R\$ 21.840,00 (vinte e um mil, oitocentos e quarenta reais), em virtude do acidente fatal que vitimou o Sr. Francisco Barroso Costa, cônjuge da demandante.

Não conformada, interpôs a recorrente o apelo em liça (fls. 98/108) postulando a reforma da sentença invectivada e o julgamento de improcedência do pedido autoral, pois o atropelamento teria ocorrido por culpa exclusiva da vítima. Alternativamente, pleiteou o reconhecimento da existência de culpa concorrente e a redução do *quantum* indenizatório em 50% (cinquenta por cento).

Contra-razões às fls. 113/114.

Esse, o relatório, no essencial.

VOTO

De acordo com os autos, o acidente que vitimou o cônjuge da demandante, Sr. Francisco Barroso Costa, ocorreu na passagem de nível que corta a Avenida Dom Almeida Lustosa, no Município de Caucaia, no dia 16 de novembro de 2000.

Aduziu a autora que seu marido exercia a profissão de porteiro e que era o responsável pelo sustento de sua família. Assim, postulou a demandante a condenação da CBTU ao pagamento de indenização por danos patrimoniais (lucro cessante).

Não há dúvida com relação à ocorrência do citado evento, pois os documentos de fls. 08/12 (certidão de óbito, exame cadavérico, boletim de ocorrência e ficha de atendimento de urgência) comprovam a veracidade desse fato, qual seja, a morte do Sr. Francisco Barroso Costa. Ademais, admitiu a ré que a vítima fora atropelada por um trem de sua propriedade.

A controvérsia, dessa forma, restou limitada à atribuição da responsabilidade pelo acidente. Sustentou a autora a inexistência de proteção e de sinalização na passagem de nível e que teria o maquinista deixado de indicar a presença da locomotiva por meio sinais sonoros. A CBTU, por sua vez, alegou que seria o local do acidente bastante iluminado e devidamente sinalizado.

Por meio das fotografias tiradas no local do acidente (fls. 30/31), observa-se que a passagem de nível, que dista poucos metros da Estação Jurema, possui uma cancela mecânica, uma cruz de Santo André e um semáforo, todos destinados à sinalização e ao controle da passagem de veículos.

A única testemunha ouvida no Juízo de origem afirmou que não presenciou o acidente, mas confirmou a existência da sinalização mencionada e informou que é comum o trânsito de pessoas pela linha férrea, em especial daquelas

que têm como destino a estação ferroviária (fl. 48).

Inegável, assim, a existência de um concurso de culpas, pois a ré e a vítima concorreram para a ocorrência do trágico acidente. A Companhia Ferroviária falhou ao não fiscalizar eficazmente a linha e impedir o trânsito de pedestres que utilizam a via férrea para chegar à plataforma e, por sua vez, o falecido marido da autora portou-se de forma imprudente ao transitar sobre a ferrovia.

Dessa forma, a solução a ser dada ao feito em exame deve seguir ao comando da norma contida no art. 945 do Código Civil, que dispõe que *“se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano”*.

O Superior Tribunal de Justiça, seguindo esse delineamento de idéias, adotou o seguinte entendimento:

“CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ATROPELAMENTO POR TREM. Mal conservado o muro que cerca a via férrea, viabilizando a passagem de pedestre, o atropelamento deste resulta de concorrência de culpas: do pedestre, por imprudência; da empresa que explora a ferrovia, por negligência. Recurso especial conhecido e provido”.

(STJ. 3ª Turma. REsp nº 778.466/SP. Relator Ministro ARI PARGENDLER. DJU de 05/06/2006, p. 279).

“DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ATROPELAMENTO EM VIA FÉRREA. CULPA CONCORRENTE. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

1. ‘Neste Superior Tribunal de Justiça, prevalece a orientação jurisprudencial no sentido de que é civilmente responsável, por culpa concorrente, a concessionária do transporte ferroviário pelo falecimento de pedestre vítima de atropelamento por trem em via férrea, porquanto incumbe à empresa que explora essa atividade cercar e fiscalizar, devidamente, a linha, de modo a impedir sua invasão por terceiros, notadamente em locais urbanos e populosos. Embargos de divergência não conhecidos. (REsp 705.859/SP, Rel. Min. Castro Filho, Segunda Seção, julgado em 13.12.2006, DJ 08.03.2007.)’ 2. Recurso especial conhecido e parcialmente provido”.

(STJ. 4ª Turma. REsp nº 437.195/SP. Relator Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA. DJU de 06/08/2007, p. 493).

“Civil. Recurso especial. Atropelamento por trem em via férrea. Vítima fatal. Culpa concorrente. Precedentes. Indenização por danos materiais e morais. Proporcionalidade. Pensão. Serviço doméstico indenizável. Vítima e pensionista com mais de 65 (sessenta e cinco) anos de idade. Termo final. Constituição de capital. Necessidade. Súmula n.º 313/STJ. Compensação por danos morais. Critérios. Juros moratórios. Súmula n.º 54/STJ.

- A jurisprudência das Turmas que compõem a 2.ª Seção é no sentido de que há culpa concorrente entre a concessionária do transporte ferroviário e a vítima, pelo atropelamento desta por trem em via férrea; pois a primeira tem o dever de cercar e fiscalizar os limites da linha férrea, mormente em locais de adensamento populacional e a segunda, pois atravessou os trilhos, apesar da existência de local próprio para passagem próximo ao local do acidente.

- Havendo culpa concorrente, as indenizações por danos materiais e morais devem ser fixadas pelo critério da proporcionalidade.

- A jurisprudência do STJ é no sentido de que o serviço doméstico possui conteúdo econômico e, portanto, é indenizável, razão pela qual é devido o pensionamento do(a) viúvo(a) por morte do cônjuge que contribuía para a economia familiar com serviço doméstico.

- A fixação do valor da compensação pelos danos morais deve balizar-se entre a justa composição e a vedação ao enriquecimento ilícito. Recurso especial conhecido e provido”. (STJ. 3ª Turma. REsp nº 773.853/RS. Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI. **DJU de 22/05/2006**, p. 200).

Por todo o exposto, conheço do recurso de apelação cível interposto para dar-lhe parcial provimento e reduzir a condenação por danos patrimoniais para R\$ 10.920,00 (dez mil, novecentos e vinte reais), valor equivalente à metade da condenação fixada em primeiro grau de jurisdição. Nos termos da Súmula nº 43 da Corte Superior de Justiça, incidirá correção monetária “*a partir da data do efetivo prejuízo*”.

Custas e honorários suportados de forma recíproca por ambas as partes, na proporção de 50% para cada, possibilitando-se a compensação, por força do art. 21 do Código de Processo Civil. Suspensa a condenação da recorrida, tendo em vista o deferimento do benefício da justiça gratuita.

É como voto.

Fortaleza, 16 de fevereiro de 2009.

PROCESSO Nº 2005.0003.7226-0/1.

APELAÇÃO CÍVEL.

APELANTE: ESPÓLIO DE JOSÉ DE LIMA FREITAS.

APELADOS: FRANCISCO DE ASSIS FELISMINO DE FREITAS E OUTRO.

RELATOR: DES. FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA.

APELAÇÃO. EMBARGOS DE TERCEIRO. CIVIL. EXCLUSÃO, DO ESPÓLIO, DE IMÓVEL DOADO EM VIDA A DESCENDENTE DO INVENTARIADO. ESCRITURA PÚBLICA. COLAÇÃO AFASTADA. REGISTRO. PRESUNÇÃO LEGAL DE PROPRIEDADE.

1.A doação a descendente de imóvel integrante da parte disponível do patrimônio do doador, com expressa dispensa da colação no próprio título da liberalidade, é razão suficiente a determinar, em sede de embargos de terceiro ajuizados pelo donatário e esposa, seja o bem excluído do espólio, porquanto não partilhável com os demais herdeiros.

2.O registro imobiliário da escritura pública de doação firmada em vida pelo inventariado a favor de um dos filhos não afasta a presunção legal prevista no art. 1245, §2º, do Código Civil, sob o fundamento de haver sido providenciado após a abertura da sucessão.

3. Apelo desprovido.

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores integrantes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por uma de suas Turmas, a unanimidade, em negar provimento à apelação, tudo de conformidade com o voto do Relator.

Fortaleza, 25 de maio de 2009.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta em face de sentença que, ao julgar

procedente ação de embargos de terceiro ajuizada por Francisco de Assis Felismino de Freitas e sua esposa, Maria do Socorro Ferreira de Freitas, determinou a exclusão do imóvel, descrito na exordial, da relação de bens a serem partilhados entre os herdeiros de José de Lima Freitas (fls. 50-4).

Alega o recorrente que o inventariado faleceu em 13.10.1999, mas a escritura pública da doação por este efetivada em vida a favor do primeiro apelado somente foi registrada em Cartório em 28.07.2004, posteriormente, portanto, à abertura da sucessão.

Acresce que o bem, objeto da ação principal, integra o espólio de José de Lima Freitas, com concordância, inclusive, manifestada pelos apelados em audiência de conciliação realizada nos autos do inventário (Processo nº 2000.0161.9822-1/0), sendo o acordo irretroatável e constituinte de ato jurídico perfeito, nos moldes dos arts. 158 e 449 do Código de Processo Civil.

Por fim, ressalta haver sido protocolizada ação de protesto por todos os herdeiros, com inclusão dos suplicados, para fim de conservação de seus direitos sucessórios.

Contra-razões às fls. 56-9.

Em decisão de fl. 70, o relator que a mim antecedeu determinou que o apelante providenciasse a juntada de cópia autenticada de todo o caderno processual do inventário, sendo a diligência atendida.

Instada a se manifestar, a Procuradoria Geral de Justiça eximiu-se de pronunciamento por considerar ausente interesse público a justificar a emissão de parecer.

É o relatório.

VOTO

Recurso tempestivamente interposto. Atendidos os demais requisitos legalmente exigidos, admito o apelo.

Inicialmente, entendo impossível utilizar, no presente julgamento, os dados probatórios constantes dos autos do inventário (Processo nº 2000.0161.9822-1/0), cuja cópia foi colacionada pelo apelante em atendimento à determinação judicial do relator que a mim antecedeu.

É que o prestígio aos poderes instrutórios do magistrado não pode ser conduzido ao ponto de promover substituição às partes com desprezo às regras processuais de repartição do ônus probatório, sob pena, inclusive, de afetação da imparcialidade do julgador.

Sobre o tema, trago à colação os seguintes arestos do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

PROCESSUAL CIVIL - PROVA PERICIAL - DETERMINAÇÃO DE OFÍCIO PELO JUIZ - POSSIBILIDADE, NÃO DEVER - CERCEAMENTO DE DEFESA - INOCORRÊNCIA.

1. Os arts. 130 e 1.107 do CPC, mitigando o Princípio da Demanda, conferem poderes instrutórios ao Juiz, mas não lhe impõem o dever da investigação probatória. Mesmo porque, nos fatos constitutivos do direito o ônus da prova cabe ao autor (CPC, art. 333, I).

2. A faculdade outorgada para instrução probatória do Juízo milita em favor duma melhor formação da convicção do Magistrado. No entanto, o Juiz não pode substituir as partes nos ônus que lhe competem, inda mais quando a perícia não se realizou por inércia da parte no pagamento dos honorários do perito.

3. Recurso improvido. (REsp 471857 / ES – Rel. Min. Humberto Gomes de Barros – D.J. 17.11.2003 – P. 207).

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. AÇÃO ORDINÁRIA AJUIZADA POR MUNICÍPIO. INTIMAÇÃO DO INSS PARA QUE PROCEDESSE À EXIBIÇÃO DOS COMPROVANTES

DOS VALORES QUE RECEBERA MEDIANTE DESCONTO NOS REPASSES DAS QUOTAS DO FUNDO DE PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS.

1. O autor da ação deve instruir a petição inicial com os documentos indispensáveis à propositura da demanda, *ex vi* do disposto no artigo 283, do CPC.

2. Outrossim, a iniciativa instrutória do juiz, que decorre da exegese dos artigos 130, 131 e 399, do Código de Processo Civil, somente se revela razoável quando a parte logra demonstrar a impossibilidade de obter, pessoalmente, a informação cuja requisição pleiteia, salvante os casos em que a medida judicial decorrer do poder geral de cautela do magistrado ou do interesse público de efetividade da Justiça, notadamente quando se tratar de relação processual desproporcional.

[...] (REsp 834297 / PR – Rel. Min. Luiz Fux – DJe 20.10.2008).

No caso concreto, a inviabilidade de formação do convencimento judicial com amparo nos fólios do processo de inventário afigura-se-me ainda mais evidente, tendo em vista tratar-se de outro procedimento, autônomo em relação aos embargos de terceiro, no âmbito do qual foi prolatado o decisório recorrido, verificando-se, outrossim, que o apelante não se desincumbiu do ônus de instruir a contestação com qualquer documento para comprovação de suas alegações.

Por conseguinte, na hipótese vertente, não se trata de diligência

ordenada para possibilitar, mediante elementos suplementares, melhor esclarecimento de um fato, dissipação de dúvida do julgador ao analisar a documentação efetivamente produzida na lide submetida à sua apreciação.

De outra banda, inexistente, *in casu*, circunstância excepcional permitida pelo sistema, como surgimento de fato novo ou suscitação inovadora de fato por motivo de força maior - CPC, arts. 397 e 516, respectivamente -, mas de iniciativa judicial, *permissa venia*, indevida, porquanto assumida com suprimento absoluto da contumácia da parte.

Sob tais fundamentos, deixo de considerar a documentação de fls. 74-253.

Adentrando o mérito do apelo, constata-se a ausência de prova quanto ao suposto acordo firmado pelos embargantes na audiência de conciliação realizada nos autos do inventário (Processo nº 2000.0161.9822-1/0), assim como à propositura de ação de protesto para fim de conservar direitos sucessórios, razão por que, nesse tocante, sequer é possível perquirir a veracidade das alegações recursais.

Na realidade, do acervo probatório dos autos dos embargos de terceiro infere-se que, em 31.08.1992, o sr. José de Lima Freitas firmou escritura pública de doação, destacando, na ocasião, da parte disponível de seu patrimônio, imóvel discriminado no mencionado documento em prol do filho Francisco de Assis Felismino de Freitas, primeiro apelado (fls. 7-8).

Em aludido ato de liberalidade, consta expressamente que o bem objeto do contrato em tela não seria levado à colação, atendendo-se, assim, à previsão dos arts. 1788 e 1789 do Código Civil de 1916, vigente à época¹.

Tal é suficiente para que, em sede de inventário, seja o bem em apreço excluído do monte partilhável entre os sucessores, consoante exaustivamente considerado pelo juiz na sentença.

De outra parte, tem-se que, em 28.7.2004, efetivou-se o registro da escritura pública de doação (cf. cópia autenticada da matrícula do imóvel acostada à fl. 10), surgindo, a partir de então, a presunção legal de propriedade em prol do donatário, a qual não pode ser desprezada sob o fundamento de a inscrição haver sido providenciada após a abertura da sucessão, sobretudo, nesta seara processual, tendo em vista o disposto no art. 1245, §2º, Código Civil, no sentido de que *enquanto não se promover, por meio de ação própria, a decretação de invalidade do registro, e o respectivo cancelamento, o adquirente continua a ser havido como dono do imóvel*.

Sobre o tema, trago à colação os seguintes arestos do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO REIVINDICATÓRIA. PROPRIEDADE CUJO REGISTRO DE TITULARIDADE É QUESTIONADO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INSUFICIÊNCIA DESTE FATO PARA AFASTAR A FÉ PÚBLICA DO SISTEMA REGISTRAL. LEGITIMIDADE ATIVA RECONHECIDA. ILEGITIMIDADE PASSIVA AFASTADA.

- Enquanto não se promover, por meio de ação própria, a decretação de invalidade do registro, e o respectivo cancelamento, a pessoa indicada no registro público continua a ser havida como proprietária do imóvel.

- Não basta, para ilidir a fé pública que o registro imobiliário reveste, o ajuizamento de ação tendente a invalidá-lo; exige-se sua procedência.

[...] (REsp. 988505/DF – Rel. Min. Nancy Andrighi – DJe 5.8.2008).

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO REIVINDICATÓRIA. VIOLAÇÃO DO ART. 1.245, § 2º, DO CC. NÃO-OCORRÊNCIA. PROPRIEDADE. BLOQUEIO DA MATRÍCULA DO IMÓVEL EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FÉ PÚBLICA DE REGISTROS CARTORÁRIOS. LEGITIMIDADE ATIVA RECONHECIDA.

1. Enquanto não se promover, por meio de ação própria, a decretação de invalidade do registro e o respectivo cancelamento, o adquirente continua a ser havido como dono do imóvel.

2. O bloqueio da matrícula do imóvel, por si só, não se mostra suficiente para afastar a presunção oriunda do registro cartorário, o que apenas seria possível diante de uma decisão definitiva que invalidasse o registro.

3. Recurso especial não-conhecido. (REsp 1075520 – Rel. Min. João Otávio de Noronha – DJ 3.2.2009).

Do exposto, comprovada a pertinência da pretensão autoral, nego provimento à apelação, para manter a decisão recorrida.

É como voto.

¹**CC/1916**

“Art. 1788. São dispensados da colação os dotes ou as doações que o doador determinar que saiam de sua metade, contanto que não a excedam, computado o seu valor ao tempo da doação.”

“Art. 1789. A dispensa de colação pode ser outorgada pelo doador, ou dotador, em testamento, ou no próprio título da liberalidade.

APELAÇÃO CÍVEL Nº. 2005.0017.9620-0/1
APELANTE: JOSÉ VANDERLAN TEIXEIRA CASTRO
APELADA: FORTBRASIL SCM LTDA
RELATOR DES. ADEMAR MENDES BEZERRA

EMENTA: CONSUMIDOR. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO. JUROS REMUNERATÓRIOS ACIMA DE 12% AO ANO. POSSIBILIDADE. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS COM PERIODICIDADE INFERIOR A UM ANO. ADMISSIBILIDADE NA ESPÉCIE. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA CUMULADA COM JUROS DE MORA E MULTA. IMPOSSIBILIDADE.

- EM CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO, INSTITUÍDA PELA MP Nº. 1.925, DE 14/10/1999, CONVERTIDA NA LEI Nº. 10.931/2004, ADMITE-SE PACTUAÇÃO DE TAXA DE JUROS SUPERIOR A 12% AO ANO, BEM COMO CAPITALIZAÇÃO DOS MESMOS EM PERIODICIDADE INFERIOR A UM ANO.

- É INVÁLIDA, CONTUDO, A CUMULAÇÃO DE COMISSÃO DE PERMANÊNCIA COM CORREÇÃO MONETÁRIA OU QUAISQUER OUTROS ENCARGOS MORATÓRIOS.

- A COBRANÇA EXCESSIVA DE ENCARGOS ENSEJA A COMPENSAÇÃO DOS VALORES EVENTUALMENTE PAGOS A MAIOR (REPETIÇÃO SIMPLES).

- NÃO DESCARACTERIZA A MORA O AJUIZAMENTO ISOLADO DE AÇÃO REVISIONAL, NEM MESMO QUANDO O RECONHECIMENTO DE ABUSIVIDADE INCIDIR SOBRE OS ENCARGOS INERENTES AO PERÍODO DE INADIMPLÊNCIA CONTRATUAL.

- APELAÇÃO PROVIDA EM PARTE.

- SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA (CPC 21, *CAPUT*).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação nº. 2005.0017.9620-0/1, em que figuram as partes acima indicadas, acordam os Desembargadores integrantes da Turma Julgadora da 2ª Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, conhecer do recurso em referência para lhe dar parcial provimento, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 29 de abril de 2009.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação cível interposto por JOSÉ VANDERLAN TEIXEIRA CASTRO contra sentença do MM. Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Canindé, que julgou improcedente pedido formulado em Ação (Ordinária) Revisional de Cláusulas Contratuais, proposta pelo ora apelante em face de FORTBRASIL SOCIEDADE DE CRÉDITO AO MICROEMPREENDEDOR LTDA, aqui apelada.

Na inicial da referida ação (fls. 02/10), o demandante/apelante alegou, em suma, haver firmado, em 11/08/2003, contrato de financiamento com a demandada/apelada para a aquisição de uma MOTO XT 250 TORNADO 2002/2002, BRANCA, PLACA HXK 7100, pelo valor de R\$7.500,00(sete mil e quinhentos reais), tendo sido tomado de empréstimo apenas R\$4.676,00(quatro mil, seiscentos e setenta e seis reais), a ser pago em 36(trinta e seis) parcelas de R\$238,04(duzentos e trinta e oito reais e quatro centavos), porquanto R\$2.824,00(dois mil, oitocentos e vinte e quatro reais) foram dados de entrada.

Ocorre, porém, que a instituição financeira em referência celebrou o ajuste com a utilização de juros compensatórios exorbitantes, a par de capitalização indevida e emprego de outras taxas abusivas, que acabaram elevando o valor do débito a quase o dobro do pactuado, ocasionando, assim, patente desequilíbrio contratual.

Ao final, requereu a procedência do pedido exordial, com o afastamento da ilegal capitalização de juros, o expurgo da comissão de permanência e a diminuição dos juros remuneratórios ao patamar de 12% ao ano, antecipando-se, ainda, a tutela para impedir a inserção do nome do autor/apelante em cadastros de inadimplentes, bem como para que se autorize o depósito das parcelas vincendas de acordo com planilha de cálculos anexada à inicial, permanecendo o interessado na posse do veículo em questão.

Acostou, à vestibular, os documentos de fls. 11/19.

Às fls. 22/24, foi deferida a antecipação de tutela, nos termos em que proposta.

Contestação da ré/apelada (fls. 27/46), argüindo, preliminarmente, a carência da ação, por impossibilidade jurídica do pedido, eis que, não se tratando de contrato, a cédula de crédito bancário, e sim de um título de crédito, não haveria contrato a revisar, não sendo, outrossim, compatível a tutela antecipada pleiteada com o pedido de fundo formulado, a par de sua incerteza, o que conduziria ao indeferimento da petição inicial. No mérito, sustenta, em suma, a possibilidade de capitalização de juros, conforme autoriza a Lei de regência (nº. 10.931/2004, art. 28); a admissibilidade de pactuação dos juros remuneratórios em patamar superior a 12% ao ano e a inaplicabilidade da Lei de Usura à espécie.

Enfim, propugnou pela revogação da tutela antecipada, inicialmente concedida, e a conseqüente improcedência do pedido inaugural.

Juntou os documentos de fls. 47/59.

Réplica às fls. 64/74.

Foi tentada a composição amigável entre as partes, em sede de audiência de conciliação, não tendo, entretanto, logrado êxito, oportunidade em que o magistrado de primeiro grau anunciou o julgamento antecipado da lide (fl. 87), decisão contra a qual não foi interposto qualquer recurso.

Enfim, às fls. 89/96, como dito, o MM. Juiz *a quo* julgou improcedente a pretensão autoral, manifestando-se pela legalidade dos juros remuneratórios acima do patamar de 12% ao ano, tendo em vista a incidência, no caso, do enunciado nº. 596 da Súmula do Pretório Excelso; pela possibilidade de capitalização dos juros, conforme autorização dada pelo art. 28 da Lei nº. 10.931/2004 e, finalmente, pela não comprovação da cobrança indevida de comissão de permanência.

Nas razões do apelo (fls. 99/103), o recorrente sustentou a aplicação da Súmula 121 do STF ao caso concreto, bem como a limitação dos juros a 12% ao ano, em se tratando de cédula de crédito bancário, além da impossibilidade de cumulação de comissão de permanência com correção monetária, culminando por requerer a reforma total da decisão impugnada.

Contra-razões (fls. 106/115).

É o relatório.

VOTO

O mérito do presente recurso, como visto, assenta-se nas seguintes questões: **a)** admissibilidade, na espécie, de capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano; **b)** possibilidade de se limitar a incidência dos juros remuneratórios

em patamar que não ultrapasse 12% (doze por cento) ao ano, em se tratando de **cédula de crédito bancário**; c) existência ou não, na espécie, da cobrança de comissão de permanência, cumulada com juros e multa.

Senhor(a) Presidente, a Medida Provisória nº. 1.925, de 14 de outubro de 1999, posteriormente convertida na Lei nº. 10.931/2004, permite seja pactuada a capitalização de juros, nas cédulas de crédito bancário, ainda que com periodicidade inferior a um ano, o que restou mantido no texto do novel diploma legislativo, precisamente no seu art. 28, § 1º, I, *expressis verbis*:

“Art. 28. A Cédula de Crédito Bancário é título executivo extrajudicial e representa dívida em dinheiro, certa, líquida e exigível, seja pela soma nela indicada, seja pelo saldo devedor demonstrado em planilha de cálculo, ou nos extratos da conta corrente, elaborados conforme previsto no § 2º

§1º Na Cédula de Crédito Bancário poderão ser pactuados:

I - os juros sobre a dívida, capitalizados ou não, os critérios de sua incidência e, se for o caso, a periodicidade de sua capitalização, bem como as despesas e os demais encargos decorrentes da obrigação;

(...)”

Assim, o que se convencionou chamar anatocismo é inteiramente permitido no caso dos autos, considerando que o título em questão foi emitido em 12 de agosto de 2003, como se vê do instrumento respectivo, que repousa à fl. 58, incidindo, aí, portanto, as prescrições da norma em apreço.

Considerando, pois, o critério hermenêutico da especialidade, não há falar, *in casu*, na aplicação da Súmula 121 do STF, afastando-se, portanto, a incidência da Lei de Usura.

De maneira que, neste ponto, **não** assiste razão ao apelante.

Já no que diz respeito aos juros remuneratórios, tem-se, outrossim, que prepondera a legislação específica, no caso, a Lei nº. 4.595/1964, prevalecendo o enunciado nº. 596 da Súmula do Excelso Supremo Tribunal Federal, segundo o qual:

“As disposições do Decreto 22.626/1933 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.”

Nesse sentido, o entendimento do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por sua 17ª Câmara de Direito Privado, ao apreciar a

Apelação Cível nº. 7296487-9, julgada em 24/11/2008, como se vê de excerto da ementa abaixo transcrita:

“JUROS - Cédula de Crédito Bancário - Anatocismo - Admissibilidade - Exegese do inciso I, do § 1o, do art. 28, da Lei nº 10.931/04 - Recurso não provido neste aspecto.

JUROS - Cédula de Crédito Bancário - Incidência da Lei nº 4.595/64, da qual resulta não mais existir para as instituições financeiras a restrição constante da Lei de Usura - Aplicação da Súmula nº 596 do STF - Recurso não provido neste aspecto. (...).”

Na mesma esteira, a jurisprudência do colendo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, que tem assentado o seu entendimento sobre a matéria nos seguintes termos:

“REVISÃO DE CONTRATO. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. POSSIBILIDADE. ART. 28, § 1º, I, LEI 10.931/04. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO COM OUTROS ENCARGOS DECORRENTES DA MORA. PRECEDENTES. JUROS SUPERIORES A 12% AO ANO. POSSIBILIDADE.

I- A capitalização mensal de juros em cédula de crédito bancário é expressamente admitida pelo art. 28, § 1º, I, da Lei 10.931/04.

II. É válida a cobrança de comissão de permanência, calculada pela taxa média de mercado, desde que não cumulada com correção monetária, juros moratórios, juros remuneratórios e multa. Precedentes.

III- Segundo farta jurisprudência dos tribunais, as instituições financeiras não estão sujeitas à Lei de Usura, podendo cobrar taxas de juros superiores a 12% (doze por cento) ao ano.

V- Recurso do réu parcialmente provido e improvido o adesivo.

Unânime.” (20060110299107APC, Relator OTÁVIO AUGUSTO, 6ª Turma Cível, julgado em 22/08/2007, DJ 13/09/2007 p. 130).

Nem se alegue a hipótese de aplicação do antigo art. 192, §3º da Constituição da República, que previa a limitação dos juros reais ao percentual de 12% ao ano. O Supremo Tribunal Federal, com efeito, assentou que dita norma – vigente até o advento da EC nº. 40/03 – era de eficácia limitada, dependente de regulamentação que jamais aconteceu. Tanto assim que o Pretório Excelso editou a súmula nº. 648, com a seguinte redação:

“A norma do § 3º do art. 192 da Constituição, revogada pela EC 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicabilidade condicionada à edição de lei complementar”.

De maneira que, também neste ponto, **não** assiste razão ao apelante.

No que diz respeito, todavia, à cumulação de comissão de permanência com outros encargos moratórios, a cláusula que a prevê, nas referidas condições, constitui abuso do fornecedor, porquanto a referida comissão é uma remuneração estabelecida para fazer face ao inadimplemento do contratante, incluindo em seu cálculo o montante das perdas inflacionárias. Desta forma, se além dela for aplicada correção monetária ou qualquer outro encargo moratório ocorrerá um indevido *bis in idem*. Neste sentido preceitua o enunciado da súmula nº. 30 do STJ, nos seguintes termos:

“Súmula nº. 30 - A comissão de permanência e a correção monetária são inacumuláveis”.

Em decisão do mesmo Tribunal Superior, tal posicionamento sumulado é reiterado:

“Contrato bancário. Ação revisional. Cobrança de comissão de permanência. Aplicação das Súmulas 30, 294 e 296 do STJ. Cumulação com encargos moratórios. Impossibilidade. Omissão. Inexistência.

I - A despeito da redação do inciso I da Resolução nº 1.129/86, a Segunda Seção deste Tribunal confirmou o entendimento das Turmas que a compõem, no sentido de ser vedada a cumulação da comissão de permanência com correção monetária (Súmula

30), com os juros remuneratórios (Súmula 296) ou quaisquer acréscimos decorrentes da mora, tais como os juros moratórios e multa (AgRg no RESP 712.801/RS, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 04.05.2005).

II - Agravo regimental desprovido". (AgRg no AgRg nos EDcl no Ag 634.358/BA, Rel. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUARIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 02.06.2005, DJ 20.06.2005, p. 277).

E, na hipótese dos autos, o instrumento contratual objeto da demanda em exame prevê expressamente, em sua cláusula QUARTA (fl. 56), a incidência de comissão de permanência, a par da multa moratória de 2% e de juros de mora de 1% ao mês, devendo, pois, dita comissão ser preservada no contrato (**STJ, Súmula 294**), afastando-se, todavia, a cobrança dos mencionados juros de mora e da multa e compensados os valores indevidamente pagos (repetição simples), a esse título, com o restante do débito.

Finalmente, cumpre observar que o Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do incidente de processo repetitivo (Recurso Especial nº 1.061.530-RS), firmou o entendimento de que o ajuizamento isolado de ação revisional não descaracteriza a mora, nem mesmo quando o reconhecimento de abusividade incidir sobre os encargos inerentes ao período de inadimplência contratual. Desta feita, só haverá a descaracterização da mora quando o reconhecimento da abusividade nos encargos exigidos ocorrer no período da normalidade contratual, fato que incorre na lide em exame.

À vista do exposto, conheço do presente recurso de apelação, conquanto preenchidos os seus pressupostos de admissibilidade, para lhe dar parcial provimento, modificando a sentença tão-somente no tocante ao capítulo em que não reconheceu a cobrança de comissão de permanência, restando, ela, mantida na avença, pela taxa do contrato, mas com o expurgo dos juros moratórios e da multa, apurado o valor devido em liquidação de sentença, onde se levará em conta a compensação de eventuais quantias pagas a maior (em repetição simples), de acordo com o preceito aqui estabelecido.

Sucumbência recíproca, em partes iguais (CPC, art. 21, *caput*).

É como voto.

Fortaleza, 29 de abril de 2009.

PROCESSO Nº 2005.0018.9109-1/1
APELAÇÃO CIVEL
APELANTE: BANCO BRADESCO S.A.
APELADO FRANCISCO ADERMIR VIDAL
RELATOR: DES. FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA

DIREITO DO CONSUMIDOR. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. CABIMENTO. PROVAS REALIZADAS EM AUDIÊNCIA. DESNECESSIDADE. JUNTADA POSTERIOR DE DOCUMENTO. INVIABILIDADE *IN CASU*. RESPONSABILIDADE CIVIL CONFIGURADA.

1. Ao alegar fato extintivo do direito do autor, deveria o réu, na peça contestatória, acostar toda documentação indispensável para a comprovação dos fatos alegados, sob pena de preclusão.
2. Verificando o Magistrado singular que as provas documentais juntadas pelas partes seriam suficientes para o deslinde da controvérsia, portanto desnecessária a colheita de provas em audiência, é cabível o julgamento antecipado da lide.
3. Constatada a inscrição indevida do nome do consumidor em cadastro de inadimplentes, é prescindível a comprovação do abalo moral, por ser o dano aferido de pronto, comumente chamado de dano *in re ipsa*.
4. Recurso conhecido e desprovido.

ACÓRDÃO

Acordam os integrantes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por uma de suas Turmas, unanimemente, em conhecer da apelação, **para negar-lhe provimento**, de conformidade com o voto do Relator.

Fortaleza, 29 de junho 2009.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação cível interposta por Banco Bradesco S.A., em face de sentença proferida pelo Juízo de Vara Única da Comarca de Porteiras/CE, nos autos da Indenização nº 2005.0018.9109-1, movida pelo Sr. Francisco Adermir Vidal.

Na inicial, argumentou o promovente/apelado, em síntese que:

- a) em setembro de 2004 realizou um empréstimo pessoal junto ao extinto Banco do Estado do Ceará – BEC, sucedido pelo Banco Bradesco S.A., cuja quitação dar-se-ia por consignação em folha de pagamento, a ser amortizada em 12 (doze) prestações mensais;
- b) com vistas a contrair novo empréstimo, adimpliu antecipadamente o saldo devedor do primeiro, contratando novamente com a instituição bancária em agosto de 2005;
- c) ao dirigir-se à loja Magazine Mart Center Ltda., localizada no Município de Brejo Santo/CE, foi informado de que não poderia contrair crédito no estabelecimento, por estar negativado junto à cadastro de inadimplentes;
- d) encaminhou-se, por conseguinte, à Câmara de Dirigentes Logistas - CDL, para situar-se sobre o motivo da inscrição, quando então foi comunicado que o registro foi ordenado pelo BEC, em razão de débito no valor de R\$ 88,92 (oitenta e oito reais e noventa e dois centavos), referente ao contrato nº 34B25000014093;
- e) afirma que a dívida seria inerente à parcela do primeiro empréstimo ajustado com a instituição financeira, vencida em 04.07.2005, mas devidamente quitada pelo desconto em folha de pagamento;
- f) desta forma, em razão do ato ilícito praticado, peticionou a condenação da empresa por danos morais.

Deferida tutela antecipada às fls. 20-21, ordenando a exclusão do autor do cadastro de inadimplentes.

Contestação formulada pela instituição bancária às fls. 26-31, aduzindo, em suma:

- a) perda de objeto da ação, na medida em que o nome do consumidor não mais consta no Serviço de Proteção ao Crédito – SPC;
- b) licitude da inscrição levada a efeito, na verdade, referente ao não pagamento de cheque especial contratado com banco, vencido em 04.07.2005, sendo improcedente a assertiva da negativação fundar-se no empréstimo ajustado com a instituição financeira em setembro de 2004.

O Juízo *a quo*, ao julgar procedente a demanda, por não restar comprovado os fatos asseverados pelo réu, condenou este a pagar ao autor a quantia de 10 (dez) salários mínimos, a título de indenização por danos morais, sujeitando-o, ainda, ao adimplemento das custas e honorários advocatícios, estes fixados em 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa.

Embargos de Declaração opostos pelo Banco Bradesco S.A. e acolhidos pelo Magistrado singular, que alterara a decisão supra, fazendo incidir os honorários sobre o valor da condenação.

Apelação interposta às fls. 63-8, na qual a empresa alega, preliminarmente, ofensa ao princípio constitucional da ampla defesa, por conta do julgamento antecipado da lide, que obstara o seguimento da instrução processual.

Afirma que seria imprescindível a realização de novas provas para o convencimento do Judicante singular, referentes ao inadimplemento do cheque especial supramencionado, que levara à inscrição do promovente no SPC.

Quanto ao mérito, suscita a inexistência de responsabilidade civil a ensejar a condenação do banco réu.

Instado a manifestar, o apelado contra-arrazoou o recurso às fls. 75-83, ratificando os termos da inicial.

É relatório.

Ao e. Revisor.

Fortaleza, 15 de junho de 2009.

VOTO

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

Conforme preceituado no art. 330 do Código de Processo Civil, o julgamento antecipado da lide é cabível em duas hipóteses: (a) quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência; (b) quando houver a revelia.

Para aplicar-se a primeira circunstância, deve a causa estar devidamente instruída, não havendo controvérsia quanto aos fatos narrados na inicial ou utilizados como tese da defesa. Constatada infirmação do que fora alegado pelo autor ou pelo réu, e não havendo substrato probatório suficiente que leve à certeza dos fatos suscitados, não pode o Magistrado *a quo* julgar

antecipadamente o pedido, barrando a instrução processual.

In casu, entretanto, a instituição de crédito aduziu fato extintivo do direito do promovente, a existência de dívida quanto à não quitação de cheque especial ajustado com o banco. Tal asserção haveria de ser demonstrada de plano, no ato da interposição da contestação, via prova documental, já que inviável a sua juntada posterior, salvo as exceções legais e jurisprudenciais, que não se enquadram na situação vertente.

De acordo com o art. 397 do CPC, é lícito às partes, em qualquer tempo, juntar aos autos documentos novos, mas apenas quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados, ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos. Na situação em apreço, como o réu pretendia demonstrar fato extintivo do direito do autor, não podendo ser reputado como novo, deveria juntar à contestação os elementos suficientes para a comprovação do alegado.

Sobre o tema, veja-se o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

Na linha de precedentes desta Corte, **“somente os documentos tidos como indispensáveis, porque pressupostos da ação, é que devem acompanhar a inicial e a defesa.** A juntada dos demais pode ocorrer em outras fases e até mesmo na via recursal, desde que ouvida a parte contrária e inexistentes o espírito de ocultação premeditada e de surpresa de juízo”. (Resp nº 795.862/PB, Min. Jorge Scartezzini, DJ 06.11.2006, pág. 337 - destacou-se).

Desta sorte, por ser inviável a juntada de novos documentos, e sendo desnecessária a oitiva de testemunhas ou a realização de perícia, procedeu bem o Juiz monocrático ao julgar antecipadamente a lide, dada a prescindibilidade da instrução processual.

Ademais, o apelante sequer mencionou de quais provas pretendia valer-se para modificar o convencimento do Juízo monocrático, fato que evidencia ainda mais a inaptidão da questão prejudicial suscitada.

Por outro lado, mesmo que fosse recomendável ao Magistrado anunciar às partes seu intento de apreciar de plano o pedido, tal omissão não enseja a anulação da sentença, já que neste aresto foi convalidado o julgamento prematuro procedido pelo Juiz.

Ultrapassado este ponto levantado pelo recorrente, passo a discorrer sobre as demais asserções do recurso.

Para a comprovação da responsabilidade civil, apta a ensejar a condenação da empresa recorrente a indenizar o autor/apelado por eventuais danos morais sofridos, faz-se mister a presença dos seguintes requisitos: conduta ilícita, dano e nexa causal.

Quanto à primeira condição, reputou-a presente o Juiz singular por considerar indevida a inscrição do promovente em cadastro de restrição ao crédito, motivada pela cobrança de dívida já quitada perante a instituição bancária.

Foi comprovado que a inscrição do consumidor no Serviço de Proteção ao Crédito deu-se a pedido do Banco Bradesco S.A., por conta de uma dívida de R\$ 88,66 (oitenta e oito reais e sessenta e seis centavos), cujo vencimento teria ocorrido em 04.07.2005 (fl. 44). À fl. 16, entretanto, há cópia do contra-cheque do promovente, de julho de 2005, do qual se extrai um desconto de R\$ 88,92 (oitenta e oito reais e noventa e dois centavos) para quitação de empréstimo junto à aludida instituição bancária.

Mesmo com a divergência ínfima dos valores, há que se presumir, dada a inexistência de prova em contrário, que o adimplemento supra referiu-se à dívida que gerou a indevida inscrição do demandante no SPC.

Configurada, portanto, a conduta ilícita, trato, agora, sobre adução de não estar comprovada a ocorrência do dano moral.

A jurisprudência pátria, tratando-se de inscrição indevida em cadastro de inadimplentes, consolidou-se no sentido de que, na concepção moderna do ressarcimento por dano moral, prevalece a responsabilização do agente por força do simples fato da violação, de modo a tornar-se desnecessária a prova do prejuízo em concreto, ao contrário do que se dá quanto ao dano material. É o que se convencionou chamar de dano *in re ipsa*.

Tocante ao nexa causal, extrai-se este de plano, na medida em que a inscrição do autor no SPC deu-se a pedido da empresa apelante, por conta de dívidas já adimplidas.

Não houve pedido de redução da indenização por danos morais.

Em face exposto, conheço da apelação interposta, **mas para negar-lhe provimento.**

É como voto.

Fortaleza, 29 de junho 2009

PROCESSO Nº 2006.0018.6555-2/1
APELAÇÃO CÍVEL DA COMARCA DE JUAZEIRO DO NORTE
APELANTE: FRANCISCA DANTAS FEITOZA
APELADO: SUL AMÉRICA COMPANHIA NACIONAL DE SEGUROS S.A.
ÓRGÃO JULGADOR: 3ª CÂMARA CÍVEL
RELATOR: DES. CELSO ALBUQUERQUE MACÊDO

EMENTA: RECURSO APELATÓRIO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. SEGURO OBRIGATÓRIO DE VEÍCULO. DPVAT. MORTE. PRESCRIÇÃO. OCORRÊNCIA DOS ARTIGOS 206, § 3º, IX E 2.028, AMBOS DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. EXTINÇÃO DA AÇÃO COM JULGAMENTO DO MÉRITO. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO STJ. SENTENÇA REFORMADA.

1 - O prazo para ajuizar a ação de cobrança objetivando receber o valor da indenização do seguro obrigatório previsto na Lei nº 6.194/74 (DPVAT) é de três anos, na dicção do inciso IX, do parágrafo 3º, do artigo 206 do Código Civil de 2002 e, no caso dos autos, em que o sinistro ocorreu em data pretérita à vigência do Código Civil de 2002, aplicar-se-á a regra de transição prevista no art. 2.028 do C.C.

2 - Carecendo de exigibilidade o direito da autora, deve ser pronunciada de ofício a prescrição da pretensão, merecendo reparos a sentença.

3 – Prescrição reconhecida *ex officio* para extinguir a ação com julgamento do mérito, com base nos arts. 219, § 5º, c/c 269, IV, ambos do CPC. Prejudicado o pleito da autora.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a TURMA JULGADORA DA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, por unanimidade de votos, para reconhecer de ofício a prescrição, extinguindo a ação com julgamento do mérito, nos termos do voto do Relator, que faz parte desta decisão.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Apelarório interposto por FRANCISCA DANTAS FEITOZA em face de sentença proferida pelo juízo monocrático da 1ª Vara da Comarca de Juazeiro do Norte, fls. 156/171, nos autos da Ação Indenizatória interposta contra SUL AMÉRICA COMPANHIA NACIONAL DE SEGUROS S.A., que julgou procedente em parte o pedido autoral.

A sentença, julgou procedente em parte o pedido, determinando a seguradora que realize o pagamento de 40 (quarenta) salários mínimos, vigentes no dia do fato (16/12/2002), corrigidos pelo IGP-M e negando provimento os danos morais. Condenou as partes em sucumbência recíproca e a verba honorária em 10% (dez por cento).

Inconformada a autora, interpôs o presente recurso, fls. 175/184, objetivando, em síntese, a condenação em danos morais. No mais, requereu a manutenção da sentença, ratificando os fundamentos da peça inicial e transcrevendo jurisprudências dos Tribunais Pátrios.

A parte apelada deixou transcorrer *in albis* o prazo para apresentar as contra-razões, conforme certidão de fl. 186/v.

É o relatório.

Incluídos em pauta de julgamento.

VOTO

Estou reconhecendo de ofício a prescrição e julgando prejudicado o apelo.

Em regra, o termo inicial da contagem do prazo prescricional é a data do óbito, que, no caso, ocorreu em 16 de dezembro de 2002, como faz prova a Certidão de Óbito, fl. 20.

Como sabido, o pagamento administrativo é causa interruptiva do prazo prescricional. Todavia, no caso concreto, a parte autora reiteradamente afirma que tal não ocorreu, razão pela qual a contagem do prazo prescricional deve se dar a partir da data do óbito.

Durante a vigência do Código Civil de 1916, o prazo prescricional para as ações de cobrança do seguro obrigatório – DPVAT – era o estabelecido como regra para as ações pessoais no artigo 177 daquele diploma legal, ou seja, 20 (vinte) anos.

O Código Civil de 2002, por outro lado, previu expressamente, em seu artigo 206, § 3º, inciso IX, que “*a pretensão do beneficiário contra o segurador, e a do terceiro prejudicado, no caso de seguro de responsabilidade civil obrigatório*” prescreve em 03 (três) anos.

Não há dúvida acerca da aplicabilidade do dispositivo legal acima mencionado ao caso dos autos, porquanto o legislador foi expresso.

O artigo 2.028 do novo Código Civil, por sua vez, estabeleceu a seguinte regra de transição:

“Art. 2.028. Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.”

Pois bem.

O óbito ocorreu em 16/12/2002, de modo que, quando da entrada em vigor do novo Código Civil – 11/01/2003 –, não havia se passado mais da metade do prazo prescricional da lei anterior. Assim, a teor do disposto no art. 2.028 do CC/2002, o prazo prescricional aplicável ao caso é o previsto no CC/2002.

Como o ajuizamento da atual ação foi em 19/10/2006, já havia transcorrido o prazo de 03 (três) anos previsto no artigo 206, § 3º, inciso IX, do Código Civil de 2002.

Para corroborar tais assertivas transcrevo as seguintes decisões proferidas pelo STJ e por este órgão fracionário:

“AGRAVO REGIMENTAL - COBRANÇA - SEGURO OBRIGATÓRIO - DPVAT - PRESCRIÇÃO - OCORRÊNCIA - PRECEDENTES – AGRAVO IMPROVIDO.

I - No que se refere ao prazo prescricional para o ajuizamento de ação em que o beneficiário busca o pagamento da indenização referente ao seguro obrigatório, o entendimento assente nesta Corte é no sentido de que o prazo prescricional é de três anos, nos termos do art. 206, § 3º, IX, do CC.

II - Agravo Regimental improvido.” (AgRg no Recurso Especial nº 1.057.098 – SP, Terceira Turma do STJ, Rel. Ministro Massami Uyeda, Julgado em 14/10/2008).

“PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CIVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. INDENIZAÇÃO DO SEGURO OBRIGATÓRIO. DPVAT. INVALIDEZ. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. PRESCRIÇÃO. OCORRÊNCIA. ART. 206, §3º, IX, DO NOVO CÓDIGO CIVIL. PRECEDENTES DO STJ. SENTENÇA MANTIDA. 1. O seguro obrigatório (DPVAT), é espécie de seguro de responsabilidade civil, amparado por norma específica no art. 206, §3º, IX, do Novo Código Civil, que reduziu de 20(vinte) para 03 (três) anos, o prazo para que a vítima ou o seu beneficiário pleiteie a indenização do seguro obrigatório.

2. Na hipótese, a pretensão do autor encontra-se prescrita, vez que o acidente que resultou-lhe em invalidez permanente ocorreu em 26.07.2002, sendo que, quando da entrada em vigor do CC/2002 (12.01.2003), ainda não havia transcorrido mais da metade do prazo de prescrição do art. 177 do CC/1916 (prazo vintenário, devendo ter transcorrido mais de dez anos, segundo a regra de transição do art. 2028 do CC/2002). Assim, deve-se considerar de fato o art. 206, § 3º, IX, do CC/2002, que prevê a prescrição de três anos. Precedentes do STJ.

3. Recurso conhecido e não provido.”(Apelação Cível nº 2008.0000.8376-0/1, Relator Desembargador Antônio Abelardo Benevides Moraes, 3ª Câmara Cível, julgado em 03.11.2008).

“APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. COBRANÇA DE SEGURO OBRIGATÓRIO DPVAT. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. PRESCRIÇÃO.

I - Não se estende ao mero beneficiário do seguro obrigatório a regra prescricional do art. 178, § 6º, inciso II, do CC/1916. Aplicação, em virtude da omissão, da regra geral prevista no art. 177 (prescrição vintenária).

II - Segundo o art. 2.028 do Código Civil de 2002, devem ser aplicadas as regras prescricionais do Código Civil de 1916 quando o prazo fixado pelo novo Estatuto for menor que o estabelecido pelo anterior e desde que tenha ocorrido o transcurso de mais da metade do prazo prescricional do CC de 1916. Caso contrário, deve ser aplicado o novo prazo, contado a partir da vigência do CC de 2002.

III - Preliminar de prescrição acolhida. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA.”(Apelação Cível nº 2006.0007.5533-8/1, Relatora Desembargadora Edite Bringel Olinda Alencar, 3ª Câmara Cível, julgado em 08.09.2008).

De outros Tribunais pátrios e desta Corte anoto o mesmo entendimento:

“AÇÃO DE COBRANÇA - INDENIZAÇÃO - DPVAT - PRESCRIÇÃO DE TRÊS ANOS CONFORME O CÓDIGO CIVIL DE 2002 – (...)O prazo prescricional para o ajuizamento de ação de cobrança da indenização de que trata a Lei nº 6.174/74 é de três anos, - (...).”(TJ/MG, Processo nº 1.0024.06.128517-7, Relator Desembargador Domingos Coelho, julgado em 07 de março de 2007).

“COBRANÇA DE SEGURO OBRIGATÓRIO. DPVAT. PRESCRIÇÃO RECONHECIDA. RECURSO IMPROVIDO. É trienal, nos termos do art. 206, § 3º, IX, do Código Civil, o prazo prescricional para cobrança de indenização decorrente do seguro DPVAT. Quanto aos acidentes ocorridos antes de 11.01.2003, há de ser observada a regra de transição prevista no art. 2.028 do Código Civil.”(Apelação sem Revisão nº 1147830-0/9, 34ª Câmara de Direito Privado do TJSP, Rel. Antônio Nascimento. j. 05.03.2008, unânime).

Por fim, saliento que diante da modificação na decisão da presente ação, condeno a autora ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, os quais fixo em R\$ 500,00 (quinhentos reais), nos termos do art. 20, § 4º do CPC. Suspensa a exigibilidade de pagamento por litigar sob o pálio da Assistência Judiciária Gratuita.

Assim sendo, o processo deve ser extinto com resolução de mérito, face ao reconhecimento, de ofício, da prescrição, conforme autoriza o artigo 219, § 5º (O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição), c/c artigo 269, IV, (Haverá resolução de mérito: IV - quando o juiz pronunciar a decadência ou a prescrição;) do CPC, prejudicado, pois, o pleito da autora.

É como voto.

Fortaleza, 29 de abril de 2009.

PROCESSO Nº 2006.0027.0717-9/1.

APELAÇÃO CÍVEL.

APELANTE: UNIMED DE FORTALEZA COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO LTDA.

APELADA: PRISCILLA CAVALCANTE PEIXOTO DO AMARAL.

RELATOR: DES. FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA.

EMENTA: CIVIL E CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. CIRURGIA. RECUSA. HIPERTROFIA MAMÁRIA ACENTUADA. EXCLUSÃO. IMPOSSIBILIDADE. PROCEDIMENTO NÃO ESTÉTICO. CONTRATO POSTERIOR À LEI Nº 9.656/1998 (LEI DOS PLANOS E SEGUROS DE SAÚDE). DANO MORAL CONFIGURADO.

1. Os planos e seguros de saúde, independentemente de firmados antes ou depois da Lei nº 9.656/1998 (Lei dos Planos e Seguros de Saúde), estão submetidos à Lei nº 9.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), enquanto relação de consumo atinente ao mercado de prestação de serviços de assistência médica, razão por que é igualmente aplicável ao caso em tablado o art. 35 da LPSS.

2. O objeto do litígio é o reconhecimento da cobertura contratual pretendida para a cirurgia, visando a redução das mamas, indispensável ao tratamento da doença que acomete a autora. Situação que encontra amparo na citada Lei dos Planos e Seguros de Saúde.

3. A simples discussão de cláusula contratual, por si só, não gera danos de ordem extrapatrimonial à autora. No entanto, uma vez se haja negado a empresa operadora do plano à prestação do serviço assistencial à saúde prescrito por médico especialista, a caracterizar abuso, não há reproche na condenação em danos morais, os quais devem ser arbitrados de modo a coibir a reiteração da conduta ilícita perpetrada pela ré e, por outro lado, não constitua causa de enriquecimento indevido à parte autora.

4. Consoante precedentes jurisprudenciais do STJ, os

planos de saúde podem estabelecer quais doenças serão cobertas, não limitar a espécie de tratamento a ser seguida pelo paciente.

5. Sentença confirmada, em parte, diminuindo-se a condenação em danos morais arbitrada, considerada excessiva. Apelo conhecido e parcialmente desprovido, tão-somente para diminuir o valor dos danos morais, considerado excessivo.

ACÓRDÃO

Acordam os integrantes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Ceará, por uma de suas Turmas, a unanimidade, em conhecer da apelação, unicamente para diminuir o valor dos danos morais, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 25 de maio de 2009.

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação cível oposta por Unimed de Fortaleza Cooperativa de Trabalho Médico Ltda., contra Priscilla Cavalcante Peixoto do Amaral, em face de sentença (fls. 285-293) do Juízo da 4ª Vara Cível de Fortaleza que condenou a recorrente ao pagamento, a título de danos morais, do valor de R\$ 152.750,00 (cento e cinquenta e dois mil, setecentos e cinquenta reais), além do custeio da cobertura integral de todos os procedimentos necessários ao diagnóstico e tratamento da doença da autora, inclusive medicamentos, estrutura integral hospitalar e honorários médicos, custa e honorários em 10% do valor da condenação.

Em suas razões recursais (fls. 296-310), a apelante ratifica integralmente todos os termos da contestação (fls. 51-68), em que asseve que o contrato¹ de assistência médica havido entre a Associação Cearense de Magistrados (ACM) e a Unimed de Fortaleza (a que vinculada a autora como dependente do Juiz de Direito Cid Peixoto do Amaral Neto) não está regulamentado pela Lei nº 9.656/1998 (Lei dos Planos e Seguros de Saúde), além de não haver cobertura para o procedimento médico prescrito à requerente — mamoplastia redutora (cláusula VII, 7.13, do contrato). Aduz, igualmente, serem indevidos danos morais, porquanto no “exercício regular de um direito reconhecido” (art. 188, CC), além de lícitas limitações aos serviços prestados pela operadora do

plano de saúde, mesmo em face de contrato de adesão. Opõe-se à inversão do ônus da prova, bem como ao pedido de condenação em danos morais, em razão da licitude da conduta da ré e da ausência de prova de dano à promovente, requerendo, ao fim, a diminuição do *quantum* indenizatório.

A insurreição foi recebida nos efeitos devolutivo e suspensivo (fl. 312).

Contrarrrazões às fls. 314-320.
É o relatório.

VOTO

Preenchidos os requisitos de admissibilidade, conheço do apelo.

Almeja Unimed de Fortaleza a reforma da decisão de primeira instância que a condenou a realizar cirurgia redutora de mamas, por recomendação médica, para tratamento de fortes dores na coluna noticiadas pela autora, com esteio no contrato de plano de saúde havido entre as partes.

Compulsando os autos, observo, a partir da documentação juntada pela autora à inicial, haver-lhe sido prescrita, por médico especialista, cirurgia (fl. 36) para “redução mamária não estética”, tendo em vista ser ela “portadora de hipertrofia mamária acentuada, com dores em região dorso-lombar” (Classificação Internacional de Doenças N62).

A autora é beneficiária, como dependente (fl. 34), do plano de saúde “Multiplan Empresarial Magistrados Apartamento”, firmado na data de 02.08.1999, entre a Associação Cearense de Magistrados (ACM) e a Unimed de Fortaleza (fls. 147-162 e 182-198).

Verifico, à fl. 180, “Termo de rescisão de contrato e compromisso de nova contratação”, assinado em 04.08.1998, levado a efeito entre a ACM e a Unimed de Fortaleza, no qual se comprometem a “Assinar novo contrato, com início em 01/09/1999”, atendidas as disposições da Lei nº 9.656/1998 (Lei dos Planos e Seguros de Saúde), “substituindo o anterior e **assegurando as carências previstas no contrato rescindido**”.

O contrato pactuado em 02.08.1999 estabelece, na cláusula VII, as “condições não cobertas” pelo plano de saúde, entre as quais, no item 7.13, lê-se “mamoplastia” (fl. 190). O item 7.2 também exclui da cobertura contratual “Procedimentos clínicos ou cirúrgicos **para fins estéticos**, [...]”.

A mamoplastia ou mastoplastia constitui, refere o *Dicionário Aurélio*, termo atinente a cirurgia plástica ou estética, o que contrasta com a recomendação médica, *in casu*, para a realização do procedimento cirúrgico na recorrida, notoriamente de caráter “não estético” e com o objetivo de tratar as

intensas dores por ela sofridas na região dorso-lombar, dado o volume das mamas.

O procedimento em alusão, excluído da cobertura do plano de saúde, consoante o contrato firmado entre a ACM e a Unimed de Fortaleza, possui, no instrumento juntado pela apelante às fls. 96-105 (“Multiplan enfermaria”), idêntica redação (fl. 101), motivo pelo qual resta superada a discussão formulada nos autos sobre ser ou não regulado pela Lei nº 9.656, de 03.06.1998, a avença contraída entre a ACM e a Unimed de Fortaleza em 1999. Além do mais, fosse a contratação em comento anterior à Lei dos Planos e Seguros de Saúde, as disposições legais constantes desse diploma quanto aos planos anteriores a sua promulgação e as regras do Código de Proteção ao Consumidor devem ser integralmente atendidas pelas operadoras de planos de assistência à saúde².

É de acrescentar ser de consumo a relação havida entre as partes, submetendo-se às regras do Código de Defesa do Consumidor. Assim, apesar de vigente o princípio *pacta sunt servanda* e de o presente contrato de saúde estar disciplinado por leis específicas, o exame das cláusulas contratuais deve observar a interpretação da forma mais favorável ao consumidor, conforme determina o art. 47 da Lei nº 8.078/1990 (CDC). Nestes termos, não cabe qualquer hermenêutica restringindo a abrangência da cobertura médica, sobretudo ante a ausência de cláusula contratual neste sentido.

Diante das provas aos autos coligidas, entre as quais o “pedido de internação hospitalar” (fl. 36), constato que as circunstâncias que levaram a autora, ora recorrida, a buscar os serviços oferecidos pela ré, então apelante, são inteiramente lícitos e justificáveis, inclusive em face do instrumento contratual, o qual não veda a cirurgia de redução mamária de fins “não estéticos”, tratamento esse, como dito, prescrito pelo médico especialista para a cura das dores havidas pela recorrida na região dorso-lombar.

Tenho não se tratar, na espécie, de mamoplastia ou de qualquer outro procedimento clínico de natureza estética, contratualmente vedado, mas cirurgia com a finalidade de corrigir doença de coluna relatada pelo profissional especialista, causa de dores apontadas pela autora e motivo de sofrimento, a comprometer sua saúde e qualidade de vida.

Versa a presente lide, pois, sobre a licitude ou não da negativa de fornecimento, por parte da Unimed de Fortaleza, do procedimento cirúrgico de “redução mamária não estética” como meio para a cura das dores dorso-lombares infligidas à autora, havidas em razão de ser ela portadora de “hipertrofia mamária”.

O art. 10, II, da L. nº 9.656/1998 estabelece:

Art. 10. É instituído o plano-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermagem, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta Lei, **exceto**:

[...]

II - procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos, bem como órteses e próteses para o mesmo fim;

Com efeito, há no caderno processual provas bastantes quanto ao fato de o tratamento prescrito à autora não se achar excluído do plano de saúde contratado à Unimed de Fortaleza, tampouco do “plano-referência de assistência à saúde” previsto no art. 10, II, da LPSS, por não se cuidar de mera intervenção estética.

Trago à balha decisão sobre o assunto, cuja ementa segue abaixo transcrita, *in verbis*:

PROCESSO CIVIL. PLANO DE SAÚDE. REDUÇÃO DE MAMAS. DORES DE COLUNA. RELATÓRIO MÉDICO. COBERTURA. EXCLUSÃO APENAS PARA FINS ESTÉTICOS. Comprovado que o Plano de Saúde entabulado, expressamente, apenas exclui da cobertura a cirurgia de mamas para fins estéticos e demonstrado, por relatórios médicos, que a paciente sente fortes dores de coluna em virtude do grande volume de seus seios, deve ser reformada a decisão para condenar a Ré a promover a cirurgia da mamoplastia redutora, uma vez que, no caso, não pode ser considerada como mera cirurgia estética. Apelação provida. (TJDFT; AC 2006.07.1.009514-0; Ac. 289448; Quarta Turma Cível; Relª Desª Maria Beatriz Parrilha; DJU 11.12.2007; p. 134).

Ademais, no que concerne aos danos morais proclamados na exordial, entendo que a negativa de realização do procedimento clinicamente indicado acarretou à autora angústia e dúvida sobre o futuro de seu estado de saúde, que poderiam ter sido mitigadas ou solucionadas se a apelante houvesse atuado a fim de autorizar a realização da cirurgia requestada.

Tais entraves, se circunscritos tão-somente à discussão de cláusulas contratuais, não haveriam de gerar à ré, a meu ver, qualquer responsabilização civil extrapatrimonial. Entretanto, os óbices imputados à recorrente foram bastantes a ocasionar à apelada transtornos e a frustração de não ser atendida, mesmo diante de uma recomendação médica amparada contratualmente.

O dano moral, *in casu*, independe de prova, é puro, incontestes o ato ilícito, o nexo de causalidade e o fato danoso perpetrado à autora, cuja saúde foi colocada em risco pela demandada, a quem competia dar cumprimento ao contrato e empregar o tratamento recomendado clinicamente visando a cura.

O *quantum* indenizatório, arbitrado em R\$ 152.750,00 (cento e cinquenta e dois mil, setecentos e cinquenta reais), no entanto, merece reparo, porquanto fixado exacerbadamente, sem considerar o *princípio da proporcionalidade*, afastando-se, assim, dos critérios consagrados na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Veja-se:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - RESPONSABILIDADE CIVIL - AÇÃO INDENIZATÓRIA - ERRO MÉDICO - OXIGENOTERAPIA - FIBROPLASIA RETROLENTICULAR - CRIANÇA COM PERDA DE 90% DA VISÃO - RESPONSABILIDADE COMPROVADA PELO TRIBUNAL "A QUO" - SÚMULA 7/STJ - DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS - RAZOABILIDADE DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO - NULIDADE DO ACÓRDÃO - NÃO-OCORRÊNCIA - PREQUESTIONAMENTO INEXISTENTE.

I - [...]

II - Considerando os **danos permanentes à saúde do nascituro e a evidente responsabilização, não há razão para a alteração do *quantum* indenizatório em face da razoabilidade do patamar em que fixado, sendo R\$ 76.000,00 (setenta e seis mil) pelos**

danos morais e R\$ 30.400,00 (trinta mil e quatrocentos reais) pelos danos estéticos. Agravo regimental improvido.

A autora ingressou em juízo em 09.11.2006, e teve, mediante decisão que antecipou os efeitos da tutela (em 10.11.2006; intimação da ré na mesma data, à fl. 50), determinada a realização da cirurgia redutora de mamas, a qual se realizou em 29.11.2006. Não há notícia nos autos de que a ela haja, comprovadamente, sofrido sequelas ou danos à saúde em decorrência da espera de vinte (20) dias pela cirurgia.

Há, como sabido, na ressarcibilidade do dano moral, de um lado, uma expiação do culpado e, de outro, uma satisfação à vítima ou a seus sucessores. O critério que vem sendo utilizado pelo STJ na fixação do valor da indenização por danos morais considera as condições pessoais e econômicas das partes, devendo o arbitramento operar-se com moderação e razoabilidade, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de forma a não haver o enriquecimento indevido do ofendido, bem como que sirva para desestimular o ofensor a repetir o ato ilícito. Assim, é cabível a alteração do *quantum* indenizatório unicamente quando este se revelar exorbitante ou ínfimo, consoante iterativa jurisprudência daquele Tribunal.

Por conseguinte, reduzo a R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a condenação a título de danos morais.

Conheço do apelo, dando-lhe **parcial provimento**, unicamente para reduzir o *quantum* indenizatório arbitrado em favor da autora. Mantida a sentença quanto ao mais, por seus próprios fundamentos.

É como voto.

Fortaleza, 25 de maio de 2009.

¹Contrato “Multiplan Empresarial Magistrados – Apartamento” juntado à fls. 147-162.

²Lei nº 9.656/1998. Art. 35. Aplicam-se as disposições desta Lei a todos os contratos celebrados a partir de sua vigência, **assegurada aos consumidores com contratos anteriores**, bem como àqueles com contratos celebrados entre 2 de setembro de 1998 e 1º de janeiro de 1999, **a possibilidade de optar pela adaptação ao sistema previsto nesta Lei**.

PROCESSO Nº 2007.0013.0556-3/1
CLASSE:APELAÇÃO CÍVEL
APELANTE:BANCO BRADESCO S/A
APELADO:JOSÉ DE DEUS PEREIRA MARTINS
RELATOR:DESEMBARGADOR FRANCISCO SALES NETO
ÓRGÃO JULGADOR:1ª CÂMARA CÍVEL

E M E N T A: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. CADERNETA DE POUPANÇA. INEXISTÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. LEGITIMIDADE PASSIVA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. PLANOS BRESSER E VERÃO. DIREITO AO PAGAMENTO DAS DIFERENÇAS POSTULADAS. RECURSO IMPROVIDO.

1.A prescrição, nos casos de cobrança de diferenças oriundas de cadernetas de poupança, é vintenária, nos termos do art. 177, do Código Civil de 1916, e não o art. 178, § 10, do mesmo diploma legal, que se refere às prestações acessórias. Prescrição afastada.

2.As instituições financeiras, na qualidade de depositárias dos valores existentes nas cadernetas de poupança, estão legitimadas a responder pelas diferenças não pagas, decorrentes dos planos econômicos. Preliminar de ilegitimidade passiva rejeitada.

3.Planos Bresser e Verão. O índice aplicável para correção monetária das cadernetas de poupança abertas ou renovadas até o dia 15, no mês de junho de 1987 e janeiro de 1989, é o IPC, que revelou inflação de 26,06% e 42,72%, respectivamente.

4. Recurso conhecido e improvido. Sentença Mantida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, em conhecer do recurso, para negar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator, parte integrante deste acórdão.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo BANCO BRADESCO S/A em face de sentença da lavra do MM. Juiz de Direito da 11ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza, Dr. Mantovanni Colares Cavalcante, que

julgou procedente a Ação de Cobrança ajuizada por JOSÉ DE DEUS PEREIRA MARTINS, nos seguintes termos:

“Ante o exposto, acolho o pedido da parte autora, reconhecendo o seu direito a receber a diferença decorrente do índice que foi aplicado à época e o que deveria ter sido aplicado, em relação à sua aplicação em conta de poupança nos meses de junho de 1987 e janeiro de 1989, condenando em consequência o requerido a pagar essa diferença, e os cálculos serão efetuados por ocasião do cumprimento da sentença, ocasião em que o banco requerido deverá apresentar os extratos que demonstrem os valores aplicados em poupança e o índice utilizado na correção daquelas quantias, caso a documentação apresentada às fls. 67/136 não seja suficiente.

Fica igualmente o requerido condenado a pagar a correção monetária e os juros de mora sobre a dívida, estes correspondentes a 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação (art. 406 do Código Civil Brasileiro, com aplicação supletiva do §1º do art. 161 do Código Tributário Nacional).

Condeno a parte requerida ao pagamento das custas processuais adiantadas e ao pagamento dos honorários advocatícios, estes fixados em 10% (dez por cento) sobre a condenação, considerando a pouca complexidade da causa, o trabalho realizado pelo advogado da parte autora e o tempo exigido para mencionado serviço, conforme os balizamentos contidos no §3º do art. 20 do Código de Processo Civil.”

Em razões recursais que repousam às fls. 144/158, a instituição financeira apelante alegou, em síntese, o seguinte: a) à correção monetária se aplica analogicamente o disposto no art. 206, §3º, III, do Código Civil de 1916 no que se refere aos juros, para o fim de prescrição, estando prescrita a pretensão autoral, vez que decorrido o prazo de cinco anos ali estabelecido; b) que, não obstante ao prazo quinquenal, há também a prescrição vintenária no que se refere ao pleito de diferenças do Plano Bresser; c) da impossibilidade jurídica do pedido, em razão do apelado não haver reclamado os índices aplicados à sua poupança, continuando a movimentar a conta normalmente, fato este que importa em quitação; d) que é parte ilegítima para figurar no presente feito, vez que a alteração contratual decorreu de lei expressa; e) que não se pode falar em ilegalidade do ato ora impugnado, já que o Decreto-Lei nº 2.284/86 faculta ao CMN fixar livremente o índice de correção dos saldos das cadernetas de poupança; f) que não há direito adquirido ao crédito, mas mera expectativa de direito.

Requeru, com tais argumentações, a reforma da sentença.

Contra-razões às fls. 170/171 dos autos, pugnando o apelado pela manutenção da sentença em todos os seus termos.

Processo não remetido para consideração da Douta Procuradoria Geral de Justiça, em face da matéria aqui tratada não exigir sua manifestação.

É o relatório.

V O T O

Conheço do recurso interposto, vez 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.

Da preliminar de prescrição

O apelante assevera estar prescrita a pretensão do apelado, de ver corrigidos os valores depositados em suas cadernetas de poupança.

Entendo que a irresignação do apelante não merece prosperar.

A meu sentir, a prescrição da pretensão do apelado deve ser afastada com fulcro na jurisprudência majoritária do Superior Tribunal de Justiça, que se ampara na prescrição vintenária prevista no artigo 177 do Código Civil de 1916, aplicável ao caso.

Isso porque, em se tratando de pleito relativo às diferenças dos índices aplicados nas cadernetas de poupança, os juros e a correção monetária não possuem caráter acessório, mas representam o próprio crédito, ou seja, os juros e a correção monetária não são acessórios dos saldos principais já resgatados, mas constituem parte integrante destes saldos.

Desta maneira, como a discussão gira em torno do próprio crédito e não de seus acessórios e, em função da regra de transição estipulada no artigo 2028 do Código Civil de 2002, aplica-se o artigo 177 do Código Civil de 1916, ou seja, o prazo prescricional será o de 20 (vinte) anos.

Assim dispõe o artigo 2028 do novo Código Civil:

“Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.”

O novel Código Civil entrou em vigor em 11/01/2003. Nessa data, já haviam sido transcorridos 16 (dezesseis) anos do plano de governo denominado Bresser. Portanto, transcorrido mais da metade do prazo prescricional máximo previsto no Código Civil de 1916, qual seja, o de vinte anos (artigo 177). Logo, o prazo prescricional a ser adotado no caso é o da lei antiga e não o do novo Código Civil.

À propósito:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. AGRAVO REGIMENTAL. CADERNETA DE POUPANÇA. JUROS REMUNERATÓRIOS. PRESCRIÇÃO VINTENÁRIA. ÍNDICES. PLANO BRESSER E PLANO VERÃO. I - É vintenária a prescrição nas ações em que são impugnados os critérios de remuneração da caderneta de poupança e postuladas as respectivas diferenças, porquanto

discutido o próprio crédito, e não seus acessórios. II - Nos termos da jurisprudência pacífica desta Corte são devidos, na correção de caderneta de poupança, o IPC de junho de 1987 (26,06%) e o IPC de janeiro de 1989 (42,72%). Agravo Regimental improvido.” (AgRg no Ag 1062439/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/10/2008, DJe 23/10/2008).

“CIVIL. CONTRATO. POUPANÇA. PLANO BRESSER (JUNHO DE 1987) E PLANO VERÃO (JANEIRO DE 1989). BANCO DEPOSITANTE. LEGITIMIDADE PASSIVA. PRESCRIÇÃO. VINTENÁRIA. CORREÇÃO. DEFERIMENTO. 1 - Quem deve figurar no pólo passivo de demanda onde se pede diferenças de correção monetária, em caderneta de poupança, nos meses de junho de 1987 e janeiro de 1989, é a instituição bancária onde depositado o montante objeto da demanda. 2 - *Os juros remuneratórios de conta de poupança, incidentes mensalmente e capitalizados, agregam-se ao capital, assim como a correção monetária, perdendo, pois, a natureza de acessórios, fazendo concluir, em consequência, que a prescrição não é a de cinco anos, prevista no art. 178, §10, III, do Código Civil de 1916 (cinco anos), mas a vintenária. Precedentes da Terceira e da Quarta Turma.* 3 - Nos termos do entendimento dominante nesta Corte são devidos, na correção de caderneta de poupança, o IPC de junho de 1987 (26,06%) e o IPC de janeiro de 1989 (42,72%). 4 - Recurso especial não conhecido. (Processo: REsp 707151 / SP ; RECURSO ESPECIAL 2004/0169543-6, Relator(a): Ministro FERNANDO GONÇALVES (1107), Data do Julgamento: 17/05/2005, Data da Publicação/Fonte: DJ 01.08.2005 p. 471.)

Destarte, há que prevalecer o prazo prescricional vintenário, conforme, acertadamente, decidiu o magistrado primevo.

Frise-se, por fim que, uma vez pleiteados valores referentes aos índices aplicados em junho de 1987 e janeiro de 1989, e tendo sido distribuída a respectiva ação em 30/05/2007 (fl. 02-v), não se verifica o decurso do prazo de 20 (vinte) anos com o qual se extinguiria a pretensão do apelado.

Assim, rejeito a prejudicial de prescrição.

Da preliminar de ilegitimidade passiva “ad causam”

A instituição financeira apelante arguiu também preliminar de ilegitimidade passiva para responder pela diferença decorrente dos expurgos inflacionários dos planos econômicos governamentais, alegando que apenas cumpriu as determinações legais.

Sem razão o banco recorrente.

A legitimidade para a causa consiste na qualidade da parte de

demandar e ser demandada, ou seja, de estar em juízo. Sobre o tema ensina Cândido Rangel Dinamarco¹:

“Legitimidade ad causam é qualidade para estar em juízo, como demandante ou demandado, em relação a determinado conflito trazido ao exame do juiz. Ela depende sempre de uma necessária relação entre o sujeito e a causa e traduz-se na relevância que o resultado desta virá a ter sobre sua esfera de direitos, seja para favorecê-la ou para restringi-la. Sempre que a procedência de uma demanda seja apta a melhorar o patrimônio ou a vida do autor, ele será parte legítima; sempre que ela for apta a atuar sobre a vida ou patrimônio do réu, também esse será parte legítima. Daí conceituar-se essa condição da ação como relação de legítima adequação entre o sujeito e a causa.”

“*In casu*”, o apelado sustenta que faz jus ao recebimento de diferenças de correção monetária decorrentes de índices inaplicados no saldo de sua conta de poupança mantida com a instituição financeira ré, expurgados dos planos Bresser e Verão, ou seja, recursos que estavam na conta poupança aberta e mantida no banco apelante, no período cuja correção foi controlada por planos econômicos.

Nesse caso, a instituição financeira tem legitimidade para figurar no pólo passivo da demanda, porque ela figurou como depositária dos valores conservados pelo recorrido em conta poupança, cujo contrato não foi negado nos autos.

A relação contratual em discussão na presente ação foi firmada entre as partes litigantes, o que, por conseguinte, faz da instituição financeira recorrente parte legítima para figurar no pólo passivo da lide.

É que, no caso não se trata de discussão quanto à legislação em si, que resultaria supostamente na legitimidade passiva da União, mas na aplicação errônea, pelo apelante, da lei vigente à época dos reclamados expurgos, razão pela qual a instituição financeira tem legitimidade passiva para a lide, com relação aos planos já citados.

Nesse sentido:

“Pertence ao banco depositário, exclusivamente, a legitimidade passiva ad causam para as ações que objetivam a atualização das cadernetas de poupança pelo índice inflacionário expurgado pelo Plano Verão (MP n. 32 e Lei n. 7.730/89).” (Ag 863911, decisão monocrática/STJ, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 18.05.2007).

“Relativamente à ilegitimidade passiva, esta Corte já assentou o entendimento de que a instituição financeira detém legitimidade para figurar no pólo passivo de demanda em que se discute a diferença decorrente da utilização de diferentes índices de correção

monetária para remunerar o saldo de poupança (v.g. REsp 707.151/SP, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 01.08.2005 e REsp 182.353/sp, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJ 19.08.2002).” (Resp 334.832, decisão monocrática/STJ, rel. Min. Hélio Quágua Barbosa, DJ. 29.05.2007).

Assim dito, rejeito a preliminar.

Do mérito

De início, importa destacar que os poupadores têm direito adquirido aos índices previamente estipulados quando do início do período aquisitivo, tendo em vista o disposto no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal de 1988.

Significa dizer que eventuais alterações dos critérios de correção da caderneta de poupança não poderão ser aplicadas de forma retroativa.

Contudo, não pode o banco apelante, a pretexto de estar cumprindo norma interna do Banco Central do Brasil (BACEN), pagar correção monetária a menor do que aquela real, sendo certo que as normas internas do Banco Central do Brasil (BACEN) se submetem ao ordenamento jurídico.

Em relação ao período do Plano Bresser, anoto que, de acordo com o disposto nos Decretos-leis nº 2.284/86, 2.290/86 e 2.311/86, os depósitos em cadernetas de poupança eram remunerados pelo índice que obtivesse o maior resultado entre o Índice de Preços ao Consumidor (IPC) e a Letra do Banco Central (LBC).

Com a Resolução nº 1338/87 do Banco Central do Brasil (BACEN), datada de 15/06/87, restou estabelecido que as Obrigações do Tesouro Nacional (OTN) no mês de julho de 1987 seriam atualizadas pelo rendimento produzido pela Letra do Banco Central (LBC), sendo que os saldos das cadernetas de poupança seriam atualizados naquele mês pelos mesmos índices do valor nominal das Obrigações do Tesouro Nacional (OTN).

Diante dessa situação, a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a Resolução nº 1.338/87 do Banco Central do Brasil (BACEN) aplica-se, tão-somente, no período aquisitivo iniciado após a edição da referida Resolução (15/06/87). Até então deve incidir a correção monetária de acordo com a variação do Índice de Preços ao Consumidor (IPC), que em junho de 1987 foi de 26,64% (vinte e seis vírgula sessenta e quatro por cento).

À propósito:

“APELAÇÃO CÍVEL. CADERNETA DE POUPANÇA. CORREÇÃO MONETÁRIA. PLANO BRESSER JUNHO/1987 E PLANO VERÃO JANEIRO/1989. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. ILEGITIMIDADE PASSIVA. A instituição financeira depositária é parte legítima para a ação que versa sobre indexadores creditados a título de remuneração das cadernetas de

poupança. Rejeitada a prefacial. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. Ausência de interposição do procedimento específico para tanto. Prejudicado o apelo no ponto. PRESCRIÇÃO. A prescrição é vintenária, conforme art. 177 do CC/1916, pois se trata de direito obrigacional, em que se discute o próprio crédito e não os seus acessórios. POUPANÇA. PLANO BRESSER. *Entendimento no sentido da incidência do percentual de 26,6%, aplicando-se a Resolução n.º 1.336/87, e não o percentual de 18,02%, conforme a Resolução n.º 1.338/87.* Precedentes jurisprudenciais. (...) REJEITADA A PRELIMINAR, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO. UNÂNIME.” (TJRS. Apelação Cível Nº 70018279372, Rel. Des. Agathe Elsa Schmidt da Silva, j.: 17/04/2007)

Destarte, segundo a jurisprudência dominante, são devidos, para as cadernetas de poupança iniciadas e renovadas até 15 de junho de 1987, os expurgos inflacionários na atualização monetária, observado o princípio teleológico de preservação do valor monetário da moeda frente à corrosão provocada pela inflação, não constituindo, assim, nenhum acréscimo patrimonial ao crédito, porém, simples manutenção do *status quo ante*.

Ademais, é cediço que a atualização monetária não amplia a dívida, tão-só obsta que se diminua em face da corrosão da moeda por força do fenômeno inflacionário. Já teve oportunidade de assentar a Suprema Corte que ela “*não remunera o capital, apenas assegura a sua identidade no tempo*” (RTJ, 94/806).

Dessa forma, não pairam dúvidas de que o apelado faz jus ao recebimento dos índices inflacionários expurgados referentes ao Plano Bresser.

Com relação ao cálculo de correção monetária referente ao Plano Verão, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é uniforme no sentido de que, para as cadernetas de poupança iniciadas e renovadas até o dia 15 de janeiro de 1989, se aplica a correção monetária pelo Índice de Preços ao Consumidor (IPC), no percentual de 42,72% (quarenta e dois virgula setenta e dois por cento).

Isso porque, é de conhecimento geral, que com a edição da Medida Provisória nº 32/89, em 15/01/89, posteriormente convertida na Lei nº 7.730/89, o denominado Plano Verão, determinou-se que os saldos das cadernetas de poupança no mês de fevereiro de 1989 fossem corrigidos pela variação da Letra Financeira do Tesouro (LFT).

A propósito, em caso análogo ao dos autos:

“AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. POUPANÇA. PLANO VERÃO (JANEIRO DE 1989). [...] CRITÉRIO DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. IPC DE JANEIRO DE 1989. [...] 2. *Nos termos do entendimento dominante nesta Corte, no cálculo da correção monetária para efeito de atualização de cadernetas de poupança iniciadas e renovadas até 15 de janeiro de 1989, aplica-se o IPC relativo àquele mês em 42,72%. [...]*” (AgRg no Ag 617.217/SP, Rel. Min. Fernando

Gonçalves j.: 21.08.2007, DJ 03.09.2007 p. 179).

“ADMINISTRATIVO [...]. PLANO VERÃO. JANEIRO DE 1989. IPC. PRECEDENTES. [...] *No cálculo da correção monetária, para efeito de atualização de caderneta de poupança iniciadas e renovadas até 15 de janeiro de 1989, aplica-se o IPC relativo àquele mês em 42,72%. [...]*” (REsp 469.175/RJ, Rel. Min. Humberto Martins, j.: 02.08.2007, DJ 14.08.2007 p. 280).

“ECONÔMICO. CADERNETA DE POUPANÇA. CORREÇÃO MONETÁRIA. CRITÉRIO. IPC DE JUNHO DE 1987 (26,06%). PLANO BRESSER. IPC DE JANEIRO DE 1989 (42,72%). PLANO VERÃO. (...) II - *O Superior Tribunal de Justiça já firmou, em definitivo, o entendimento de que no cálculo da correção monetária para efeito de atualização de cadernetas de poupança iniciadas e renovadas até 15 de janeiro de 1989, aplica-se o IPC relativo àquele mês em 42,72% (Precedente: REsp n. 43.055-0/SP, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU de 20.02.95).* Todavia, nas contas-poupança abertas ou renovadas em 16 de janeiro de 1989 em diante, incide a sistemática estabelecida pela Lei n. 7.730/89 então em vigor. III - *Agravo regimental desprovido.*” (STJ - AgRg no REsp 740791/RS; Agravo Regimental no Recurso Especial 2005/0057914-5, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j.: 16/08/2005, DJ 05.09.2005 p. 432).

Verifica-se, pois, que o Banco Bradesco S/A, ao aplicar regra de cunho irretroativo à conta com data de aniversário anterior a vigência da Lei, subtraiu parte da correção monetária, em prejuízo do poupador que, doravante, tinha direito adquirido à atualização pelo índice determinado pela Lei anterior, consoante o art. 6º, parágrafo 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto – Lei nº 657/1942) e art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal de 1988.

Desta feita, comprovado que o apelante não remunerou da forma prevista na legislação e no contrato a conta de poupança de nº 05.109-8, causando prejuízos ao apelado, deve ser mantida a sua condenação conforme imposta em 1º Grau, preservando-se a garantia constitucional do direito adquirido.

Frente às razões supra, voto pelo improvimento do recurso manejado, a fim de que seja mantida a sentença monocrática em todos os seus termos e fundamentos, inclusive no tocante à condenação em custas processuais e honorários advocatícios.

É como voto.

Fortaleza, 16 de março de 2009.

¹In Instituições de Direito Processual Civil, 4. ed., São Paulo: Malheiros Editores, vol. II, p. 306.“

Agravo de Instrumento

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2000.0014.4003-0
AGRAVANTE: TILIFORM INFORMÁTICA LTDA
AGRAVADO: BELMÉDICA NORDESTE LTDA
ORIGEM: 4ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE FORTALEZA
RELATOR: DES. ADEMAR MENDES BEZERRA

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. FALÊNCIA. REMUNERAÇÃO DE SÍNDICO CONFORME DITAMES DO ART. 67, § 1º, DO DECRETO-LEI 6.771/45. - A TEOR DO ART. 67, § 1º, DO DECRETO-LEI Nº 6.771/45, A REMUNERAÇÃO DO SÍNDICO É CALCULADA COM BASE SOBRE O PRODUTO DOS BENS OU VALORES DA MASSA, VENDIDOS OU LIQUIDADOS PELO SÍNDICO. - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de agravo de instrumento nº. 2000.0014.4003-0/0, em que figuram as partes acima indicadas. Acorda a 2ª Câmara Civil do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, conhecer do agravo interposto e dar-lhe provimento, nos termos do voto do relator.

Fortaleza, 08 de abril de 2009.

RELATÓRIO

Cuida-se de Agravo de Instrumento com pedido de efeito suspensivo, ajuizado contra decisão proferida pelo MM Juiz da 4ª Vara Cível desta comarca, à época, Vara que detinha competência para casos de falência, que, nos autos da ação de Falência nº. 1997.02.35209-6 (nº atual 2000.0096.6940-0), determinou que a responsabilidade pelo pagamento da Síndica Dativa seria do recorrente.

Informa a agravante que, de acordo com as leis reitoras do processo de falência, o encargo de Síndico deve ser do maior credor da massa. Se este recusar, a nomeação se fará sucessivamente até terceira recusa e, a partir daí, o juiz poderá escolher outra pessoa levando em conta alguns requisitos. Alega que,

quando do ato de nomeação feito pelo magistrado de origem, por ele foi determinado que o pagamento da Síndica ficaria a cargo do recorrente. Entende que a medida fere lei federal, a saber, Decreto-Lei nº 7661/45. Afirma que a remuneração só é devida após o julgamento das contas e deve ser calculada sobre o produto dos bens ou valores da massa, ou seja, o pagamento será suportado pela massa falida. Faz, por outro lado, o prequestionamento das matérias constitucionais e infra-constitucionais para eventual interposição de recursos Extraordinário e Especial.

Requer, ao final, o deferimento do pedido de efeito suspensivo e, no mérito, o provimento deste recurso para reformar definitivamente a decisão recorrida.

Recebido o agravo, foi deferido o pleito de suspensividade. Solicitadas as informações e contra-razões, foram prestadas tão-só as primeiras, como se verifica da documentação de fls. 22.

O representante ministerial manifestou-se pelo provimento do presente agravo.

É o relatório.

VOTO

A questão devolvida pelo presente agravo, a saber, a quem cabe a responsabilidade pelo pagamento da remuneração devida ao Síndico de massa falida, prescinde de maiores análises.

O Decreto-Lei nº 6.771/45, que regia o instituto da Falência até bem pouco tempo, tinha norma clara a esse respeito. Afirmava em seu art. 67, §§ 1º e 3º, o seguinte:

Art. 67. O síndico tem direito a uma remuneração, que o juiz deve arbitrar, atendendo à sua diligência, ao trabalho e à responsabilidade da função e à importância da massa...

§ 1º. A remuneração é calculada sobre o produto dos bens e valores da massa, vendidos ou liquidados pelo síndico. Em relação aos bens que constituírem objeto de garantia real, o síndico perceberá comissão igual à que, em conformidade com a lei, for devida ao depositário nas execuções judiciais.

§ 3º. A remuneração será paga ao Síndico depois de julgadas as suas contas.

Vê-se que a figura do síndico, como administrador dos bens da massa

falida e órgão auxiliar da Justiça, possui direitos e deveres próprio desse mister, entre eles o de perceber remuneração pelo seu trabalho, remuneração esta que se dá levando-se em conta o produto da venda dos bens da massa, não existindo razão para o magistrado de origem ter decidido da forma como o fez.

Sobre essa matéria, nenhuma polêmica existe, nem na doutrina, nem na jurisprudência dos tribunais pátrios. É tão evidente na norma que a remuneração deve ser paga com os créditos oriundos da venda dos produtos da massa, que o entendimento jurisprudencial afirma que o crédito, em face dos serviços do síndico, possui determinados privilégios como o de preceder ao crédito tributário e outros, como se vê a seguir:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. ERRO MATERIAL NO RESULTADO DE JULGAMENTO. RETIFICAÇÃO.

“COMERCIAL. FALÊNCIA. REMUNERAÇÃO DE SÍNDICO. PREFERÊNCIA SOBRE O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. CTN, ART. 186. DECRETO-LEI N. 7.661/45. EXEGESE. SÚMULA N. 219-STJ.

I. A remuneração do síndico da falência goza de preferência sobre os créditos tributários.

II. Precedentes do STJ.

III. Recurso especial conhecido e provido. (EDcl no Resp 135296/MG - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL 1997/0039530-8; Relator: Ministro Aldir Passarinho Júnior; data de julgamento: 03.10.2000).

Aliás, o Relator à época da admissão do agravo, Desembargador João de Deus Barros Bringel, conferiu a suspensividade reclamada, sob o seguinte fundamento:

*“A pretensão do recorrente apresenta-se revestida dos pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, pois a remuneração da síndica nomeada naquele processado, segundo o inc. III, do § 1º, do art. 124 da Lei n. 7.661, de 21.06.45, é encargo da massa e não de quem promove a falência, devendo ser paga depois de julgadas as contas por ela apresentadas (§ 3º, do art. 67 do citado diploma falimentar), impondo-se o deferimento da liminar postulada, como meio de afastar do agravante encargo a que não está obrigado por lei.”*

Diante do exposto, sou pelo conhecimento do presente recurso, por tempestivo e próprio e pelo seu provimento, confirmando a suspensividade deferida, e, por via de consequência reformando a decisão no sentido de retirar do agravante a obrigação pelo pagamento da remuneração da síndica.

É como voto.

Fortaleza, 08 de abril de 2009.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2001.0000.9765-8
AGRAVANTE: SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS INDÚSTRIAS
DE CALÇADOS
AGRAVADO: EMPRESA GRENDENE DE SOBRAL
ORIGEM: 14ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE FORTALEZA
RELATOR: DES. ADEMAR MENDES BEZERRA

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INTERDITO PROIBITÓRIO. DEFERIMENTO DE MANDADO PROIBITÓRIO SEM OITIVA DA PARTE CONTRÁRIA. POSSIBILIDADE, A TEOR DO ART. 928-CPC, PRIMEIRA PARTE. DECISÃO QUE SE PRETENDE NÃO FUNDAMENTADA. EXISTÊNCIA DE MOTIVAÇÃO, MESMO QUE CONCISA. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA TEORIA DO FATO CONSUMADO AO CASO CONCRETO. AGRAVO IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Agravo de Instrumento nº. **2001.0000.9765-8/0**, em que figuram as partes acima referidas, acordam os Senhores Desembargadores integrantes da Turma Julgadora da Segunda Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer do recurso, mas para lhe negar provimento, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza-CE, 08 de abril de 2009.

RELATÓRIO

Cuida-se de Agravo de Instrumento com pedido de efeito suspensivo, ajuizado contra decisão proferida pelo MM Juiz da 14ª Vara Cível desta comarca que, nos autos da ação de Interdito Proibitório, nº 2001.02.43550-2 (nº atual 2000.0116.8145-5), deferiu liminar para expedição de mandado proibitório, a fim de que a empresa agravada seja protegida contra esbulho ou turbação iminente.

Alega o agravante que não se vislumbra a necessidade da liminar

concedida, visto que o mesmo se encontra apenas em plena campanha salarial, com reivindicações de melhorias nos salários e condições de trabalho. Afirma, também, que o *decisum* em questão não foi fundamentado, contrariando preceito constitucional inserto no art. 93, inciso IX, da Carta Magna. Aduz, por outro lado, que a manifestação dos trabalhadores não pretendia obter qualquer vantagem possessória, nem causar à empresa qualquer lesão ao patrimônio. E finaliza alegando que os Boletins de ocorrência apresentados como prova não possuem nenhum valor probante, à luz dos princípios e regras constitucionais e processuais.

Requer, ao final, o deferimento do pedido de efeito suspensivo e, no mérito, o provimento do presente recurso para reformar a decisão atacada.

Recebido o agravo, foi indeferido o pleito de suspensividade. Solicitadas as informações e as contra-razões, foram as mesmas prestadas, como se vê às fls. 65/70 e 81/83 dos autos.

O representante ministerial deixou de se manifestar sobre o mérito da causa, afirmando haver possível prejudicialidade do recurso.

É o relatório.

VOTO

A matéria devolvida a este tribunal diz respeito à possibilidade de se deferir mandado de interdito proibitório levando-se em conta somente as provas produzidas pelo autor, de forma unilateral.

Como se pode ver dos artigos do Código de Processo Civil referentes às possessórias, o magistrado tem o poder de conceder liminarmente o aludido mandado sem a oitiva da parte contrária, desde que a petição inicial esteja devidamente instruída, ou seja, traga elementos que possibilitem, de plano, a verificação dos requisitos necessários. Assim, diz o art. 928:

Art. 928. Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de manutenção ou de reintegração; no caso contrário, determinará que o autor justifique previamente o alegado, citando-se o réu para comparecer à audiência que for designada.

Não discrepam os tribunais pátrios sobre este entendimento, conforme jurisprudência a seguir delineada:

“PROCESSO CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - REINTEGRAÇÃO DE POSSE - DEFERIMENTO DE LIMINAR

“INAUDITA ALTERA PARTE” - REQUISITOS PREENCHIDOS - MANUTENÇÃO DA DECISÃO IMPUGNADA.

1. Para o deferimento de liminar “inaudita altera parte” em ação de reintegração de posse, impõe-se prova inequívoca dos requisitos previstos no artigo 927 do Código de Processo Civil. (...)” (20060020075808AGI, Relator HUMBERTO ADJUTO ULHÔA, 3ª Turma Cível, julgado em 30/08/2006, DJ 05/10/2006 p. 78)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. LIMINAR. REQUISITOS. AUSÊNCIA. INDEFERIMENTO. AGRAVO DESPROVIDO.

I - Para deferimento da medida liminar de reintegração de posse faz-se imperioso que estejam preenchidos os requisitos insertos no art. 927 do Código de Processo Civil, quais sejam, a prova da posse, o esbulho praticado pelo réu, a data do esbulho e a perda da posse. (...)” (20050020014140AGI, Relator NÍVIO GONÇALVES, 1ª Turma Cível, julgado em 08/08/2005, DJ 06/09/2005 p. 94)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - POSSESSÓRIA - CONCESSÃO DE MEDIDA LIMINAR - PREVISIBILIDADE LEGAL - CONFIRMAÇÃO.

1. A Lei outorga ao Juiz poderes discricionários para conceder medida liminar possessória *initio litis*, com ou sem prévia audiência de justificação, bastando, para tanto, que se convença da presença dos requisitos ínsitos no art. 927 do Código de Processo Civil.

2. Estando a decisão agravada devidamente motivada, não vislumbro a possibilidade de prosperar a reforma perseguida, máxime diante de argumentação desnuda de fomento jurídico.

3. Recurso conhecido, porém improvido. (Processo: 2007.0032.7169-0/0. Agravo de Instrumento; data do julgamento:05.11.2008).

No presente caso, verifica-se a existência de Boletins de Ocorrência, bem como auto de exame de corpo de delito evidenciando agressões por parte

dos líderes do movimento sindical daquela região, o que poderia ser indicativo de possível esbulho ou turbação, suficiente a demandar a interposição de ação possessória.

Verifico, por outro lado, que se aplica ao caso a teoria do fato consumado, vez que os acontecimentos que motivaram a interposição da ação de interdito proibitório ocorreram nos idos do ano de 2001, por ocasião das manifestações de campanha salarial, ou seja, há mais de oito anos (8), situação essa que já se encontra definitivamente resolvida.

Quanto à necessidade de motivação, seja nas decisões, seja nas sentenças, a mesma tem sua origem na manifestação do Estado de Direito com a garantia ao devido processo legal. Além dessa característica de ordem principiológica, a exigência de fundamentação dos atos judiciais possui duas funções. Na lição de Fred Didier Jr. *in* Curso de Direito Processual Civil, vol. 2, Editora Podium; 2007:

“Primeiramente, fala-se numa *função endoprocessual*, segundo a qual a fundamentação permite que as partes, conhecendo as razões que formaram o convencimento do magistrado, possam saber se foi feita uma análise apurada da causa, a fim de controlar a decisão por meio dos recursos cabíveis, bem como para que os juízes de hierarquia superior tenham subsídios para reformar ou manter essa decisão.

...

Fala-se ainda numa *função exoprocessual* ou extraprocessual, pela qual a fundamentação viabiliza o controle da decisão do magistrado pela via difusa da democracia participativa, exercida pelo povo em cujo nome a sentença é pronunciada.”

Os tribunais pátrios, por seu turno, manifestam-se, acerca da matéria, no sentido de confirmar a necessidade de fundamentação, a teor do art. 93, IX, bem como dos art. 165 e 458, ambos da lei adjetiva, mesmo que de forma sucinta, como se percebe dos arestos abaixo colacionados:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PROCESSO DE EXECUÇÃO. PENHORA SOBRE O FATURAMENTO. REQUISITOS.

- A nulidade só alcança decisões ausentes de motivação, não aquelas com fundamentação sucinta, mormente quando possibilita o amplo direito de defesa por parte daquele que se sentiu prejudicado.

- O cânone hermenêutico da totalidade faz com que a interpretação

da decisão judicial seja feita como um todo em si mesmo coerente, e não a partir de simples frases ou trechos isolados. ... - (Recurso Especial parcialmente provido. REsp 782901 / SP RECURSO ESPECIAL 2005/0143338-5; Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI (1118); Órgão Julgador: T3 - TERCEIRA TURMA; Data do Julgamento: 27/05/2008; Data da Publicação/Fonte: DJe 20/06/2008);

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO CUMULADA COM PEDIDO DE CONSIGNAÇÃO - FUNDAMENTAÇÃO SUCINTA - NULIDADE AFASTADA.

1. A MOTIVAÇÃO SUCINTA NÃO SE CONFUNDE COM A FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. PRELIMINAR DE NULIDADE DA DECISÃO AFASTADA.

2. A JURISPRUDÊNCIA É PACÍFICA QUANTO À POSSIBILIDADE DE SEREM DISCUTIDAS NA AÇÃO CONSIGNATÓRIA, QUESTÕES RELATIVAS AO VALOR DO DÉBITO E À VALIDADE DAS CLÁUSULAS DE CONTRATO TIDO POR ABUSIVAS. PRELIMINAR DE INÉPCIA DA INICIAL AFASTADA.

3. O CÓDIGO CIVIL, NO ART. 304, DISPÕE QUE QUALQUER INTERESSADO NA EXTINÇÃO DA DÍVIDA PODE PAGÁ-LA, USANDO, SE O CREDOR OPUSER-SE, OS MEIOS CONDUCENTES À EXONERAÇÃO DO DEVEDOR. SATISFEITA A OBRIGAÇÃO, HAVERÁ A EXTINÇÃO. O DEVEDOR PODE PEDIR A CONSIGNAÇÃO DAQUILO QUE ENTENDE SER DEVIDO.

4. AGRAVO IMPROVIDO. (Classe do Processo: 20060020132881AGI; Registro do Acórdão Número : 308503; Data de Julgamento : 17/01/2007; Órgão Julgador : 6ª Turma Cível; Relator : SANDRA DE SANTIS; Publicação no DJU: 11/06/2008 Pág. : 61; (até 31/12/1993 na Seção 2, a partir de 01/01/1994 na Seção 3) (sem grifos no original).

Para o caso em tela, não tenho por inexistente a falta de fundamentação alegada. Mesmo que de forma bastante sucinta, o pronunciamento que indeferiu o pleito deixou claras as razões da negativa do pedido.

Forte em tais razões, conheço o agravo de instrumento por ser tempestivo, mas nego-lhe provimento nos termos requeridos.

É como voto.

Fortaleza, 08 de abril de 2009.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2006.0012.0774-1

AGRAVANTE: ESTADO DO CEARÁ

AGRAVADO: MARINILA CALDERARO MUNGUBA MACEDO

ORIGEM: 2ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE FORTALEZA

RELATOR: DES. ADEMAR MENDES BEZERRA

EMENTA - AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO DE FORMA GRATUITA PELO ENTE PÚBLICO. RISCO DE MORTE. RECUSA DO ESTADO NO SENTIDO DE AMPARAR O DOENTE.

DEVER DE ORDEM CONSTITUCIONAL. DESCUMPRIMENTO. DIREITOS INDISPONÍVEIS QUE DEVEM SER RESGUARDADOS.

-É DEVER DO ESTADO E DIREITO DOS CIDADÃOS A REAL GARANTIA À SAÚDE E À VIDA, EIS QUE POSTULADO BÁSICO DA EXISTÊNCIA DESTE E DESIDERATO DAQUELE, DEFINIDO NO ART. 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

-AGRAVO CONHECIDO E IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Agravo de Instrumento nº 2006.0012.0774-1/0, em que figuram as partes acima indicadas.

Acorda a Segunda Turma Cível do Tribunal de Justiça do Ceará, em julgamento unânime, conhecer e negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 08 de abril de 2009.

RELATÓRIO

Cuida-se de Agravo de Instrumento com pedido de efeito suspensivo, ajuizado contra decisão proferida pelo MM Juiz da 2ª Vara da Fazenda Pública

desta comarca que, nos autos da ação Ordinária, nº. 2006.0000.3540-8, deferiu pedido de antecipação de tutela para o fim de determinar ao Estado do Ceará que forneça à autora/agravada o medicamento Arimidex 1mg, garantindo-lhe outros medicamentos que venham a ser prescritos posteriormente até ulterior deliberação daquele juízo.

Alega o agravante que a decisão merece ser reformada pelas seguintes razões: **a)** afirma que a medicação pretendida não é utilizada no tratamento da doença por ela alegada; **b)** que a responsabilidade deve ser do Município do Crato, domicílio da parte agravada; **c)** entende que a União e o referido Município deveriam compor o pólo passivo da demanda, o que impõe a decretação da incompetência da Justiça Estadual e conseqüente remessa dos autos à Justiça Federal; **d)** que, por outro lado, a parte não logrou provar adequadamente que o Estado não está cumprindo seu dever de possibilitar ao cidadão acesso à saúde, visto que o mesmo fornece gratuitamente o tratamento para a enfermidade que a recorrida diz possuir; e **e)** aduz que o remédio concedido na tutela antecipatória não é indicado para a moléstia por ela sofrida.

Requer, ao final, o recebimento do recurso no regime de instrumento, com a concessão do pedido de efeito suspensivo e, no mérito, o seu provimento para reformar definitivamente a decisão agravada.

Recebido o agravo na forma de instrumento, foi indeferida a suspensividade requestada. Embora solicitadas as informações e contra-razões, nenhuma delas foi apresentada.

O representante ministerial manifestou-se pelo improvimento do presente agravo.

É o relatório.

VOTO

A decisão monocrática bem aplicou o direito à espécie.

O bem da vida que se entremostra em jogo no processo em tópico é a própria manutenção da existência da recorrida. Nestes termos, o direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, tendo em vista tratar-se de requisito de existência e pré-requisito ao exercício de todos os demais direitos e garantias do indivíduo.

A Constituição Federal proclama o direito à vida, cabendo ao Estado, no mínimo, assegurá-lo, tanto no sentido de dar condições ao cidadão de continuar vivo, como de prover uma vida digna e sociável.

Eis o teor da norma constitucional:

“Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)”.

Negar o pedido à agravada no caso concreto seria o mesmo que, indiretamente, impossibilitar ou relativizar essa garantia, o que certamente não se entende possível sob o prisma jurídico.

Contudente é a norma constitucional quando se refere à garantia da saúde, eis que prescreve, em seu art. 196 o seguinte:

“Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Não procede o argumento segundo o qual não seriam as regras garantidoras previstas nos artigos 6º e 196 da CF/88 normas programáticas ou de eficácia imediata; ao contrário, essa discussão se mostra despicienda, na medida em que nenhuma regra hermenêutica pode se sobrepor ao princípio de que a “saúde é direito de todos e dever do Estado” (art. 196), nem seguir outro caminho que não o da preservação da dignidade da pessoa humana e da vida.

Não se desconhece a excepcionalidade da medida liminar em casos que possam caracterizar-se como satisfativos contra o Poder Público, nem a expressa vedação contida na Lei nº 8.437/1992. Todavia, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou sobre esse importante tema, cujo entendimento concordamos, *ipsis verbis*:

“É vedada, como princípio geral, a concessão de liminar de caráter eminentemente satisfativo, excepcionando-se as hipóteses de providências médicas urgentes (STJ, RESP 109473/RS, Relator o Ministro Hélio Mosimann).”

Ademais, deve imperar o princípio da razoabilidade, na medida certa da adequação entre meios e fins, dando-se ênfase ao critério que melhor concretize a utilidade da norma, sob o padrão da justiça e da salvaguarda dos direitos e garantidas individuais, dos quais, no caso concreto, sobressai o direito à vida.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, citando Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Lúcia Valle Figueiredo, discorre:

“Diogo de Figueiredo Neto (1989:37-40) dá maior realce a esse último aspecto ao afirmar que, pelo princípio da razoabilidade, ‘o que se pretende é considerar se determinada decisão, atribuída ao Poder Público, de integrar discricionariamente uma norma, contribuirá efetivamente para um satisfatório atendimento dos interesses públicos’. Ele realça o aspecto teleológico da discricionariedade; tem que haver uma relação de pertinência entre oportunidade e conveniência, de um lado, e a finalidade, de outro. Para esse autor, ‘a razoabilidade, agindo como um limite à discricionariedade na avaliação dos motivos, exige que sejam eles adequáveis, compatíveis e proporcionais, de modo a que o ato atenda a sua finalidade pública específica; agindo também como um limite à discricionariedade na escolha do objeto, exige que ele se conforme fielmente à finalidade e contribua eficientemente para que ela seja atingida”.

Também se refere a esse princípio Lúcia Valle Figueiredo (1986:128-129). Para ela, ‘discricionariedade é a competência-dever de o administrador, no caso concreto, após a interpretação, valorar, dentro de um critério de razoabilidade, e afastado de seus próprios standards ou ideologias, portanto, dentro do critério da razoabilidade geral, qual a melhor maneira de concretizar a utilidade pública postulada pela norma’. (in, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Direito Administrativo, Atlas, 14ª Edição, pág. 81).

No caso dos autos, não há qualquer razoabilidade em se sustentar que a impossibilidade de concessão – genericamente falando – de liminar satisfativa contra o Poder Público, em mandado de segurança ou outra ação autônoma, possa impedir a cristalização do mais importante direito/garantia do homem - o direito à vida, consagrado como cláusula pétrea na Carta magna.

Veja-se o entendimento do egrégio Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria:

“MEDICAMENTO - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - DEVER DO ESTADO – DIREITO LÍQUIDO E CERTO DO IMPETRANTE.

1. Esta Corte tem reconhecido que os portadores de moléstias graves, que não tenham disponibilidade financeira para custear o seu tratamento, têm o direito de receber gratuitamente do Estado os medicamentos de comprovada necessidade. Precedentes.

2. O direito à percepção de tais medicamentos decorre de garantias previstas na Constituição Federal, que vela pelo direito à vida (art. 5º, caput) e à saúde (art. 6º), competindo à União, Estados, Distrito Federal e Municípios o seu cuidado (art. 23, II), bem como a

organização da seguridade social, garantindo a “universalidade da cobertura e do atendimento” (art. 194, parágrafo único, I).

3. A Carta Magna também dispõe que “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (art. 196), sendo que o “atendimento integral” é uma diretriz constitucional das ações e serviços públicos de saúde (art. 198).

4. In casu, não havendo prova documental de que o remédio fornecido gratuitamente pela administração pública tenha a mesma aplicação médica que o prescrito ao impetrante - declarado hipossuficiente -, fica evidenciado o seu direito líquido e certo de receber do Estado o remédio pretendido.

5. Recurso provido”. (RMS 17425 / MG ; RECURSO ORDINARIO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2003/0202733-4, Ministra ELIANA CALMON, T2 - SEGUNDA TURMA, DJ 22.11.2004 p. 293);

“RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS. SUS. LEI N. 8.080/90.

-O venerando acórdão proferido pelo egrégio Tribunal a quo decidiu a questão no âmbito infraconstitucional, notadamente à luz da Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990.

-O Sistema Único de Saúde pressupõe a integralidade da assistência, de forma individual ou coletiva, para atender cada caso em todos os níveis de complexidade, razão pela qual, comprovada a necessidade do medicamento para a garantia da vida da paciente, deverá ser ele fornecido.

-Recurso especial provido. Decisão unânime.”(RESP 212.346/RJ, Rel. Min. Franciulli Netto, 2ª T., DJ 04/02/2002).

Dessa forma, a decisão que assegurou o recebimento dos medicamentos narrados no recurso, além do elevado sentido social da decisão, não viola qualquer preceito legal, estando, ao contrário, em harmonia com Constituição Federal e a jurisprudência sobre o tema.

Ante o exposto, voto pelo improvidamento do recurso, no sentido de manter incólume a decisão de primeiro grau.

É como voto.

Fortaleza, 08 de abril de 2009.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2006.0013.8990-4/0

AGRAVANTES: J.G EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS E PARTICIPAÇÕES LTDA., COMEL - COMÉRCIO E ENGENHARIA LTDA., E JOÃO GENTIL JUNIOR.

AGRAVADO: BANCO DO ESTADO DO CEARÁ S/A- BEC.

RELATOR: DESEMBARGADOR FRANCISCO SALES NETO

EMENTA: PROCESSO CIVIL. POR IMPOSIÇÃO DO PRINCÍPIO ‘DO DEVIDO PROCESSO LEGAL’, NÃO SE ADMITE A PRÁTICA DE ATO PROCESSUAL, SEM A OBRIGATÓRIA REPRESENTAÇÃO QUE LEGITIME A SUA PRÁTICA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. Hasta pública marcada, não obstante ausência de representação e regularização processual de parte sucessora, impõe-se sua suspensão até saneamento das irregularidades.

2. A incorporação de uma empresa por outra extingue a incorporada, nos termos do artigo 227, parágrafo 3º, da Lei das Sociedades Anônimas, tornando irregular a representação processual.

ACÓRDÃO

VISTOS, RELATADOS E DISCUTIDOS OS PRESENTES AUTOS DE AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2006.0013.8990-4/0, EM QUE SÃO PARTES AS PESSOAS ACIMA INDICADAS, ACORDA A TURMA JULGADORA DA PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, SEM DIVERGÊNCIA DE VOTOS, CONHECER E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO, TUDO NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Trata-se de agravo de instrumento, em face de decisão proferida pelo Juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza, que, denegou medida liminar em ação cautelar impeditiva de realização de hasta pública.

Sustenta a empresa agravante que em face da sucessão ocorrida entre o Banco do Estado do Ceará e Bradesco S/A., surge a imperiosa necessidade

de regularização processual, antes de prosseguir-se com posteriores atos processuais.

O pleito suspensivo foi deferido.

Recurso informado e contra-minutado.

Sem revisão.

Como anunciado no relatório, a controvérsia travada na presente angulação recursal é saber da regularidade ou não da decisão interlocutória proferida pelo Módulo Jurisdicional da 2ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza, em que em sede de ação cautela impeditiva de realização de hasta pública a indeferiu.

Lei trecho que constitui fundamento da decisão censurada:

“ As argüições de irregularidade na representação de advogado e falta de atributo profissional do perito contador em outro processo me impedem de, sob risco de violação do sacrossanto princípio do contraditório e da ampla defesa, em síntese, do devido processo legal, de natureza constitucional, deferir a súplica *inaudita altera pars*, providência extravagante.”

Como se vê, o digo magistrado, preocupado com o princípio do contraditório, acabou pisando aquele outro, tão importante como este: do devido processo legal. Sem a devida representação processual não há processo legal.

A incorporação de uma empresa por outra extingue a incorporada, nos termos do artigo 227, parágrafo 3º, da Lei das Sociedades Anônimas, tornando irregular a representação processual, sem observância desse fato.. Cabia ao douto magistrado suspender a hasta pública e proceder a regularização da representação processual, condição sem a qual o processo poderia prosseguir sua marcha dentro dos trilhos legais.

A decisão monocrática do Desembargador José Arísio Lopes da Costa, em boa hora, suspendeu a hasta pública até ultimização da regularização da representação processual, entendimento que adoto, sem demora, face ao comando constitucional do devido processo legal.

Voto pelo conhecimento e improvimento do recurso, ratificando, na integridade, a decisão do eminente relator que me antecedeu. Expedientes atinentes e necessários.

Fortaleza, 16 de março de 2008.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº. 2008.0013.1576-1/0
ORIGEM: 2ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE FORTALEZA
AGRAVANTE(S): ESTADO DO CEARÁ.
AGRAVADO(S): ULTRA VIGILÂNCIA ELETRÔNICA E SERVIÇOS LTDA.
RELATOR: DES. FRANCISCO DE ASSIS FILGUEIRA MENDES

EMENTA AGRAVO DE INSTRUMENTO. LICITAÇÃO. MODALIDADE PREGÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. IMPUGNAÇÃO DO EDITAL EM ABSTRATO. VIA INADEQUADA. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO COMO SUBSTITUTIVO DE AÇÃO POPULAR.

I - O mandado de segurança não pode ser utilizado por quem pretende participar de procedimento licitatório para suspender ou anular edital, salvo quando, em conjunto, pleiteia-se habilitação ou provimento para evitar a inabilitação/desclassificação, o que não é o caso.

II – A anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público, provocada por qualquer cidadão, pessoa física ou jurídica, somente é possível mediante a utilização de ação popular.

AGRAVO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo nº 2008.0013.1576-1/0 oriundo da 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza, em que são partes as acima mencionadas.

ACORDAM os desembargadores integrantes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, em conhecer do recurso, para dar-lhe provimento, nos termos do voto do relator.

Fortaleza (CE), 8 de julho de 2009.

RELATÓRIO

Cogita-se de interposição recursal pela via de Agravo de Instrumento com pedido de efeito ativo (antecipatório), manejado pelo **ESTADO DO CEARÁ**, com visto à concessão de efeito suspensivo adversando decisão proferida pelo

juízo da 2ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE FORTALEZA, que em sede de Mandado de Segurança ajuizado por ULTRA VIGILÂNCIA ELETRÔNICA E SERVIÇOS LTDA., determinou a imediata suspensão do certame relativo ao Edital Pregão Presencial nº 002/2008 – SEMACE – PROCESSO Nº 07288066-0 SPU, até que a autoridade coatora comprovasse, perante o juízo de origem, a exclusão dos dispositivos impugnados.

Em sua minuta recursal de fls. 02/24, aduz o Agravante, preliminarmente, que o impetrante olvidou-se de requerer a citação de um litisconsorte passivo necessário, no caso, a empresa CMC Serviços Terceirizados, que, pela via administrativa, sagrou-se vencedora do pregão em testilha, o que implicaria na perda de objeto da ação mandamental.

Ainda em sede de preliminar, alegou também que o mandado de segurança não seria a via acionária adequada para a impugnação do edital em abstrato, sobretudo, porque o impetrante em momento algum requereu a tutela para assegurar sua participação, portanto, que para o fito único e exclusivo de anular ou suspender o pregão em testilha, deveria a impetrante ter utilizado a ação popular, requerendo, em virtude das preliminares aventadas, a extinção do processo sem julgamento de mérito, tanto pela falta de interesse de agir, como pela inadequação da via eleita.

Quanto ao mérito, defendeu a legalidade das cláusulas impugnadas, basicamente sob o argumento de que todas elas visam possibilitar ao Estado uma garantia de execução do contrato, bem como, para prevenir que o ente público venha a ser demandado para arcar subsidiariamente com as obrigações trabalhistas não adimplidas, tendo em vista o que dispõe o Enunciado nº 331, do TST.

Devidamente notificado, o agravado apresentou contra-razões (fls. 140/162), alegando, em síntese, a improcedência das preliminares aventadas pelo Estado, e, no que tange ao mérito, reiterou as razões esposadas na petição inicial do *mandamus*, pugnando pelo reconhecimento da ilegalidade das cláusulas impugnadas.

Às fls. 166/167, decisão de minha lavra reconhecendo que a matéria não comportava liminar monocrática, tendo em vista encontrar-se intrinsecamente relacionada ao mérito.

Parecer da douta PGJ (fls. 172/176), opinando pelo conhecimento e não provimento.

Informações do juízo agravado às fls. 178/179.

É o relatório.

VOTO

Impende-se, antes de ingressar ao mérito, analisar as questões preliminares alegadas, por serem prejudiciais.

No que concerne a preliminar de litisconsórcio passivo necessário, não assiste razão ao agravante.

Muito embora a empresa CMC Serviços Terceirizados Ltda., tenha sagrado-se vencedora do certame, verifica-se que o ajuizamento da ação mandamental ocorreu em momento anterior, razão pela qual, não há como se reconhecer a perda do objeto.

Todavia, no que tange à segunda preliminar aventada, assiste razão ao agravante.

O mandado de segurança manejado por quem pretende participar de licitação com fito único e exclusivo de anular e/ou suspender edital supostamente ilegal, sem contudo, requerer sua habilitação e/ou provimento que impeça sua inabilitação/desclassificação pelas cláusulas acoimadas de ilegais, não se reveste de adequação.

Observando a inicial do mandado de segurança manejado pelo agravado, verifica-se que sua intenção era única e exclusivamente anular o pregão em testilha, e não, obter tutela favorável que assegurasse sua participação no certame, senão vejamos o pedido formulado:

“Deferir, in initio litis e inaudita altera pars a liminar porfiada, já que presentes os pressupostos autorizadores da mesma, no sentido de suspender o PREGÃO PRESENCIAL Nº 002/2008/ SEMACE – PROCESSO Nº 07288066-0 SPU, até que a Autoridade Coatora comprove, perante o nobre Julgador, a exclusão dos dispositivos ilegais apontados nesta peça inicial;

[...].

Ordene, por fim, a notificação da Autoridade Coatora para prestar as informações, no prazo legal, esperando que, ao final seja concedida a segurança requestada, declarando a nulidade do PREGÃO PRESENCIAL Nº 002/2008/ SEMACE – PROCESSO Nº 07288066-0 SPU, ou dos seus itens ilegais apontados, ouvindo-se o zeloso órgão do Ministério Público.”

Logo, com bem se observa, a finalidade do impetrante ao manejar o *writ* foi, pura e simplesmente, anular a licitação, e, não, assegurar sua participação, portanto, às claras, verifica-se a inadequação da via eleita.

Com efeito, a hipótese não diz com impugnação do edital em concreto, mas em abstrato, pois a impetrante sequer requereu, como dito, a sua inscrição, ou, tutela impedindo a sua desclassificação, até o julgamento de mérito da ação.

Há que se distinguir duas situações: a do não-licitante e a do licitante.

Quanto ao não-licitante, que vem a ser o interesse do cidadão comum, o eminente Marçal Justen Filho, comentando o art. 41 da Lei 8.666/93, ensina o seguinte: A rejeição pela Administração do pleito do particular relativo a vício do edital não comportaria controle jurisdicional direto se o particular não pudesse se valer da ação popular nem detivesse as condições comuns do direito de ação (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Ed. Aide, 4ª ed., pp. 256-7, item 3). Quer dizer, evita-se a consagração do vício do edital mediante a ação popular.

Quanto ao licitante, ensina o Mestre paranaense que incide o § 3º do art. 41, ou seja, tem garantida a participação no processo licitatório até o trânsito em julgado da decisão a ela pertinente (entenda-se a impropriedade técnica da lei com a expressão trânsito em julgado como sendo aquela da esfera administrativa, p. 260, 1º parágrafo). Sendo licitante, este deve apresentar a sua proposta conforme entende correto, se não for aceita, é-lhe garantida a impugnação em concreto na via judicial, ou, manejar, desde logo, ação que busque garantir a sua efetiva participação.

O agravado enquadra-se como não-licitante, tendo em vista que, nem participou do certame, e, conseqüentemente, foi desclassificado, nem, pleiteou tutela preventiva para assegurar sua participação no certame, limitando-se a querer anular o procedimento licitatório.

A impugnação do edital em abstrato na via judicial só é assegurada ao não-licitante por meio de ação popular, razão pela qual, exsurge, a inadequação da via eleita e impende-se o acolhimento da preliminar aventada, restando prejudicada a análise meritória.

Diante do exposto, por entender despiciendas maiores digressões em torno da matéria vinda a lume no vertente debate recursal, toma-se conhecimento do presente agravo, para dar-lhe provimento, cassando, em definitivo, a liminar proferida pelo jurisdicente de 1º grau, bem como, para, de ofício, julgar extinto o mandado de segurança na origem, com fulcro no art. 267, IV, CPC, por entender que a inadequação da via eleita reflete na própria condição da ação.

É como voto.

Fortaleza (CE), 08 de julho de 2009.

Ação Direta de Inconstitucionalidade

PROCESSO Nº 2009.0003.3705-0/0

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.

REQUERENTE: FEDERAÇÃO DAS COOPERATIVAS DE TRANSPORTES DE PASSAGEIROS DO ESTADO DO CEARÁ.

REQUERIDO: ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO CEARÁ.

RELATOR: FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA.

EMENTA CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ATO ADMINISTRATIVO CONCRETO SOB FORMA DE LEI. INEXISTÊNCIA DE CONTROVÉRSIA CONSTITUCIONAL EM ABSTRATO. INADMISSIBILIDADE. MEDIDA CAUTELAR PREJUDICADA.

1. A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE NÃO SE PRESTA AO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE ATOS ADMINISTRATIVOS DE EFICÁCIA CONCRETA, AINDA QUE ESSES ATOS SEJAM EDITADOS SOB FORMA DE LEI, SALVO HAJA CONTROVÉRSIA CONSTITUCIONAL EM ABSTRATO SUSCETÍVEL DE EXAME EM TESE. CUIDA-SE DAS CHAMADAS LEIS MERAMENTE FORMAIS, PORQUE TÊM FORMA DE LEI, MAS SEU CONTEÚDO NÃO ENCERRA NORMAS GERAIS E ABSTRATAS.

2. NA ESPÉCIE, O § 9º, ACRESCIDO AO ART. 4º DA LEI Nº 13.094/2001 PELO ART. 1º DA LEI Nº 14.288/2009, É LEI SIMPLEMENTE FORMAL, POIS, EM VERDADE, TEM POR OBJETO ATO ADMINISTRATIVO CONCRETO, NÃO DISPONDO DE DENSIDADE NORMATIVA.

3. EXTINÇÃO DO PROCESSO, SEM EXAME DE MÉRITO, NOS TERMOS DO ART. 267, IV E VI,

DO CPC. MEDIDA CAUTELAR PREJUDICADA.
PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL.

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em Sessão Plenária, por unanimidade, nos termos do voto do Relator, em extinguir a ação direta de inconstitucionalidade proposta, sem exame de mérito, na conformidade do art. 267, IV e VI, do Código de Processo Civil, restando prejudicada a medida cautelar porfiada.

Fortaleza, 23 de julho de 2009.

RELATÓRIO

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade interposta pela Federação das Cooperativas de Transportes de Passageiros do Estado do Ceará contra a Assembléia Legislativa, visando à declaração de invalidade do §9º, acrescentado ao art. 4º da Lei nº 13.094, de 12 de janeiro de 2001, pelo art. 1º da Lei nº 14.288, 06 de janeiro de 2009, cuja redação é a seguinte, *verbis*:

§9º As ligações radiais do Sistema de Transporte Regular Complementar do Estado do Ceará terão extensão máxima de 165Km a partir do Município de Fortaleza, e serão divididas em 4 (quatro) lotes, com pólos nos Municípios de Aracati, Itapipoca, Baturité e Quixadá, complementando os seguintes eixos, partindo de Fortaleza para: Itapipoca, Aracati – CE 040, Aracati – BR 116, Beberibe, Cascavel, Morada Nova, Russas, Canoa Quebrada, Fortim, Redenção, Guaramiranga – CE 060, Guaramiranga – CE 065, Baturité, Aratuba, Quixadá, Tejuçuoca, Itapipoca, Paracuru, Paraipaba, Trairi, Uruburetama, Pentecoste, Apuiarés, General Sampaio, Caponga, Barreira – CE 060, Barreira – BR 116, Caio

Prado/Itapiuna, Capistrano, Aratuba/Mulungu, Choró Limão, Ibaretama, Ocara, Ibicutinga, Itapajé.

A autora sustenta, de início, possuir legitimidade ativa para propor a presente ação, reportando-se ao estabelecido no art. 1º, *c*, de seu estatuto social e ao acórdão prolatado na ADI nº 3153, no qual, consoante alega, o STF reviu seu posicionamento para admitir o ajuizamento de demanda de natureza objetiva por “associação de associações” na qualidade de entidade de classe, tese cujo acolhimento subsistiria, por força de decisões recentes, a exemplo da exarada na ADI nº 2649/DF.

Justifica a observância da pertinência temática com a afirmação de que o dispositivo impugnado disciplina o sistema de transporte intermunicipal de passageiros, atividade desempenhada pela classe representada pela suplicante.

Quanto ao mérito, a requerente alega que a norma combatida afronta os arts. 14, incisos III e IV, 20, inciso II, e 154, *caput*, todos da Constituição do Estado do Ceará, porquanto distribuiu os municípios cearenses em “quatro lotes”, atribuindo a cada um destes ligações radiais integrantes do Sistema de Transporte Regular Complementar na extensão máxima de 165 km a partir de Fortaleza, com exclusão da área correspondente à linha radial com destino a Canindé, localidade servida atualmente pela empresa *Princesa dos Inhamus*, resultando em benefício indevido desta, a despeito de mencionada cidade distanciar-se de Fortaleza em apenas 120 km aproximadamente.

Esclarece que a omissão legislativa viola os princípios constitucionais da isonomia, moralidade e impessoalidade, por conferir, injustificadamente, tratamento privilegiado a empresa de transporte intermunicipal de passageiros.

Pleiteia a concessão de liminar com o fim de sustar os efeitos da disposição legal impugnada, e, ao final, a declaração de sua inconstitucionalidade.

É o relatório.

VOTO

Impende lembrar, inicialmente, que o controle de constitucionalidade das leis exercido pela via da ação direta se dá desvinculado de um caso concreto e de disputa entre partes; o que nele se discute é a validade da lei em si. Não se

cuida, como ensina Luís Roberto Barroso, “de mecanismo de tutela de direitos subjetivos, mas de preservação da harmonia do sistema jurídico, do qual deverá ser eliminada qualquer norma incompatível com a Constituição.”¹ Daí dizer-se que esse tipo de controle se opera por meio de processo objetivo, no qual não há lide em sentido técnico, nem partes; tampouco busca-se defender direito próprio ou alheio, mas unicamente eliminar do ordenamento jurídico norma incompatível com o Texto Constitucional.

Passando ao exame do preceptivo atacado, de sua leitura facilmente percebe-se não possuir este qualquer conteúdo normativo, tratando-se meramente de ato administrativo, com o escopo de definir as linhas do Sistema de Transporte Intermunicipal de Passageiros do Estado do Ceará, o que poderia ser feito, inclusive, por provimento do órgão do Poder Público estatal incumbido da administração do citado sistema, sendo desnecessária, portanto, a edição de lei para regular a matéria.

Conclui-se, pois, que a regra legal alvejada já traz em si o resultado específico pretendido, não expressando densidade normativa, enquadrando-se nos chamados atos de efeito concreto, os quais se revestem impropriamente da forma de lei. Não contêm, entretanto, como ensina o saudoso Helly Lopes Meirelles, “mandamentos genéricos, nem apresentam qualquer regra abstrata de conduta; atuam concreta e imediatamente como qualquer ato administrativo de efeitos individuais e específicos [...]”² Além do mais, não se descortina, na espécie, um litígio jurídico-constitucional ensejador de análise em tese, a justificar a instauração de processo objetivo de fiscalização abstrata de constitucionalidade. Somente em tais hipóteses, como ocorrera por ocasião dos julgamentos das ADIs n.ºs 2.925, 4.048 e 4.049,³ é que o Supremo Tribunal Federal tem flexionado sua jurisprudência no sentido da inadmissibilidade de ação direta de inconstitucionalidade que tenha por objeto lei de eficácia concreta.

No presente caso, detecta-se de maneira indisfarçável interesse concreto e delimitável, ou seja: retirar de determinada empresa a exploração de linha radial de transporte de passageiros, partindo de Fortaleza com destino a Canindé, empresa essa que estaria sendo beneficiada em prejuízo das demais concorrentes, fato que, por si só, afasta a possibilidade de promover, pela via da ação direta, a instauração de controle de constitucionalidade, que não tem por finalidade tutelar relação jurídica subjetiva, sob pena de se criar superposição

entre a típica jurisdição constitucional e a jurisdição ordinária.

Destarte, consoante se observa, inexistente no dispositivo em tablado tema ou controvérsia constitucional suscitada em abstrato, a viabilizar a formação de processo objetivo de controle concentrado de constitucionalidade. Se há nesse preceito legal (de eficácia concreta e de nenhum conteúdo normativo) ato lesivo à moralidade administrativa, à isonomia, ao princípio da impessoalidade, ou mesmo desvio de finalidade, que se procure corrigir pelos meios judiciais próprios, tais como: a ação popular, o mandado de segurança, a ação civil pública, a ação de improbidade, se for o caso, mas nunca por intermédio da ação direta de inconstitucionalidade, ante a ausência total de discussão constitucional em tese a justificar seja a jurisdição constitucional acionada em detrimento da jurisdição ordinária.

Por todo o exposto, extingo o processo, sem exame de mérito, nos termos do art. 267, incisos, IV e VI, do Código de Processo Civil, à míngua de pressupostos válidos de admissibilidade para propositura da presente ação.

É como voto.

Fortaleza, 23 de julho de 2009

¹Cf. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006, p.50.

²Cf. *Mandado de segurança*. 29ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006, p.41.

³Impende observar, conforme ficou destacado nos votos vencedores proferidos nas ADIs mencionadas, que a discussão travada nas espécies não é com relação a normas típicas de caráter orçamentário, mas sobre tema constitucional suscitado em abstrato. No primeiro caso, o que se debate não é a abertura propriamente dita de crédito suplementar, mas a sua inclusão em rubrica estranha à destinação do produto arrecadado a partir do disposto no § 4º do art.177 da Constituição Federal, ante a natureza exaustiva das alíneas constantes do inciso II do citado parágrafo. Nas outras duas, o autor não discute o conteúdo de um crédito extraordinário em si mesmo, porém, seu real enquadramento na categoria de “extraordinário”, a única em que a Constituição admite edição de medida provisória.

PROCESSO Nº 2009.0010.5587-3/0

TIPO DE AÇÃO: AÇÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE

AUTOR: PREFEITO MUNICIPAL DE CARIÚS

RÉU: CÂMARA MUNICIPAL DE CARIÚS

RELATOR: DESEMBARGADOR RAUL ARAÚJO FILHO

VOTO VISTA: DES. FRANCISCO SALES NETO

V O T O

Versa o feito sobre ação direta de inconstitucionalidade que o PREFEITO MUNICIPAL DE CARIÚS, no exercício da legitimidade que assegura o art. 127, V, da Constituição do Estado do Ceará de 1989, ajuizou a fim de ver declarada a inconstitucionalidade da Lei Municipal n.º 2, de **13 de junho de 1977**, editada por iniciativa da Câmara Municipal de Cariús.

Segundo o Autor, ao instituir “pensão de graça” para dependentes de ex-prefeitos e ex-vereadores da referida municipalidade, inclusive sem a devida fonte de custeio, a mencionada legislação teria afrontado os artigos 154 e 330, ambos **Constituição do Estado do Ceará de 1989**, e assim os artigos 37, 195, 201 e 203, todos da **Constituição Federal de 1988**, seja por não observar os princípios constitucionais da impessoalidade e da moralidade, seja porque, segundo a exegese que o Supremo Tribunal Federal dispensa à matéria, somente através de norma constitucional federal se admite a instituição de benefícios previdenciários.

Com esteio em tais fundamentos, requereu, liminarmente, a concessão de medida cautelar, para o fim de imediata suspensão da aplicação da Lei impugnada, até o julgamento do mérito, e, ao fim, a declaração da inconstitucionalidade da referida Lei – além dos requerimentos de praxe.

A petição inicial foi instruída dos documentos de fls. 14-18, que incluem cópia do ato normativo municipal impugnado (fls. 15-17).

À fl. 21, foi este feito distribuído à douta relatoria do eminente Des. Raul Araújo Filho, que, à fl. 23, determinou a notificação da Câmara Municipal de Cariús, a fim de que, no prazo de 5 (cinco) dias, prestasse as informações que julgasse pertinentes sobre o pedido cautelar.

Decorrido o referido prazo sem qualquer manifestação do mencionado Órgão legislativo, foi este feito conduzido, por seu douto Relator, ao Plenário desta augusta Casa, para fins de apreciação do pedido cautelar nele contido.

Na ocasião, o eminente Relator, ao proferir seu voto, manifestou-se pela admissão do processamento da ação direta de inconstitucionalidade, porém,

muito embora tenha adiantado seu posicionamento pela inconstitucionalidade da Lei Municipal impugnada, votou pela negativa de deferimento da medida acautelatória liminarmente requerida, ao argumento de que sua concessão poderia acarretar *periculum in mora* reverso.

Votaram, antecipadamente, os eminentes Desembargadores Ademar Mendes Bezerra e Francisco de Assis Filgueira Mendes, o primeiro para divergir do douto Relator, a fim de conceder a medida cautelar, e o segundo para acompanhar o entendimento do Relator, pela não concessão da liminar.

Ainda naquela oportunidade, pedi vista antecipada dos autos.
É o que importa relatar.

Decido.

Em que pese à eloquência e o brilhantismo do voto proferido pelo douto Relator, pede-se vênia para dele divergir, inclusive ainda na parte em que admitiu o processamento da ação direta de inconstitucionalidade de que cuidam estes autos, o que se faz mediante questão de ordem que já se levanta, em prejudicialidade da apreciação do pleito acautelatório.

É que, de acordo com a mais abalizada doutrina constitucionalista pátria, e bem assim segundo a uníssona e reiterada jurisprudência do Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), **não** se admite ação direta de inconstitucionalidade que tenha por objeto norma **pré-constitucional**, ou seja, lei ou ato normativo editado anteriormente à vigente Constituição.

É premissa fundamental da teoria do controle de constitucionalidade que o objeto de qualquer das ações de controle concentrado-abstrato de constitucionalidade, ou seja, a lei ou o ato normativo impugnado em qualquer das referidas ações de controle (ADC, ADI e ADPF), submete-se a limitações temporais e espaciais, assim didaticamente resumidas:

ACAO CONSTITUCIONAL / LIMITACOES	ADC	ADI	ADPF
NATUREZA JURIDICA	ATO NORMATIVO PRIMARIO ART. 102, I, "a", CF/88.	ATO NORMATIVO PRIMARIO ART. 102, I, "a", CF/88.	QUAISQUER ATOS DOS PODERES PUBLICOS. ART. 1º, DA LEI Nº 9.882/99.
LIMITE TEMPORAL	ATOS POSTERIORES A 17/03/93 – QUANDO FOI PUBLICADA A EC Nº 3/93, QUE CRIOU A ADC NO PLANO FEDERAL, OU À DATA DA EVENTUAL CRIAÇÃO DA ADC NO PLANO ESTADUAL.	ATOS POSTERIORES, NO MÍNIMO, A 05/10/88, SE CONFRONTADOS COM A CF/88, PERANTE O STF, OU À DATA DE PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL À QUAL SE PRETENDE CONFRONTÁ-LOS, DESTA FEITA PERANTE O RESPECTIVO TJ.	ATOS ANTERIORES A 05/10/88, INCLUSIVE PRÉ-CONSTITUCIONAIS.
LIMITE ESPACIAL	ATOS DA ESFERA FEDERAL, PERANTE O STF, E ATOS DAS ESFERAS ESTADUAL E MUNICIPAL, PERANTE O TJ.	ATOS DAS ESFERAS FEDERAL E ESTADUAL, PERANTE O STF, E ATOS DAS ESFERAS ESTADUAL E MUNICIPAL, PERANTE O TJ.	ATOS DAS ESFERAS FEDERAL, ESTADUAL E MUNICIPAL.

Por conseguinte, somente se admite o processamento de ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual posterior à 05/10/88, se confrontado com a Constituição Federal de 1988, perante o STF, ou de ato normativo estadual ou municipal, posterior à data de promulgação da Constituição Estadual à qual se pretende confrontá-lo, desta feita perante o respectivo Tribunal de Justiça.

Inclua-se a dogmática de ALEXANDRE DE MORAES:

“Importante, ainda, ressaltar que só há possibilidade de ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo editado posteriormente à Constituição.

A compatibilidade dos atos normativos e das leis anteriores com a nova Constituição será resolvida pelo fenômeno da recepção, uma vez que a ação direta de inconstitucionalidade não é instrumento juridicamente idôneo ao exame da constitucionalidade de atos normativos do Poder Público que tenham sido editados em momento anterior ao da vigência da Constituição atual.

Como ensinado por Paulo Brossard, ‘é por esta singelíssima razão que as leis anteriores à Constituição não podem ser inconstitucionais em relação a ela, que veio a ter existência mais tarde. Se entre ambas houver inconciliabilidade, ocorrerá revogação, dado que a lei posterior revoga a lei anterior com ela incompatível, e a lei constitucional, como lei que é, revoga as leis anteriores que se lhe oponham.’

A possibilidade de fiscalização da constitucionalidade de forma concentrada (...) exige uma relação de contemporaneidade entre a edição da lei ou do ato normativo e a vigência da Constituição. A ausência dessa relação permitirá tão-somente a análise em cada caso concreto da compatibilidade ou não da norma editada antes da Constituição com seu texto.” (MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 671 e 672)

Nesse exato sentido é a doutrina de MARCELO ALEXANDRINO:

“A ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal é instrumento para a apreciação da validade de lei ou ato normativo federal ou estadual, desde que editados posteriormente à promulgação da Constituição Federal.

(...)

Somente podem ser objeto de ADI normas pós-constitucionais, isto é, que tenham sido editadas sob a vigência da Constituição

Federal de 1988, após 05.10.1988.

O STF não admite a impugnação do direito pré-constitucional, editado sob a égide de Constituições pretéritas, em sede de ação direta de inconstitucionalidade.” (ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 2ª ed. Niterói: Impetus, 2008, p. 763 e 764)

GILMAR FERREIRA MENDES, com a inconfundível profundidade com que investiga os mais diversos institutos constitucionais, por sua vez, leciona que:

“O STF admitiu, inicialmente, a possibilidade de examinar no processo do controle abstrato de normas a questão da derrogação do direito pré-constitucional, em virtude de colisão entre este e a Constituição superveniente. Nesse caso julgava-se improcedente a *representação*, mas se reconhecia expressamente a existência da colisão e, portanto, a incompatibilidade entre o direito ordinário pré-constitucional e a nova Constituição. O Tribunal tratava esse tema como uma questão preliminar, que haveria de ser decidida no processo de controle abstrato de normas. Essa posição foi abandonada, todavia, em favor do entendimento de que o processo do controle abstrato de normas destina-se, fundamentalmente, à aferição da constitucionalidade de norma pós-constitucionais. Dessa forma, eventual colisão entre o direito pré-constitucional e a nova Constituição deveria ser simplesmente resolvida segundo os princípios de direito intertemporal. Assim, caberia à jurisdição ordinária, tanto ao STF, examinar a vigência do direito pré-constitucional no âmbito do controle incidente de normas, uma vez que, nesse caso, cuidar-se-ia de simples aplicação do princípio *lex posterior derogat priori*, e não de um exame de constitucionalidade.” (MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1.062 e 1.063)

E, consoante dito, não diferente se posiciona a remansosa jurisprudência oriunda do Pretório Excelso, conforme se desprende dos seguintes e emblemáticos precedentes:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE -
IMPUGNAÇÃO DE LEI PRÉ-CONSTITUCIONAL E DE ATO
REGULAMENTAR EDITADO SOB A ÉGIDE DA NOVA
CONSTITUIÇÃO - INIDONEIDADE DO REGULAMENTO
DE EXECUÇÃO PARA EFEITO DE CONTROLE
NORMATIVO ABSTRATO - INCONSTITUCIONALIDADE
SUPERVENIENTE DA LEI - INOCORRÊNCIA - HIPÓTESE
DE REVOGAÇÃO DO ATO HIERARQUICAMENTE
INFERIOR POR AUSÊNCIA DE RECEPÇÃO -

IMPOSSIBILIDADE DE INSTAURAÇÃO DO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE - AÇÃO DIRETA NÃO CONHECIDA. - Regulamentos subordinados ou de execução supõem, para efeito de sua edição, pelo Poder Público, a existência de lei a que se achem vinculados. Falece-lhes, desse modo, a necessária autonomia jurídica para se qualificarem como atos normativos suscetíveis de controle abstrato de constitucionalidade. A regulamentação de lei pré-constitucional por ato estatal editado sob a égide de novo ordenamento constitucional não basta para autorizar, em sede de ação direta, o confronto da espécie legislativa com a Constituição superveniente. - A ação direta de inconstitucionalidade não se revela instrumento juridicamente idôneo ao exame da legitimidade constitucional de atos normativos do Poder Público que tenham sido editados em momento anterior ao da vigência da Constituição sob cuja égide foi instaurado o controle normativo abstrato. A fiscalização concentrada de constitucionalidade supõe a necessária existência de uma relação de contemporaneidade entre o ato estatal impugnado e a Carta Política sob cujo domínio normativo veio ele a ser editado. O entendimento de que leis pré-constitucionais não se dispõem, vigente uma nova Constituição, a tutela jurisdicional de constitucionalidade “in abstracto” - orientação jurisprudencial já consagrada no regime anterior (RTJ 95/980 - 95/993 - 99/544) - foi reafirmado por esta Corte, em recentes pronunciamentos, na perspectiva da Carta Federal de 1988. - A incompatibilidade vertical superveniente de atos do PODER Público, em face de um novo ordenamento constitucional, traduz hipótese de pura e simples revogação dessas espécies jurídicas, posto que lhe são hierarquicamente inferiores. O exame da revogação de leis ou atos normativos do Poder Público constitui matéria absolutamente estranha a função jurídico-processual da ação direta de inconstitucionalidade.” (ADI 129/SP. Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. Rel. Min. FRANCISCO REZEK. DJ 28-08-1992).

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - OBJETO - LEGISLAÇÃO ANTERIOR A CARTA ATUAL - CONTRARIEDADE A PRETÉRITA. A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE TEM COMO OBJETO A PREVALÊNCIA DO TEXTO CONSTITUCIONAL EM VIGOR. O SIMPLES FATO DESTE REPETIR O PRETÉRITO NÃO AFASTA A JURISPRUDÊNCIA SEDIMENTADA NO SENTIDO DA IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO, QUANDO LANÇADO COM BASE EM CONFLITO CONSIDERADA A LEGISLAÇÃO ANTERIOR A PROMULGAÇÃO DA LEI BÁSICA FEDERAL VIGENTE.” (ADI 121 AgR/DF. Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. Rel. Min. MARCO AURÉLIO. DJ 12-02-1993)

“Ação Direta de Inconstitucionalidade. Decreto-lei n. 2.445, de 29.06.1988. Trata-se de lei anterior a Constituição de 1988. Não cabe a ação direta de inconstitucionalidade, ajuizada a 06.12.1988, para discutir a validade do Decreto-lei n. 2.445, em face da Emenda Constitucional n. 1/1969, por se tratar de via adequada a defesa da ordem constitucional em vigor. Precedentes do STF, dentre outros, nas Representações n.s 1.534-3, 1.547, 1.568-8, 1.607-2 e 1.666-8, julgadas prejudicadas com o advento da Constituição de 1988. No caso, também, não cabe a ação direta de inconstitucionalidade, por se tratar de lei anterior a Constituição em vigor. De acordo com orientação firmada pelo STF, na ADIN n. 2, a 06.02.1992, a hipótese é de revogação da lei anterior, se contraria a nova Constituição, e não de inconstitucionalidade do mesmo diploma. Entendimento adotado pelo STF, por maioria de votos. Impossibilidade jurídica do pedido. Ação direta de inconstitucionalidade de que não se conhece.” (ADI 9/DF. Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA. DJ 24-04-1992)

Inclua-se que mesmo antes da promulgação da vigente Carta Constitucional, o Tribunal Maior já mantinha o mesmo entendimento, segundo se extrai de mais esse aresto, relatado pelo eminente Min. MOREIRA ALVES:

“REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. SUBORDINAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO AO PODER JUDICIÁRIO. SENDO A REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE AÇÃO, A ELA SE APLICA O DISPOSTO NO ARTIGO 264 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, NÃO SE PODENDO, PORTANTO, EXAMINAR A INCONSTITUCIONALIDADE ARGÜIDA SENÃO EM FACE DA CONSTITUIÇÃO TIDA COMO VIOLADA. EM SE TRATANDO DE LEIS ANTERIORES A CONSTITUIÇÃO FEDERAL VIGENTE, NÃO HÁ QUE SE COGITAR - COMO TEM ENTENDIDO O STF - DE INCONSTITUCIONALIDADE, MAS, SIM, (E SE FOR O CASO), DE REVOGAÇÃO, MATÉRIA ESTRANHA A REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. É INCABÍVEL A REPRESENTAÇÃO COM O FITO DE OBTER-SE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI EM ABSTRATO EM FACE DE CONSTITUIÇÃO JÁ REVOGADA AO TEMPO DA PROPOSITURA DESSA AÇÃO.

INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS LEGAIS ESTADUAIS (ARTIGO 27 DA LEI 5048/58, NA REDAÇÃO DADA PELA LEI 10391/70, E PAR-1. DO ARTIGO 14 DA LEI 333/74, TODAS DO ESTADO DE SÃO PAULO) QUE SUBORDINAM O MINISTÉRIO PÚBLICO AO PODER JUDICIÁRIO. REPRESENTAÇÃO CONHECIDA EM PARTE, E NELA JULGADA PROCEDENTE.” (Rp 1012/SP. Tribunal

Pleno do Supremo Tribunal Federal. Rel. Min. MOREIRA ALVES.
DJ 05-11-1979)

Anote-se, ainda, que esse mesmo entendimento foi reproduzido, dentre outros, nos seguintes julgados: ADI 74/RN, DJ 25-09-1992; ADI 9/DF, DJ 24-04-1992; ADI 7/DF, DJ 04-09-1992; ADI 3/DF, DJ 18-09-1992; e Representações de Inconstitucionalidade n.º 1.666-8, 1.607-2, 1.568-8, 1.547, 1.534-3 e 946.

Conforme se infere dos inobjetáveis fundamentos acima transcritos, a eventual colisão entre o direito pré-constitucional e a nova Constituição deve ser simplesmente resolvida segundo os princípios de direito intertemporal (*lex posterior derogat priori*), em sede de controle incidental de normas, mediante o exame da vigência do direito pré-constitucional, mas, nunca, jamais, através do controle concentrado-abstrato a que se presta a ação direta de inconstitucionalidade – que, consoante visto, somente admite a impugnação de direito pós-constitucional.

Adiciona-se, mais, o seguinte precedente, também colhido da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO INTERPOSTO PELO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO/RJ - PLEITO RECURSAL QUE BUSCA A APLICAÇÃO, NO CASO, DA TÉCNICA DA MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - IMPOSSIBILIDADE, PELO FATO DE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NÃO HAVER PROFERIDO DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PERTINENTE AO ATO ESTATAL QUESTIONADO - JULGAMENTO DA SUPREMA CORTE QUE SE LIMITOU A FORMULAR, NA ESPÉCIE, MERO JUÍZO NEGATIVO DE RECEPÇÃO - NÃO-RECEPÇÃO E INCONSTITUCIONALIDADE: NOÇÕES CONCEITUAIS QUE NÃO SE CONFUNDEM - RECURSO IMPROVIDO. 1. CONSIDERAÇÕES SOBRE O VALOR DO ATO INCONSTITUCIONAL - OS DIVERSOS GRAUS DE INVALIDADE DO ATO EM CONFLITO COM A CONSTITUIÇÃO: ATO INEXISTENTE? ATO NULO? ATO ANULÁVEL (COM EFICÁCIA “EX TUNC” OU COM EFICÁCIA “EX NUNC”)? - FORMULAÇÕES TEÓRICAS - O “STATUS QUAESTIONIS” NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2. MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE: TÉCNICA INAPLICÁVEL QUANDO SE TRATAR DE JUÍZO NEGATIVO DE RECEPÇÃO DE ATOS PRÉ-CONSTITUCIONAIS. - A declaração de inconstitucionalidade reveste-se, ordinariamente, de eficácia “ex tunc” (RTJ 146/461-462 - RTJ 164/506-509), retroagindo ao momento em que editado o ato estatal reconhecido inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. - O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido, excepcionalmente, a possibilidade de proceder à modulação ou limitação temporal dos efeitos da declaração de

inconstitucionalidade, mesmo quando proferida, por esta Corte, em sede de controle difuso. Precedente: RE 197.917/SP, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA (Pleno). - Revela-se inaplicável, no entanto, a teoria da limitação temporal dos efeitos, se e quando o Supremo Tribunal Federal, ao julgar determinada causa, nesta formular juízo negativo de recepção, por entender que certa lei pré-constitucional mostra-se materialmente incompatível com normas constitucionais a ela supervenientes. - A não-recepção de ato estatal pré-constitucional, por não implicar a declaração de sua inconstitucionalidade - mas o reconhecimento de sua pura e simples revogação (RTJ 143/355 - RTJ 145/339) -, descaracteriza um dos pressupostos indispensáveis à utilização da técnica da modulação temporal, que supõe, para incidir, dentre outros elementos, a necessária existência de um juízo de inconstitucionalidade. - Inaplicabilidade, ao caso em exame, da técnica da modulação dos efeitos, por tratar-se de diploma legislativo, que, editado em 1984, não foi recepcionado, no ponto concernente à norma questionada, pelo vigente ordenamento constitucional.” (AI 582280 AgR/RJ. Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. Rel. Min. CELSO DE MELLO. DJ 06-11-2006)

Observe-se que tão díspare é o crivo de não-recepção, em relação ao de inconstitucionalidade, que sequer comporta a modulação temporal dos efeitos da decisão que a reconhece, não se lhe aplicado, assim o disposto no art. 27, da Lei n.º 9.868/99, que “Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.”

Nada obstante, no caso em análise, em que pese a ADI não se preste para a impugnação de norma pré-constitucional, ainda assim achou por bem o Autor fazê-lo, através da formulação de pedido de declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal n.º 2, de 13 de junho de 1977, que resolveu confrontar com a superveniente Constituição Estadual de 1989, ao afirmar que:

“Portanto, observa-se que a Lei impugnada colide com a Constituição Estadual em seus artigos 154 e 330, (...) que repercutem os artigos 37, 195, 201 e 203, da Constituição da República.”

É indubitável que o manejo de ação direta de inconstitucionalidade contra norma pré-constitucional em relação ao parâmetro invocado (Constituição do Ceará de 1989) constituiu inadmissível impropriedade jurídica, sendo, assim, evidente e imperiosa a necessidade de indeferimento da petição inicial, tanto pela impossibilidade jurídica do pedido, quanto pela inadequação da via processual eleita.

A propósito, se efetivamente deseja impugnar a citada legislação municipal, inclua-se, pré-constitucional, em controle concentrado-abstrato de constitucionalidade, deve o Autor fazê-lo através da ação adequada, qual seja, arguição de descumprimento de preceito fundamental, cuja legislação de regência, a saber, Lei n.º 9.882/99, em seu art. 1º, p. único, I, expressamente determina:

“Art. 1º A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental:

I – quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição;”

Some-se, aqui, a lição de GILMAR FERREIRA MENDES:

“Também aqui devemos anotar que a Lei n.º 9.882/99, art. 1º, parágrafo único, altera o rumo das discussões. É que, consoante o teor desse dispositivo, a arguição de descumprimento de preceito fundamental poderá ser utilizada para – de forma definitiva e com eficácia geral – solver controvérsia relevante sobre a legitimidade do direito pré-constitucional em face da nova Constituição.”. (MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1.062 e 1.063)

Neste ensejo, inclui-se a exegese que o Pretório Excelso corriqueiramente dispensa à matéria:

“1. Arguição de descumprimento de preceito fundamental ajuizada com o objetivo de impugnar o art. 34 do Regulamento de Pessoal do Instituto de Desenvolvimento Econômico-Social do Pará (IDESP), sob o fundamento de ofensa ao princípio federativo, no que diz respeito à autonomia dos Estados e Municípios (art. 60, §4º, CF/88) e à vedação constitucional de vinculação do salário mínimo para qualquer fim (art. 7º, IV, CF/88). 2. Existência de ADI contra a Lei nº 9.882/99 não constitui óbice à continuidade do julgamento de arguição de descumprimento de preceito fundamental ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal. 3. Admissão de *amicus curiae* mesmo após terem sido prestadas as informações. 4. Norma impugnada que trata da remuneração do pessoal de autarquia estadual, vinculando o quadro de salários ao salário mínimo. 5. Cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental (sob o prisma do art. 3º, V, da Lei nº 9.882/99) em virtude da existência de inúmeras decisões do Tribunal de Justiça do Pará em sentido manifestamente oposto à jurisprudência pacificada desta Corte quanto à vinculação de salários a múltiplos do salário mínimo. 6. Cabimento de arguição de descumprimento de preceito fundamental para solver controvérsia sobre legitimidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive anterior à Constituição (norma pré-constitucional). 7. Requisito de admissibilidade implícito relativo à relevância do interesse público presente no caso. 8. Governador de Estado detém aptidão processual

plena para propor ação direta (ADIMC 127/AL, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 04.12.92), bem como argüição de descumprimento de preceito fundamental, constituindo-se verdadeira hipótese excepcional de *jus postulandi*. 9. ADPF configura modalidade de integração entre os modelos de perfil difuso e concentrado no Supremo Tribunal Federal. 10. Revogação da lei ou ato normativo não impede o exame da matéria em sede de ADPF, porque o que se postula nessa ação é a declaração de ilegitimidade ou de não-recepção da norma pela ordem constitucional superveniente. 11. Eventual cogitação sobre a inconstitucionalidade da norma impugnada em face da Constituição anterior, sob cujo império ela foi editada, não constitui óbice ao conhecimento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, uma vez que nessa ação o que se persegue é a verificação da compatibilidade, ou não, da norma pré-constitucional com a ordem constitucional superveniente. 12. Caracterizada controvérsia relevante sobre a legitimidade do Decreto Estadual nº 4.307/86, que aprovou o Regulamento de Pessoal do IDESP (Resolução do Conselho Administrativo nº 8/86), ambos anteriores à Constituição, em face de preceitos fundamentais da Constituição (art. 60, §4º, I, c/c art. 7º, inciso IV, *in fine*, da Constituição Federal) revela-se cabível a ADPF. 13. Princípio da subsidiariedade (art. 4º, §1º, da Lei nº 9.882/99): inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesão, compreendido no contexto da ordem constitucional global, como aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata. 14. A existência de processos ordinários e recursos extraordinários não deve excluir, *a priori*, a utilização da argüição de descumprimento de preceito fundamental, em virtude da feição marcadamente objetiva dessa ação. 15. Argüição de descumprimento de preceito fundamental julgada procedente para declarar a ilegitimidade (não-recepção) do Regulamento de Pessoal do extinto IDESP em face do princípio federativo e da proibição de vinculação de salários a múltiplos do salário mínimo (art. 60, §4º, I, c/c art. 7º, inciso IV, *in fine*, da Constituição Federal)” (ADPF 33/PA. Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. Rel. Min. GILMAR MENDES. DJ 27-10-2006)

Por tais lições, se afigura lícito concluir que os meios adequados para a impugnação do direito pré-constitucional inapropriadamente impugnado neste feito dizem com: (a) o controle incidental de normas, no caso concreto; e (b) com a argüição de descumprimento de preceito fundamental – e não, conforme já amplamente demonstrado, através de ação direta de inconstitucionalidade.

Cabe, aqui, adiantar que sequer pode-se cogitar da aplicação do princípio da fungibilidade a fim de que a ADI veiculada nestes autos seja recebida e processada como ADPF, na ambiência desta Corte Estadual de Justiça.

Primeiro pela simples razão que, até o presente momento, não cuidou o constituinte derivado decorrente de instituir a argüição de descumprimento de preceito fundamental no âmbito do Estado do Ceará – em que pese tenha instituído a ADI genérica e por omissão (art. 127 e seguintes, da Constituição Estadual), além da representação interventiva (art. 39 e seguintes, também da Constituição do Estado do Ceará).

Segundo porque, consoante se extrai da Lei n.º 9.882/99 e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o ajuizamento e admissão da argüição de descumprimento de preceito fundamental condicionam-se ao preenchimento de uma série pressupostos, não verificados nestes autos, dos quais são exemplos: (a) demonstração da relevância do fundamento da controvérsia constitucional sobre o ato que se pretende impugnar (art. 1º, p. único, I, da Lei n.º 9.882/99); (b) a indicação, na petição inicial (art. 3º, da Lei n.º 9.882/99): (I) do preceito fundamental que se considera violado, extraído do rol exaustivo de preceitos fundamentais, editado pelo Supremo Tribunal Federal (direitos e garantia individuais; princípios constitucionais sensíveis (art. 34, VII, CF); cláusulas pétreas.); (II) a prova da violação do preceito fundamental; (III) a comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental; dentre outros elementos; (c) o atendimento do caráter subsidiário da ADPF (art. 4º, § 1º, da Lei n.º 9.882/99), dentre outros.

Cabe, aqui, a transcrição da seguinte e esclarecedora ementa colhida da jurisprudência do Pretório Excelso:

“Argüição de descumprimento de preceito fundamental. Lei nº 9882, de 3.12.1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da referida medida constitucional. 2. Compete ao Supremo Tribunal Federal o juízo acerca do que se há de compreender, no sistema constitucional brasileiro, como preceito fundamental. 3. Cabimento da argüição de descumprimento de preceito fundamental. Necessidade de o requerente apontar a lesão ou ameaça de ofensa a preceito fundamental, e este, efetivamente, ser reconhecido como tal, pelo Supremo Tribunal Federal. 4. Argüição de descumprimento de preceito fundamental como instrumento de defesa da Constituição, em controle concentrado. 5. Argüição de descumprimento de preceito fundamental: distinção da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade. 6. O objeto da argüição de descumprimento de preceito fundamental há de ser “ato do Poder Público” federal, estadual, distrital ou municipal, normativo ou não, sendo, também, cabível a medida judicial “quando for relevante o fundamento da controvérsia sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”. 7. Na espécie, a inicial aponta como descumprido, por ato do Poder Executivo municipal do Rio de Janeiro, o preceito fundamental da “separação de poderes”, previsto no art. 2º da Lei Magna da República de 1988. O ato do indicado Poder Executivo municipal é veto apostado a dispositivo constante de projeto de lei aprovado pela Câmara Municipal da Cidade do Rio de Janeiro, relativo ao IPTU. 8. No processo legislativo, o ato de vetar, por motivo de inconstitucionalidade ou de contrariedade ao interesse público, e a deliberação legislativa de manter ou recusar o veto, qualquer seja o motivo desse juízo, compõem procedimentos que se não de reservar à esfera de independência dos Poderes Políticos em apreço. 9. Não é, assim, enquadrável, em princípio, o veto, devidamente fundamentado, pendente de deliberação política do Poder Legislativo - que pode, sempre, mantê-lo ou recusá-lo, - no conceito de “ato do

Poder Público”, para os fins do art. 1º, da Lei nº 9882/1999. Impossibilidade de intervenção antecipada do Judiciário, - eis que o projeto de lei, na parte vetada, não é lei, nem ato normativo, - poder que a ordem jurídica, na espécie, não confere ao Supremo Tribunal Federal, em via de controle concentrado. 10. Arguição de descumprimento de preceito fundamental não conhecida, porque não admissível, no caso concreto, em face da natureza do ato do Poder Público impugnado.” (ADPF-QO 1. Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA. DJ 07-11-2003)

Por conseguinte, ao passo em que resta sobejamente demonstrada a absoluta inadmissibilidade de ação direta de inconstitucionalidade para o fim de impugnação de norma pré-constitucional, impõe-se o imperioso indeferimento da petição inicial, com base no art. 295, I e III, e p. único, III, do Código de Processo Civil, que determina:

“Art. 295. A petição inicial será indeferida:

I – quando for inepta;

(...)

III – quando o autor carecer de interesse processual;

(...)

Parágrafo único. Considera-se inepta a petição inicial quando:

(...)

III – o pedido for juridicamente impossível;”

E assim é que, diante de todos os fundamentos fáticos e jurídicos acima esposados, na trilha da mais recente e abalizada doutrina e jurisprudência nacionais, oriundas do Supremo Tribunal Federal, e com a devida *venia* do douto Relator e daqueles que o acompanharem, voto pelo indeferimento da petição inicial, porquanto inadmissível a ação direta de inconstitucionalidade processada neste feito, eis que aforada a fim de impugnar direito pré-constitucional, editado anteriormente à promulgação da vigente Carta Política, e bem assim diante da impossibilidade de recebimento dessa demanda como ADPF, seja porque referida ação constitucional não foi instituída na ambiência deste Estado, mas somente no plano Federal, de competência do Supremo Tribunal Federal, seja porque, ainda que o tivesse sido, não se extrai do feito os pressupostos imprescindíveis à sua admissão.

É como voto.

Fortaleza, 30 de julho de 2009.

Embargos de Declaração

PROCESSO Nº 2005.0011.1356-0/4
EMBARGOS DE DECLARAÇÃO (COM EFEITOS MODIFICATIVOS)
EMBARGANTES: VALÉRIA MORAES LOPES E SILVA e JOÃO ALBERTO
MENDES BEZERRA JÚNIOR e ESTADO DO CEARÁ
EMBARGADOS: OS MESMOS EMBARGANTES
ÓRGÃO JULGADOR: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL
RELATOR: DES. CELSO ALBUQUERQUE MACÊDO

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EFEITOS INFRINGENTES. ADIAMENTOS SUCESSIVOS. LONGO DECURSO DE PRAZO. NÃO INCLUSÃO EM PAUTA. VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. NULIDADE. NECESSIDADE DE NOVA PUBLICAÇÃO (ART. 555, § 3º, DO CPC, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 11.280/06). PRECEDENTES DO STJ. EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO. AUSÊNCIA SUSPENSÃO DO PROCESSO. JULGAMENTO PELA CÂMARA. NULIDADE. AFRONTA AOS ARTIGOS 265, III, E 306, DO CPC, C/C O ART. 34, II, “P”, DO COJEC.

1. O julgamento da apelação, apesar de a pauta ter sido publicada em 08/09/2005 (fl. 346), somente foi concluído na sessão do dia 06/11/2006. Em razão de 02 (dois) pedidos de vista dos autos pelo então membro desta Câmara, Des. ERNANI BARREIRA PORTO, o processo foi julgado “em partes”, cujas assentadas se deram, segundo as certidões de julgamento que repousam nos autos, nas seguintes datas: 05/12/2005 (fl. 487); 12/12/2005 (fl. 488); 13/02/2006 (fl. 494) e, finalmente, 06/11/2006 (fl. 495).

2. Vale registrar que nenhum dos citados julgamentos foi precedido de imediata publicação em pauta, sendo que o primeiro se deu quase 03 (três) meses após a única publicação do feito em pauta, o qual, à época, restou automaticamente prejudicado em razão dos pedidos de vista dos autos feitos pelos pretensos litisconsortes e pela embargante. Já o último julgamento

ocorreu passados, aproximadamente, 09 (nove) meses do julgamento imediatamente anterior.

3. O sucessivo adiamento do julgamento da apelação, sem que houvesse nova publicação da pauta, violou o devido processo legal, porquanto suprimiu-se o direito da embargante de realizar sustentação oral.

4. Quanto à exceção de suspeição, o seu processamento, de fato, se deu ao arrepio dos artigos 265, III, e 306, todos do CPC, c/c o art. 34, II, “p”, do Código de Organização Judiciária do Estado do Ceará, vez que a própria Câmara, acolhendo o voto da então Relatora, decidiu pela extemporaneidade da exceção, à luz do art. 138, § 1º, do CPC, olvidando, igualmente, o devido processo legal, vez que cabe ao Tribunal Pleno a apreciação de incidentes dessa natureza.

5. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes, para se anular o julgamento da apelação, desde a primeira sessão, restando prejudicada a análise dos demais temas suscitados pela primeira embargante e, em sua totalidade, a apreciação dos embargos de declaração opostos por JOÃO ALBERTO MENDES BEZERRA JÚNIOR (fls. 529/538) e pelo ESTADO DO CEARÁ (fls. 554/556), devendo os autos serem novamente processados e julgados, observando-se a obrigatória inclusão do feito em pauta de julgamento e a respectiva publicação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos. Acorda, a TURMA JULGADORA DA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, por unanimidade de votos, em CONHECER dos 03 (três) embargos de declaração interpostos pelas partes e em DAR PARCIAL PROVIMENTO aos declaratórios apresentados por VALÉRIA MORAES LOPES E SILVA (fls. 516/527), atribuindo-lhes efeitos infringentes, para ANULAR o acórdão embargado, desde a primeira sessão, por afronta ao art. 555, § 3º, do CPC e ao art. 5º, LV, da CF/88, dada a ausência de regular publicação do julgamento do feito em pauta, bem como por inobservância aos artigos 265, III, e 306, todos do CPC, c/c o art. 34, II, “p”, do COJEC, que

regulamenta o processamento da exceção de suspeição oposta contra membro desta Corte, tudo nos termos do voto do Relator, que faz parte integrante desta decisão, restando prejudicada a análise dos demais temas suscitados pela primeira embargante e, em sua totalidade, a apreciação dos embargos de declaração opostos por JOÃO ALBERTO MENDES BEZERRA JÚNIOR (fls. 529/538) e pelo ESTADO DO CEARÁ (fls. 554/556), devendo os autos serem novamente processados e julgados, observando-se a obrigatoria inclusão do processo em pauta de julgamento e a respectiva publicação.

RELATÓRIO

Tratam-se de 03 (três) EMBARGOS DE DECLARAÇÃO (COM EFEITOS MODIFICATIVOS) apresentados, tempestiva e sucessivamente, por VALÉRIA MORAES LOPES E SILVA (fls. 516/527), JOÃO ALBERTO MENDES BEZERRA JÚNIOR (fls. 529/538) e ESTADO DO CEARÁ (fls. 554/556), em face do acórdão proferido por esta Câmara Cível às fls. 496/514, que resolveu, por unanimidade, em CONHECER DA APELAÇÃO DO ESTADO DO CEARÁ e da REMESSA OFICIAL, dando PARCIAL PROVIMENTO ao apelo, "...excluindo da lide a candidata VALÉRIA MORAIS LOPES E SILVA e determinando à Banca Examinadora do concurso público de Juiz Substituto do Estado do Ceará o reexame da avaliação de sentença criminal do candidato JOÃO ALBERTO MENDES BEZERRA JÚNIOR, a fim de que seja procedida a correção do domínio da modalidade escrita, com a pertinente apreciação dos critérios discriminados no item 11.5.3.1, "b", do edital – acentuação, grafia, pontuação, concordância, regência, morfossintaxe, propriedade vocabular, translineação etc – bem como seja atribuída a devida pontuação ao item 2.5 da citada prova. " (fl. 498 – sic).

Além disso, decidiu, preliminarmente, esta Terceira Turma, pela rejeição do pedido de nulidade do processo por ausência de citação dos demais candidatos aprovados no concurso público para o cargo de Juiz Estadual, não se tratando a hipótese de litisconsórcio necessário, nos termos do art. 47, do CPC, vez que a sentença não afetou a esfera jurídica dos demais concorrentes (fl. 503).

Igualmente, quanto à ausência de intervenção do Ministério Público no 1º grau, entendeu, esta Corte, que o pronunciamento feito pelo Parquet, nesta instância ad quem, sem argüir qualquer nulidade ou prejuízo, supriu tal omissão, restando afastada a pretensa nulidade processual (fl. 503).

Outrossim, a exceção de suspeição argüida por VALÉRIA MORAES LOPES E SILVA, até então assistente litisconsorcial, em relação à Des. Relatora do feito, foi julgada extemporânea, nos termos do art. 138, § 1º, do CPC (fl. 503).

Finalmente, antes de adentrar ao mérito, decidiu, esta Turma, pela exclusão da litisconsorte VALÉRIA MORAES LOPES E SILVA, por entender incabível a sua intervenção, na condição de assistente litisconsorcial, dada após o deferimento da medida liminar favorável ao autor-apelado JOÃO ALBERTO MENDES BEZERRA JÚNIOR, sob pena de violação do princípio do juiz natural, com a ressalva de que a interveniente já tinha manejado outra ação similar (fls. 414/437).

Nesta primeira demanda, à apelada VALÉRIA, foi denegado o pedido de dependência à presente ação (fl. 438), tendo sido processada junto à 4ª Vara da Fazenda Pública, sendo pacífico que, após o indeferimento da antecipação da tutela (fls. 442/447), a autora (aqui assistente) desistiu de sua ação autônoma (fls. 448 e 451/452), aderindo à esta lide, onde já havia liminar deferida em favor do autor JOÃO ALBERTO, cujos efeitos lhe foram estendidos por força da decisão que acatou a assistência litisconsorcial (fls. 155/158), reformada nesta segunda instância.

Quanto ao mérito propriamente dito, decidiu, esta Câmara, conforme acima transcrito, dar parcial provimento ao apelo do ESTADO DO CEARÁ, ordenando o reexame, por parte da banca examinadora do certame, da sentença criminal do candidato JOÃO ALBERTO MENDES BEZERRA JÚNIOR, nos termos do voto condutor (fls. 506/514).

Diante do acórdão exarado por esta Câmara às fls. 496/514, foram interpostos 03 (três) embargos de declaração, respectivamente (em ordem de protocolo), pela interveniente-apelada (VALÉRIA); pelo autor-apelado (JOÃO ALBERTO); e, finalmente, pelo réu-apelante (ESTADO DO CEARÁ).

A primeira a embargar o decisum ad quem foi a apelada VALÉRIA MORAES LOPES E SILVA, que, não obstante aceita, pelo juízo a quo, como assistente litisconsorcial do segundo apelado (fls. 155/158), fora excluída da lide nesta instância, conforme acima dito.

Advogando em causa própria, alegou, a **PRIMEIRA EMBARGANTE**, às fls. 516/527, com vistas ao saneamento de omissões e ao prequestionamento necessário à admissibilidade recursal junto às instâncias especiais, o seguinte:

I-) nulidade do julgado por CERCEAMENTO DE DEFESA, com violação aos artigos 5º, LV e 93, IX, ambos da CF/88, dada a ausência de notificação das partes sobre a reinclusão do feito em nova pauta, vez que o julgamento do processo não fora realizado na sessão outrora publicada no Diário Oficial, existindo, entre a primeira e a última assentada, o lapso temporal de 1 (hum) ano e 2 (dois) meses, fato este que obstaculizou, no dizer da embargante, a realização de sustentação oral;

II-) nulidade do julgado por inobservância das normas legais que

regem a EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO, argüida às fls. 490/492 em desfavor da antiga Relatora do feito, Desa. MARIA CELESTE THOMAZ ARAGÃO, notadamente em razão da ausência de suspensão do feito e do processamento da exceção junto ao Tribunal Pleno, tudo de conformidade com os artigos 131, 135-V, 137, 265-III, 304, 305 e 306, todos do CPC; e, ainda, do art. 34, II, “p”, do Código de Organização Judiciária do Estado do Ceará;

III-) violação aos artigos 2º e 516, do CPC, ora prequestionados, vez que esta Turma Julgadora, ao excluir a embargante, de ofício, da lide, concluindo ser incabível a sua permanência no feito na qualidade de assistente litisconsorcial, respaldou-se em jurisprudências superadas e afeitas ao Mandado de Segurança, suscitando matéria que, “..., ALÉM DE NÃO SER ORDEM PÚBLICA, já estava alcançada pela preclusão.” (fl. 522);

IV-) que este Tribunal, ao sustentar que o juiz natural não seria a 7ª Vara da Fazenda Pública (juízo a quo), deveria ter enfrentado a questão afeita à legalidade da decisão que denegou o seu pedido de distribuição por dependência (manejado, primeiramente, em ação diversa – ver fls. 415/416 e 438), em razão da pretensa conexão existente entre a sua ação autônoma e à presente, dada a suposta prevenção fixada pelo juízo de origem da 7ª Vara Fazendária ao despachar, em primeiro lugar, o processo do apelado JOÃO ALBERTO MENDES BEZERRA JÚNIOR, tornando-se, no entender da embargante, preventivo para julgar causas de similar natureza, nos termos do art. 106, do CPC, sendo este o verdadeiro e único juiz natural;

V-) igualmente, que esta Corte olvidou a apreciação do ponto nodal da demanda, qual seja, o fato de a Banca Examinadora, quando da correção da sentença criminal da embargante, apenas ter atribuído nota “... às partes preliminar e dosimétrica da pena.” (fl. 526), abstendo-se de corrigir a fundamentação de tal peça, consistindo, tal omissão, o fundamento da ilegalidade de sua reprovação e, conseqüentemente, do pleito da anulação do ato administrativo objurgado, nos termos do art. 37, caput e 93, IX, ambos da CF/88;

VI-) por fim, que à deriva ficou a análise judicial recursal dos critérios adotados na correção da sentença penal, da lavra da embargante, quanto aos itens 2.2; 2.3 e 2.4, da prova P.3 (sentença penal), os quais, no seu entender, colidem com o princípios constitucionais da proporcionalidade, da razoabilidade e da isonomia, nos termos do art. 5º, caput e 37, caput, todos da CF/88.

Prosseguindo, o **SEGUNDO EMBARGANTE**, suscitou, às fls. 529/538, omissão no julgado quanto a apreciação e ao julgamento de todos os itens questionados na peça vestibular, à exceção daqueles referentes à língua portuguesa e ao regime prisional (item 2.5), os quais deverão, no seu entender, ser novamente corrigidos pela Banca Examinadora do certame, conforme determinado no acórdão embargado, especialmente o item 2.4 (aumento da pena – agente casado).

Diante disso, requereu a inclusão, no dispositivo do acórdão embargado, do “... item 2.4 AUMENTO DA PENA - AGENTE CASADO, fixando como parâmetro de pontuação a nota atribuída ao candidato *ADRIANO DE LEMOS MOURA* (ou seja, 1,5), paradigma do tratamento anti-isonômico dispensado ao autor-apelado, ...” (fl. 538). E, mais à frente, a juntada de substabelecimento com reservas de poderes (fls. 561/562), ressalvando o nome do causídico a quem deverão ser dirigidas as intimações alusivas a este feito.

Tendo em vista a remoção da Des. *MARIA CELESTE THOMAZ ARAGÃO*, os autos foram a mim redistribuídos, conforme despacho de fl. 547, ocasião em que determinei a juntada dos derradeiros embargos declaratórios (fl. 552), dessa vez protocolizados pelo ente público (fls. 554/556).

O ESTADO DO CEARÁ, **TERCEIRO EMBARGANTE**, lançando mão do benefício do prazo em dobro para a oposição de recursos, requereu, em seus embargos declaratórios, a nulidade da sentença em razão da existência de litisconsórcio necessário in specie, sendo, ao seu ver, indispensável, nos termos do art. 47, do CPC, o chamamento dos “...outros concursados que restaram aprovados no certame, pois o reflexo da decisão sobre a “res decucta” repercutirá, inequivocamente sobre eles, pois caso seja aprovado o apelado, irremediavelmente a ordem classificatória sofrerá mudança.”. (grifado no original – fl. 555).

Finalmente, foi determinada a notificação da Procuradoria-Geral do Estado do Ceará (fl. 557 e 558), que silenciou (fl. 563), e, dado o caráter infringente dos três embargos, a notificação das partes adversas para a apresentação de contra-razões (fl. 564), tendo se manifestado apenas os dois primeiros embargantes 571/574 e 579/584.

Conclusos os autos, após a correção da autuação (fls. 587/588), apresento-os em mesa para julgamento, **independentemente de revisão e inclusão em pauta**, na forma dos artigos 34, § 3º, e 66, § 1º, ambos do Regimento Interno deste Tribunal.

Eis o relato.

VOTO

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO 01 (FLS. 516/527)

(I) Quanto ao primeiro item argüido pela embargante *VALÉRIA MORAES LOPES E SILVA* (qual seja, a nulidade do julgado por *CERCEAMENTO DE DEFESA*, dada a ausência de notificação das partes sobre a reinclusão do feito em nova pauta, vez que o julgamento do processo não fora realizado na sessão outrora publicada no Diário Oficial, existindo, entre a

primeira e última assentada, o lapso temporal de 1 (hum) ano e 2 (dois) meses, fato este que impediu a embargante de sustentar oralmente as suas razões, violando, portando, os artigos 5º, LV e 93, IX, ambos da CF/88), entendemos que o pleito encontra amparo legal. Vejamos.

O § 3º, do art. 555, do CPC, com vigência desde 18/05/2006, assim prescreve, in verbis:

“Art. 555. No julgamento de apelação ou de agravo, a decisão será tomada, na câmara ou turma, pelo voto de 3 (três) juízes. (Redação dada pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001) § 1º Ocorrendo relevante questão de direito, que faça conveniente prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas do tribunal, poderá o relator propor seja o recurso julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar; reconhecendo o interesse público na assunção de competência, esse órgão colegiado julgará o recurso. (Incluído pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001)

§ 2º Não se considerando habilitado a proferir imediatamente seu voto, a qualquer juiz é facultado pedir vista do processo, devendo devolvê-lo no prazo de 10 (dez) dias, contados da data em que o recebeu; o julgamento prosseguirá na 1ª (primeira) sessão ordinária subsequente à devolução, dispensada nova publicação em pauta. (Redação dada pela Lei nº 11.280, de 2006)

§ 3º No caso do § 2º deste artigo, não devolvidos os autos no prazo, nem solicitada expressamente sua prorrogação pelo juiz, o presidente do órgão julgador requisitará o processo e reabrirá o julgamento na sessão ordinária subsequente, **com publicação em pauta.** (Incluído pela Lei nº 11.280, de 2006) (Grifado e negrito)

A matéria também encontra regulamentação no Regimento Interno deste Tribunal, especialmente, em seus artigos art. 66, 79, 80 e respectivos parágrafos, a saber (grifos e negritos não originais):

“Art. 66. **Serão submetidos a julgamento os feitos constantes de relação publicada no Diário da Justiça e os que independam dessa formalidade.** Entre a data da publicação da pauta e a sessão de julgamento mediará, pelo menos, o lapso de dois dias. (Redação do caput deste artigo modificada pelo Assento Regimental no. 04, de 26 de outubro de 2000)

§ 1º. Independará de inclusão em pauta o julgamento de habeas corpus, conflitos de competência e de atribuições, pedidos de

desaforamento do julgamento do Tribunal do Júri, embargos de declaração, agravos regimentais, exceções de suspeição e de impedimento, agravos contra despachos do Relator denegatório de embargos, habilitações incidentes e reclamação, além de outros feitos, postos em mesa pelo Relator.” (sic)

“Art. 79. Os advogados ocuparão a Tribuna para formular requerimento, produzir sustentação oral, ou para responder a perguntas que lhes forem feitas pelos Desembargadores, a título de esclarecimento.

Parágrafo único. A falta de comparecimento de qualquer das partes ou de seus advogados não impedirá que a outra use da palavra, pelo seu patrono.”

“Art. 80. Qualquer julgador poderá solicitar esclarecimentos ao Relator, ou requerer, após o voto deste, vista dos autos, caso em que, dentro de dez dias, no máximo, contados da data de seu recebimento, os colocará em mesa, na primeira sessão subsequente a este prazo, prosseguindo o julgamento do feito, devendo o julgador que solicitou vista, proferir o seu voto em primeiro lugar.

§ 1º. Surgindo questão nova, ou tomando o julgamento aspecto imprevisto, poderá o Relator ou qualquer julgador pedir vista dos autos, caso em que ficará adiado o julgamento por uma sessão.

§ 2º. Qualquer julgador poderá apresentar à discussão matéria preliminar ou prejudicial, que será examinada e votada, em primeiro lugar, pelo Relator, seguindo-se os votos dos demais, na ordem comum dos julgamentos.”

Compulsando-se os autos, observa-se que houve apenas uma única publicação de pauta de julgamento, da qual tiveram ciência as partes e seus advogados pessoalmente (fl. 345) e, ainda, através do Diário de Justiça do Estado (fl. 346), respectivamente nas datas de 06/09/2005 e 08/09/2005.

Todavia, diante do pedido de vista dos autos, protocolizado por 13 (treze) outros candidatos do certame em questão, às fls. 347/349, seguido da insurgência espontânea dos apelados (fls. 367/368), a então Relatora do feito, Des. MARIA CELESTE THOMAZ ARAGÃO, houve por bem deferir, em 12/09/2005, o pleito “...de vista dos autos fora de cartório”, em respeito ao contraditório e à ampla defesa, restando prejudicado o julgamento anunciado na imprensa oficial (fl. 346).

Em seguida, 17 (dezessete) certamistas protocolizaram a petição de

fls. 377/397, pugnando, dentre as várias matérias argüidas, pela suas admissões ao feito na qualidade de litisconsortes passivos necessários (e, sucessivamente, assistentes litisconsorciais), ao final, pela nulidade do processo e, no mérito, a reforma integral da sentença.

Igual tratamento foi dispensado à embargante VALÉRIA MORAES LOPES E SILVA, ao requerer vista dos autos à fl. 456, cujo pedido foi deferido à fl. 459, tendo os apelados, em conjunto, refutado a pretensão dos demais candidatos às fls. 461/479.

Em 04/11/2005, após a juntada de decisão contrária aos interesses dos certamistas pela embargante (fls. 484/485), os autos seguiram à conclusão da então Relatora (fl. 486) e, ato contínuo, sem publicação em pauta, a julgamento, iniciado em 05/12/2005 (fl. 487).

Prosseguindo, em razão de 02 (dois) pedidos de vista dos autos pelo então membro desta Câmara, Des. ERNANI BARREIRA PORTO, o processo foi julgado “em partes”, cujas assentadas se deram, segundo as certidões de julgamento que repousam nos autos, nas seguintes datas: 05/12/2005 (fl. 487); 12/12/2005 (fl. 488); 13/02/2006 (fl. 494) e, finalmente, 06/11/2006 (fl. 495). Vale registrar que nenhum dos citados julgamentos foi precedido de imediata publicação em pauta, sendo que o primeiro se deu quase 03 (três) meses após a única publicação do feito em pauta, o qual, à época, restou automaticamente prejudicado em razão dos pedidos de vista dos autos feitos pelos pretensos litisconsortes e pela embargante. Já o último julgamento ocorreu passados, aproximadamente, 09 (nove) meses do julgamento imediatamente anterior.

Ensina-nos a atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, *in litteris*:

“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 489 DO CPC. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. *FUMUS BONI IURIS* E *PERICULUM IN MORA*. PRESENÇA CUMULATIVA. DEFERIMENTO.

1. Esta Corte já pacificou o entendimento de que é possível a antecipação da tutela em Ação Rescisória para suspender os efeitos do acórdão rescindendo, quando presentes cumulativamente seus requisitos autorizadores.

2. Hipótese em que, decorridos aproximadamente 5 (cinco) meses da inclusão do processo em pauta, o Recurso Especial foi julgado e parcialmente provido sem que tivesse sido novamente pautado, subtraindo da parte a possibilidade de sustentar oralmente. Tal fato caracteriza grave violação dos princípios da ampla defesa e do *due process of law*, evidenciando o *fumus boni iuris* quanto à ofensa aos

arts. 552 e 565 do CPC.

3. Por outro lado, o *periculum in mora* consiste no fato, admitido pela ré, de que a contribuinte estaria cedendo seus créditos a terceiros.

4. Pedido de antecipação dos efeitos da tutela deferido para suspender a execução do acórdão rescindendo até julgamento final da Ação Rescisória.”

(STJ, AR 4.031/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/09/2008, DJe 26/09/2008)

“PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE PUBLICAÇÃO DA REINCLUSÃO DO FEITO EM PAUTA. NULIDADE DO JULGAMENTO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS, COM EFEITOS INFRINGENTES.”

(STJ, EDcl nos EDcl no REsp 938.540/SC, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/08/2008, DJe 28/08/2008)

Diante do exposto e das normas legais e jurisprudenciais mencionadas, comprovada a ausência de publicação regular do feito em pauta, impõe-se, no meu entender, o acolhimento dos embargos de declaração com efeitos infringentes, declarando-se nulo o julgamento anterior, por afronta ao art. 555, § 3º, do CPC e ao art. 5º, LV, da CF/88, devendo outro ser proferido com observância ao devido processo legal.

(II) Quanto ao segundo tema suscitado nos primeiros declaratórios, afeito à nulidade do julgado por inobservância das normas legais que regem a EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO (fls. 490/492), argüida em desfavor da antiga Relatora do processo, Des. MARIA CELESTE THOMAZ ARAGÃO (notadamente quanto à ausência de suspensão do feito e do processamento da exceção junto ao Tribunal Pleno), a circunstância superveniente e pertinente à aposentadoria da citada Desembargadora culminou na perda do objeto do pedido sob apreciação.

De fato, o processamento da exceção em apreço se deu ao arrepio dos artigos 265, III, e 306, todos do CPC, c/c o art. 34, II, “p”, do Código de Organização Judiciária do Estado do Ceará¹, tendo a própria Câmara, acolhendo o voto da então Relatora, decidido pela extemporaneidade da exceção, à luz do art. 138, § 1º, do CPC (fl. 503).

Segundo o magistério de *Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery*, in Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante, RT, 10ª edição, 2007, p. 578, ao comentar o art. 306, do CPC, o simples protocolo da suspeição atrai a suspensão do feito e, *ipso facto*, impede o magistrado excepto de decidir toda e qualquer questão, inclusive quanto à tempestividade do incidente, a saber:

“1. Suspensão do processo. A simples oposição da exceção é causa de suspensão do processo (CPC 265 III). Basta, portanto, que seja

protocolizada ou despachada pelo juiz para que se considere suspenso o processo. Não há necessidade de decisão expressa do juiz recebendo a exceção para que o processo seja suspenso. Tendo em vista que o juiz excepto é réu no incidente, não pode ele negar seguimento à exceção, ainda que intempestiva, pois isto caracteriza decisão e o juiz não pode decidir o incidente de que é parte interessada (CPC 134 I). Neste sentido:JTJ.169/143”. (Grifamos)

Desta feita, olvidado o procedimento legal da exceção de suspeição, impõe-se, à semelhança do item anterior, o provimento dos embargos declaratórios, declarando-se nulo o acórdão embargado, restando prejudicada a análise dos demais temas suscitados pela primeira embargante e, em sua totalidade, a apreciação dos embargos de declaração opostos por JOÃO ALBERTO MENDES BEZERRA JÚNIOR (fls. 529/538) e pelo ESTADO DO CEARÁ (fls. 554/556).

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, **CONHEÇO** dos 03 (três) embargos de declaração interpostos pelas partes e **DOU PARCIAL PROVIMENTO** aos declaratórios apresentados por VALÉRIA MORAES LOPES E SILVA (fls. 516/527), atribuindo-lhes efeitos infringentes, para ANULAR o acórdão embargado, desde a primeira sessão, por afronta ao art. 555, § 3º, do CPC e ao art. 5º, LV, da CF/88, dada a ausência de regular publicação do julgamento do feito em pauta, bem como por inobservância aos artigos 265, III, e 306, todos do CPC, c/c o art. 34, II, “p”, do COJEC, que regulamenta o processamento da exceção de suspeição oposta contra membro desta Corte, tudo nos termos do voto deste Relator, que faz parte integrante desta decisão, restando prejudicada a análise dos demais temas suscitados pela primeira embargante e, em sua totalidade, a apreciação dos embargos de declaração opostos por JOÃO ALBERTO MENDES BEZERRA JÚNIOR (fls. 529/538) e pelo ESTADO DO CEARÁ (fls. 554/556), devendo os autos serem novamente processados e julgados, observando-se a obrigatória inclusão do processo em pauta de julgamento e a respectiva publicação.

É como voto.

Fortaleza-CE, 16 de março de 2009.

¹“Art. 34. Ao *Tribunal Pleno* compete:

II – processar e julgar, originariamente:

p) as *suspeições* opostas a Desembargadores, ao Procurador Geral de Justiça ou aos Procuradores de Justiça;”

PROCESSO N° 2007.0026.1578-7/2
EMBARGOS DE DECLARAÇÃO (COM EFEITOS INFRINGENTES)
EMBARGANTE: FINASA PROMOTORA DE VENDAS LTDA.
EMBARGADO: LUIZ SUDERLAN ALVES DE MORAES
ÓRGÃO JULGADOR: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL
RELATOR: DES. CELSO ALBUQUERQUE MACÊDO

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EFEITOS INFRINGENTES. AUSÊNCIA DE OMISSÕES. DOCUMENTO ESSENCIAL. CONTRATO. AUSÊNCIA. DEFEITO NA FORMAÇÃO DO INSTRUMENTO. NÃO CONHECIMENTO DO AGRAVO INSTRUMENTO. MANUTENÇÃO. EMBARGOS DECLARATÓRIOS CONHECIDOS E IMPROVIDOS. CONDENAÇÃO DA EMBARGANTE AO PAGAMENTO DE MULTA DE 1% SOBRE O VALOR DA CAUSA.

1. Não merecem acolhimento, os aclaratórios, menos ainda a adoção do pretendido efeito infringente com vistas à reforma do acórdão (e, *ipso facto*, ao conhecimento e ao julgamento do Agravo de Instrumento), vez que esta Câmara, em momento algum, omitiu-se quanto à suposta impossibilidade da juntada do contrato de financiamento, quando da interposição do Agravo de Instrumento.

2. Perscrutando-se os autos, *cum granu salis*, verificamos que a embargante-agravante, na inicial de seu Agravo de Instrumento, precisamente à fl. 05, 6º parágrafo, informa que “*No último dia 09 de outubro o banco agravante apresentou sua peça de defesa e nesta apensou uma cópia do contrato, não tendo condições, no momento, de apresentar o contrato em vias originais.*” (grifamos).

3. Partindo-se das próprias declarações da embargante-agravante, a cópia do citado contrato já estava colacionada (ou, ao menos, deveria estar) à ação principal desde 09/10/2007, ou seja, 06 (seis) dias antes da interposição do Agravo de Instrumento, ocorrida, como dito, em 15/10/2007 (fl. 02), sendo certo que, para o processamento regular do agravo, seria suficiente

apenas a juntada da xerox do contrato, encargo do qual a FINASA não se desincumbiu.

4. Tendo em vista que a embargante-agravante suscitou, em seus embargos de declaração, matérias notoriamente despiciendas face à clara possibilidade de juntada da cópia do contrato em questão ao instrumento do agravo, vez que, segundo ela própria afirmou, referido documento já se encontrava nos autos principais desde 09/10/2007 (fl. 05 e 47), quando da apresentação de sua contestação (data anterior, portanto, ao protocolo deste agravo de instrumento, ocorrida em 15/10/2007 – fl. 02), arguindo omissão inexistente do julgado, resta caracterizada a intenção nitidamente protelatória do presente recurso, atraindo a condenação da embargante ao pagamento de multa, nos termos do § único, do art. 538, do CPC.

5. Embargos declaratórios conhecidos, porém, improvidos, mantendo-se, *in totum*, o acórdão embargado, com a condenação da embargante ao pagamento de multa de 1% (hum por cento) sobre o valor da causa, a ser revertida em favor do embargado, em razão do caráter nitidamente protelatório do recurso, de acordo com o § único, do art. 538, do CPC.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos. Acorda, a TURMA JULGADORA DA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, por unanimidade de votos, em CONHECER e NEGAR PROVIMENTO aos embargos declaratórios, mantendo-se, *in totum*, o acórdão embargado, CONDENANDO a embargante ao pagamento de multa de 1% (hum por cento) sobre o valor da causa, a ser revertida em favor do embargado, em razão do caráter nitidamente protelatório do recurso, com respaldo no § único, do art. 538, do CPC, nos termos do voto do Relator, que faz parte desta decisão.

RELATÓRIO

Tratam-se de EMBARGOS DE DECLARAÇÃO (COM EFEITOS INFRINGENTES) (fls. 92/95) apresentados, no quinquídio legal, por FINASA PROMOTORA DE VENDAS LTDA., em face do acórdão proferido por esta

Câmara Cível às fls. 86/90, que resolveu, por unanimidade, CONHECER E NEGAR PROVIMENTO ao Agravo Regimental interposto pela ora embargante, mantendo, *in totum*, a decisão monocrática de fls. 67/71, que, por sua vez, negou conhecimento liminar ao Agravo de Instrumento, igualmente proposto pela embargante, por defeito de formação, com fundamento no art. 525 e 557, ambos do CPC.

Convém recordar que o Agravo de Instrumento (fls. 02/13) não fora conhecido, monocrática e liminarmente (fls. 67/71), vez que a embargante, à época agravante, deixou de colacionar ao instrumento (fls. 14/62) cópia do contrato supostamente avalizado pelo embargado, objeto da ação cautelar preparatória de exibição de documento, na qual foi exarado o *decisum* agravado, que ordenou a sua apresentação, no prazo da defesa, sob pena de multa diária (fls. 33/34).

A bem da verdade, a embargante anexou, apenas, às fls. 59/62, uma “*Proposta de Contrato de Financiamento de Bens e/ou Serviços ao Consumidor Final – Modelo IV*”, padecendo, o instrumento, portanto, da necessária regularidade formal, dada a essencialidade, para a apreciação e o deslinde da controvérsia, da juntada do referido contrato, cerne do imbróglio, tanto da cautelar, como deste agravo de instrumento.

Prosseguindo, contra tal decisão, deste Relator, a embargante manejou Agravo Regimental (fls. 73/79), que resultou no acórdão de fls. 86/90, ora embargado de declaração (fls. 92/95).

Argumenta, a parte embargante-agravante, em síntese que (I) a Câmara se omitiu em apreciar o fundamento basilar do Agravo Regimental, qual seja, a impossibilidade da juntada do citado contrato quando da interposição do Agravo de Instrumento, “... *uma vez que o mesmo foi proposto exatamente para que o Banco desfrutasse de prazo hábil para apresentá-lo e não ser compelido para tal com uma multa diária, desprovida de previsão legal e totalmente em afronta ao princípio da razoabilidade, não tendo o Recorrente, em momento algum, se negado a apresentação de tal documento.*”, tendo sido, o agravo, instruído com todas as peças existentes, na ação principal, até a data de seu protocolo, ocorrido em 15/10/2008 (fl. 02); (II) que o contrato de financiamento não seria documento indispensável ao deslinde da quizila, vez que a apreciação do mérito de tal contrato refoge à finalidade da cautelar de exibição; e (III) que o acórdão padece de clara omissão quanto à apreciação de tais fatos, notadamente por ter sido, o contrato original, juntado aos autos da ação principal apenas em 24/10/2008, quase 10 (dez) dias após o protocolo deste Agravo de Instrumento, devendo, os declaratórios, serem conhecidos e providos com vistas ao conhecimento e provimento do Agravo de Instrumento.

A parte agravada, tomando ciência, *moto proprio* (fl. 103), do despacho de fls. 99, impugnou os embargos de declaração às fls. 109, pugnando, preliminarmente, pelo não conhecimento do recurso, dada a unanimidade do

acórdão embargado, vez que, em seu entender, apenas em ocorrendo dissidência entre os membros desta Câmara, poderia, o embargante, ter se valido dos declaratórios. No mérito, requer a improcedência do apelo, à minguada de amparo legal, vez que inexistente qualquer omissão capaz de viciar o *decisum* embargado, o qual deverá ser mantido, com a condenação da embargante em multa por litigância de má-fé, com base nos artigos 17 e 18, do CPC e, alternativamente, no art. 538, § único, do CPC.

Conclusos os autos, apresento-os em mesa para julgamento, independentemente de revisão e inclusão em pauta, na forma dos artigos 34, § 3º, e 66, § 1º, ambos do Regimento Interno deste Tribunal.

Eis o relato.

VOTO

Os presentes embargos declaratórios suscitam, em especial, omissões no acórdão de fls. 86/90, por mim relatado, onde esta Câmara, decidiu, por unanimidade, CONHECER E NEGAR PROVIMENTO ao Agravo Regimental, interposto pela ora embargante, mantendo-se, *in totum*, a decisão monocrática de fls. 67/71, onde neguei conhecimento liminar ao Agravo de Instrumento, proposto pela embargante FINASA, por defeito de formação, com fundamento no art. 525 e 557, ambos do CPC.

Entendeu, este Relator e, num segundo momento, esta própria Câmara, que não foi colacionado, ao instrumento do agravo, documento essencial ao deslinde da controvérsia, qual seja, a cópia do contrato, supostamente avalizado pelo embargado, objeto da ação cautelar preparatória de exibição de documento, na qual, por sua vez, foi exarado o *decisum* agravado, que ordenou a apresentação, no prazo da defesa, do citado contrato, sob pena de multa diária (fls. 33/34).

Na hipótese, ora em análise, não merecem acolhimento os aclaratórios, menos ainda a adoção do pretendido efeito infringente com vistas à reforma do acórdão (e, *ipso facto*, ao conhecimento e ao julgamento do Agravo de Instrumento), vez que esta Câmara, em momento algum, omitiu-se quanto à suposta impossibilidade da juntada do contrato de financiamento, quando da interposição do Agravo de Instrumento.

Perscrutando-se os autos, *cum granu salis*, verificamos que embargante-agravante, na inicial de seu Agravo de Instrumento, precisamente à fl. 05, 6º parágrafo, informa que “No último dia 09 de outubro o banco agravante apresentou sua peça de defesa e nesta apensou uma cópia do contrato, não tendo condições, no momento, de apresentar o contrato em vias originais.” (grifamos).

Mais adiante, à fl. 47 do instrumento, a FINASA expõe, na cópia de sua contestação, protocolizada em 09/10/2007 (fl. 43), junto à 4ª Vara Cível da

capital, que: “*Outrossim, nesta oportunidade, junta aos autos CÓPIA DO CONTRATO PLEITEADO, o que requer prazo complementar para a juntada do documento ORIGINAL, vez que o prazo de cinco dias é exíguo para o fim proposto.*” (grifo nosso).

Em flagrante contradição às assertivas anteriores, a embargante argumenta que “*Não haveria como o contrato integrar o Recurso de Agravo de Instrumento*” (fl. 93), uma vez que “*... fora protocolizado em 15.10.2007, sendo instruído por todas as peças juntadas ao processo até a presente data.*” (fl. 93), tendo, o contrato original, sido colacionado aos autos apenas em 24/10/2007, dias após o protocolo do Agravo de Instrumento, que se deu, repita-se, em 15/10/2007.

Partindo-se das próprias declarações da embargante-agravante, a cópia do citado contrato já estava colacionada (ou, ao menos, deveria estar) à ação principal desde 09/10/2007, ou seja, 06 (seis) dias antes da interposição do Agravo de Instrumento, ocorrida, como dito, em 15/10/2007 (fl. 02), sendo certo que, para o processamento regular do agravo, seria suficiente apenas a juntada da xerox do contrato, encargo do qual a FINASA não se desincumbiu, sendo irrelevante que o contrato original tenha sido juntado aos autos da ação principal apenas em 24/10/2008.

É de clareza meridiana que a embargante não fez juntar, no instrumento deste agravo, a cópia do multicitado contrato, supostamente avalizado pelo embargado, cerne de toda a quizila, de que já dispunha, segundo as suas próprias palavras, sequer quando colacionou, à época da interposição do Regimental, a petição de juntada dos originais do contrato perante a 4ª Vara Cível de Fortaleza-CE, oportunidade em que requereu, àquele julgador, a reconsideração das *astruites*. (fl. 80).

Ad argumentandum, transcrevemos abaixo trecho do acórdão impugnado que muito bem responde aos questionamentos da embargante, encerrando qualquer dúvida quanto à entrega plena da prestação jurisdicional (ver fls. 87/88), ora ratificado, *in verbis*:

“A agravante mencionou a existência do contrato de financiamento, em apenso na defesa da ação de origem, porém, não trasladou ao presente recurso, olvidando-se de reproduzir, integralmente, os documentos e peças referentes à Cautelar de Exibição de Documentos nº 2007.0021.0422-7. A juntada de peças que guardem nexos diretos com o decisório agravado, indispensáveis ao conhecimento do agravo a respeito da controvérsia, é requisito imprescindível a ser verificado pelo agravo de instrumento quando do despacho inicial.”

Tendo em vista que a embargante-agravante suscitou, em seus embargos de declaração, matérias notoriamente despiciendas face à clara possibilidade de juntada da cópia do contrato em questão ao instrumento do agravo, vez que, segundo ela própria afirmou, referido documento já se encontrava nos autos principais desde 09/10/2007 (fl. 05 e 47), quando da apresentação de sua contestação (data anterior, portanto, ao protocolo deste agravo de instrumento, ocorrida em 15/10/2007 – fl. 02), argüindo omissão inexistente do julgado, resta caracterizada a intenção nitidamente protelatória do presente recurso, atraindo a condenação da embargante ao pagamento de multa, nos termos do § único, do art. 538, do CPC.

Os embargos de declaração constituem recurso de rígidos contornos processuais, exigindo-se, para seu acolhimento, que estejam presentes os pressupostos legais de cabimento. Sua natureza não é substitutiva do julgado, mas, sim, integrativa ou aclaratória, pois objetivam complementar ou aclarar a decisão embargada, dissipando-lhe eventuais obscuridades ou contradições.

A mera insatisfação com a decisão embargada não possibilita o rejuízo da causa por meio dos aclaratórios, tampouco a discussão de questões periféricas em torno dela. Caberá à parte eventualmente contrariada em seus argumentos valer-se dos instrumentos processuais adequados que o sistema recursal lhe oferece.

Por fim, conforme já pacificou o STJ:

“o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão”¹

Diante do exposto, CONHEÇO e NEGO PROVIMENTO aos embargos declaratórios, mantendo-se, *in totum*, o acórdão embargado. CONDENO, ademais, a embargante ao pagamento de multa de 1% (hum por cento) sobre o valor da causa, a ser revertida em favor do embargado, em razão do caráter nitidamente protelatório do recurso, com respaldo no § único, do art. 538, do CPC, nos termos do voto do Relator, que faz parte desta decisão.

É como voto.

Fortaleza-CE, 16 de março de 2009.

¹(STJ, Primeira Seção, **EDcl no MS 11.496/DF**, Rel. *Ministro Luiz Fux*, julgado em 27.02.2008, DJU 31.03.2008).

Mandado de Segurança

PROCESSO N 2000.0016.2089-5/0
MANDADO DE SEGURANÇA COM PEDIDO DE LIMINAR
IMPETRANTE: JOAQUIM CIRIACO RAMIRES
IMPETRADO: TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO
DO CEARÁ
RELATOR: DESA. MARIA SIRENE DE SOUZA SOBREIRA

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. COEXISTÊNCIA DE AÇÃO POPULAR E DE PROCESSO ADMINISTRATIVO PERANTE O TRIBUNAL DE CONTAS VISANDO A APURAÇÃO DE FATO COINCIDENTE. ALEGAÇÃO DE DIREITO LIQUIDO E CERTO AO SOBRESTAMENTO DA EFICÁCIA DA DECISÃO ADMINISTRATIVA ATÉ O TRÂNSITO EM JULGADO DA DEMANDA JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS DA INDEPENDÊNCIA DOS PODERES E DA AUTONOMIA DAS INSTÂNCIAS. SEGURANÇA DENEGADA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança nº 2000.0016.2089-5/0 **ACORDA** o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por sua composição plenária, em denegar a segurança por unanimidade, nos termos do parecer da PGJ e do voto condutor a seguir transcrito.

JOAQUIM CIRÍACO RAMIRES impetrou Mandado de Segurança contra ato perpetrado, em tese, pelo Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Ceará, na pessoa do Exmo. Sr. Conselheiro José Marcelo Feitosa, então Presidente da Egrégia Corte de Contas, pelas razões seguintes:

Arguiu o impetrante que, á época dos fatos ensejadores do ajuizamento da presente ação mandamental, exercia o mandato eletivo de vereador pelo Município de Cascavel e que, na ocasião, estava em exercício da presidência da respectiva Câmara Municipal.

Informou, em tal contexto, que no mês de novembro de 1998 foi demandado judicialmente em ação popular que tramita perante a 2ª Vara da Comarca de Cascavel, ajuizada pelo cidadão ANTONIO BATISTA FILHO, no escopo de questionar a idoneidade de um certo procedimento licitatório realizado na Casa legiferante do mesmo município durante sua gestão como chefe do Poder Legislativo local.

Aduziu, na seqüência, que o mesmo cidadão, formulou igual denúncia, sob a forma de processo administrativo, perante o Egrégio Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Ceará que, sem aguardar o julgamento definitivo da ação popular aludida, reconheceu a prática de ato de improbidade administrativa, aplicou multa ao impetrante na base de R\$ 6.384,50 (seis trezentos e oitenta e quatro reais e cinquenta centavos) e mandou oficialiar a prefeitura local para fins de inscrição do débito na dívida ativa, além da Procuradoria Regional Eleitoral e da Procuradoria Geral de Justiça para que adotassem as providências cabíveis.

Sustentou que, por tal efeito, a autoridade apontada como coatora, por precipitar o julgamento do processo administrativo sem aguardar o pronunciamento judicial peremptório acerca da questão, cerceou-lhe o direito à ampla defesa, malferindo-lhe em direito líquido e certo, rendendo ensejo ao aforamento da presente ação mandamental.

Nessas condições, requereu medida liminar no sentido do sobrestamento da decisão administrativa em cotejo e, no mérito, pugnou pela concessão da segurança, com o provimento definitivo do pedido mandamental.

Juntou os documentos de fls. 08/186.

Liminar concedida às fls. 198, pelo então relator Desembargador José Maria de Melo.

Às fls. 203/212, a supostamente coatora autoridade prestou os informes de estilo, requerendo a denegação da segurança, sem suscitar questões preliminares ou prejudiciais de mérito.

O Ministério Público, em parecer de fls. 216/232, opinou pela denegação da segurança.

Vieram-me conclusos os autos aos 10 de outubro de 2006, após redistribuição na forma regimental.

É o relatório.

VOTO

Cuidam os autos de mandado de segurança individual manejado por JOAQUIM CIRIACO RAMIRES contra ato jurídico atribuído à Colenda Corte de Contas dos Municípios do Estado do Ceará que julgou procedente a denúncia administrativa objeto do processo nº 1232/99, intentada contra o aqui impetrante na condição de então presidente da Câmara Municipal da comuna de Cascavel/CE, no interior cearense.

De bom alvitre observar, em juízo de delimitação de mérito, que o autor da lide mandamental, em nenhum momento, demonstrou qualquer escopo de desconstituir a decisão administrativa em tablado sob o seu aspecto material.

Aliás, não repousa nos autos um único argumento imbuído de tal espírito, ou que tenha o condão de subverter ou de atribuir ao presente remédio a missão de impugnar o mérito de uma deliberação política contenciosa, consubstanciadora da chamada coisa julgada administrativa.

Sob pena de se chegar ao precoce e equivocado juízo de que a impetração se ocupa do ofício de amparar situação jurídica impossível, ou se presta a servir de instrumento de turbulência à harmonia das funções precípuas do Estado, é de boa ordem esclarecer que a presente ação, na verdade, anima-se do intuito de criticar o aresto político sob o prisma formal sem render-se ao equívoco de questioná-lo em sua órbita subjetiva, intentando do judiciário o desempenho de mister que a este não compete.

À vista das ponderações em baila e para se tenha bom entendimento do alcance do desiderato da pretensão autoral, é necessário trazer à colação o fato de que, paralelamente à denúncia política multicitada, o impetrante também figurava como réu em ação popular contra si ajuizada perante a 2ª Vara da Comarca de Cascavel e que, a seu turno, tinha – e tem – por afã o destame do mesmo fato de que se ocupava o processo administrativo em questão, com a única diferença de que cada um dos respectivos feitos, muito embora irradiassem de um evento comum, vislumbravam conseqüências jurídicas associadas à natureza das atribuições constitucionais afetas às respectivas instâncias consideradas.

Nesses termos, sustentou o impetrante que sua condenação na esfera administrativa – alvo precípuo da impugnação mandamental - seria ineficaz, sob o prisma da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, até que sobreviesse decisão definitiva no aludido processo judicial de conhecimento, uma vez que, às suas impressões, a função jurisdicional e o controle da legalidade dos atos de poder, constituem atribuições privativas do Poder Judiciário, nos ditames da Carta Republicana de 05 de outubro de 1988.

Assim, a par de tais breves considerações, observo que o deslinde da causa está em se esclarecer a razoabilidade de tal pretendida sujeição de instâncias. Ou seja, se existe alguma relação de subordinação ou dependência objetiva entre os procedimentos judicial e administrativo, a tal ponto de justificar que este aguarde o julgamento peremptório daquele, como circunstância prejudicial insuperável ao seu próprio exame de mérito. Somente no caso de afirmativa a resposta, é que se pode ter por eventualmente bem sucedida a impetração.

A propósito de tal premissa, cumpro-me ressaltar, inicialmente, que os Tribunais de Contas são órgãos auxiliares dos Poderes do Estado, que compõem indispensável função jurídica de controle interno e externo, de autotutela da legalidade, de policiamento dos bens e finanças públicas e de controle da atuação econômico-financeira dos gestores políticos. Não constituem um quarto poder,

como querem alguns, mas servem à integração e à consolidação das funções políticas confiadas particularmente ao legislativo, ao executivo e ao judiciário.

No desempenho de suas atribuições, constitucionalmente perfilhadas, as decisões dos Tribunais de Contas gozam de autonomia e independência e se traduzem como fontes diretas de produção da chamada *coisa julgada administrativa*, insuscetível à verificação do Poder Judiciário, salvo no que diz respeito ao controle objetivo de legalidade.

De sorte que, sob o ponto de vista estritamente político, as decisões dos tribunais de contas são eficazes e subjetivamente insubordinadas à crítica do Poder Judiciário, ou de qualquer outro Poder

O que não significa que os Tribunais de Contas exerçam função jurisdicional anômala, em que pese haja quem assim o doutrine, com robusta autoridade. Não se trata disso, em meu sentir, muito embora sua atuação contenciosa circunscreva-se às mesmas premissas e preceitos informadores da jurisdição formal.

No entanto, desempenham papel político preponderante no controle administrativo do Estado sob o aspecto econômico e financeiro, ostentando a condição de órgão técnico-auxiliar que serve de indispensável manancial de deliberações aptas a produzirem efeitos no plano jurídico-administrativo, independentemente de consulta ou intervenção por parte do Poder Judiciário.

No amparo de tais informações e no escopo de subsidiar o entendimento cotejado, o art. 78 da Constituição Estadual definiu as atribuições do Tribunal de Contas dos Municípios, estabelecendo, em sua literal redação, *verbis*:

Art. 78 – O controle externo, a cargo da Câmara Municipal, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas dos Municípios, ao qual compete:

I - (...)

II – Julgar as contas dos administradores, inclusive as das mesas das Câmaras Municipais e demais responsáveis por dinheiro, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações, sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público Municipal e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio, ou outra irregularidades de que resulte prejuízo ao erário.

A seu turno, o art. 1º da Lei estadual nº 12.160/93 – Lei Orgânica do Tribunal de Contas dos Municípios - com redação dada pela lei 13.016/2000, disciplina e regulamenta o exercício das competências do TCM capituladas na Carta Federativa do Estado, nos ditames seguintes:

Art. 1º Ao Tribunal de Contas dos Municípios, órgão de controle externo, compete, nos termos da Constituição Estadual e na forma estabelecida nesta lei:

I – apreciar e emitir parecer prévio nas contas anuais prestadas pelos prefeitos;

II – exercer a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das prefeituras e câmaras municipais e demais entidades instituídas e mantidas pelo Poder Público Municipal;

III – julgar as contas:

a) dos administradores, inclusive as das Mesas das Câmaras Municipais e demais responsáveis por dinheiro, bens e valores públicos das unidades do Poder Público Municipal e das entidades da administração indireta incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público Municipal.

(...)

IV – aplicar aos responsáveis pela prática de ilegalidade de despesas, irregularidades de contas, atraso no envio da prestação de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao Erário;

E na disciplina do controle financeiro da atuação do Estado na gestão de contratos, convênios e outros atos administrativos relacionados à mobilização e a exposição do patrimônio público, o artigo 40 da mesma lei de regência da Corte de contas dos Municípios do Estado do Ceará, preceitua *ipse litteris*:

Art. 40 - Para assegurar a eficácia do controle e para instruir a apreciação e o julgamento das contas, o Tribunal efetuará a fiscalização dos atos de que resultem receitas ou despesas praticadas pelos responsáveis, sujeitos à sua jurisdição, competindo-lhe, para tanto, em especial:

I – acompanhar, através do envio pela Prefeitura, Câmara Municipal e pelas entidades da Administração Indireta, inclusive fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público:

a) a execução das leis relativas ao plano plurianual, de diretrizes orçamentárias, do orçamento anual e de abertura de créditos adicionais;

b) os editais de licitação, os contratos, inclusive administrativos, os convênios, acordos ou ajustes, ou outros instrumentos congêneres, bem como os atos referidos no art. 38 desta lei.

De uma leitura sistemática dos dispositivos em cotejo, a conclusão que se impõe é a de que os Tribunais de Contas representam instâncias autônomas e independentes que auxiliam e integram os Poderes do Estado no exercício de

suas atribuições, ostentando competência para proferir julgamentos administrativos das contas públicas constitutivos de mérito político de deliberação e, portanto, insuscetíveis de reexame pelo judiciário, sob pena de violação ao princípio da separação dos poderes, com a ressalva hipotética das situações em que tais arestos apresentem alguma mácula de formalidade, ou estejam eivados de ilegalidade patente.

De qualquer maneira, como já ressaltai no início, a impetração não se aventurou a discutir o mérito da decisão administrativa em questão, mas apenas a questionar o fato nuclear a que já me referi, que o impetrante classificou como uma supressão ilegal de instâncias e, portanto, um vício formal de julgamento. No seu entender, apenas para fins de reiteração, a pendência de pronunciamento definitivo pela justiça acerca do objeto da ação popular multicitada, deveria se impor como circunstância prejudicial ao julgamento da denúncia administrativa contra si encaminhada perante o Egrégio Conselho de Contas dos Municípios do Estado do Ceará.

Sob tal rubrica, a despeito da obviedade que isso me parece suscitar, tenho por oportuno o esclarecimento de que - por influência do mesmo predicado constitucional recentemente mencionado, indicativo de que o exercício do Poder Supremo é cientificamente viabilizado pela repartição de suas primordiais funções - as instâncias judicial e administrativa, a exemplo do que ocorre entre estas e a esfera legiferante, são dotadas de independência e autonomia, muito embora mantenham uma convivência harmoniosa, assentada na idéia de auto-controle político, que se traduz no famigerado sistema democrático de freios e contrapesos.

E o que está em questão, em meu sentir, como circunstância que se pressupõe ao destribe da lide mandamental de que ora se cuida, é justamente a independência entre as instâncias judicial e administrativa. Entre nós, a saber, portanto, o objeto da causa reside em se esclarecer se um Tribunal de Contas, na condição de órgão administrativo auxiliar do Estado pode, independentemente de consulta, autorização ou crítica do Poder Judiciário, desempenhar suas atribuições contenciosas e extrair eficácia administrativa imediata de suas deliberações intimamente associadas ao exercício formal de seus misteres.

Parece-me, sem mais delongas, que a resposta é inegavelmente afirmativa, desde que a instância administrativa, aqui institucionalmente incorporada pelo Tribunal de Contas dos Municípios, ao proferir suas decisões e eventualmente aplicar sanções de direito, observe o devido processo legal e não exorbite a delimitação estreita de sua esfera, nem usurpe competências que não lhe são juridicamente afetas.

Daí a inferir-se que a instância administrativa pode desencadear sanções e reprimendas de natureza administrativas associadas ao elenco de suas específicas atribuições, muito embora esteja sujeita, em certos casos, à eventual repercussão das deliberações exaradas na justiça, sobretudo em virtude do Princípio da Supremacia da Jurisdição Criminal.

Mas isso não significa dizer que as instâncias em si – a judicial criminal e a administrativa – guardem algum liame de dependência ou de subordinação. E nem me parece que tal controvérsia deva ou precise ser descortinada para fins de se chegar a uma conclusão exauriente em torno do mérito deste *mandamus*. Na realidade, o autor da impetração, como já ressaltai em linhas pretéritas, pretende estancar a eficácia de um julgamento do Tribunal de Contas, pelo puro e simples argumento de que a matéria objeto do procedimento ali em trâmite é a mesma que ocupa os fólios de ação popular em curso perante a 2ª Vara da Comarca de Cascavel.

Sob tal enfoque, é de boa ordem reiterar que as instâncias judicial e administrativa são autônomas e independentes. Nesse contexto, as sanções em cada uma dessas esferas ostentam naturezas jurídicas diversas, por mais que emanem de um mesmo fato, ou de uma causa coincidente.

Guisa de ilustração, imaginemos um fato hipotético em que um servidor público pratica um crime de peculato, capitulado no art. 312 do Código Penal Brasileiro. No exemplo dado, o agente comete um único ato ilícito, mas sua conduta repercute tanto na esfera criminal - onde pode ser condenado a cumprir pena de reclusão de até 12 anos - como na órbita administrativa - onde se sujeitará às conseqüências jurídicas previstas em seu respectivo estatuto ou lei de regência.

É o mesmo caso de um agente político em exercício de mandato parlamentar que é acusado de cometer irregularidades em um processo de licitação. Nada impede, nesse caso, assim como no anterior ou em qualquer de que se possa cogitar, que este mesmo agente responda, de forma concomitante e independente, a processos administrativos - seja perante a própria casa legislativa a que esteja subordinado, seja em face do Tribunal de Contas encarregado do controle e da fiscalização de sua atividade – e a processos judiciais de qualquer espécie.

Esse entendimento, aliás, traduz-se como verdadeira mola propulsora do funcionamento das instituições democráticas. Do contrário, como sugere o impetrante, não fosse essa autonomia assentada na repartição política de funções

e competências, a administração pública seria um órgão de enfeite, dotado de atribuições retóricas e sujeita a uma eficácia meramente diferida de seus comandos.

Admitir a tese autoral é mesmo que supor, por exemplo, o Poder Público tendo que pedir autorização ao judiciário para lançar e cobrar um tributo, para exercer seu Poder Polícia, para punir funcionalmente um servidor, ou mesmo, como sugere a hipótese dos autos, para fazer funcionar seus mecanismos de controle e fiscalização. O judiciário, nunca é demais ressaltar, não existe para engessar o Estado, mas para viabilizá-lo, integrando sua estrutura de poder no exercício precípua da função jurisdicional.

Nesses termos, não se pode conceber a existência de um direito líquido e certo que se justifique e se pretenda respaldar na esteira de uma filosofia contrária, reflexiva de uma equivocada idéia de supremacia do judiciário sobre a função política administrativa. Pela mesma razão, os tribunais de contas, na condição de órgãos auxiliares do Estado, estão imbuídos de independência e de autonomia para os fins de exercer com eficiência o seu elenco de atribuições contenciosas, muito embora experimentem a repercussão das decisões judiciais, quando estas impliquem em negativa do fato, ou de sua autoria.

No caso dos autos, portanto, à vista das razões em deslinde, tenho que a atuação do Tribunal de Contas dos Municípios no processamento da denúncia administrativa nº 1232/99, não deve qualquer sujeição ao julgamento da ação popular nº 1998.006.000912-0 (789) que tramita perante a 2ª Vara da Comarca de Cascavel, muito embora ambos os procedimentos tenham em comum a mesma latitude fática.

É que seus respectivos cursos se dão em vias autônomas e seus objetivos jurídicos são distintos, seja pela instância que serve de palco à discussão, seja pela extensão de suas eventuais conclusões, seja pela substância das penalidades colimadas, seja pela natureza de seus desdobramentos.

Nessas condições, diante da ausência inegável de direito líquido e certo a amparar pelos motivos que aludi, voto pela denegação da segurança, nos termos do Parecer da Douta Procuradoria Geral de Justiça, com a conseqüente revogação da liminar concedida às fls. 198 pelo então relator Dês. José Maria de Melo.

Fortaleza, 21 de junho de 2007

PROCESSO Nº 2002.0001.2844-6/0
MANDADO DE SEGURANÇA COM PEDIDO DE LIMINAR
IMPETRANTE: GETULIO MAGALHAES DOS MARTINS MELO
IMPETRADO: SECRETÁRIO DE SAÚDE DO ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: DESA. MARIA SIRENE DE SOUZA SOBREIRA

EMENTA: CONSTITUCIONAL ADMINISTRATIVO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. APLICAÇÃO DE PENALIDADE DE REPREENSÃO COM BASE EM RELATÓRIO DA COMISSÃO DE SINDICÂNCIA. ALEGAÇÃO DE VÍCIOS DE PROCEDIMENTO. POSSIBILIDADE DE CONTROLE JUDICIAL DE ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS AO ARRIMO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. INVERSÃO SUBALTERNA POR PARTE DA ADMINISTRAÇÃO DO ÔNUS DE PROVAR O COMETIMENTO DA INFRAÇÃO FUNCIONAL. ABUSO DE PODER DISCIPLINAR CONFIGURADO. SEGURANÇA CONCEDIDA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança nº 2002.0001.2844-6/0, **ACORDA** o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará em sua composição plenária, por maioria, em conceder a segurança, nos termos do voto condutor a seguir transcrito.

Tratam os autos de mandado de segurança impetrado por GETULIO MAGALHAES DOS MARTINS MELO, visando a anulação de sindicância administrativa contra si instaurada, bem como, o cancelamento da penalidade funcional de repreensão que lhe foi imposta em decorrência de ato administrativo perpetrado, em tese, pelo Secretário de Saúde do Estado do Ceará, através da portaria executiva nº 311/2002.

Arguiu o impetrante, em defesa de sua postulação, que é servidor público estadual, ocupante do cargo de cirurgião-dentista vinculado à Secretaria de Saúde, com lotação funcional no Centro Especializado de Odontologia do Estado do Ceará – CEO.

Disse, com efeito, que, no exercício de suas atribuições regulares, foi acusado por agentes do setor de farmácia de seu órgão de origem de ter cometido infração disciplinar consistente na prescrição habitual e supostamente

indevida de medicamentos fora de sua área de atuação, medicamentos esses que, em virtude de seu alto custo e de sua escassez no estoque respectivo, estariam, em tese, reservados à utilização preferencial dos médicos obstetras integrantes da rede pública estadual de saúde.

Por força de tal acusação, a autoridade supostamente coatora resolveu, através da Portaria nº 1555/2001, constituir comissão especial de sindicância, dando-lhe a incumbência de proceder à apuração da responsabilidade funcional de servidor público de que ora se cuida, no sentido de aferir se o mesmo (I) tinha o costume de prescrever, de fato, as ditas medicações indigitadas e; (II) se a prática em tablado representava uma infração disciplinar merecedora de alguma reprimenda.

Instaurado o sumário inquisitorial, foram ouvidas duas testemunhas perante a comissão respectiva, além do próprio impetrante, que compareceu para prestar depoimento na conformidade do correspondente termo oficial, adormecido, em cópia, às fls. 47 do caderno.

Em seguida, a comissão abriu vistas ao sindicado para a apresentação de defesa escrita no prazo de 3 (três) dias, cientificando-lhe do procedimento e do enquadramento legal da acusação – arts. 174, 175, 190 e 193, III, todos da lei estadual nº 9.826/74. No prazo designado, o impetrante apresentou a contestação técnica reproduzida às fls. 50/58.

No entanto, a despeito das ponderações expendidas na peça de defesa sobredita, as autoridades processantes elaboraram relatório final sugerindo a aplicação de pena de repreensão sobre o servidor investigado, por entenderem que este não apresentou esclarecimentos suficientes à comprovação de sua inocência.

Encaminhados os autos ao ilmo Sr. Secretário de Saúde, o mesmo acolheu na íntegra as razões do relatório final da comissão e, através da impugnada portaria administrativa, aplicou a pena de repreensão ao impetrante, sob o fundamento de que o mesmo infringiu o inciso III, do art. 197 do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado do Ceará.

Nesse diapasão, julgando-se oprimido em direito líquido e certo, o impetrante aviou a postulação presente alegando em sinopse: 1) nulidade do procedimento de sindicância, por excesso de prazo em sua conclusão; 2) cerceamento de defesa, por inobservância aos arts. 184 da lei 9826/74, segundo o qual o procedimento disciplinar se informa pelos princípios e garantias inerentes ao devido processo legal; 3) vício de procedimento, por preterição do postulado de que trata o art. 209, § 8º da lei 9826/74, em cujos termos a sindicância não pode resultar em aplicação de penalidade funcional e; 4) ofensa ao princípio da motivação, ao argumento de que a Portaria de que resultou a pena impugnada careceu de uma fundamentação concisa e coerente.

Arrimado em tais ponderações, requereu o impetrante medida liminar,

no sentido da imediata suspensão da penalidade em deslinde e, no mérito, pugnou pelo cancelamento peremptório da mesma, como consequência da concessão mandamental da segurança.

À inicial, juntou os documentos de fls. 13/66.

Às fls. 73/86, prestou informações o então Secretário de Saúde do Estado do Ceará, sustentando a regularidade inexorável do procedimento administrativo, sua plena observância aos princípios da legalidade, do contraditório, da ampla defesa e da livre motivação e, por fim, requerendo a denegação da segurança, sob a tese de não ser o impetrante possuidor de nenhum direito líquido e certo a ser remediado.

Liminar indeferida às fls. 85/86.

Às fls. 91/107 o Ministério Público opinou pela concessão parcial da segurança, entendendo que a Portaria Disciplinar impugnada seria nula, de fato, à míngua de observância ao princípio constitucional da motivação.

Redistribuídos os autos por duas vezes, vieram-me definitivamente conclusos aos 10 de outubro de 2006.

É o relatório.

VOTO

Cuidam os autos de mandado de segurança repressivo ajuizado por GETULIO MAGALHÃES MAGALHAES DOS MARTINS MELO, servidor público estadual, visando a anulação de procedimento de sindicância disciplinar contra si instaurado, que culminou com a imposição, em seu desfavor, de pena de repreensão administrativa na conformidade do art. 197, III, do Estatuto dos servidores Públicos do Estado do Ceará.

Cumprido, inicialmente, esclarecer, que a presente ação mandamental, ao que pude observar de uma exauriente prospecção, não se ocupa de impugnar o ato administrativo disciplinar sob o seu aspecto propriamente meritório, nem constitui uma aventura que se proponha – sob o prisma de um juízo de admissibilidade – a subverter a proibição legal de que trata o art. 5º, III, da lei 1.533/51.

De se ter em conta, a esse respeito, que o mérito administrativo – enquanto compartimento de atuação reservado à privativa ponderação da autoridade pública competente – apresenta-se imune à crítica ou ao controle por parte do Poder Judiciário, de maneira que, a exemplo das demais perpetrções executivas desse jaez, as punições funcionais impostas aos servidores públicos, a despeito da previsão legal aludida que lhes ressalva, não estão sujeitas, via de regra, à revisibilidade jurisdicional ordinatória.

O que não significa dizer, sob um outro enfoque, que os atos administrativos discricionários sejam inexoravelmente imunes à crítica judiciária,

ou que o mérito administrativo seja absolutamente intransponível. Situações há em que a soberania institucional do ato administrativo editado sob os auspícios de um juízo político de conveniência e oportunidade sofrerá inequívocas limitações de ordem formal e material.

Em primeira premissa, a restrição instrumental à atividade executiva se instala essencialmente nos três primeiros elementos do ato – competência, forma e finalidade. Serão nulos, por assim dizer os atos discricionários, se autoridade signatária não for a competente para editá-lo, se o mesmo não se circunscrever à forma prescrita, ou não vedada em lei e, ainda, se não se ocupar de atender, ou de contemplar uma finalidade impessoal, que tenha, em última instância, o condão de satisfazer o interesse público. Ainda que a seu propósito a lei subjacente reserve ao administrador a liberdade de escolher um entre vários caminhos, o ato administrativo será sempre vinculado – e, portanto, sujeito ao controle judicial direto – quando analisado sob quaisquer das três perspectivas dogmáticas aqui aludidas.

Já os motivos e o objeto de um ato de tal envergadura, por seu turno, serão sempre discricionários. O administrador é livre para estabelecer, ou prognosticar a eficácia de seus atos, bem como para indicar os motivos de sua perpetração de acordo com seus próprios critérios de oportunidade e conveniência. Todavia, mesmo assim, tais elementares não escapam da possibilidade residual de ensejarem, por si, a nulidade do ato administrativo que integram.

Nesse sentido, em face da positivação dos princípios informadores da administração pública permitiu-se que o Judiciário realizasse não somente um controle de legalidade mas também uma fiscalização principiologicamente da atividade administrativa.

Em decorrência disso, abriu-se a possibilidade de análise não só dos aspectos vinculados do ato, como também de seus aspectos não-vinculados, viabilizando-se a nulificação de atos cujo vício se acha concentrado em seu objeto, ou em sua motivação, através de duas teorias, atualmente de aplicação controvertida na prática, mas de enorme serventia à correção de desvios e de ilegalidades, antes alçados à condição invulnerável que sua própria natureza obliquamente lhes assegurava. São elas (i) a teoria dos motivos determinantes, segundo a qual a validade do ato está condicionada à existência, a veracidade e a razoabilidade dos motivos que lhe serviram de fundamento e; (ii) a teoria do desvio de poder, em cujos termos, a utilização indevida do poder subjacente, ou satisfação de interesses diversos dos que a lei preconizou, autoriza a anulação judicial do ato administrativo discricionário.

Feitas essas proeminais digressões e, considerando que a aplicação de penalidade disciplinar constitui, propriamente, um ato administrativo discricionário sujeito ao controle judicante excepcional nas circunstâncias a que me referi em anteriores linhas, tenho, em guisa de instrumental pressuposto, que

a postulação em deslinde se ostenta, em tese, juridicamente viável, não havendo razões para considerá-la ociosa nem por este, nem por qualquer outro aspecto, de sorte que, conheço da presente impetração, passando, de imediato, ao exame das questões meritórias oportunamente relatadas.

Nesse compasso, inicialmente no que tange a alegação de vício formal em razão de suposto excesso de prazo na formação da culpa administrativa, vale esclarecer que a jurisprudência, de maneira pacífica, já firmou entendimento no sentido de que a não observância dos prazos estabelecidos em lei para a conclusão de sindicância, inquéritos administrativos, ou auditorias funcionais preliminares, não enseja a nulidade do procedimento correspondente, mas, no máximo, provoca o levantamento das medidas precárias e acautelatórias eventualmente impostas ao servidor investigado.

Em especial, por que a excessiva demora na ultimação dos procedimentos inquisitoriais favorece inequivocamente ao próprio acusado, que disporá de mais tempo para elaborar sua defesa e para reunir provas de sua eventual inocência. Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. DEMISSÃO. SINDICÂNCIA FASE INQUISITORIAL. PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. NÃO-OBSERVÂNCIA. AUSÊNCIA DE ADVOGADO OU DE DEFENSOR DATIVO NA FASE INSTRUTÓRIA. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CARACTERIZADO. IRREGULARIDADE NA PRESTAÇÃO DE CONTAS. AUXÍLIO-TRANSPORTE. LESÃO INSIGNIFICANTE DO ERÁRIO. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. PRECEDENTE. SEGURANÇA CONCEDIDA PARCIALMENTE.

1. Na sindicância, não se exige observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa quando, configurando mera fase inquisitorial, precede ao processo administrativo disciplinar.

2. O Superior Tribunal de Justiça firmou compreensão segundo a qual não enseja nulidade o excesso de prazo para a conclusão de processo disciplinar, assim como a adoção, pelo Ministro de Estado, de parecer da consultoria jurídica, que passa a constituir fundamento jurídico para a prática do ato disciplinar.

(...)

6. Segurança concedida em parte para anular a portaria de demissão e determinar sua reintegração ao cargo público, ressalvada à Administração a aplicação de penalidade de menor gravidade, pelos ilícitos administrativos já apurados.

Sob um outro aspecto, a respeito do suposto cerceamento de defesa de que teria se eivado o procedimento inquisitorial de que ora se cuida, a indicação que se infere de um exame do conjunto fático probatório em apreço dá conta de que o impetrante, não apenas teve ciência – através de oficial divulgação nos órgãos públicos de imprensa – de todos os atos referentes à sindicância, como foi notificado pessoalmente para prestar depoimento e para apresentar defesa escrita, como de fato o fez, a teor do que se alude do documento reproduzido às fls. 50/58.

Aliás, a propósito do instituto jurídico-administrativo em questão, não se pode olvidar que a sindicância, em linhas gerais, constitui um procedimento estreito e não obrigatório de instrução do processo administrativo disciplinar. Cuida-se de uma etapa meramente informativa, que tem por escopo a apuração preambular dos fatos e da autoria de um ilícito funcional, no sentido de oferecer elementos para que a administração aplique sanções e penalidades aos seus servidores faltosos e subversivos.

Por se tratar, nesses termos, de um sumário inquisitorial, a sindicância, via de regra, é um procedimento interno, que não se subordina aos princípios do contraditório e da ampla defesa, justamente por que não resulta, intelectivamente, na aplicação de reprimendas administrativas de qualquer envergadura. O objetivo clássico dessa espécie de procedimento, não é a punição do servidor, mas a mera apuração da autoria e da existência de irregularidades no serviço público. Por conseguinte, o objeto inexorável da sindicância, a par de uma elucidação dogmática, traduz-se numa recomendação pura e simples de arquivamento, ou de instauração do competente processo disciplinar, conforme sejam as conclusões da respectiva comissão sindicante.

Em todo caso, a sistemática do Estatuto dos Servidores Públicos Federais – lei 8.112/90 instituiu, em seu art. 145, a possibilidade de a sindicância resultar na aplicação das penalidades administrativas de advertência e de suspensão até noventa dias, hipóteses em que o procedimento deve assegurar o contraditório e ampla defesa ao servidor investigado, sob pena de nulidade. Em qualquer outra consequência que implique na aplicação e alguma reprimenda, seja ela de demissão, de cassação da aposentadoria, ou da disponibilidade, suspensão por período superior a 90 dias, entre outras de maior relevância, o procedimento inquisitorial se restringe a uma fase sumária e meramente informativa do processo administrativo disciplinar.

Sob tal enfoque, a despeito da controvertida concepção de que trata a literal regência em cotejo, e das inúmeras críticas doutrinárias e jurisprudenciais de que foi objeto, que tismam de inconstitucional o inciso I, do art. 145 da lei 8.112/90, fato é que o mesmo, no horizonte de uma interpretação que lhe aproxima excepcionalmente da idéia de devido processo legal, vem sendo utilizado no âmbito

do serviço público federal, como meio de tornar mais objetiva a atividade disciplinar que envolva a apuração e a repreensão de penalidades e de infrações administrativas de menor potencial.

No entanto, a lei 8.112/90, que preconiza um regime disciplinar diferenciado para os servidores sob sua regência, não se aplica no âmbito do Estado do Ceará, que dispõe de uma diplomação genérica própria, qual seja, a que capitulada em sua norma estatutária de nº 9.826/74.

Com efeito, de um exame da literalidade de tal legislação, infere-se que o procedimento de sindicância, caso resulte na apuração da irregularidade a que se presta, será encaminhado pela autoridade respectiva à comissão permanente de inquérito administrativo, a quem competirá a adoção das providências cabíveis, inclusive, se for o caso, a instauração do processo administrativo funcional.

De maneira que, segundo os ditames literais do Estatuto dos Servidores Públicos Cíveis do Estado do Ceará, o instituto da sindicância não assume a feição jurídica excepcional que lhe autoriza a legislação correspondente aplicável no âmbito federal. Assim, em se tratando de procedimento administrativo inquisitorial estabelecido para fins de apurar a responsabilidade disciplinar de determinado servidor público estadual pertencente à certa categoria funcional desprovida de estatuto próprio – sobre a qual incida, portanto, a lei 9.826/74 – a sindicância não pode, na conformidade de uma interpretação estreita, resultar na aplicação de qualquer reprimenda administrativa, por mais branda, ou de pequeno potencial que o seja.

Contudo, duas colocações se impõem, no sentido de desqualificar a presente assertiva. A primeira delas, diz respeito a instrumentalidade da sindicância enquanto processo administrativo. A propósito, é de se ter em vista que o procedimento disciplinar constitui um instrumento a serviço do alcance de inequívocos desideratos, relacionados à apuração de faltas e de irregularidades no serviço público, suscetíveis de particular responsabilização.

Nesse compasso, se um dado procedimento, em que pese subordinado à determinada forma prescrita em lei, atendeu, de fato, aos seus objetivos precípuos, observando, em último caso, as garantias inerentes ao devido processo legal administrativo – como foi o caso dos autos presentes, em que o impetrante teve ciência oficial de todos os autos, prestou depoimento pessoal e foi pessoalmente notificado para apresentar defesa escrita – a declaração de nulidade de tal perpetração, a par de uma fundamentação exclusivamente instrumental, não me parece medida escorreita, nem contemplativa dos princípios gerais informadores do direito processual administrativo.

Já a segunda e última depreende-se de uma interpretação sistemática do art. 209 da lei estadual 9.826/74, cujo § 4º excepciona o caráter preparatório da sindicância, viabilizando o florescimento de uma linha intelectual segundo a qual, em certas situações, quando a consequência vislumbrada for a aplicação de

uma penalidade de pequeno porte, o procedimento de que ora se trata, via de regra inquisitorial, pode assumir uma conotação de inexorável autonomia, desde que, é claro, observados o contraditório e ampla defesa.

Sendo assim, a argumentação autoral de que sindicância em deslinde apresenta-se contaminada pelo vício de cerceamento de defesa, parece-me, outrossim, insubsistente, não merecendo prosperar, também sob este aspecto, a postulação de nulidade absoluta do procedimento inquisitorial de que ora se cuida.

Entretanto, uma leitura mais aprofundada do ato/procedimento impugnado, destarte sob a perspectiva dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, apontam no sentido de uma conclusão diversa.

Sob tal assertiva, mesmo os atos administrativos editados sob o respaldo de critérios subjetivos de ponderação, sujeitam-se ao controle judicial quanto ao atendimento de sua finalidade específica. Nesse caso, o trabalho investigativo do intérprete haverá de recair sobre a conformação do ato com os objetivos capitulados na espécie jurídica de regência, sendo certo que a possibilidade de revisão judicante da atividade administrativa discricionária, a despeito de suas imperiosas limitações institucionais, constitui dos mais importantes mecanismos viabilizadores do funcionamento eficaz do sistema político de freios e contrapesos.

A discricção administrativa em tais linhas - compreendida como a margem de liberdade subjetiva de que dispõe o administrador para escolher, entre várias alternativas legais preconizadas, a que, no seu entendimento, é a mais adequada à satisfação do interesse público específico - conhece limites delineados no próprio ordenamento jurídico, que se impõem ao manuseio do poder correspondente de modo a coibir que a administração, no exercício de suas atribuições institucionais e políticas, distancie-se dos objetos capitulados no comando normativo subjacente - ocasião em que o controle judicial será levado a efeito segundo a teoria do desvio de poder -, ou fundamente sua atuação em motivos inexistentes ou incompatíveis com sua própria conduta - circunstância que dará margem a aplicação da teoria dos motivos determinantes.

A prospecção de tais vícios há de ser feita através de um juízo específico e minucioso, mediante a apuração das causas e das conseqüências jurídicas da perpetração obtemperada, examinadas no bojo de uma inteligência cognitiva sistematizada.

A atividade judicial de fiscalização dos atos administrativos discricionários é, portanto, uma tarefa complexa uma vez que se insere num terreno delicado de atuação, em que o julgador desce às entranhas da atividade administrativa, no escopo de aferir os eventuais excessos, os supostos desvirtuamentos e as indigitadas aberrações de subjetividade, sem olvidar, por um único instante - o que torna mais intrincada a missão - que os atos administrativos, sejam eles discricionários ou vinculados, são presumivelmente

legítimos por sua própria natureza.

No que tange especificamente ao manuseio do poder disciplinar a discricção administrativa limita-se à escolha da penalidade a ser aplicada entre várias possíveis, à dosimetria, ou graduação dessa mesma reprimenda, e a conveniência de sua imposição, sob a perspectiva da realização do interesse público. O administrador, contudo, não é livre para inventar motivos inexistentes, para subverter garantias constitucionais em prejuízo da defesa, ou para julgar na esteira de convicções eminentemente pessoais, sem correspondência alguma com a prova produzida nos respectivos autos.

Na hipótese de que aqui se trata, ao que se viu, a Comissão de Sindicância responsável pelo processamento do feito administrativo em destreme, abstraindo, em meu sentir, a imperiosidade de tais postulados, sugeriu, por ocasião de seu relatório conclusivo, que autoridade competente aplicasse sobre o impetrante a penalidade de repreensão. Mas o fez, ao dissabor da razoabilidade e da proporcionalidade, por entender que o mesmo impetrante, então investigado, não logrou êxito em demonstrar que não incorreu nas faltas disciplinares em que foi formalmente enquadrado. Para fins de mera ilustração, hei por bem referenciar a parte dispositiva do referido julgamento:

(...)“As provas apresentadas não foram suficientes para incriminar o sindicato no tocante à prescrição dos medicamentos captopril, fenobarbil e propanolol, haja vista a não apresentação das segundas vias dos receituários pelo Centro de Saúde José de Alencar.

Com relação à retirada do documento MEM ° nº 09/01, sem a autorização do Centro de Saúde José de Alencar, não ficou devidamente esclarecido se a mesma foi fornecida pelo chefe do setor, resultando em prejuízo da defesa.

Isto Posto, sugerimos que seja o sindicato repreendido pela infração ao disposto no art. 193, III, da lei 9827/74. (...)”

Ao que se percebe, a conclusão relatorial orientou-se no sentido de que nenhuma das imputações feitas ao servidor investigado restou suficientemente demonstrada. De maneira que, na pior das hipóteses, a sugestão de aplicação da penalidade funcional impugnada, por mais branda que esta o fosse, resultou, num irremediável e manifesto contra-senso. Ou seja, a administração, no caso específico de que se trata, julgou com base em supostos indícios, em virtuais desconfianças, mas desprovida de uma certeza inexorável, certeza esta que lhe competia construir e aquilatar através da produção legítima de provas.

É de se ter em conta, a esse respeito que no processo administrativo disciplinar o ônus de provar a existência de uma irregularidade reprimível compete à administração, e não ao acusado, muito embora a este, por força de sinais

inequívocos de sua responsabilidade, a autoridade possa impor limitações funcionais precárias e provisórias, que vão desde seu afastamento até a suspensão cautelar de seus estímulos.

Aliás, no que diz respeito à incumbência probatória, parece-me adequada a utilização subsidiária, em relação ao processo administrativo, do art. 333 do Código de Processo Civil segundo o qual o ônus da prova compete ao autor, no caso à administração, quanto ao fato constitutivo de seu direito, *mutatis mutandis*, de seu poder/dever de velar pela disciplina e de coibir as infrações e irregularidades praticadas no serviço público.

Essa prova deverá ser inequívoca, suficiente para o apenamento proposto. Não basta a Comissão Processante refutar as alegações do servidor, com a inversão de posições, tendo que vista que compete ao poder público provar a ocorrência de fatos que desencadeiam em inobservância das normas disciplinares, como se extrai também da lição de Ivan Barbosa Rigolin, em seu *Comentários ao Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis*:

“No processo administrativo disciplinar originário, o ônus de provar que o indiciado é culpado de alguma irregularidade que a Administração lhe imputa pertence evidentemente a esta. Sendo a Administração a autora do processo a ela cabe o ônus da prova, na medida em que ao autor de qualquer ação ou procedimento punitivo sempre cabe provar o alegado.”

Da mesma forma, Hely Lopes Meirelles, em sempre oportuna lição, ao pronunciar-se sobre a instrução do processo administrativo disciplinar, concluiu que:

“nos processos punitivos as providências instrutórias competem à autoridade ou comissão processante e nos demais cabem aos próprios interessados na decisão de seu objeto, mediante apresentação direta das provas ou solicitação de sua produção na forma regulamentar”.

Portanto, não basta a Comissão Processante presumir a culpabilidade do servidor, deixando ele a tarefa de provar sua inocência. No processo administrativo disciplinar, o ônus da prova incumbe à Administração, autora do procedimento. Inverter essa condição, no sentido de atribuir ao acusado o dever de provar a inexistência dos fatos virtualmente constitutivos da indigitada infração, é praticar manifesto abuso do poder disciplinar, ao de todas as garantias processuais constitucionais inerentes ao devido processo legal.

A Advocacia Geral da União, em parecer consultivo aprovado pela Presidência da República no processo administrativo nº 03000-05894/95-10, GQ nº. 136, de 19 de janeiro de 1998, firmou orientação semelhante:

“(…) II – No Processo Administrativo Disciplinar o ônus da prova incumbe à Administração.

III – Para a configuração da inassiduidade habitual imputada ao servidor era imprescindível a prova da ausência de justa causa para as faltas ao serviço. A Comissão Processante não produziu a prova, limitando-se a refutar as alegações do servidor. Inverteram-se as posições, tendo a Comissão presumido a ausência de justa causa, deixando ao servidor a incumbência de provar sua ocorrência.

IV – Não provada a ausência de justa causa, não seria de aplicar-se a penalidade extrema ao servidor.

V – O pedido de revisão deve ser provido para invalidar a demissão do servidor, com a sua conseqüente reiteração, na forma do art. 28, da Lei nº. 8.112, de 1990.”

Nesse contexto, ao recomendar a penalização do impetrante, pelo simples fato de o mesmo não ter “esclarecido” sua particular inocência, a comissão processante – em cujo relatório se baseou a autoridade impetrada para aplicar a controvertida pena de repreensão – inverteu indevidamente o ônus probatório, desincumbindo-se da atribuição de provar suas alegações, excedendo-se assim, na utilização e no manuseio de sua competência disciplinar.

Por assim dizer, o desvio de prerrogativa em questão, irradiador do vício de discricionariedade sob enfoque contaminou a portaria executiva de nº 311/2002 – materializadora da punição disciplinar impugnada - de que foi signatária a autoridade coatora, ensejando a irremediável nulidade de tal perpetração, a ser inevitavelmente pronunciada por esta relatoria, ao respaldo dos paradigmas já mencionados de controle judicial excepcional da atividade administrativa meritória.

Nessas condições, reiterando o anterior conhecimento da impetração, voto pela concessão da segurança, no sentido de, pelas razões exaustivamente delineadas, declarar a nulidade da portaria nº 311/2002, de que resultou a punição disciplinar objurgada, por ser essa medida que reputo escorreita e expressiva da mais lúdima justiça.

Fortaleza, 29 de novembro de 2007

PROCESSO Nº 2006.0018.1206-8/0
MANDADO DE SEGURANÇA COM PEDIDO DE LIMINAR
IMPETRANTE: FRANCISCO RANGEL ARAÚJO CAVALCANTE
IMPETRADOS: SECRETÁRIO DE ADMINISTRAÇÃO DO ESTADO DO
CEARÁ
RELATOR: DESA. MARIA SIRENE DE SOUZA SOBREIRA

**ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL.
MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO.
IMINÊNCIA DE SUPRESSÃO DE VANTAGEM
DENOMINADA ABONO COMPENSATÓRIO.
ACRÉSCIMO DE NATUREZA *SUI GENERIS*
INSTITUÍDO PELA LEI ESTADUAL 12.991/99
PARA REPOR PERDAS VENCIMENTAIS
ORIUNDAS DA APLICAÇÃO DA POLÍTICA
DE VEDAÇÃO AO EFEITO CASCATA.
AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA
DE QUE O IMPETRANTE, AO TEMPO DA
EDIÇÃO DA EC Nº 19/98, PERCEBIA
VANTAGENS EM DESACORDO COM A NOVA
REDAÇÃO DO ART. 37, XVI, DA CARTA
REPUBLICANA. MANDADO DE
SEGURANÇA NÃO CONHECIDO. EXTINÇÃO
DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE
MÉRITO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança nº 2006.0018.1206-8/0 **ACORDA** o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará em sua composição plenária, por unanimidade, em extinguir o processo sem resolução de mérito, nos termos do voto condutor a seguir transcrito.

Cuidam os autos de mandado de segurança preventivo impetrado por FRANCISCO RANGEL ARAÚJO CAVALCANTE contra ato administrativo supostamente iminente, de indigitada competência do Secretário de Administração do Estado, consistente na possível supressão de seus proventos de aposentadoria da parcela vencimental denominada abono compensatório, instituída pela lei estadual nº 12.991/99.

Disse o impetrante que exerceu o cargo de Professor Adjunto nível 12 da Universidade Estadual do Ceará – UECE, com carga horária de 40 horas

semanais e em regime de dedicação exclusiva e que se aposentou quando do exercício de referida ocupação, na conformidade da portaria executiva nº 1142/2003, publicada no Diário Oficial do Estado de 10 de setembro de 2003.

Por força do mesmo ato, informou que sua sua inativação se deu sob o arrimo de proventos integrais discriminados na forma resumida indicada na peça de impetração, com a adição aos seus proventos, além da progressão horizontal e dos acréscimos permanentes de exclusividade e de incentivo profissional, da parcela denominada abono compensatório, instituída pela lei estadual 12.991/99.

Contudo, ao que se asseverou em suas razões mandamentais, muito embora esteja percebendo seus rendimentos de inatividade nos ditames da discriminação de que trata o respectivo ato concessório, encontra-se na suposta iminência de experimentar uma supressão da parcela remuneratória sobredita (abono compensatório).

Com efeito, o Tribunal de Contas do Estado do Ceará, por ocasião do processo administrativo de revisão de aposentadoria nº 04467/2003-0, emitiu parecer sugerindo a exclusão da aludida parcela, sob o auspício da fundamentação de que o impetrante não fazia jus à mesma, uma vez que sua situação vencimental já se achava em franca regularidade quando do advento da Emenda Constitucional nº 19/98.

À guisa de esclarecimento, segundo a corte de fiscalização de contas, o abono compensatório foi instituído justamente para compensar os servidores públicos estaduais que sofreram ou que sofreriam decesso vencimental em decorrência da colocação em prática da política de eliminação do efeito cascata no serviço público.

Assim, como o impetrante não estava incluído nesse universo de servidores – e portanto não teria sofrido nenhum impacto negativo por força da execução de tais medidas – não lhe seria devida a famigerada parcela remuneratória de compensação.

Nesse compasso, arrimado em tais ponderações, aviou o impetrante o presente mandado de segurança preventivo no intuito de evitar a consumação da suposta violação sob enfoque, requerendo medida liminar e, no mérito, pugnano pela concessão definitiva da ordem com os consectários daí advindos.

Liminar indeferida às fls. 19/20.

Informações prestadas às fls. 26/39, ocasião em que Eminentíssimo Secretário Estadual de Administração veio aos autos para requerer preliminarmente sua ilegitimidade passiva e, no mérito, o indeferimento da segurança.

Autos com vistas ao Ministério Público, o Ilustre Procurador Geral de Justiça opinou pelo provimento do pedido, na conformidade do parecer de fls. 41/44.

Vieram-me conclusos os autos aos 19 de outubro de 2007.
É o relatório.

VOTO

Em deslinde, inicialmente, da preliminar de mérito suscitada nos informes de fls. 26/39, ainda que se possa cogitar de ilegitimidade passiva do Ilmo. Sr. Secretário de Administração, é de se ter em conta o fato de que o mesmo, ao atender o ônus notificatório capitulado no inciso I, do art. 7º da Lei 1.533/51, não se limitou a invocar a questão de ordem de que aqui se cuida, mas defendeu o ato em seu aspecto propriamente meritório, encampando-o manifestamente.

A esse respeito, o STJ pacificou entendimento de que, em situações como a que ora se verifica, a legitimidade passiva, mesmo que inexistente em princípio, desponta na esteira da teoria da encampação. Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. AUTORIDADE COATORA. ENCAMPAÇÃO DO ATO IMPUGNADO. LEGITIMIDADE PASIVA NÃO CARACTERIZADA. 1 – O STJ assentou o entendimento de que, se a autoridade apontada como coatora, em suas informações, não se limita a argüir sua ilegitimidade passiva, defendendo o ato impugnado, aplica-se a teoria da encampação e a autoridade passa a ter legitimidade para a causa. 2. Recurso Ordinário Provido (STJ – RMS 17.802/PE – Rel. Ministro João Otávio de Noronha. DJ: 20/03/2006).

Por essa razão, rejeito a preliminar de mérito argüida pela autoridade supostamente coatora em suas anotações informativas.

Já no que tange ao mérito, a propósito de uma leitura dogmática da espécie jurídica de que trata fundamentalmente a impetração, é de boa ordem esclarecer que o abono compensatório, a despeito da adjetivação que especificamente o acompanha na classificação da regência administrativa, está conceitualmente associado à idéia de compensação salarial. Na legislação trabalhista, originalmente, os abonos tinham a função de equilibrar as perdas

remuneratórias decorrentes da desvalorização monetária e amenizar os efeitos nefastos provocados pelo processo de inflação progressiva.

Não se trata, portanto, de uma vantagem pecuniária suplementar, à vista de que, mesmo nos regimes privados, a prática denuncia que os abonos, uma vez franqueados, se incorporam à base do salário até virem a ser descontados ou levados propriamente em consideração para efeito de reajustes futuros.

Na realidade do regime administrativo, os abonos assumem um papel *sui generis*, eis que não se enquadram em nenhuma das concepções tradicionais de acréscimos pecuniários, embora sejam freqüentemente concedidos no escopo de promover a reposição nominal de alguma vantagem remuneratória subtraída do patrimônio vencimental do servidor.

Nesse sentido, os abonos não são gratificações, porque não estão vinculados a um fato do serviço, nem são pagas em virtude de alguma condição pessoal do obreiro que a lei adjacente especifique. Não se compadecem ao conceito de adicionais porque não possuem o caráter de recompensa, nem de retribuição pelo desempenho funcional em condições especiais de qualificação, ou de dedicação. E, finalmente, não se afeiçoam ao semblante de verbas indenizatórias, porque seu intento não é o de reparar o servidor por gastos a que o mesmo seja obrigado em virtude da execução de suas atividades.

Também não se coadunam à idéia de reajuste, ou e revisão vencimental, uma vez que não são concedidos de maneira linear, uniforme e indistinta, mas apenas a uma categoria específica de servidores que a própria lei de regência previamente estabelece.

Daí porque, no plano administrativo, no entorno da intensa discussão acerca de sua constitucionalidade, o abono ser considerado uma espécie jurídica de natureza peculiar e excepcional, atualmente bastante utilizado como instrumento de moderação e de viabilização de políticas de adequação e de limitação remuneratória.

E foi exatamente com esse espírito que o Estado do Ceará, através da lei 12.991/99, instituiu o chamado abono compensatório no âmbito do regime administrativo de seus servidores. A intenção era evitar que certos indivíduos experimentassem decesso vencimental em virtude da política de vedação ao pagamento de acréscimos pecuniários em cascata, estabelecida pela Emenda Constitucional nº 19/98.

A propósito, como se infere da literal redação do dispositivo legal de que se cuida, os servidores públicos que, à época da edição da referida emenda estivessem percebendo sua remuneração em desacordo com as novas diretrizes constitucionais, ou seja, acrescendo vantagens ao vencimento-base para fins de

composição da base de cálculo de acréscimos futuros, deveriam, de imediato se adequar compulsoriamente à nova realidade, mediante a percepção do referenciado abono, a título de compensação pelas perdas vencimentais oriundas de tal processo:

Art. 1º. Os servidores ativos e inativos e seus pensionistas, que percebam remuneração igual ou inferior a R\$ 3.000,00 (três mil reais), e que em razão das medidas administrativas decorrentes da aplicação do disposto no Art. 29 da Emenda Constitucional Federal nº 19, de 04 de junho de 1998, venham a sofrer perda remuneratória, terão essa perda compensada, a título de abono compensatório, através da adição aos seus vencimentos, proventos ou pensão de valor igual ao perdido, de modo a recuperar a exata perda sofrida

Sob o prisma de uma simples dedução, e a par do que se depreende do dispositivo legal acimado, faziam jus ao abono compensatório apenas os indivíduos cuja situação vencimental era incompatível com as diretrizes da emenda constitucional nº 19/98 na época de sua entrada em vigor, especialmente no que diz respeito à percepção de acréscimos remuneratório em cascata.

Segundo o parecer do Tribunal de Contas do Estado do Ceará se equivocou ao conceder a verba de compensação ao impetrante por ocasião de seu ingresso na inatividade. Às suas razões os professores estaduais beneficiados com o regime de dedicação exclusiva antes da lei 11.712/90 (Lei do Regime Único) acresceram a vantagem respectiva aos seus proventos, inclusive para fins de cálculo das demais parcelas vencimentais permanentes que viessem a ser adicionadas à sua remuneração.

Contudo, nos ditames do mesmo parecer, o impetrante foi colocado em regime de dedicação exclusiva – e, portanto, passou a perceber os reflexos vencimentais correspondentes – quando já estava sob a influência normativa da lei 9.826/74 (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado do Ceará). De maneira que, em relação a ele, impetrante, a implantação da verba adicional de dedicação exclusiva não resultou, em tese, de um cálculo vencimental de gratificações sobre gratificações.

Por assim dizer, às impressões da corte estadual de contas, o impetrante nunca fez jus à percepção do abono compensatório de que tratava a lei 12.991/99, justamente por que sua situação vencimental, em que pese derivada de estatuto normativo anterior, não apresenta incompatibilidade alguma com as novas diretrizes inauguradas pela emenda constitucional nº 19/98.

Frise-se, a propósito, que as afirmações do signatário do parecer

hospedado às fls. 12 – cujos ditames, prenunciam, de fato, a ocorrência da supressão vencimental preventivamente impugnada – amparam-se no atributo da presunção de legitimidade, como sói da natureza dos atos administrativos editados sob os auspícios da proeminência do Poder Público.

E, em se tratando de ação de mandado de segurança, caracterizada por uma instrumentalidade única que delimita sobremaneira sua via de cognição, o açoitamento dessa presunção relativa de legitimidade somente se admite se respaldado em prova documental pré-constituída, que seja, por si, suficiente à caracterização do indigitado direito líquido e certo.

No caso dos autos, a recomendação do Tribunal Estadual de Contas no sentido da retirada dos proventos do impetrante da verba de abono compensatório é remissiva à período anterior ao próprio ato executivo concessório da enfocada aposentação.

Com efeito, o deslinde meritório da causa, no sentido de se aquilatar se o impetrante faz ou não jus à parcela em apreço dependeria, inexoravelmente, de uma prospecção retroativa, infelizmente prejudicada, na hipótese, pela ausência de documentação contemporânea à época da adição vencimental de que ora se cuida.

A simples apresentação dos demonstrativos de vencimentos, bem como do próprio ato de aposentadoria constando a identificação da verba de aqui se trata, não se revelam suficientes ao exame cognitivo de mérito, uma vez que o conteúdo dos mencionados documentos não esclarece, de forma inequívoca, a partir de um cotejo entre os mesmos e o nobre parecer da corte estadual de contas – este último dotado de presunção de legitimidade – se o impetrante é, de fato, possuidor do direito líquido e certo a que fez preludial referência.

Nessas condições, em virtude da ausência de prova pré-constituída bastante ao esvaziamento da presunção de legitimidade do ato impugnado, deixo de conhecer da impetração e, por conseguinte, voto pela extinção do processo sem resolução de mérito, nos ditames do art. 8º lei 1.533/51 e do art. 267, VI do Código de Processo Civil.

É como voto.

Fortaleza, 31 de janeiro de 2008.

Jurisprudência Criminal

Apelação Crime

PROCESSO Nº 2000.0148.0276-8/1
APELAÇÃO CRIMINAL (de Alto Santo)
APELANTE: PROMOTORIA DE JUSTIÇA
APELADOS: DAMIÃO RICARDO MACHADO e ZACARIAS TEIXEIRA DOS SANTOS
RELATOR: DES. LUIZ GERARDO DE PONTES BRÍGIDO

- APELAÇÃO.
- ASSALTO EXECUTADO POR MENORES INFRATORES QUE, OUVIDOS UNICAMENTE NO INQUÉRITO, CONFESSARAM E ATRIBUÍRAM A TERCEIROS CO-PARTICIPAÇÃO NO DELITO, OS QUAIS DESMENTIRAM, NA POLÍCIA E EM JUÍZO, A IMPUTAÇÃO QUE LHE FOI FEITA. BOM LEMBRAR O COMENTÁRIO BORDADO POR FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO: “SERIA POR DEMAIS DESASTROSO O MAGISTRADO ACEITAR COMO VERDADEIRA A ACUSAÇÃO FEITA POR UM RÉU EM RELAÇÃO A UM TERCEIRO, IMPUTANDO-LHE A QUALIDADE DE CO-AUTOR, SEM PERMITIR A ESTE O DIREITO DE REPERGUNTAS”. E SE A INCRIMINAÇÃO RECAÍSSE NO PROMOTOR DE JUSTIÇA, INDAGA O MESTRE, “DEVERIA ESTE SER ARRASTADO AO PROCESSO PELA PALAVRA INSIDIOSA DE UM DESSES MAGAREFES DA HONRA E DIGNIDADE ALHEIAS?”. NO CASO, PARECE QUE O PROMOTOR RECORRENTE NÃO PONDEROU A RESPEITO.
- INSUFICIÊNCIA DE PROVA PARA A CONDENAÇÃO.
- SENTENÇA CONFIRMADA.
- UNANIMIDADE.

Vistos, relatados e discutidos.

1 – Adota-se, na forma regimental, o relatório residente nos autos.

2 – Damião e Zacarias, os apelados, foram apontados à polícia pelos menores Claudemir e Regilane como os mentores do assalto à mão armada de que foi vítima o comerciante Celso Gomes Holanda, de quem os adolescentes tomaram duzentos Reais, depois de rendê-lo em seu estabelecimento comercial no km 247 da BR 116. Disseram, ainda, os executores do roubo que os dois

apelados ficaram ao longe, dando-lhes cobertura, e que receberam de um deles o revólver usado para intimidar o negociante, que teve a sorte de, identificados os assaltantes, reaver o dinheiro arrebatado de sua pessoa.

Denunciados e interrogados, Damião e Zacarias, a exemplo do que fizeram no inquérito, negaram de mãos postas co-participação no delito, conquanto tenham admitido que estiveram com os delatores antes da prática criminosa, ocorrida entre 18:00 e 19:00 h de 20 de abril de 2001. Julgados, absolveu-os a judicante por insuficiência da prova incriminatória.

Houve-se acertadamente a juíza.

De feito, a vítima e as testemunhas arroladas pela Promotoria cingiram-se a reportar que “ouviram dizer” que os apelados estariam envolvidos no roubo, que aguardavam, nas proximidades, o resultado da execução do assalto. Esta forma de incriminação é daquelas vaporosas, demonstrativas de que nem os depoentes têm certeza da circunstância afirmada. Por deitar raízes em comentários de terceiros, nada prova. Indica simples possibilidade, não gera, nem transmite convicção alguma, seja positiva, seja negativa, acerca do que declarado, nem pode, por si, desaguar na constatação da culpabilidade alheia.

Resta a chamada dos infratores.

Tendo enveredado cedo pelos tortuosos caminhos da criminalidade, não chegaram a ser interrogados em juízo. Morreram, ambos, durante a tramitação do processo, ignoradas as causas dos falecimentos, mas, presume-se, violentas pelo tipo de vida que levavam. Suas delações não passaram pelo contraditório. Em termos de prova, um zero à esquerda. Deveras, e como sublinhado por Fernando da Costa Tourinho Filho, “seria por demais desastroso o Magistrado aceitar verdadeira a acusação feita” por menores infratores” em relação a um terceiro, imputando a qualidade de co-autor, sem permitir a este o direito de reperguntas. Bem pode acontecer que, por vingança, ódio ou qualquer outro sentimento mesquinho e pérfido”, o confitente “sentido-se perdido, sem nenhuma possibilidade de defesa, por pura maldade, procure envolver como partícipe, uma pessoa qualquer”. E se eles, os dois executores do assalto, a indagação é extraída da própria lição de Fernando da Costa Tourinho Filho, incriminasse, por vingança, o Promotor de Justiça? Deveria este ser arrastado ao processo pela palavra insidiosa de um destes magarefes da honra e da dignidade alheias?”... (in CPP Comentado, 10ª ed., v. II, p. 187).

O órgão recorrente parece que não refletiu a propósito.

Nada mais a acrescentar.

3 – Do que posto, ACORDA a 1ª CÂMARA CRIMINAL do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ, à unanimidade, em conhecer da apelação, todavia para desprovê-la, confirmado o decreto absolutório, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, CE, 28 de abril de 2008.

APELAÇÃO CRIME Nº. 2002.0004.8412-9/1 – Sobral/CE

APELANTE: Antônio Adriano do Nascimento Lopes

APELANTE: Antônio Ismael Neves de Paula

APELADO: Justiça Pública

RELATOR: DES. JOÃO BYRON DE FIGUEIRÊDO FROTA

EMENTA APELAÇÃO CRIME. FURTO QUALIFICADO PELO CONCURSO DE AGENTES. RECURSOS DA DEFESA. PRELIMINAR DE NULIDADE. TRÂNSITO EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO. RÉU MENOR DE 21 ANOS A DATA DO FATO. PRESCRIÇÃO SUPERVENIENTE EM RELAÇÃO A UM DOS RÉUS/APELANTES. ALEGAÇÃO DE DEFESA DEFICIENTE. PREJUÍZO INEXISTENTE. REJEIÇÃO. MÉRITO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. *RES FURTIVA* APREENDIDA EM PODER DOS APELANTES. PARTICIPAÇÃO DEMONSTRADA PELA DELAÇÃO DAS ADOLESCENTES INFRATORAS E PELOS DEMAIS MEIOS DE PROVAS. ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 180 DO CP. IMPOSSIBILIDADE. SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA.

1. Condenação à pena de 03 (três) anos de reclusão. Da data da publicação da sentença condenatória recorrível (10.06.2003), última causa interruptiva do lapso prescricional (art. 117, IV, CP), foram ultrapassados mais de quatro anos (arts. 109, IV, c/c 110, § 1º e 115, todos do CP), estando o feito atingido pela prescrição.

Extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva superveniente, em relação ao réu menor.

2. Preliminar de nulidade por cerceamento de defesa rejeitada, em face de todo rito desde a denúncia ser rigorosamente pautado na legislação pertinente.

3. No caso concreto, verifica-se que não há

insuficiência probatória, posto que o próprio apelante confirmou o fato descrito na denúncia, por ocasião do inquérito policial, apesar de, em juízo ter contado outra versão.

4. As palavras incriminadoras do ofendido constituem prova de valor quando corroboradas pela delação dos envolvidos no fato delituoso, e pelo universo probatório dos autos, tornando-se, desse modo, elemento de convicção suficiente para embasar um juízo de condenação.

5. Apelo improvido relativamente ao outro apelante.

6. Decisão unânime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Crime nº. 2002.0004.8412-9/1, da Comarca de Sobral, neste Estado, na qual são apelantes Antônio Adriano do Nascimento Lopes e Antônio Ismael Neves de Paula e apelada a Justiça Pública.

A C O R D A a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por julgamento de Turma, unanimemente, em conhecer dos apelos, mas para declarar extinta a punibilidade do apelante Antônio Ismael Neves de Paula, pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva superveniente, e negou provimento, mantendo a sentença *a quo*, ao recurso de Antônio Adriano do Nascimento Lopes, tudo nos termos do voto do desembargador Relator.

Tratam os autos de apelação interposta contra a sentença de fls. 50/52 que condenou os apelantes pela prática do crime tipificado no art. 155, § 4º, inciso IV, do Código Punitivo Nacional, em face dos acusados, na companhia de duas adolescentes, no dia 13 de julho de 2002, por volta das 16h, terem furtado da vítima, José Jander Rocha Gifoni, vários objetos que se encontravam no interior de sua residência. A decisão recorrida resultou na fixação da pena em 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão para o réu Antônio Adriano do Nascimento Lopes e 03 (três) anos de reclusão para o réu Antônio Ismael Neves de Paula, somadas a estas penas o pagamento, para ambos, de 10 (dez) dias-multa, fixado o dia multa em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato.

Inconformados com o *decisum*, os apelantes interpuseram o presente recurso, entendendo encontrar-se o processo nulo de pleno direito, em função da defesa deficiente a eles ofertada, porquanto não foi arrolada nenhuma testemunha na perfunctória defesa prévia nem requerida nenhuma diligência na fase do art. 499, do CPP. No mérito, pretendem absolvição pelo princípio *in dubio pro reo*, argüindo ser o conjunto probatório despido de robustez, ou desclassificação do

delito para o tipo simples do art. 180 do CP (receptação).

O Ministério Público ofereceu contra-razões à apelação em fls. 60/63. O Representante do *Parquet* requereu a manutenção da sentença recorrida.

A Procuradoria Geral de Justiça, em parecer de fls. 71/73, opinou pelo improvimento do recurso, para manter a decisão em todos seus termos.

É o relatório.

Precedente ao exame das matérias de mérito relacionadas aos apelos deve-se enfrentar e decidir acerca de questão de ordem pública relacionada à ocorrência da prescrição da pretensão punitiva superveniente em relação ao recorrente Antônio Ismael Neves de Paula.

A prescrição da pretensão punitiva superveniente, também denominada intercorrente, regula-se pela pena aplicada, operada após o trânsito em julgado para a acusação pública, ou após improvido o seu recurso, na forma contemplada no art. 110, §1º, do Código Punitivo Nacional.

Assim, têm entendido nossos Tribunais:

TJSP: “Se da data da publicação da sentença ao dia do julgamento da apelação exclusiva da defesa ou se improvido o recurso do Ministério Público, decorre o lapso prescricional, diante do quantum da pena, decreta-se, desde logo e de ofício, em segundo grau, a extinção da punibilidade, pela prescrição da pretensão punitiva” (RT 616/277).

STF: “Tratando-se de prescrição superveniente à sentença condenatória, seu reconhecimento alcança e rescinde não só a decisão, mas, também, toda a ação penal, retornando o acusado à condição de primário, excluído seu nome do rol dos culpados” (RT 644/377).

Com efeito, depois de responder aos atos e termos da ação penal, em que restou condenado pela prática do crime definido no art. 155, § 4º, inciso IV, do Código Penal, teve o aludido recorrente contra si editada sentença condenatória à pena definitiva de 03 (três) anos de reclusão.

Em consonância com o art. 109, IV, do Código Penal, a pena de 03 (três) anos de reclusão prescreve em 08 (oito) anos, porém, como o referido apelante era menor de 21 anos à época do fato, o prazo prescricional reduz-se pela metade, nos termos do art. 115, do mesmo *códex*.

Assim, percebe-se a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva superveniente do Estado relativa a Antônio Ismael Neves de Paula desde o dia 10 de junho de 2007, ou seja, quatro anos após a publicação da sentença condenatória em cartório (10.06.03), última causa interruptiva do prazo prescricional.

Destarte, declaro extinta a punibilidade do referido recorrente pela superveniência da prescrição da pretensão punitiva.

Em relação ao apelante Antônio Adriano do Nascimento Lopes, que se insurge contra determinados atos processuais levados a efeito na primeira instância, os quais ensejariam a nulidade da ação, pugnando, outrossim, de forma alternativa, por sua absolvição ou desclassificação delitiva, cumpre apreciar, uma a uma, as questões levantadas.

I - PRELIMINAR DE NULIDADE

A prefacial ventilada suscitada pelos apelantes pauta-se no fato de que a advogada assistente da Defensoria Pública nomeada para exercer o múnus de representá-los não apresentou o rol de testemunhas na sua defesa prévia, porquanto, em tese, não teria desempenhado a contento sua função, infringindo dessa forma os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Ora, tal omissão não se configura como cerceamento de defesa, pois a alegada nulidade foi causada pelo próprio réu não procurou falar com sua advogada e indicar as testemunhas de defesa. A ninguém é dado o direito de alegar um prejuízo a que lhe deu causa.

Ademais, pelo que dos autos consta, a defensora, intimada que foi para apresentar a defesa prévia no tríduo legal, o fez de maneira satisfatória, pois o rol de testemunha não é requisito essencial da mencionada peça, e o que gera nulidade é a ausência de concessão do respectivo prazo ao defensor para fazê-lo, conforme a melhor doutrina e jurisprudência:

“A finalidade da defesa prévia é apenas a de dizer o réu o que pretende provar, qual a sua tese de defesa. Entretanto, por vezes o silêncio é mais interessante para a defesa, que poderá manifestar-se sobre o mérito após a produção da prova. Assim, a apresentação da defesa prévia não é obrigatória, mas mera faculdade derivada do princípio da ampla defesa. Sendo peça dispensável, a critério do defensor, a omissão não constitui nulidade por ausência de defesa. O que anula o processo é a ausência de concessão de prazo para o defensor apresentar a defesa prévia (art. 564, III, e, última parte)”. (MIRABETE, **Julio Fabbrini**. Processo Penal, 8ª Ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 477).

“STF - A apresentação da defesa prévia não constitui atividade processual vinculada do defensor. A ausência dessa peça processual - que traduz faculdade decorrente do postulado constitucional da plenitude de defesa - não configura, por si só, causa de invalidação do processo penal condenatório. Precedentes. **O que gera, na**

realidade, esse vício formal, é a falta de notificação do defensor - em especial quando dativo -, para oferecer a peça defensiva em favor do acusado, notadamente quando o seu patrono não tenha estado presente ao ato de interrogatório judicial” (HC n. 69.034-3/SP - rel. Min. Celso de Mello - DJU 19.06.1992). Grifamos.

Pelos *escólios* jurisprudenciais acostados, percebe-se que não se deve confundir deficiência técnica de defesa com cerceamento de defesa, pois a não apresentação do rol de testemunha da defesa preliminar é ônus da defesa, e não se pode alegar que houve prejuízo se a própria parte lhe deu causa.

Portanto, conclui-se que a não-apresentação do rol de testemunhas não caracterizou, no caso concreto, desídia da defensora, que, devidamente nomeada, ofereceu a defesa preliminar, e, dentro da técnica jurídica, pugnou para apresentar sua tese por ocasião do oferecimento das alegações finais. É importante salientar que a peça de alegações finais (fls. 42/43) já foi subscrita pela advogada postulante do presente recurso apelatório, azo em que se manteve silente acerca de qualquer irregularidade porventura evidenciada no processamento da causa.

Convém ressaltar que, se de um lado a apresentação das alegações preliminares é faculdade da defesa, de outro, o prazo do art. 395 do CPP é preclusivo. Logo, a apresentação da peça sem a referida lista gera preclusão consumativa.

Comentando aludida questão, leciona Fernando da Costa Tourinho Filho:

“E se a Defesa não arrolar testemunhas no momento adequado, poderá fazê-lo em outra oportunidade? Parece-nos que não. Todavia, nada impede possa o Juiz ouvi-las como se fossem suas” (Código de Processo Penal comentado, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 7).

A Jurisprudência dos Tribunais Superiores do país corrobora esta linha de entendimento, vejamos:

STF: “EMENTA “Hábeas Corpus”. - No tocante à defesa prévia, que alegou a inocência do ora paciente como seria demonstrado na instrução criminal, mas não apresentou rol de testemunhas, essa falta não é causa de nulidade do processo penal, porquanto é firme a jurisprudência desta Corte (assim, a título exemplificativo, os RHC’s 58.433 e 59.429, e os HC’s 68.923, 69.034, 74.794 e 76.226) no sentido de que até a ausência de defesa prévia, por não ser peça essencial do processo, não é causa de nulidade deste, o mesmo ocorrendo, com maior razão, quando foi apresentada defesa prévia,

mas nela não se arrolaram testemunhas.”(HC n. 80958/PE - rel. Min. Moreira Alves - j. 18.12.01 - DJU de 12.04.02) (Grifo nosso).

STJ: “PROCESSUAL PENAL. DEFESA. AUSÊNCIA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. DEFICIÊNCIA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE

1. A falta de rol de testemunhas na defesa prévia, aliada ao seu texto sucinto, bem como a inexistência de reperguntas, na colheita da prova testemunhal, não se erigem em falhas aptas a anular o processo (Súmula 523 - STF)” (HC n. 14775/PE - rel. Min. Fernando Gonçalves - j. 15.02.01 - DJU 19.03.01, p. 143) (Grifo nosso).

Em relação ao argumento suscitado pela defesa técnica do apelante, de que o defensor, intimado para fins do art. 499, nada requereu, entendemos não configurar qualquer cerceamento de defesa. Vê-se dos autos que o acusado teve sempre assegurada a ampla defesa, através da Advogada Luísa Cristina, assistente da Defensoria Pública, pela qual foi oferecida a defesa prévia (fl. 30), e pelo defensor público, Dr. Pedro Aurélio Ferreira Aragão, constatando-se sua presença em todas as audiências de inquirição de testemunhas de acusação (fls. 35/39).

Pelo que dos autos consta, a defesa não só estava presente na audiência em que o juiz reitor do feito determinou vista dos autos às partes para os fins do art. 499, cujo termo repousa à fl. 39, como também nada requereu. Convém ressaltar que a questão ora discutida, alegada somente em sede de apelação, traduz o intuito meramente procrastinatório, haja vista os diversos momentos oportunos à defesa para se manifestar nos autos sem, contudo, aventá-la em qualquer delas, mormente na ocasião devida, qual seja, as alegações finais, a teor do art. 571, inciso II, do Código de Processo Penal. Outrossim, não restou suprida pela defesa a indispensável prova do efetivo prejuízo sofrido pelo recorrente em face da suposta nulidade. Daí não se constatar a menor irregularidade no processo.

A respeito afirma Julio Fabbrini Mirabete:

“Cabe às partes produzirem na ocasião prevista pelo artigo 500 todas as suas alegações, quanto ao mérito e quanto às preliminares, sob pena de preclusão. É nessa fase que se deve argüir as nulidades da instrução criminal dos processos de competência do juiz singular e dos processos especiais”. (*in* Código de Processo Penal Interpretado, 5ª ed., São Paulo : Atlas, 1997, p. 640).

O autor, na citada obra, apresenta a seguinte

jurisprudência:

“STF: ‘ No prazo estabelecido pelo art. 500 do CPP cabe ao defensor produzir todas as suas alegações, seja quanto a preliminares, quer quanto ao mérito, dada a incindibilidade da sentença’ (RT 556/418). STF: ‘Ultrapassadas as fases processuais a que se alude nos arts. 499 e 500 do CPP, opera-se a preclusão do poder jurídico de alegar cerceamento de defesa’ (RT 558/423) (...)”

TACRSP: “O Direito Processual Penal Brasileiro rejeita o velho sistema de “guardarem-se as nulidades” para argüição em momento de exclusiva conveniência da parte interessada. Por isso que o art. 571 do CPP dispõe, expressamente, quanto ao momento adequado para que as nulidades sejam argüidas, e em seu inciso II está expresso que aquelas do processo comum, da competência do Juiz singular, devem ser argüidas “nos prazos a que se refere o art. 500” (RT 707/322)”. (*op. cit.*)”

Isto posto, não merece ser acolhida a preliminar de nulidade alegada, pois não houve vício procedimental a ensejar qualquer cerceamento de defesa. Em verdade, todo o rito desde a denúncia foi rigorosamente pautado na legislação pertinente.

II – Mérito

Sobre a alegação de inexistência de substrato probatório para a condenação, como se vê, na espécie, não procede. Segundo noticiam os autos, o recorrente e Antônio Ismael, em companhia de duas adolescentes, Greyciane e Elaine, consumaram o delito de furto qualificado ao subtraírem da vítima vários objetos com a colaboração da menor Moana Dorotéia, que forneceu as cópias das chaves das portas da residência, bem como todas as informações dos hábitos da vítima.

Por ocasião do inquérito policial, o apelante confessou com detalhes a prática delitiva, tendo sido encontrado em seu poder alguns objetos, conforme auto de apreensão de fl. 12, bem como respectivo termo de entrega à fl. 13. Em juízo, porém, negou ter participado do delito (fl. 29), atribuindo às adolescentes o evento criminoso.

Indubitável a confissão do acusado, conforme se percebe da leitura

abaixo transcrita, em que, na fase policial, admitiu espontaneamente a autoria do crime pelo qual fora acusado e condenado. Vejamos o que se extrai do material probatório reunido aos fólios:

“(…) Que o interrogando ficou do lado de fora da casa em uma bicicleta esperando para levar as coisas que ISMAEL, ELAINE E GLEICE iriam tirar de casa; Que os três passaram cerca de uma hora e meia dentro da casa e passaram para o interrogando uma bolsa contendo várias roupas e um vídeo-cassete; explica ainda os interrogando que estava nos fundos da casa e após receber estas coisas os outros três parceiros saíram pela porta da frente da casa levando muitas outras coisas: QUE Ismael foi no mesmo dia por volta das 22:00 horas a residência do interrogando levando umas 15 garrafas de whisky, em uma sacola de nylon e os dois com muitos amigos que ali apareciam beberam de sábado até domingo 15 garrafas de whisky, tendo sobrado umas três garrafas; QUE o interrogando conhecia apenas Ismael e quanto à Elaine e Gleice o interrogando nunca as tinha visto, pois as conheceu através de Ismael apenas no momento de praticar este delito, sabendo apenas que as duas são menores (...) (...) QUE no dia de hoje por volta das 09:30 horas o interrogando estava em sua residência quando chegou uma viatura da Polícia Militar levando Gleice e abriram o jogo e o interrogando de pronto entregou o produto do furto e em seguida foram para a casa da vítima e o interrogando juntamente com as duas menores foram trazidos para esta Delegacia para prestarem esclarecimentos; QUE o interrogando já foi preso e processado duas vezes por praticar assaltos, esclarecendo o interrogando que já pagou à Justiça pelo crime que cometera e que já até havia terminado de assinar o livro no fórum.(...)” (grifamos). Trecho do auto de qualificação e de interrogatório do indiciado Antônio Adriano do Nascimento Lopes, fl. 29).

Não bastasse a confissão, os depoimentos das menores infratoras são isentos de quaisquer contradições ao concluírem que o recorrente praticou a conduta delituosa, vejamos:

(...)”QUE: foi a declarante e a Gleiciane que ingressaram no interior da residência da vítima e entregaram os objetos aos acusados; que

ingressaram no interior da residência da vítima e entregaram os objetos aos acusados; que ingressaram na residência da vítima pela própria porta, fazendo o uso de uma chave que lhe foi dada pela Moana; que os bens furtados alguns foram levados pela Gleiciane, outros pela declarante, e outros ficaram com o Adriano (...)" (Trecho da declaração que presta a menor infratora, Maria Elaine do Nascimento, à fl. 36).

(...) "Que foi a declarante e a Elaine quem subtraíram os objetos da residência da vítima e os entregaram ao Adriano; que o Adriano compareceu no local atendendo o pedido da declarante; que a declarante não sabe dizer qual foi a participação de Ismael; que dos objetos furtados alguns foram levados pela Gleiciane, outros pela Elaine e outros ficaram com o Adriano (...)" (*Trecho da declaração que presta a menor infratora, Francisca Gleiciane Sousa Damasceno, à fl. 37*).

No mesmo sentido as declarações do co-autor Antônio Ismael Neves de Paula, à fl. 28:

(...) "Que o produto do furto foi guardado na residência de Antônio Adriano; que viu na casa de Adriano 25 garrafas de bebidas, jóias, roupas, perfumes; que saíram juntos para o Poliesportivo da casa de Adriano; que das testemunhas na denúncia, conhece Elaine e Gleice, nada tendo contra esta; que não tem conhecimento das provas apuradas contra sua pessoa no presente feito; que já foi preso e está sendo processado perante a 3ª Vara (...)."

Como se vê, todos os envolvidos narram o fato delituoso de forma semelhante, descrevendo-o em detalhes e indicando com clareza a participação do recorrente no furto em comunhão de esforços com as adolescentes, restando plenamente configurada a qualificadora do concurso de agente, como deixaram bem claro, em suas delações, as menores infratoras.

Soma-se a tudo isso o fato de todos envolvidos possuírem péssimos antecedentes, como demonstram as certidões acostadas aos autos. Convém destacar, inclusive, que, conforme certidão de antecedentes criminais acostada aos autos (fl. 46), o apelante é reincidente em crimes contra o patrimônio, revelando sua personalidade voltada para a vida delitativa.

No tocante à pretendida desclassificação do crime de furto qualificado para o de receptação, previsto no artigo 180 do Estatuto Repressivo, não pode ser acolhida, pois há uma perfeita adequação típica entre a conduta do apelante e a descrita no crime de furto. Nesse sentido, já decidiu a jurisprudência:

TJSC - “CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. PRETENDIDA DESCLASSIFICAÇÃO PARA RECEPÇÃO CULPOSA. PROVAS IRREFUTÁVEIS DA MATERIALIDADE E DA AUTORIA DO CRIME DE FURTO. IMPOSSIBILIDADE.

Se o conjunto probatório aponta com segurança tanto a materialidade, quanto a autoria do crime de furto, torna-se incabível a desclassificação para receptação, em qualquer das suas modalidades”. (Apelação Criminal n.º 2004.009065-0, da Capital, Segunda Câmara Criminal, rel. Des. Sérgio Paladino, j. em 25.05.2004. Disponível em: . Acesso em: 14 dez. 2004).

“TJCE - PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIME. DELITO DE ROUBO EM CONCURSO DE AGENTES. *omissis* ... “Com relação ao acusado Pedro José do Nascimento, requer alternativamente pela desclassificação para receptação dolosa. Materialidade, autoria e circunstâncias fáticas em torno do ilícito penal acham-se perfeitas e harmonicamente delineadas nos autos, não oportunando ensejo ao êxito da insurgência. Improvimento dos recursos. Unânime.” (Apelação Criminal n.º 2004.0006.7844-2/0, relatora Mariza Magalhães Pinheiro, j. em 12.04.2005, pub. Em 30.05.05). grifo nosso

Por todo o exposto, conheço dos presentes apelos, mas para declarar extinta a punibilidade do apelante **Antônio Ismael Neves de Paula**, pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva superveniente, nos termos do voto do Relator, e para negar provimento, mantendo a sentença *a quo*, ao recurso de **Antônio Adriano do Nascimento Lopes**, em consonância com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça.

Fortaleza, 06 de outubro de 2008.

PROCESSO Nº 2003.0001.0812-5/0
APELAÇÃO CRIMINAL (DE ICAPUÍ)
APELANTE: GENÉZIO PEREIRA MAIA
APELADA : A JUSTIÇA PÚBLICA
RELATOR: DESEMBARGADOR LUIZ GERARDO DE PONTES BRÍGIDO

- APELAÇÃO.
- ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR MEDIANTE VIOLÊNCIA FICTA.
- OFENDIDA OLIGOFRÊNICA, RÉU SEPTUAGENÁRIO, RUDE, PORÉM DE PASSADO ABONADOR. AUSÊNCIA DE PRESENCIANTES, COMO SOE ACONTECER. PERÍCIA MÉDICA INCONCLUSIVA, MATERIALIDADE DUVIDOSA E AUTORIA PEREMPTORIAMENTE NEGADA PELO PRETENSO OFENSOR. EM QUADRO ASSIM, NA MEDIDA DE VALOR PARA CHEGAR-SE À VERDADE REAL (REDUNDÂNCIA – OU É VERDADE E REAL, OU NÃO), ESTÃO EM IDÊNTICO NÍVEL AS DECLARAÇÕES DE QUEM SE DIZ OFENDIDA E AS DE QUEM PROTESTA EM DESMENTIDO. TOMAR-SE POR VERAZ A PALAVRA DA OFENDIDA E POR MENDAZ A DO RÉU, POR SIMPLES PRAGMATISMO OU COMODISMO JUDICIÁRIO, LEVA AO ABSURDO DE REDUZIR-SE O PROCESSO CRIMINAL A QUALQUER COISA DE FINAL PREVIAMENTE CONHECIDO: A INVARIÁVEL CONDENAÇÃO, MECÂNICA E CEGA, DO ACUSADO, RECUO, E ARREPIANTE, AOS TEMPOS DA SANTA INQUISIÇÃO. E COM A MAIS REMATADA VARREDELA DA LIÇÃO LEGADA POR CARRARA: “O PROCESSO CRIMINAL É O QUE HÁ DE MAIS SÉRIO NESTE MUNDO. TUDO NELE DEVE ESTAR CLARO COMO A LUZ, CERTO COMO A EVIDÊNCIA, POSITIVO COMO TODA GRANDEZA ALGÉBRICA. ... O PROCESSO CRIMINAL ASSENTA NESTA OUTRA PRECISÃO MAIS SALUTAR AINDA: A DA VERDADE SEMPRE DESATIVADA DE DÚVIDAS”.
- DECLARAÇÃO INCRIMINATÓRIA DE MENOR, SEM CONFORTO EM PONTOS DE PROVA CONFIÁVEIS, DEVE SER RECEBIDA COM RESERVA. QUE DIZER, ENTÃO, DAS TOMADAS DE UMA INFELIZ QUE, POR LAMENTÁVEL OBRA DO DESTINO, É PORTADORA DE RETARDO MENTAL? ORA, HAVENDO DUBITAÇÃO, INCERTEZA, INCLUSIVE QUANTO À OCORRÊNCIA DO ABUSO SEXUAL, CUIDE O JULGADOR DE DESVIAR-SE DA EMOÇÃO, DAS IMPRESSÕES SUBJETIVAS E DO

RISCO DO ERRO JUDICIÁRIO. TOME O ATALHO DO IN DUBIO PRO REO. ENFIM, “HÁ MAIS CORAGEM EM SER JUSTO, PARECENDO SER INJUSTO, DO QUE SER INJUSTO PARA GUARDAR AS APARÊNCIAS DA JUSTIÇA”, SENTENÇIAVA CALAMANDREI.

- SENTENÇA REFORMADA, DECRETADA A ABSOLVIÇÃO DO APELANTE – CPP, ART. 386, VI.

- DECISÃO UNÂNIME E NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Vistos, relatados e discutidos.

1- Adota-se, na forma regimental, o relatório lançado nos autos.

2- Relembra-se Carrara: “O processo criminal é o que há de mais sério neste mundo. Tudo nele deve estar claro como a luz, certo como a evidência, positivo como qualquer grandeza algébrica. ... Assente o processo nesta outra precisão mais salutar ainda: a da verdade sempre desativada de dúvidas” (negrito pelo Relator).

Uma semana após o suposto abuso sexual, levada a exame médico-legal definiram os peritos que a menor, oligofrênica em alto grau, apresentava “hiperemia da vulva no intróito vaginal”. Em linguagem mais simples, irritação avermelhada na genitália em função de coágulo sanguíneo. Hiperemia não perdura mais do que dois ou três dias. E é incompatível com lesão causada por pênis ereto na região vagínica, sob forma de coito interfemor. Nisto teria consistido a violência lasciva atribuída ao apelante, à época com 70 e tantos anos, hoje já octogenário. Na verdade, esse tipo de irritação, a hiperemia, não raro é fruto da automasturbação – prática a que se costumemente se entregam os oligofrênicos (v. GOMES, Hélio. Medicina Legal. 16ª ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1974, p. 169). Essas pessoas, cujo desenvolvimento mental não acompanha a idade cronológica, masturbam-se não por volúpia ou pelo prazer sexual, algo de que sequer cogitam. Fazem-no inocentemente, sem outro querer, salvo o de ativar pontos do corpo que lhes transmitem sensação diferente, agradável. Outra causa da hiperemia é a falta de higiene, amiúde observável, recordam os especialistas, nas mocinhas e mulheres das categorias sociais esquecidas do Poder Público, as pobres, sejam elas do meio urbano ou rural. Alheias as mais básicas noções de asseio, que o Estado por incompetência, ausência de vontade política ou omissão não lhes transmitem, essa classe feminina não se lava após o simples ato de urinar. Sem meios para adquirir roupas íntimas, demoram-se dias e dias no uso da mesma calcinha, manuseiam a sede vulvar com mãos sujas, daí que contraem urocistites e eritemas com a maior facilidade do mundo. Mas o que, em tese, tem por motivo a automasturbação ou o asseio inadequado, quem sabe as duas coisas juntas – caso das oligofrênicas, não remete inelutavelmente à idéia de que os semelhantes achaques tenham decorrido de abuso sexual. Vai então que a perícia médica se insinua de todo ponto vaporoso e imprestável para definir a materialidade delitiva.

O apelante refutou com indignação e revolta a acusação. Não expressou mero vagido de inocência. Pelo contrário, severa sinceridade – a sinceridade típica dos idosos e rudes, trabalhadores e de passado sério.

A mãe e o padastro confiavam-lhe a pré-adolescente sempre que viajavam. Ela não ficava só com o recorrente. Mas na casa dele, acompanhada de sua mulher e da neta. Nunca aconteceu nada, até que, às súbitas, surge a imputação. No contexto, desenha o sinal da verdade o que revelado pelo idoso. Que foi sujeito de chantagem da parte do guardião da moçoila. Queria dinheiro para deixar o dito pelo não dito. Exatificado que o padastro já respondeu a processo-crime por estelionato, fica a eloqüente impressão de que é verídica a afirmação do pretense pedófilo.

O juízo de culpa descansa principalmente na palavra da ofendida. A sentença passa má figura. Deveras, e incontestavelmente, partiu de referencial inconfiável. Daí que encerra saliente temeridade. A condenação repousa exclusivamente nas declarações de uma oligofrênica. Não podia a acusação de crime sexual preponderar em relação à reiterada negativa do agente, que não registra, já referido, antecedentes desabonadores. No tópico, veja-se RT, v. 482, p. 333. Não se pode considerar seja dotada de valor probante increpação, firmemente contrariada, saída da boca de quem, por despreço do destino, é atardada mental. E comprovadamente, segundo o documento médico-legal. Non sense pretender extrair-se credibilidade do que declarado por pubescente com deficit de capacidade intelectual, de discernimento, tendente a fantasiar as coisas ou a redizer, para agradar, os que lhes metem na cachimônia os mais próximos. “Há fatores que, alterando a percepção e a lembrança do ofendido [a], determinam mentiras involuntárias, criadas com a mais perfeita boa-fé” (ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. CPP brasileiro. 5ª ed. Vol. III, p. 60). Aliás, qualquer livro de Medicina Legal avisa sobre o risco de condenar-se alguém à base, só e só, da sedizente ofendida. E oligofrênica. Sem esquecer a probabilidade de ter sido induzida a remeter ao apelante algo que não fez.

Na espécie, a dubitação não se limita à autoria do atentado ao pudor. Vai mais além. Desdobra-se na dúvida quanto à realidade da ocorrência delituosa. Com motivação anêmica, descorada, pouco ponderada a respeito da culpabilidade do apelante, transmite a impressão de que a persecução penal era novela mexicana - de final previsível.

Sem prova limpa e segura não se condena; absolve-se. “Há mais coragem em ser justo, parecendo ser injusto, do que ser injusto para salvaguardar as aparências da justiça”.

3- Do que posto, ACORDA a 1ª CÂMARA CRIMINAL do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ, à unanimidade e nos precisos termos do voto do Relator, em conhecer da apelação e dar-lhe provimento, reformada a decisão a quo e proferida a absolvição do apelante, na forma do art. 386, VI, do CPP.

Fortaleza, CE, 18 de junho de 2008.

Nº 2005.0010.2255-7/0 APELAÇÃO CRIME
COMARCA FORTALEZA
APELANTES CARLOS ALBERTO TEIXEIRA DE CASTRO
LUCIANO PINHEIRO DOS SANTOS
APELADA: A JUSTIÇA PÚBLICA
RELATOR: DES. EYMARD DE AMOREIRA

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL.

1. APELAÇÃO CRIME. CORREÇÃO DE PENA. IMPOSSIBILIDADE FRENTE ÀS INÚMERAS CONDENAÇÕES.

2. RECURSO QUE TORNOU IMPOSSÍVEL A DEFESA DA VÍTIMA. EXCLUSÃO DA QUALIFICADORA PELO ÓRGÃO JULGADOR. IMPOSSIBILIDADE.

1.1 A toda razão, o Conselho de Sentença reconheceu que o apelante praticou o crime na forma matriciada no caput do art. 121 do Código Penal. Contudo, o que o afastou de uma pena mais branda foram 04 (quatro) condenações, 03 (três) por roubo e uma por porte ilegal de arma, afora outros procedimentos criminais que responde.

1.2. Assim é que não há nulidade a ser declarada na sentença, porquanto devidamente fundamentada a aplicação da pena, não sendo o caso, igualmente, desta ser reduzida, haja vista que o juiz sentenciante ao proceder a individualização da pena, como direito fundamental, observou atentamente as circunstâncias judiciais explicitadas do art. 59 do Código Penal, cujo regramento da culpabilidade, no caso concreto, foi a considerável quantidade de crimes praticados, de molde a não permitir que a pena suportada alcançasse o patamar mínimo legal, reclamado.

1.3. Apelo improvido.

2.1 É bom que se diga que nos crimes de competência do Tribunal do Júri, é defeso a esta Corte de Justiça, em conhecendo e julgando a apelação, modificar a decisão do Conselho de Sentença, julgando improcedente a ação penal, tampouco proceder com a

exclusão de qualquer que seja a qualificadora. O que pode praticar-se é tão-só modificar o provimento condenatório, ou seja, retificar a pena aplicada. Logo, a apelação com suporte no art. 593, inciso III, “d”, do Código Instrumental, tem como fundamento à contrariedade da decisão com a prova dos autos, caso em que, se provido o apelo, o julgamento é anulado e o acusado submetido a um novo júri.

2.2. A vítima, após ser espancada e perder seus pertences de uso pessoal, inclusive o revólver, retornou para sua casa, vendeu o televisor e assim, com o apurado, armou-se novamente com um revólver.

2.3. No mesmo dia, ao escurecer, ainda com o propósito de reaver o relógio do menor e seus pertences, a vítima retornou àquela comunidade, e ali, travou intenso tiroteio com os apelantes, saindo todos feridos a bala, vindo a vítima a falecer quase um mês depois numa das enfermarias do Instituto José Frota.

2.4. Como se vê da prova dos autos, a qualificadora do recurso que tornou impossível a defesa da vítima, consignada expressamente no art. 121, § 2º, IV do Código Penal, não restou configurada nos autos, até mesmo porque o crime se deu em meio a uma briga em que todos estavam armados e prevenidos para o embate. Além do mais, há registro na ata de julgamento dando conta de que o Ministério Público por ocasião dos debates orais, fixou a acusação tão-somente em provar a autoria do delito, mesmo assim, o Magistrado entendeu que a qualificadora deveria ser submetida ao Conselho de Sentença.

2.5. Apelo provido. Decisão unânime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação crime, nº 2005.0010.2255-7/0, de Fortaleza, em que são apelantes Carlos Alberto Teixeira de Castro e Luciano Pinheiro dos Santos, sendo apelada a Justiça Pública.

Acorda a Turma, por unanimidade de votos, negar provimento ao apelo interposto por Carlos Alberto Teixeira de Castro e dar provimento ao apelo de Luciano Pinheiro dos Santos para, nulificando a decisão recorrida, submetê-lo a um novo júri, nos termos do voto do Relator.

Carlos Alberto Teixeira de Castro e Luciano Pinheiro dos Santos,

qualificados nos autos, foram levados a julgamento pelo Conselho de Sentença do Terceiro Tribunal do Júri desta Capital, onde lograram condenados, respectivamente a 08 (oito) anos e 06 (seis) meses de reclusão em regime inicialmente fechado, por violação ao *caput* do art. 121, *c/c* o art. 29, do Código Penal e 14 (quatorze) anos de reclusão em regime integralmente fechado, por infração ao art. 121, § 2º, inciso IV, *c/c* o art. 29, todos do Código Penal Brasileiro, em face de, no dia 17 de abril de 1997, por volta das 10h, em local da Rua Jacy, bairro Jardim Iracema, a tiros de revólver levaram a óbito a pessoa de Francisco Flávio Rocha do Nascimento.

Não conformados com a decisão condenatória, interpuseram o presente apelo objetivando Carlos Alberto Teixeira de Castro, com auxílio do art. 593, inciso III “c” do Código Adjetivo Penal, a retificação do provimento condenatório para o mínimo legal (fs.289/296) e, Luciano Pinheiro dos Santos, vem recalitrar contra a decisão do Conselho de Sentença por ter acolhido a qualificadora surpresa, portanto, assenta seu requerimento no art. 593, inciso III, letra “d” do Código de Processo Penal, para que esta Câmara o absolva ou nulifique a decisão, mandando-o para um novo júri (fs. 303/310).

Apelos devidamente contra-arrazoados às fs. 311/313 e 314/321.

Nesta Superior Instância os autos foram com vista à douta Procuradoria Geral de Justiça que com o parecer de fs. 329/333, opinou pelo improvimento do apelo manejado por Carlos Alberto Teixeira de Castro e, em relação a Luciano Pinheiro dos Santos, protesta pela exclusão da qualificadora do § 2º, inciso IV do art. 121 do Código Penal, para que esta Câmara venha a condená-lo na figura capitular da norma.

É o relatório.

Do apelo interposto por Carlos Alberto Teixeira de Castro.

Busca objetivamente o apelo ver retificada a pena que lhe foi imposta pela Justiça Pública, 8 (oito) anos e 06 (seis) meses de reclusão em regime inicialmente fechado, ao argumento de que “é cidadão que possui profissão e endereço fixo, além de ter família constituída, não podendo ser comparado, tecnicamente, a um criminoso reincidente”.

A toda razão, o Conselho de Sentença reconheceu que o apelante praticou o crime na forma matriciada no *caput* do art. 121 do Código Penal. Contudo, o que o afastou de uma pena mais branda foram 04 (quatro) condenações, 03 (três) por roubo e uma por porte ilegal de arma, afora outros procedimentos criminais que responde.

Assim é que não há nulidade a ser declarada na sentença, porquanto

devidamente fundamentada a aplicação da pena, não sendo o caso, igualmente, desta ser reduzida, haja vista que o juiz sentenciante ao proceder a individualização da pena, como direito fundamental, observou atentamente as circunstâncias judiciais explicitadas do art. 59 do Código Penal, cujo regramento da culpabilidade, no caso concreto, foi a considerável quantidade de crimes praticados, de molde a não permitir que a pena suportada alcançasse o patamar mínimo legal, reclamado.

No que tange ao apelo intentado por Luciano Pinheiro dos Santos que, com o acorde da douta Procuradoria Geral de Justiça protesta pela exclusão da qualificadora surpresa (inciso IV, do art. 121, do Código Penal) de molde que esta Câmara o condene no caput do art. 121 do Código Penal, é bom que seja esclarecido que nos crimes de competência do Tribunal do Júri, é defeso a esta Corte de Justiça, em conhecendo e julgando a apelação, modificar a decisão do Conselho de Sentença, julgando improcedente a ação penal, tampouco proceder com a exclusão de qualquer que seja a qualificadora. O que pode praticar-se, é tão-só modificar o provimento condenatório, ou seja, retificar a pena aplicada. Logo, a apelação com suporte no art. 593, inciso III, “d”, do Código Instrumental, tem como fundamento a contrariedade da decisão com a prova dos autos, caso em que, se provido o apelo, o julgamento é anulado e o acusado submetido a um novo júri.

Fato é que, no dia 15 de maio de 1997, na comunidade dos Sem-Terras, do Jardim Iracema, o menor André Amâncio teve seu relógio arrebatado por Carlos Alberto Teixeira de Castro, o primeiro apelante nestes autos. O menor, prontamente foi denunciar o fato a pessoa de Francisco Flávio Rocha do Nascimento, conhecida por “Bianor”, o qual veio depois a ser a vítima fatal anunciada neste processado.

Bianor, a vítima, visivelmente alcoolizado e “puxando-fogo”, dirigiu-se à comunidade dos “Sem-Terra” com o propósito de reaver o relógio do seu amigo menor. Mal chegou naquele assentamento, foi logo abordado pelos apelantes, que já o esperavam. Estes, armados com pedaços de madeira, surraram-no ao tempo em que subtraíram seus pertences: pulseira, relógio, cordão e o revólver que conduzia à cinta.

Francisco Flávio, após ser espancado, perder seus pertences de uso pessoal, inclusive o revólver, retornou para sua casa, vendeu o televisor e assim, com o apurado, armou-se novamente com outro revólver.

No mesmo dia, ao escurecer, Bianor, retornou àquela comunidade e ali, travou intenso tiroteio com Carlos Alberto e Luciano Pinheiro, saindo todos

feridos a bala, vindo Bianor a falecer quase um mês depois numa das enfermarias do Instituto José Frota.

Como se vê da prova dos autos, a qualificadora do recurso que tornou impossível a defesa da vítima, consignada expressamente no art. 121, § 2º, IV, do Código Penal, não restou configurada nos autos, até mesmo porque o crime se deu em meio a uma briga em que todos estavam armados e prevenidos para o embate. Além do mais, há registro na ata de julgamento dando conta de que o Ministério Público por ocasião dos debates orais, fixou a acusação tão-somente em provar a autoria do delito, mesmo assim, o Magistrado entendeu que a qualificadora deveria ser submetida ao Conselho de Sentença (fs.282/283).

Pelas condições expostas, a decisão do Conselho de Sentença apartou-se da verdade real, por isso deve ser anulado o veredicto popular vergastado, não significando, todavia, ofensa à soberania daquele Colegiado, como é o entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

“STF: A soberania do veredicto dos jurados não exclui a recorribilidade de suas decisões, sendo assegurada com a devolução dos autos ao Tribunal do Júri, para que profira novo julgamento, uma vez cassada a decisão recorrida” (RT 644/353).

“STJ: Não há ofensa ao art. 5º XXXVIII, da CF/88, aplicação do art. 593, III, “d” do Código de Processo Penal, quando o Tribunal ad quem determina, em casos de decisão contrária a prova dos autos, que o réu se submeta a novo julgamento. Inexistência de ferimento à soberania do Júri, em casos que tais” (JSTJ 7/211).

À luz da prova, nego provimento ao apelo de Carlos Alberto Teixeira de Castro e, em relação a Luciano Pinheiro dos Santos, hei por bem nulificar a decisão recorrida, para que seja remetido a um novo júri.

É como voto.

Fortaleza, 10 de fevereiro de 2009.

APELAÇÃO CRIME Nº. 2005.0013.7006-7/1 – QUIXADÁ/CE
APELANTE: RAIMUNDO JOSÉ BANDEIRA
APELADA: JUSTIÇA PÚBLICA
RELATOR: DES. JOÃO BYRON DE FIGUEIRÊDO FROTA

EMENTA: PENAL. PROCESSO PENAL. ART 14, LEI N. 10.826/03 E ART. 147, CP. CONCURSO DE AGENTES. SENTENÇA CONDENATÓRIA. ABSOLVIÇÃO IMPROVIMENTO.

I – CONDENADO POR PORTE DE ARMA DE FOGO E AMEAÇA, O APELANTE REQUER SUA ABSOLVIÇÃO PELO CRIME DE AMEAÇA, POR OCORRÊNCIA DE *BIS IN IDEM*, BEM COMO A REFORMA DA PENA-BASE, FIXANDO-A NO MÍNIMO LEGAL.

II – CRIME DE AMEAÇA. AUSÊNCIA DE REPRESENTAÇÃO. CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. DECADÊNCIA. EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE. (TJMG: É NECESSÁRIA A REPRESENTAÇÃO DO OFENDIDO EM SE TRATANDO DE CRIME DE AMEAÇA. - AP. CRIM. N. 1.0000.00.265.125-5/000(1). REL. DES. MERCÊDO MOREIRA. JULG. 13 AGO. 2002).

III – A FIXAÇÃO DA PENA-BASE EM PATAMAR MUITO SUPERIOR AO MÍNIMO DEVE SER FUNDAMENTADA CONVENIENTEMENTE, MORMENTE SE O ACUSADO NÃO APRESENTA CONDIÇÕES SUBJETIVAS DESFAVORÁVEIS. NOVO CÁLCULO DA PENA. PRECEDENTES. (TJMG: HAVENDO CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS E FAVORÁVEIS, A FIXAÇÃO DA PENA NÃO PODE SE DAR EM UM PATAMAR ELEVADO, IMPONDO-SE A SUA REDUÇÃO. - AP. CRIM. 1.0713.06.061704-8/001. REL. DESA. BEATRIZ PINHEIRO CAIRES. JULG. 18 JUL. 2007.)

IV – DEU-SE PROVIMENTO AO RECURSO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Crime nº **2005.0013.7006-7/1**, da Comarca de Quixadá, neste Estado, na qual é apelante **Raimundo José Bandeira** e apelada a **Justiça Pública**.

ACORDA a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por julgamento de Turma, unanimemente, em dar provimento ao recurso de apelação para declarar extinta a punibilidade do apelante quanto ao crime de ameaça, modificando o quantum da condenação para 02 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, mais 10 (dez) dias-multa, tudo nos termos do voto do desembargador Relator.

Raimundo José Bandeira, já devidamente qualificado nos autos em epígrafe, foi denunciado perante o Juízo da 2ª Vara da Comarca de Quixadá como incurso nas reprimendas do art. 14 da Lei 10.826/03 em concurso material com o crime de ameaça (art. 147, CP), juntamente com mais dois acusados.

Consta na denúncia que, no dia 11 de julho de 2005, por volta de 3 horas da manhã, o Apelante, armado com revólver calibre 38 e mais dois comparsas foram surpreendidos pelo vigilante Antônio Alves da Silva, pois estavam em atitude suspeita, notadamente pelo fato de também trazerem consigo marreta e alavanca. Ao fazer a abordagem, o vigilante fora ameaçado pelo Apelante, que lhe apontou a arma, mandando-o parar. O vigilante, então, empreendeu fuga, entrando em contato com a Polícia Militar. Preso em flagrante, o Apelante ainda trazia consigo a arma utilizada para a ameaça.

Posteriormente, em sede de interrogatório em juízo, o acusado confirmou a posse da referida arma, bem como da ameaça (fls. 110).

Diante do quadro probatório inafastável acerca da existência de elementos suficientes de autoria e da infração penal constituída por crime de mera conduta, o MM. Juiz da 2ª Vara da Comarca de Quixadá, em sintética porém concisa decisão, julgou procedente a preambular acusatória e condenou o acusado à pena privativa de liberdade em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, mais 10 dias-multa, pelo crime de porte de arma, e 2 (dois) meses de detenção pelo crime de ameaça, em regime aberto, não a substituindo por pena restritiva de direito (fls. 214/217).

Inconformado com tal *decisum*, o apelante interpôs recurso de apelação requerendo a reforma da sentença de primeira instância, tendo em vista a insuficiência do acervo probatório para embasar um decreto condenatório pelo crime de ameaça, pois se caracteriza inegável *bis in idem*, vez que a utilização de arma de fogo, por si só, absorve a ameaça. Requer, ainda, a reforma da pena, pois a pena-base fora fixada muito acima do mínimo legal (fls. 247/249).

Chamado às contra-razões, o Representante do Ministério Público pugnou pela improcedência plena da apelação, pelo fato de a sentença encontrar-se devidamente fundamentada nas provas trazidas aos autos no que tange à autoria e materialidade das normas incriminadoras (fls. 250/252).

A Procuradoria Geral da Justiça opinou pelo acolhimento do recurso apelatório, mantendo-se integralmente a decisão proferida em primeiro grau (fls. 261/263).

É o relatório.

Conheço do recurso, uma vez que é tempestivo e foi regularmente preparado, não havendo qualquer causa impeditiva ou extintiva do direito de recorrer do apelante.

Para melhor analisar as questões postas em discussão, passo a observar, isoladamente, as questões suscitadas pelo apelante.

I – Do crime de ameaça. Inexistência de representação. Condição de procedibilidade. Extinção de punibilidade.

Verifica-se que, no caso em análise, houve equívoco no processamento e condenação do Apelante pelo crime de ameaça (art. 147, CP). Entretanto, o provimento do recurso de apelação não se dá pelo acolhimento das razões do Apelante – *bis in idem* com o crime de porte ilegal de arma de fogo – mas pelo fato de não ter ocorrido a representação do ofendido para o início e prosseguimento da *persecutio criminis* contra o Apelante.

Como bem apontado pelo parágrafo único do art. 147 do CP, trata-se de crime que se procede mediante representação. E conforme disposição textual do art. 24 do CPP, “nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo”.

Não se trata, no caso, de crime complexo (art. 101, CP), pois a ameaça não é elemento do crime de porte de arma de fogo. São crimes autônomos, com caracterizações típicas diversas e momentos consumativos diferentes. Apesar de o crime de ameaça ter se configurado no caso, observa-se que a falta do exercício do direito de representação no prazo adequado – 6 meses – obsta à condenação do Apelante pelo referido delito.

Vejam-se as lições de Cezar Roberto Bittencourt:

A ação penal [no crime de ameaça] é condicionada à representação do ofendido. A natureza da ação penal é pública, mas a iniciativa da

autoridade (Policia, na fase investigatória, e Ministério Público, para iniciar a fase processual) depende de provocação (ou aquiescência) da vítima. O ameaçado deverá avaliar a conveniência de instaurar-se o procedimento investigatório ou não.

(*Tratado de direito penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 2, p. 371).

Não cabe, aqui, invocar orientação firmada pelo Colendo STJ (HC 11.061/BA, 5ª. T., Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 27 ago. 2001, p. 352) no sentido de se presumir a representação, quando, inequivocamente, a vítima deseja sejam tomadas providências contra o autor do fato. Pela leitura atenta dos autos, em nenhum momento se pode chegar a esta conclusão.

O entendimento pretoriano a respeito não é dissonante do pensamento doutrinário:

TJMG: Ameaça, resistência e desacato - Nulidades - Absorção - O que se exige na fase do inquérito policial é a oportunidade concedida ao indiciado de ter a assistência de advogado e não a efetiva assistência desse profissional. As irregularidades ocorridas no inquérito não maculam o respectivo processo - É necessária a representação do ofendido em se tratando de crime de ameaça - O delito de resistência absorve o crime de ameaça e desacato, quando praticados em um mesmo contexto.

(Ap. Crim. n. 1.0000.00.265.125-5/000(1). Rel. Des. Mercêdo Moreira. Julg. 13 ago. 2002.)

TJRS: APELAÇÃO CRIMINAL. DESACATO. ART 331 DO CP. RECURSO DA DEFESA. DELITO NÃO-CONFIGURADO. INEXISTÊNCIA DE REPRESENTAÇÃO QUANTO À AMEAÇA. 1- A prova produzida nos autos não evidencia a prática do delito de desacato, uma vez que a promessa do réu foi de que 'iria pegar o PM sem farda', o que configuraria, no máximo, uma ameaça. 2- Não havendo representação dos ofendidos, inviável o oferecimento da denúncia pelo crime de ameaça, por faltar-lhe condição de procedibilidade, bem como a desclassificação do delito. SENTENÇA REFORMADA. (Recurso Crime n. 71001576255, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Relator: Cristina Pereira Gonzales, Julgado em 28/04/2008)

Desta feita, por faltar justa causa para a ação penal pela ausência da representação, que é condição de procedibilidade da ação penal, julga-se extinta a punibilidade do delito de ameaça pelo não-exercício do direito de representar no prazo decadencial de 6 meses (art. 107, VI, CP c/c art. 38, CPP).

II – Pena-base. Fixação. Correção. Ausência de antecedentes. Provimento do recurso.

No tocante à fixação da pena, observa-se que também não agiu com acerto a autoridade judiciária monocrática, pois levou em consideração um antecedente que, na verdade, não existe.

Consta às fls. 61 dos autos que o Apelante responde pelo crime previsto no art. 229, CP (casa de prostituição), na Comarca de Morada Nova. Entretanto, não há qualquer outro elemento nos autos que comprove ser o acusado portador de maus antecedentes.

Observa-se com clareza solar na orientação dos Tribunais que processos em curso, sem trânsito em julgado da condenação, não podem ser considerados como maus antecedentes, sob pena de se violar o princípio da presunção do estado de inocência (STJ, HC 88.430/MS, 5ª. T., Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 26 maio 2008; STF, HC 84.088/MS, 2ª. T., Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 20 abr. 2007, p.102.)

É certo que, no critério de fixação das circunstâncias judiciais, nenhuma prepondera sobre a outra, ou seja, todas têm o mesmo peso e, assim, devem ser consideradas de forma igual para a fixação da pena-base.

Excelente lição traz Cezar Roberto Bittencourt para operação correta da fixação da pena-base:

Se todas as operadoras do art. 59 forem favoráveis ao réu, a pena-base pode ficar no mínimo previsto. Se algumas circunstâncias forem desfavoráveis, deve afastar-se do mínimo; se, contudo, o conjunto for desfavorável, deve aproximar-se do termo médio, que, segundo a velha doutrina nacional, é representado pela média da soma dos dois extremos, quais sejam, limites mínimo e máximo. **De regra, o cálculo da pena deve iniciar próximo do mínimo e só excepcionalmente, quando as circunstâncias revelarem especial gravidade, se justifica a fixação da pena-base distanciada do mínimo legal.** (*Tratado de direito penal*. 13. ed. SP: Saraiva, 2008, v. 1, p. 600. Grifos acrescentados ao original).

De acordo com as lições do mestre gaúcho, o magistrado monocrático fixou a pena-base próximo no termo médio, mesmo havendo circunstâncias judiciais favoráveis ao Apelante. Desta forma, merece reforma a pena, a fim de adequá-la ao princípio da proporcionalidade e ao princípio da individualização da pena, a fim de que ela seja adequada e proporcional à prevenção do crime à ressocialização do preso.

Neste sentido se manifestam os Tribunais pátrios:

STJ: Embora seja possível majorar a pena com fundamento na grande quantidade de entorpecentes apreendida, à luz dos critérios previstos no art. 59, do Código Penal, carece o decreto condenatório de motivação concreta para a fixação da pena-base em 08 anos de reclusão, mais que o dobro do mínimo legal - estabelecido em 03 anos pelo legislador -, sobretudo porque a exasperação da reprimenda deverá, sempre, respeitar o princípio da proporcionalidade. (HC 104.891/SP. 5ª. T. Rel. Min. Laurita Vaz. DJe 30 jun. 2008).

TJMG: APELAÇÃO CRIMINAL - PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO RASPADA - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - ELEMENTO SUBJETIVO - CONFIGURAÇÃO - DOSIMETRIA - EQUÍVOCO NA ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS - OCORRÊNCIA - REDUÇÃO DA PENA - PROVIMENTO PARCIAL. - O elemento subjetivo do crime de porte ilegal de arma consiste na vontade livre e consciente de realizar a conduta tipificada, não se exigindo um fim especial de agir, afigurando-se irrelevante questionar qual a finalidade do agente ao adquirir a arma com numeração raspada. - **Havendo circunstâncias desfavoráveis e favoráveis, a fixação da pena não pode se dar em um patamar elevado, impondo-se a sua redução.** (Ap. Crim. 1.0713.06.061704-8/001. Rel. Des.a Beatriz Pinheiro Caires. Julg. 18 jul. 2007.)

Desta feita, dá-se provimento à apelação no tocante à determinação da reprimenda legal para fixar a pena-base em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão. Com a aplicação da atenuante específica da confissão, diminui-se de 6 (seis) meses a pena-base, reduzindo-a para 2 (dois) anos. E à míngua de outras causas que aumentem ou diminuam a pena, esta é a pena fixada, que deverá ser cumprida em regime aberto.

III – Conclusão. Provimento do recurso de apelação.

Isso posto, dá-se provimento ao recurso de apelação para declarar extinta a punibilidade do Apelante quanto ao crime de ameaça, e modificar o quantum da condenação para 2 (dois) anos de reclusão em regime aberto, mais 10 (dez) dias-multa.

Fortaleza, 03 de novembro de 2008.

PROCESSO Nº 2005.0015.2175-8/0 - APELAÇÃO CRIME
COMARCA DE FORTALEZA
APELANTE: VICENTE PAULO DE OLIVEIRA
APELADA: A JUSTIÇA PÚBLICA
RELATOR: DES. EYMARD DE AMOREIRA

EMENTA: APELAÇÃO CRIME – PENAL - ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR - PROVA INCONTROVERSA – VÍTIMA BEBÊ DE 01 ANO DE IDADE - VIOLÊNCIA PRESUMIDA – PROGRESSÃO DE REGIME – POSSIBILIDADE – APELO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. DIVERSAMENTE DO QUE ADUZ O APELO, A PROVA COLIGADA AOS AUTOS ILUSTRA COM CLAREZA A CONDUTA CRIMINOSA DO ACUSADO QUE, COM ARDIL, APROVEITOU-SE DO FATO DA MÃE DA VÍTIMA TER SE DIRIGIDO À RESIDÊNCIA DA VIZINHA, DEIXANDO A MENOR DORMINDO EM CASA, PARA EXTRAVASAR OS SEUS INSTINTOS MAIS PERVERTIDOS, ATACANDO AQUELE BEBÊ EM SEU SONO ANGELICAL.

2. RESSALTE-SE, QUE O CRIME FOI PRATICADO EM DESFAVOR DE VÍTIMA MENOR DE 14 (QUATORZE) ANOS, NA VERDADE, CONTRA UM BEBÊ DE APENAS 01 (UM) ANO E 04 (QUATRO) MESES, RAZÃO PELA QUAL SE CARACTERIZA, IN CASU, A TESE DA VIOLÊNCIA PRESUMIDA.

3. NO QUE TOCA A POSSIBILIDADE DE PROGRESSÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA, CUMPRE OBSERVAR QUE A PARTIR DE MARÇO DE 2007, EMPÓS O JULGAMENTO HC 82.959 E POR FORÇA DA LEI Nº 11.464/07, OS CONDENADOS POR CRIMES HEDIONDOS PASSARAM A TER A POSSIBILIDADE DE CUMPRIREM SUAS PENAS EM REGIME INICIALMENTE FECHADO, OU SEJA, A

PROBABILIDADE DE PROGREDIREM NO
REGIME PENITENCIÁRIO.

4. APELO PARCIALMENTE PROVIDO.
DECISÃO UNÂNIME.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação crime, nº 2005.0015.2175-8/0, da comarca de Fortaleza, em que é apelante *Vicente Paulo de Oliveira* e apelada a Justiça Pública.

Acorda a Turma, por unanimidade de votos, em conhecer do apelo, para dar-lhe parcial provimento, apenas no que toca a possibilidade de progressão do regime prisional, nos termos do voto do Relator.

Vicente Paulo de Oliveira, qualificado nos autos, interpôs o presente apelo visando desconstituir a sentença de fls. 79/84, do juízo da 12ª Vara Criminal de Fortaleza, que o condenou a uma *pena de 06 (seis) anos de reclusão, em regime integralmente fechado*, por infringir os arts. 214 c/c 224 “a”, do Código Penal Nacional, quando no dia 09 de agosto de 2004, adentrou na residência da Sra. Daniela Gomes do Nascimento, que se encontrava jantando na casa da vizinha, ocasião em que foi ao encontro da menor *Taquira Gomes Nascimento*, de 01 (um) ano e 04 (quatro) meses, que estava dormindo em sua rede. Movido por impulsos voluptuosos, retirou a roupa íntima do bebê, levando-a para cama, passando também a tirar sua vestimenta, tendo sido flagrado sobre a cama molhada, praticando com essa atos libidinosos diversos da conjunção carnal.

Nega, em suas razões às fls. 88/96, a prática do crime a ele imputado, aduzindo insuficiência de provas que enseje sua condenação, requerendo por sua absolvição ou ainda, a possibilidade de progressão do regime prisional.

Contra-razões ministeriais às fls. 98/101, pelo improvimento do recurso em sua totalidade.

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça às fls.111/118, opinando pelo parcial provimento do apelo, apenas no que diz respeito a possibilidade de progressão prisional.

Eis o relatório.

Não obstante a negativa de autoria por parte do apelante e o frágil argumento de insuficiência de provas para sua condenação, a sentença vergastada se apresenta infensa de reparo, pois, atendeu à legislação pátria aplicável à espécie, ante o apurado na *persecutio criminis in judicio* e ainda, no inquisitório policial que lhe deu azo.

Com efeito, consta dos autos que o apelante fora flagrado na casa da vítima de 01 (um) ano e 04 (quatro) meses, *Taquira Gomes Nascimento*, de

calças baixas, sobre a menor despida, praticando com esta, ato diverso da conjunção carnal. O ato libidinoso noticiado de que foi vítima a menor restou evidenciado pelos testemunhos *de visu* acostados aos autos.

Diversamente do que aduz o apelante, a prova coligida ilustra com clareza a conduta criminosa do acusado que, com ardil, aproveitou-se do fato da mãe da vítima ter se dirigido à residência da vizinha, deixando a menor dormindo em casa, para extravasar os seus instintos mais pervertidos, atacando aquele bebê em seu sono angelical.

De fato, a cena repugnante fora flagrada pela mãe da vítima, Sra. Daniela Gomes do Nascimento, e por seu cunhado Francisco Henrique Araújo da Silva, após terem sido avisados pela filha desse último de que havia um homem dentro da casa da menor. Também os vizinhos, após serem alardeados sobre o fato, testemunharam a retirada do apelante de dentro da casa da vítima ainda de calças baixas, o que causou revolta à população, a qual passou a agredi-lo, conforme prova o auto de exame de corpo de delito às fls. 23.

Ressalte-se, ainda, que o crime foi praticado em desfavor de vítima menor de 14 (quatorze) anos, na verdade contra um bebê de apenas *01 (um) ano e 04 (quatro) meses*, pelo que se presume a existência de lesão. Ademais, nesta idade, o prejuízo sofrido pela ofendida suplanta a ordem física, alcançando o emocional da menor, razão pelo que se caracteriza, *in casu*, a tese da violência presumida. *In verbis*:

ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR – ESTUPRO – VIOLÊNCIA PRESUMIDA – VÍTIMA MENOR DE 14 (QUATORZE) ANOS DE IDADE – PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA – CARÁTER ABSOLUTO – CONSENTIMENTO DO MENOR – IRRELEVÂNCIA – RECURSO MINISTERIAL PROVIDO. “1. A violência presumida, prevista no art. 224, alínea ‘a’, do Código Penal, tem caráter absoluto, afigurando-se como instrumento legal de proteção à liberdade sexual do menor de 14 (quatorze) anos, em razão de sua incapacidade volitiva. (...)”. (STJ – 5ª T. – REsp. nº 841.691-SP – Rel. Min. Laurita Vaz – j. 21.09.06 – v.u. – DJU 30.10.06, pág. 406).

No que toca a possibilidade de progressão do regime de cumprimento da pena, observa-se a discussão em torno da constitucionalidade da norma que proibia esse benefício para os crimes hediondos, a qual chegou ao Supremo Tribunal pelos autos do HC 82.959, tendo a Corte Maior consignado a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, nos seguintes termos:

“PENA – REGIME DE CUMPRIMENTO – PROGRESSÃO –

RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia menos dia voltará ao convívio social.

PENA – CRIMES HEDIONDOS – REGIME DE CUMPRIMENTO – PROGRESSÃO – ÓBICE – ART. 2º, § 1º DA LEI 8.072/90 – INCONSTITUCIONALIDADE – EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena – artigo 5º inciso XLVI, da Constituição Federal – a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º da Lei nº 8.072/90.”

Portanto, empós a esse julgamento, e, a partir de março de 2007, por força da Lei nº 11.464/07, os condenados por crimes hediondos passaram a ter a possibilidade de cumprirem suas penas em regime inicialmente fechado, ou seja, a probabilidade de progredirem no regime penitenciário. Ressalte-se, entretanto, que essa mesma lei estabeleceu, para efeitos de progressão, o cumprimento de no mínimo 2/5 (dois quintos) da pena, se o condenado for primário, e 3/5 (três quintos) se reincidente, medida esta de caráter indubitavelmente mais rígido, do que aquela que vinha sendo anteriormente aplicada e contida no art. 112 da LEP.

Em análise, comportando para a hipótese a aplicação do princípio da retroatividade mais benéfica, por dizer respeito a direito material penal e de execução penal e, ainda, considerando a ocorrência do fato em data anterior a março de 2007, há de se permitir a progressão de regime conforme prescrito na Lei de Execuções Penais, ou seja, após o cumprimento de 1/6 (um sexto) da pena.

À luz de todo exposto, dou parcial provimento ao apelo, mantendo a condenação do apelante, mas permitindo que este tenha o direito de progredir de regime penitenciário, nos termos do art. 112 da Lei de Execução Penal, o que faço em compasso com o que opinou a douta Procuradoria Geral de Justiça.

É como voto.

Fortaleza, 03 de fevereiro de 2009.

Nº 2006.0010.1562-1/1 - APELAÇÃO CRIME
COMARCA VIÇOSA DO CEARÁ
APELANTE: MARIA DE JESUS DE SOUSA
APELADA: JUSTIÇA PÚBLICA
RELATOR: DES. EYMARD DE AMOREIRA

EMENTA: RECURSO DE APELAÇÃO CRIMINAL – MAUS-TRATOS, ABANDONO MATERIAL E INTELECTUAL – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO SOB ARGUMENTO DE AUSÊNCIA DE PROVAS – INOCORRÊNCIA – DECISÃO MANTIDA.

1. CONTRARIANDO A AFIRMATIVA DA APELANTE, FARTOS SÃO OS REGISTROS DOS AUTOS QUE ATESTAM A VERACIDADE DOS FATOS CONSTANTES DA DENÚNCIA MINISTERIAL, OS QUAIS COMPROVAM, DE FORMA INEQUÍVOCA, A AUTORIA E A MATERIALIDADE DOS CRIMES. AS TESTEMUNHAS SÃO TODAS NO SENTIDO DE CONFIRMAR O ESTADO DE CONSTANTE EMBRIAGUEZ EM QUE VIVE A APELANTE E DO TOTAL ABANDONO DE SEUS FILHOS, QUE NÃO ESTUDAM, NÃO APRESENTAM HIGIENE ADEQUADA, ALÉM DE SE ENCONTRAREM VAGANDO NA RUA, JUNTAMENTE COM A MÃE EMBRIAGADA, EM FRÁGIL ESTADO DE SAÚDE.

2. APELO IMPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação crime nº 2006.0010.1562-1/1, de Viçosa do Ceará, em que é apelante *Maria de Jesus de Sousa* e apelada a Justiça Pública.

Acorda a Turma, por unanimidade de votos, em conhecer do apelo, mas para lhe negar provimento, em consenso com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça.

Maria de Jesus de Sousa, de alcunha “*Sandra*”, qualificada nos autos, interpôs o presente apelo contra decisão do Juízo da Vara Única de Viçosa

do Ceará, que a condenou a 03 (três) meses de detenção por crime de maus tratos (art. 136, parágrafo 3º do CP), 01 (um) ano e 06 (seis) meses de detenção por abandono material (art. 244 do CP), e ainda, a 01 (um) mês de detenção por abandono intelectual de seus filhos (art. 246 do CP).

Inconformada com a decisão de fls. 46/50, a apelante afirma às fls. 54/57, serem insuficientes as provas que alicerçaram sua condenação, pugnando, assim, por sua absolvição.

Em sede de contra-razões, o apelado, às fls. 61/64, defende a manutenção do *decisum* por entender que o conjunto probatório abona a decisão condenatória.

Em seu parecer, de fls. 71/73, o douto representante da Procuradoria Geral de Justiça se manifesta pelo improvimento do apelo.

Eis o relatório.

Trata-se de recurso de apelação interposto por *Maria de Jesus de Sousa*, mais conhecida por "*Sandra*", contra decisão que a condenou por crimes de maus tratos, abandono material e intelectual, perpetrados contra seus filhos menores, aduzindo que as provas dos autos não são suficientes para sustentar sua condenação.

Consta, também, que a apelante vive com seus três filhos menores - *um de 03 (três) anos de idade, outro de 01 (um) ano e 09 (nove) meses e o terceiro recém nascido* - na casa de seus pais, que, igualmente a apelante, vivem em estado constante de embriaguez.

Com efeito, contrariando a afirmativa da apelante, fartos são os registros dos autos que atestam a veracidade dos fatos constantes da denúncia ministerial, os quais comprovam, de forma inequívoca, a autoria e a materialidade dos crimes. É que, as testemunhas são todas no sentido de confirmar o estado de constante embriaguez em que vive a apelante e do total abandono de seus filhos, que não estudam, não apresentam higiene adequada, além de se encontrarem vagando na rua, juntamente com a mãe embriagada, em frágil estado de saúde.

Consta também nos autos, às fls. 12/16, Relatórios do Conselho Tutelar daquele município que atestam como verdadeiras as denúncias ministeriais. Vejamos:

"A conselheira Terezinha de Jesus Miranda Siqueira, em visita feita à residência de Sandra, a encontrou caída no meio dos matos com sua criança, deitada sobre ela. Imediatamente a conselheira a trouxe para esse conselho, tendo a criança sido encaminhada para exame médico, onde através de Raio-X pulmonar foi constatado Pneumonia. Após o exame a mãe juntamente com a criança, trazidas para este conselho e ainda em estado de embriaguez Sandra se despiu e saiu para a rua, tendo sido contida pelo conselheiro Francisco Marcelo de Arruda". (fls. 12/13)

"Demonstrando preocupação acentuada, uma senhora, que se identificou como diretora de uma escola local, argüiu as pessoas ocupantes da Kombi, se haveria representantes do Conselho Tutelar nesse para ajudá-la num caso... Essa senhora, ainda abalada emocionalmente, descreveu com revolta o fato de que existiam crianças da comunidade que não tinham os cuidados e a atenção adequados por parte dos responsáveis... Em seguida apontou duas

senhoras num bar/mercearia, próximo a Igreja local, como sendo as responsáveis pelas crianças descritas. O estado desequilibrado das mesmas e relato da população afirmando embriaguez constante (inclusive a do momento) indicam que realmente estavam sob efeito de alguma bebida alcoólica... Presenciei um senhor, descrito como dono do estabelecimento, arrastando uma das senhoras (a que apresentava idade superior) para fora do mesmo... Por questionamento à população, identificaram-na como Madalena, avó das crianças, enquanto a companheira como a mãe Sandra... Denunciando o sofrimento vivido pelas crianças, inclusive uma recém-nascida, que em certa oportunidade fora abandonada e somente acolhida pelas pessoas próximas ao lugar, que tiveram compaixão pela mesma”. (fls. 14)

Não bastassem as contundentes provas colhidas pelos relatórios do Conselho Tutelar local, também as testemunhas confirmam a situação de maus-tratos vivida pelas crianças:

“ Maria Raimunda de Lima – Fls. 30: Que os menores residem com os avós maternos e a Sandra...Que a avó materna das crianças de vez em quando está embriagada; Que por outras pessoas já ouviu falar que a Sandra maltrata os próprios filhos, precisamente deixando os menores sem alimentação...”

“ João Basílio de Brito Filho – Fls. 31: Que por ciência própria pode informar que os menores não são bem tratados pela Sandra, porquanto a delatada é praticamente uma alcoólatra, e não tem higiene consigo e com os filhos, que sob o efeito de bebida alcoólica Sandra abandona os filhos...Que Sandra tem uma vida desregrada ao ponto de viver maritalmente com um irmão; Que os relacionamentos na casa dos familiares de Sandra são incestuosos; Que os filhos da acusada são sub-nutridos, sujos e freqüentemente estão doentes, mas nenhum é deficiente mental.”

“José Ana de Brito – Fls. 32: Que o comentário na localidade é de que o pai das crianças é o próprio irmão da acusada; Que a denunciada habitualmente consome bebida alcoólica; Que a avó materna das referidas crianças vive embriagada; Que os infantes são mal-tratados; Que nas vezes em que foi na casa da Sandra, percebeu que os menores estavam sujos; Que aqui e acolá os vizinhos dão comida para os menores...”

Com efeito, os autos estão repletos de provas dos maus-tratos e do abandono sofridos pelas vítimas, não havendo como prevalecer a afirmativa da apelante de insuficiência de provas para a sua condenação.

Ante o exposto, conheço do recurso por tempestivo, mas lhe nego provimento em consenso com a douta Procuradoria Geral de Justiça.
É como voto.

Fortaleza, 03 de fevereiro de 2009.

PROCESSO Nº2006.0013.4737-3/1 - APELAÇÃO CRIME
COMARCA: CAUCAIA
APELANTES: RAFAEL DO NASCIMENTO SILVA
 GLAUBER ALVES MONTEIRO
 CRISTIANO CAMPOS SANTOS
APELADA: A JUSTIÇA PÚBLICA
RELATOR: DES. EYMARD DE AMOREIRA

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL. APELAÇÃO CRIME. ASSALTOS COM MÃOS FORTEMENTE ARMADAS. FORMAÇÃO DE QUADRILHA. PORTE ILEGAL DE ARMAS. CONCURSO MATERIAL.

1. NO CRIME DE ROUBO A VÍTIMA É, INCONTESTAVELMENTE, A PESSOA MELHOR INDICADA PARA RECONHECER OS INFRATORES, SOBRETUDO, QUANDO O CRIME É PRATICADO COM A “CARA LIMPA”, COMO OCORREU NESTA HIPÓTESE.

2. DE MAIS A MAIS, NOS CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO A PALAVRA DA VÍTIMA É FONTE DE PROVA INCONTROVERSA, MERECENDO CREDIBILIDADE. NESSE SENTIDO, *VERBIS*: “EM CRIMES TOCADOS DE CLANDESTINIDADE, COMO É O ROUBO, A PALAVRA DA VÍTIMA ASSUME RELEVANTE SIGNIFICADO PROBATÓRIO, SENDO QUE O RECONHECIMENTO DO AGENTE DO DELITO, QUANDO FEITO COM SEGURANÇA E PRESTEZA E EM HARMONIA COM OS AUTOS É FONTE SEGURA DE PROVA DE AUTORIA”(TACRIM-SP-AC-S.C. GARCIA – RJD 18/126).

3. PELO EXPOSTO, NOTADAMENTE DIANTE DA MERECIDA CREDIBILIDADE QUE SE DEVE DAR, EM CASOS TAIS, À PALAVRA DA VÍTIMA, POSTO QUE INEXISTENTES MOTIVOS PARA QUERER INCRIMINAR UM DESCONHECIDO, NÃO DIVISO COMO POSSA SER DIGNA DE REPARO A DOUTA DECISÃO RECORRIDA, QUE BEM SOUBE COMPREENDER A FUNÇÃO DO MAGISTRADO NA LIVRE APRECIACÃO DA PROVA.

4. NO QUE TOCA AOS DEMAIS CRIMES, POSSE

DE ARMA DE FOGO, FORMAÇÃO DE QUADRILHA, A PROVA É INCONTROVERSA, NOTADAMENTE PORQUE FORAM ENCONTRADAS NA RESIDÊNCIA DO ÚLTIMO APELANTE UMA ESCOPETA CALIBRE 12 E UM REVÓLVER CALIBRE 38, TODOS MUNICIADOS, ENQUANTO OS QUADRILHEIROS FORAM RECONHECIDOS PELAS VÍTIMAS E DESCOBERTO O QUARTEL-GENERAL ONDE SE REUNIAM PARA PLANEJAR OS ASSALTOS E DIVIDIR O PRODUTO DO ROUBO.
5. DECISÃO MANTIDA. ACÓRDÃO UNÂNIME.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação crime, nº 2006.0013.4737-3/1, em que são apelantes Rafael do Nascimento Silva, Glauber Alves Monteiro e Cristiano Campos Santos, sendo recorrida a Justiça Pública.

Acorda a Turma, por unanimidade de votos, em conhecer dos apelos e negar-lhes provimento, em dissensão com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça que opinou pelo parcial provimento em relação ao apelante Cristiano Alves Campos.

Rafael do Nascimento Silva, Glauber Alves Monteiro e Cristiano Campos Santos, qualificados nos autos, interpuseram o presente apelo com a pretensão de se verem beneficiados com o reexame da matéria pontificada, pelos crimes por eles cometidos, na forma que subsegue:

Dos crimes e das condenações:

1. Rafael do Nascimento Silva, nas penas do art. 157 § 2º, I e II; do art. 288 do Código Penal da República e art. 12 da Lei nº 10.826/03, na forma do art. 69 do CPB, logrou condenado a pena de 21 (vinte e um) anos e 04 (quatro) meses de reclusão em regime inicialmente fechado; 01(um) ano de reclusão em regime inicialmente semi-aberto e mais 01 (um) ano de detenção em regime inicialmente semi-aberto.

O discurso de seu apelo sustenta que os crimes de roubo foram executados na forma continuada, descabendo o rigor normativo do art. 70 do CP em privilégio do dispositivo do art. 71, também, do Código Penal. Subsidiariamente, requer a redução da pena quantificada pelo Juiz sentenciante.

2. Glauber Alves Monteiro, nas penas do art. 157 § 2º, I e II e do art. 288 do Código Penal e art. 16 da Lei nº 10.826/03, na forma do art. 69, do mesmo diploma legal, razão por que a Justiça Pública lhe impôs 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão em regime inicialmente fechado e mais 04 (quatro) anos de reclusão em regime inicialmente semi-aberto.

Sustenta em suas razões que a prova que o levou a condenação é inidônea, não servindo como lastro para uma condenação pelos crimes que lhes

foram imputados (roubo, posse ilegal de arma de fogo e formação de quadrilha). Como alternativa, requesta a diminuição da pena, posto que, desatenta aos arts. 59 e 68, do CP, bem como pela autorização do regime prisional semi-aberto para início da execução da pena.

3. Cristiano Campos Santos, nas penas do art. 157 § 2º, I e II e 288 do Código Penal e art. 12 da Lei 10.826/03, na forma do art.69 do mesmo diploma legal, sentenciado a cumprir 16 (dezesseis) anos de reclusão em regime inicialmente fechado; 01 (hum) ano de reclusão em regime inicialmente semi-aberto, e mais 01 (hum) ano de detenção em regime inicialmente semi-aberto.

O recurso porfiado persegue a absolvição com fundamento na insuficiência de prova, apesar da prática de quatro assaltos, posse ilegal de arma de fogo e formação de quadrilha.

Os apelos foram devidamente contra-arrazoados às fs. 652/654.

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça às fs.691/699, opinando pelo improvimento dos apelos de Rafael do Nascimento Silva e Glauber Alves Monteiro e, em relação a Cristiano Campos Santos, parcial provimento, absolvendo-o do crime de roubo ocorrido no dia 14 de abril de 2006 contra o patrimônio comercial das vítimas Gerarda Eunice de Araújo Castioni e Luca Castioni.

É o relatório.

Do apelo de Rafael do Nascimento Silva

Durante vários meses a população do município de Caucaia se viu em polvorosa diante da insegurança proporcionada por um grupo de assaltantes aquartelados no Edifício Sea Gold, no Icaraí, que praticavam assaltos, em série, com extrema violência. No dia 30 de março de 2006, cinegrafistas da TV Diário estavam realizando um clipe na Lagoa de Tabapuá, naquele município, quando, inesperadamente, surgiu o assaltante Rafael do Nascimento Silva, na companhia de Cristiano Campos Santos, com mãos fortemente armadas e anunciaram o assalto, subtraindo diversos documentos e objetos pertencentes aos cinegrafistas, além de uma Câmara de Vídeo da TV Diário, fugindo em seguida.

No dia 14 de abril daquele ano, Rafael do Nascimento Silva, na companhia de outros facínoras do bando, foram até o restaurante e Pizzaria Coco Loco, na Praia da Tabuba, onde renderam o proprietário e familiares com revólveres, trancaram as vítimas em um dos cômodos da casa, e passaram a vasculhar o ambiente daquela residência, levando todos os objetos de valor no carro de um terceiro assaltante.

No dia 05 de maio daquele mesmo ano, Rafael do Nascimento Silva, mais uma vez na companhia de Cristiano Campos Santos, na Av. Joaci Pontes, nº 936, Praia do Icaraí, renderam mediante uso de arma de fogo, Sr. Francisco Amaro e demais familiares, os quais foram trancafiados em um quarto, roubando todos os pertences das vítimas e objetos que guarneciam aquela residência.

No dia 28 de maio, daquele ano, Rafael do Nascimento Silva, ainda

na companhia de Cristiano Campos Santos, surpreenderam a vítima Aparecida Angelúcia da Silva, em uma casa na praia de Icaraí, quando esta preparava-se para ir embora daquela casa, aonde havia passado o fim de semana, tomando-lhe o carro e objetos pessoais, fugindo em seguida.

O discurso de seu apelo sustenta que os crimes de roubo foram executados na forma continuada, descabendo o rigor normativo do art. 70 do CP em privilégio do dispositivo do art. 71, também, do Código Penal. Subsidiariamente, requer a redução da pena quantificada pelo Juiz sentenciante.

Com efeito, com reverência à doutrina e jurisprudência pátrias e, ainda, na esteira da regra do artigo 69 do Código Penal da República, restando caracterizada, presentemente, autêntica situação de concurso material, ou seja, quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativa de liberdade em que haja incorrido.

Veja-se que o apelante, em seu desígnio, desdobrou sua conduta perfazendo vários crimes contra as vítimas, titularizando, comprovadamente 04 (quatro) delitos, aplicando o Magistrado sentenciante a pena-base em seu grau mínimo de 04 (quatro) anos de reclusão, registrando a incidência de concurso de duas causas de aumento de pena previstos nos incisos I e II do § 2º do art. 157 (uso de arma de fogo e concurso de duas ou mais pessoas), impondo-se um só aumento de 1/3 (um terço) sendo, no entanto, majorada em 16 (dezesesseis) meses, passando, assim, a 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em concurso material de 04 (quatro) assaltos distintos, portanto contados em quádruplo, logrando o apelante Rafael do Nascimento Silva, condenado a 21 (vinte e um) anos e quatro meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, haja vista, ainda, que a pena-base foi aplicada em seu grau mínimo legal, não havendo como se falar em correção da pena.

Do apelo de Cristiano Campos Santos

O recurso porfiado persegue a absolvição com fundamento na insuficiência de prova, apesar da prática de 03 (três) assaltos, posse ilegal de arma de fogo e formação de quadrilha.

Ora, como visto, Cristiano Campos Santos, participou em três das quatro incursões armadas contra suas vítimas, na companhia de Rafael do Nascimento Silva, sendo reconhecido pelas vítimas Cleiton Araújo Lopes, cinegrafista da TV Diário (fs.83); Rogério Tomaz de Aguiar, cujo assalto ocorreu dentro de sua residência (fs.99); Francisco Amaro Bento e demais familiares, os quais foram trancafiados em um quarto, quando foram roubados todos os pertences das vítimas e objetos que guarneciam aquela residência (fs.95); Angelúcia Aparecida da Silva, que também reconheceu Cristiano Campos Santos e Rafael do Nascimento Silva, como sendo os assaltantes que na noite do dia 28 de maio de 2006, sob a mira de uma arma de fogo, roubaram-lhe seu veículo, quando estava na companhia de um amigo dentro de seu automóvel na garagem da residência.

Portanto, nesse particular, não há porque excluí-lo dos crimes, porquanto restou sobejamente comprovada sua participação em quatro (crimes), apesar da sentença condenatória se reportar apenas a três delitos, em concurso material.

Do apelo de Glauber Alves Monteiro

Sustenta em suas razões que a prova que o levou a condenação é inidônea, não servindo como lastro para uma condenação pelos crimes que lhes foram imputados (roubo, posse ilegal de arma de fogo e formação de quadrilha). Como alternativa, requesta a diminuição da pena, posto que desatenta aos arts. 59 e 68, do CP, bem como pela autorização do regime prisional semi-aberto para início da execução da pena.

Ora, o crime pelo qual Glauber Alves Monteiro foi condenado, ocorreu no dia 14 de abril de 2006, na companhia de Jeová Sousa Marques e Rafael do Nascimento Silva e outro igual não identificado, quando foram até o restaurante e Pizzaria Coco Loco, na Praia da Tabuba, onde renderam, utilizando-se de revólveres, a proprietária, senhora Gerarda Eunice de Araújo Castioni e familiares, trancando as vítimas em um dos cômodos da casa, passando a vasculhar a casa, levando todos os objetos de valor encontrados.

A vítima ao prestar suas declarações em Juízo reconheceu todos os assaltantes, à exceção de um que estava com um capuz, senão vejamos, *verbis*:

“Que a declarante estava na sala assistindo televisão quando chegaram os assaltantes entrando em fila, todos armados, que o primeiro assaltante vinha com um capuz e colocou logo a arma na cabeça da declarante; que os outros três assaltantes não estavam encapuzados; que a declarante viu perfeitamente a fisionomia dos outros três assaltantes; que reconheceu três assaltantes na Delegacia com certeza absoluta(...); que os assaltantes bateram no esposo e na irmã da declarante e mandaram que eles ficassem deitados no chão(...); que os assaltantes encheram os dois carros com objetos da casa, inclusive roupas de cama e banho que a declarante tinha ganho em seu casamento e não eram ainda nem usados, que nessa ocasião, em Juízo, lhe foram apresentados os cinco réus na companhia de policiais, tendo a declarante reconhecido com plena certeza como participantes do assalto os réus Jové, Rafael e Glauber” (fs. 263).

Ora, a vítima é, incontestavelmente, a pessoa melhor indicada para reconhecer os infratores, sobretudo, quando o crime é praticado com a “cara limpa”, como ocorreu nesta hipótese.

De mais a mais, nos crimes contra o patrimônio a palavra da vítima é fonte de prova incontroversa, merecendo credibilidade. Nesse sentido, *verbis*:

“Em crimes tocados de clandestinidade, como é o roubo, a palavra

da vítima assume relevante significado probatório, sendo que o reconhecimento do agente do delito, quando feito com segurança e presteza e em harmonia com os autos é fonte segura de prova de autoria”(TACRIM-SP-AC-S.C. Garcia – RJD 18/126).

Pelo exposto, notadamente diante da merecida credibilidade que se deve dar, em casos tais, à palavra da vítima, posto que inexistentes motivos para querer incriminar um desconhecido, não diviso como possa ser digna de reparo a douta decisão recorrida, que bem soube compreender a função do Magistrado na livre apreciação da prova.

No que toca aos demais crimes, posse de arma de fogo, formação de quadrilha, a prova é incontroversa, notadamente porque foram encontradas na residência do apelante uma escopeta calibre 12 e um revólver calibre 38, todos municionados, enquanto os quadrilheiros foram reconhecidos pelas vítimas e descoberto o quartel-general onde se reuniam para planejar os assaltos e dividir o produto do roubo.

Quanto a pena aplicada, apesar de percorrer com minudência as diretrizes do art. 59 do CPB, fixou com benevolência a pena-base em 04 (quatro) anos de reclusão, patamar mínimo legal, aumentada em 1/3, em face da qualificadora, também no mínimo legal, formando uma pena de 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão em regime inicialmente fechado. A propósito, é sabido de todos que a pena-base, quando fixada no patamar mínimo legal, não necessita de fundamentação específica, nesse sentido, *verbis*:

STF: “Fixação da pena, no mínimo. Desnecessidade de fundamentação maior, claramente estabelecidas as razões determinantes dessa fixação, nos termos da lei penal” (STF RE – Rel. Rodrigues Alckmim – RTJ 70/502).

TJMT: “Somente a pena fixada acima do mínimo legal exige, indispensavelmente, a justificação” (AC Rel. Oscar Oscar César Ribeiro Travassos – RT 487/349)

Na hipótese dos autos, repita-se, o provimento condenatório foi calçado pelas circunstâncias judiciais de que tratam o artigo 59 do Código Penal, apesar da desnecessidade.

Nestas condições, conheço dos apelos, mas para lhes negar provimento em toda a sua extensão, em dissensão com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça que opinou pelo parcial provimento em relação ao apelo de Cristiano Campos Santos.

É como voto.

Fortaleza, 21 de janeiro de 2009.

Habeas Corpus

PROCESSO Nº 2006.0012.0758-0/0

HABEAS CORPUS (de Fortaleza)

IMPETRANTE: PAULO NAPOLEÃO GONÇALVES QUEZADO e outro

PACIENTE: ROGÉRIO PAULA SAMPAIO

IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA 8ª VARA CRIMINAL DE FORTALEZA

RELATOR: DES. LUIZ GERARDO DE PONTES BRÍGIDO

- HABEAS CORPUS.

- ESTELIONATO.

- TRANCAMENTO DA AÇÃO.

- IR-SE A FUNDO, NO HABEAS CORPUS, AO RASO E ESCASSO CONTEXTO PROBATÓRIO DELE EMERGENTE, PARA DEFINIR-SE TER HAVIDO, OU NÃO, O DOLO DO PACIENTE EM TRAPACEAR A VÍTIMA, TRANCANDO-SE A AÇÃO PENAL, CONSISTIRIA GRAVÍSSIMA SUBTRAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO JUIZ SINGULAR DE BUSCAR A VERDADE, COLHENDO PROVAS E CONTRAPROVAS NA INSTRUÇÃO CRIMINAL.

- ATOS HÁ QUE CONFIGURAM, A UM SÓ TEMPO, ILÍCITOS CIVIS E ILÍCITOS PENAIIS. A ABERTURA DA INSTÂNCIA CRIMINAL “INDICA, AINDA QUE IMPLICITAMENTE, QUE HOUE O EXAME DAS PROVAS ANEXADAS À DENÚNCIA”, QUE SE VIU JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO. CONSEQÜÊNCIA ULTRAFINA, NÃO SE IGNORA, DO PRINCÍPIO IN DUBIO PRO SOCIETA, QUE “EM NOSSO SISTEMA SOMENTE TEM APLICAÇÃO EM ESPECÍFICAS OPORTUNIDADES: QUANDO DO OFERECIMENTO DA INICIAL ACUSATÓRIA (DENÚNCIA OU QUEIXA),

PORQUANTO NÃO SE COBRA CERTEZA DEFINITIVA QUANDO À AUTORIA DELITUOSA, SOMENTE INDÍCIOS DA AUTORIA; E NOS PROCESSOS DO JÚRI, QUANDO DO ENCERRAMENTO DA PRIMEIRA FASE (JUDICIUM ACCUSATIONIS), NO MOMENTO DA DECISÃO DE PRONÚNCIA” (EDILSON MOUGENOT BONFIM).

- “NÃO HÁ COMO, NA ESTREITA VIA DO HABEAS CORPUS, ABSOLVER O PACIENTE DA PRÁTICA DE CRIME DE ESTELIONATO, PORQUANTO A AFERIÇÃO DA ATIPICIDADE DA CONDUTA, POR AUSÊNCIA DO DOLO ESPECÍFICO, DEMANDARIA, COM RETIDÃO, O REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO, A REVISÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA EM SUA INTEGRALIDADE E O EXERCÍCIO DO CONTRADITÓRIO EM SUA PLENITUDE” (STJ, 5ª T, HC 24.444-SP, RELª. MINISTRA LAURITA VAZ). POR OUTRAS: EM REGRA, SOMENTE NA SENTENÇA OU NO RECURSO DE APELAÇÃO É POSSÍVEL TIRAR-SE A ALGUÉM A INCRIMINAÇÃO DE ESTELIONATO.

-ORDEM DENEGADA À UNANIMIDADE.

Vistos, relatados e discutidos os autos deste habeas corpus, ACORDA a 1ª CÂMARA CRIMINAL do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ, à unanimidade, em conhecer da impetração, mas para denegar o pedido, nos termos do voto do Relator.

1 – Habeas corpus voltado ao trancamento da ação penal por estelionato movida ao paciente, alegando os impetrantes, em suma, que o constrangimento ilegal derivaria da atipicidade da conduta atribuída ao pretense coacto. Prestadas as informações pela autoridade grafada de coatora, opinou,

em seguida, a PGJ, pela denegação do pedido, sendo este o relatório.

2 - O trancamento da ação penal, via habeas corpus, é medida de exceção. À uma, porque importa absolvição precoce do réu, a dizer, sem instrução criminal. À duas, porque constitui séria obstrução ao papel do Estado, por seu agente, o Ministério Público, de atuar na repressão de atos havidos, em tese, como delituosos. Em função deste par de fatores, corre na melhor jurisprudência o entendimento de que “a falta de justa causa só pode ser reconhecida em sede de habeas corpus quando, com o só exame perfunctório dos elementos de prova até então coletados, exsurgir a atipicidade do fato ou a ausência de indícios da autoria” (RT 823:595). Ao mais, “não se presta o habeas corpus ao propósito de substituir o julgador do feito original no exame e ponderação das provas, por escapar ao seu âmbito, a possibilidade do exame crítico de prova e a pesquisa do dolo com que teria agido o paciente” (loc. cit.). Irrazoável, então, que o Tribunal opere com a presunção de que os juízes são uns irresponsáveis, que recebem denúncias por receber, movidos exclusivamente pelo desejo de submeterem inocentes aos rigores de ações penais. Não. O raciocínio a prevalecer é, o de que, ao aceitarem formulações acusatórias, fazem-no convictos de que as denúncias estão calçadas em semiprova da autoria e da tipicidade dos eventos puníveis, devendo passar pelo contraditório, para concluir-se, ao fim da instrução, assegurada a ampla defesa, se os denunciados são, ou não, culpados, se devem, ou não, receber censuras penalógicas.

Na versão dos impetrantes, o paciente, coitado, negociante de carros, vendeu um para Antônia Neuma Nobre Diniz. Entretanto, pago o veículo, não forneceu à compradora, por motivo de extravio, já que, em dificuldades financeiras, teve que fechar a revenda, o documento de transferência definitiva do carro. Nada de estelionato, frisam, porém de situação caracterizadora de inadimplemento contratual afeta ao juízo cível, por onde a falta de justa causa para a persecução penal. No contraponto, reportado pelo juiz da causa que o paciente “e seu comparsa” (não nominado nos informes), deram um “estouro” na praça, causando prejuízos a inúmeros. Arribaram, após, deixando os incautos a ver navios. E que ambos são revéis, estando com prisões preventivas decretadas, pelo risco que representam à “ordem pública e a segurança do patrimônio alheio” (ipsis verbis).

Dísparos os perfis riscados em relação ao paciente. Para os impetrantes, um beato infeliz nos negócios, vítima do poder estatal, subjugado que está a uma persecutio criminis arbitrária, destituída de justa causa. Para o impetrado, um refinado golpista, cujo entretenimento, ou meio-de-vida, é ganhar dinheiro enganando os desadvertidos.

Muito bem.

Supondo-se, por supor, que a ação do paciente tenha consubstanciado, como argüido pelos impetrantes, ilícito civil, isto, só por isto, não funciona como ressalva da sua responsabilidade criminal. Ilícitos civis há que são, também, ilícitos penais. O incumprimento contratual pode muito bem tipificar o estelionato. Tudo depende da constatação do animus do agente em alcançar, por ludíbrio, vantagem patrimonial incompatível com os escrúpulos que devem governar as transações comerciais.

Não se fez querela ao paciente entre o lusco e o fusco. Antônia Neuma Nobre Diniz negociou com ele e se tomou por lesada. O “sim” do juiz à formulação da promotoria “indica, ainda que implicitamente, que houve o exame das provas anexadas à denúncia”, que se viu a justa causa para a abertura da instância penal. Consequência ultrafina (em outra expressão – ululante), do princípio *in dubio pro societa*, que “em nosso sistema somente tem aplicação em específicas oportunidades: quando do oferecimento da inicial acusatória (denúncia ou queixa), porquanto não se cobra certeza definitiva quanto à autoria delituosa, somente indícios de autoria; e nos processos do Júri, quando do encerramento da primeira fase (*judicium accusationis*), no momento da decisão de pronúncia pelo juiz” (EDILSON MOUGENOT BONFIM, Curso de Processo Penal, Editora Saraiva, p. 48 e 439).

Ir-se a fundo, neste habeas corpus, ao raso e escasso contexto probatório dele emergente, para estabelecer-se ter havido, ou não, o dolo do paciente em trapacear a vítima, consistiria gravíssima subtração da competência do juiz singular de instruir a ação na busca pela verdade. Houve fato delineador de crime, em tese. Se o paciente é vigarista, ou a pospelo, comerciante de má sorte, que ocasionou dano involuntário à vítima, só a instrução criminal, terreno apropriado para a ampla produção de provas e de contraprovas, poderá situar em qual dos dois modelos o réu se enquadra. Certíssimo o STJ, portanto, quando assinalou que “não há como, na estreita via do habeas corpus, absolver o paciente da prática de crime de estelionato, porquanto a aferição da atipicidade da conduta, por ausência do dolo específico, demandaria, com retidão, o reexame do conjunto fático probatório, a revisão da sentença condenatória em sua integralidade e o exercício do contraditório em sua plenitude” (5ª T, HC n. 24.444-SP, Relª. Ministra Laurita Vaz, unânime, julgado a 17.2.2004). Quer dizer, em regra, só na sentença ou em recurso de apelação é possível tirar-se a alguém a incriminação de estelionato. No habeas corpus, não.

3 - Do que posto, denega-se a ordem.

Fortaleza, CE, 13 de novembro de 2006.

PROCESSO Nº 2006.0024.0259-9/0

HABEAS CORPUS (de Fortaleza)

IMPETRANTES : PAULO NAPOLEÃO GONÇALVES QUEZADO e outro

PACIENTE : ROGÉRIO PAULA SAMPAIO

IMPETRADOS : JUÍZES DE DIREITO DA 6ª, 8ª e 9ª VARAS CRIMINAIS DE FORTALEZA

RELATOR : DES. LUIZ GERARDO DE PONTES BRÍGIDO

- HABEAS CORPUS.

- NA MEDIDA EM QUE A DEFINIÇÃO DA CONTINUIDADE DELITIVA RECLAMA PROFUNDA VALORAÇÃO DOS REQUISITOS SUBJETIVOS E OBJETIVOS DO ART. 71, CAPUT, E DO SEU PARÁGRAFO ÚNICO, IMPRATICÁVEL COGITAR DA MATÉRIA EM SEDE DE *HABEAS CORPUS*, CUJO ESTREITO ÂMBITO COGNITIVO É REFROTÁRIO A ACURADA PERQUIRÇÃO DAS PROVAS.

- AINDA QUE O *WRIT* SERVISSE À FINALIDADE PLEITEADA, A CONCESSÃO DA ORDEM, NOS TERMOS EM QUE REQUERIDA, IMPORTARIA SUPERLATIVA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. É QUE O IMPETRANTE NÃO SUSCITOU, ONDE DEVIA TER SUSCITADO, NO 1º GRAU, A DEFESA INDIRETA NOMENCLATURADA DE “EXCEÇÃO DILATÓRIA”, MEIO APROPRIADO PARA O DESLOCAMENTO DE CAUSAS PARA O JUÍZO QUE SE TEM POR PREVENTO PARA PROCESSÁ-LAS E JULGÁ-LAS.

- CRIME CONTINUADO É FICÇÃO LEGAL. DAÍ QUE É DE GUARDAR-SE A MAIOR CAUTELA NO SEU RECONHECIMENTO, EVITANDO-SE, ASSIM, QUE SE BENEFICIEM DESSA MOLDURA, EM TERMOS DE MENOR RESPOSTA PENAL, OS QUE FAZEM DO ESTELIONATO ATIVIDADE HABITUAL, CASO, TUDO INDICA, DO PACIENTE.

**-PRECEDENTES DO STF.
-IMPETRAÇÃO DENEGADA À UNANIMIDADE.**

Vistos, relatados e discutidos.

1 – Quer o impetrante que as ações por estelionato movidas ao paciente no foro de Fortaleza, e são muitas, tramitem, por prevenção, na 9ª Vara Criminal, onde foi recebida a primeira denúncia, para serem simultaneamente julgadas. É que, entende, “o que se vê é uma pessoa processada ... pela mesma conduta (de estelionato na forma continuada), estando assim a caracterizar verdadeiro bis in idem das ações penais” (sic), delineado, por derivação, constrangimento ilegal, exorcizável pelo habeas corpus.

Negada a liminar, coligidos os informes dos juízes impetrados, a PGJ manifestou-se em parecer, estando, destarte, o peticionamento pronto para equacionamento.

Relatório, em síntese.

2 – Na medida em que a definição da continuidade delitiva reclama profunda valoração dos requisitos subjetivos e objetivos que a perfectibilizam, todos situados no art. 71, caput, e seu parágrafo único, do CP, impraticável cogitar-se da matéria em sede de habeas corpus, cujo estreito âmbito cognitivo é refratário à cognição exaustiva de aspectos fáticos-probatórios. Este, de feito, o entendimento do STF: “Inviável o pretendido reconhecimento da continuidade delitiva, tendo em vista demandar acurado reexame das provas, tarefa que não se coaduna com a estreita via do habeas corpus” (2ª T, HC nº 85153-RJ, rel. Min. Elen Gracie, DJU 18-02-05, p. 46); “Impossibilidade de se examinar em, sede de habeas corpus, a ocorrência de continuidade delitiva, por implicar amplo exame de provas” (2ª T, HC nº 77.813-6, rel. Min. Carlos Velloso, DJU 26-03-1999, p. 3); “O rito especial e sumário do habeas corpus não é compatível com o exame de matéria de fato e com o aprofundado exame de provas para verificar a continuidade delitiva do paciente, ...” (2ª T, HC nº 74.066-9, rel. Min. Maurício Corrêa, DJU 11-10-96, p. 38501).

Na espécie - e o raciocínio é per absurdum -, ainda que o habeas corpus servisse à finalidade pleiteada pelo impetrante, e, como visto, não serve, a sua concessão descambaria para superlativa supressão de instância. É que o impetrante não suscitou no 1º grau, onde devia ter suscitado, a defesa indireta nomenclurada de “exceção dilatória”, meio apropriado para o deslocamento de causas para o juízo tido por preventivo.

De ter-se em mente, e à grande, a advertência do STF. Sendo ficção legal, de guardar-se cautela no reconhecimento do crime continuado para que não sejam beneficiados com menor resposta penal os que reiteram na prática de infrações penais, fazendo delas “atividade habitual” (2ª T, HC nº 74.485, rel. Min. Maurício Corrêa, RTJ nº 169, p. 1000).

3 – Do que posto, ACORDA a 1ª CÂMARA CRIMINAL do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ, à unanimidade, em conhecer da impetração, todavia para denegá-la, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, CE, 10 de abril de 2006.

PROCESSO Nº 2006.0026.9810-2/0

HABEAS CORPUS (DE JUAZEIRO DO NORTE)

IMPETRANTE : JÚLIO MARIUEDITH SARAIVA ALVES E OUTRO

PACIENTE : JOSÉ LAUDIVAN DA SILVA

IMPETRADO : JUIZ DE DIRETO DA 5ª VARA DA COMARCA DE JUAZEIRO DO NORTE

RELATOR : DES. RAIMUNDO EYMARD RIBEIRO DE AMOREIRA

DESIGNADO PARA A LAVRATURA DO ACÓRDÃO: DES. LUIZ GERARDO DE PONTES BRÍGIDO

- SEM TENTO NEM PROPÓSITO PEDIR-SE HABEAS CORPUS POR EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA A FAVOR DE QUEM ESTÁ PRESO, TAMBÉM, POR CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO. APESAR DA SUA RAIZ CONSTITUCIONAL, O HABEAS CORPUS É AÇÃO E EXIGE, PARA A SUA ADMISSIBILIDADE, O INTERESSE DE AGIR, OU MAIS SIMPLEMENTE, A UTILIDADE PRÁTICA.

-IMPETRAÇÃO NÃO CONHECIDA POR MAIORIA, CONTRA O PARECER MINISTERIAL E O VOTO DO RELATOR.

Vistos, relatados e discutidos.

1 – Habeas corpus a favor do paciente sobrenomeado, alegando-se, em síntese, excesso de prazo na prisão por demora na formação da culpa em ação penal pelo art. 12 da Lei 6.368/76, embora ele, paciente, esteja cumprindo penas de reclusão, transitadas em julgado, “por um rosário de crimes”, expressão do juiz impetrado nas suas informações.

Não houve concessão de liminar.

Parecer da PGJ nos autos.

Relatório, em síntese.

2 – Paciente sentenciado em diversas ações penais, recluso por condenações passadas em julgado, é ululante, não é sujeito de coação ilegal por demora na instrução de mais uma instaurada contra a sua pessoa por disseminar maconha no estabelecimento prisional. Havendo, ou não, o atraso invocado na impetração, sem utilidade prática alguma o habeas corpus, decerto que o paciente não poderá ser restituído à liberdade, senão depois de cumpridas as extensas reprimendas recebidas, inclusive por delitos hediondos – documentado nos autos.

No habeas corpus n. 2005.0020.3367-6/0, julgado por esta Câmara a 3 de abril de 2006, relator o Des. Luiz Gerardo de Pontes Brígido, ficou consignado: “Ao que está cumprindo condenação é fora de propósito alegar excesso de prazo na prisão preventiva que lhe foi decretada em processo com instrução ainda pendente”. Mude-se o que deve ser mudado, e pronto, liquidada a questão. Deveras, apesar da sua raiz constitucional, o habeas corpus é ação e exige para a sua admissibilidade o interesse de agir. Não se pode colocar na rua quem está preso por títulos sentençiais: “A prisão do indivíduo será legal, afastando o legítimo interesse para a ação penal de habeas corpus, quando promanar de sentença penal condenatória formalmente transitada em julgado”(MOSSIN, Heráclito Antônio. Habeas Corpus. São Paulo: Manole, 7ª ed., 2005, p. 328). Enfim, interesse de agir só há quando “o autor formula pretensão adequada, ou seja, um pedido idôneo a provocar a atuação jurisdicional”(MARQUES, Frederico. Elementos de Direito Processual Penal. São Paulo: Bookseller, vol. I, 1997, p. 293).

Sem ponta por onde se lhe pegue por falta de condição de admissibilidade, deixa-se de incursionar-se ao mérito, rejeitando-se, a curto e pronto, o capenga peticionamento libertário.

3 – Do que posto, ACORDA a 1ª CÂMARA CRIMINAL do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ, por maioria, em negar conhecimento à impetração, contra o parecer ministerial e o voto do relator.

Fortaleza, CE, 13 de fevereiro de 2007.

HABEAS CORPUS Nº. 2008.0023.9360-0/0 – Pacajus/CE

IMPETRANTE: Marcelo Roverlando Jorge de Moura

PACIENTES: Francisco Bento Filho e Francisco Hélio Bento

IMPETRADO: Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Pacajus

RELATOR: DES. JOÃO BYRON DE FIGUEIRÊDO FROTA

EMENTA: PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO EM CONCURSO DE PESSOAS. RÉUS PRESOS. PRISÃO PREVENTIVA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. RÉU MENOR DE 21 ANOS À ÉPOCA DO CRIME. COMPROVAÇÃO. RÉU MAIOR DE 70 ANOS. NÃO COMPROVAÇÃO. CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM.

I – RÉUS EM PROCESSO CRIMINAL, ACUSADOS DE CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO EM CONCURSOS DE AGENTES, ALEGAM CONSTRANGIMENTO ILEGAL NA CUSTÓDIA CAUTELAR, TENDO EM VISTA A OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL.

II – RÉU MENOR DE 21 ANOS À ÉPOCA DO CRIME. COMPROVAÇÃO NOS AUTOS. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE COM BASE NO ART. 109, I, C/C ART.115, AMBOS DO CP.

III – RÉU MAIOR DE 70 ANOS DE IDADE. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. NÃO CONHECIMENTO DO *WRIT*.

IV – CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Crime Nº. 2008.0023.9360-0/0 da Comarca de Pacajus, neste Estado, em que é impetrante Marcelo Roverlando Jorge de Moura, pacientes Francisco Bento filho e Francisco

Hélio Bento e impetrado o Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Pacajus-CE.

ACORDA a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por julgamento de Turma, por unanimidade de votos, em conceder parcialmente a ordem impetrada somente em relação ao réu Francisco Hélio Bento, em face da prescrição da pretensão punitiva estatal, não tomando conhecimento do pedido em relação ao réu Francisco Bento Filho, por ausência de prova pré-constituída, tudo em consonância com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça.

Trata a presente ação de *habeas corpus* impetrado por Marcelo Roverlando Jorge de Moura, advogado já qualificado nos presentes autos, em favor dos pacientes Francisco Bento Filho e Francisco Hélio Bento, contra ato tido como coator do MM. Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Pacajus.

Os Pacientes são acusados de terem assassinado Tarcísio Honorato de Paiva, juntamente com Francisco Marcelo Araújo, em 08 de setembro de 1985, na comarca de Pacajus, em razão de uma rixa entre as famílias dos contendores, fato este que culminou com a denúncia dos mesmos (fls. 28/31) e a decretação de suas prisões preventivas (fls. 52/53).

Ocorre que os pacientes, pai e filho, mudaram-se para o município de Severiano Melo-RN, onde tinham outros parentes, e vivem lá desde então. Após 23 (vinte e três) anos, desde junho do corrente ano, os denunciados foram presos em suas residências e se encontram encarcerados na delegacia de polícia do citado município.

Inconformado com referido *decisum*, o Impetrante ingressou com o presente *writ*, com pedido de liminar, em favor dos pacientes, alegando constrangimento ilegal na custódia preventiva, tendo em vista a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal. Aduz que o réu Francisco Bento Filho é um idoso com mais de 70 anos de idade, e o seu filho, o réu Francisco Hélio Bento, era ao tempo do fato menor de 21 anos de idade. Desta feita, alega que os pacientes estão beneficiados pelo decurso do prazo prescricional, consoante a interpretação dos arts. 109, inciso I, c/c art. 115, ambos do CPB.

Pleito liminar indeferido, por falta de amparo legal, bem como dos requisitos autorizadores da medida (fl. 64).

Notificada a autoridade apontada como coatora, seguiu-se à prestação das informações (fls. 66/69).

De posse dos informes, abriu-se vista a douta Procuradoria Geral de Justiça, que ofereceu parecer favorável ao provimento do *writ* somente em relação ao réu Francisco Hélio Bento, diante da comprovação de sua idade, mas não em relação ao réu Francisco Bento Filho, pois ausente a comprovação de sua idade (fls. 100/104).

É o relatório.

O presente caso *sub judice* cinge-se ao exame de um único argumento, qual seja, a ocorrência ou não do lapso prescricional da pretensão punitiva estatal.

O suposto crime praticado pelos pacientes está tipificado no art. 121, §2º, inciso IV, do CP (*homicídio qualificado*), cuja pena em abstrato varia de 12 a 30 anos de reclusão. A prescrição para o caso é de 20 (vinte) anos, consoante o art. 109, inciso I, do CP.

No entanto, para o correto cômputo do lapso prescricional, mister a análise das causas de interrupção, bem como das hipóteses de redução dos sobreditos prazos. Segundo o inciso II do art. 117 do CP, o curso da prescrição interrompe-se pela pronúncia, que fora lavrada em 06.11.1991, último marco interruptivo deste prazo.

Por outro lado, o aludido prazo deve ser contado pela metade para o réu Francisco Hélio Bento, pois contava com 20 (vinte) anos de idade à época dos fatos (vide documentos de identidade à fl. 11). Desta feita, o prazo prescricional – de 10 anos para o citado réu – fluiu em 06 de novembro de 2001. Em suma, fácil constatar a ocorrência da pretensão punitiva estatal em relação ao réu Francisco Hélio Bento (art. 109, I, c/c art. 115, do CP).

Todavia, o mesmo não se aplica ao seu pai, o réu Francisco Bento Filho. Isto porque não há nada nos autos que comprove ser o réu maior de 70 (setenta) anos de idade. As alegações do Impetrante de ser o réu idoso são desprovidas de prova pré-constituída, razão pela qual não merecem conhecimento.

Por todo o exposto, emitimos nosso voto pela concessão parcial do *habeas corpus* somente em relação ao réu Francisco Hélio Bento, em face da prescrição da pretensão punitiva estatal, e pelo não conhecimento em relação ao réu Francisco Bento Filho, por ausência de prova pré-constituída, em consonância ao parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça.

Fortaleza, 20 de outubro de 2008.

HABEAS CORPUS Nº. 2008.0037.5797-4/0 – VÁRZEA ALEGRE/CE
IMPETRANTE: ASSIS BEZERRA DA COSTA
PACIENTE: ASSIS BEZERRA DA COSTA
IMPETRADA: JUÍZA DE DIREITO DA COMARCA DE VÁRZEA ALEGRE
RELATOR: DES. JOÃO BYRON DE FIGUEIRÊDO FROTA

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. CORRUPÇÃO DE MENORES. PENA MÍNIMA DE 1 ANO DE RECLUSÃO. SURSIS PROCESSUAL. DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO DO ACUSADO. CONCESSÃO DO WRIT.

I – PRISÃO PREVENTIVA. RÉU FORAGIDO POR 10 ANOS PRESO EM JULHO DE 2008.

II – IMPETRAÇÃO FUNDAMENTADA NA AUSÊNCIA DE OFERECIMENTO DO *SURSIS* PROCESSUAL, BEM COMO NA IMPOSSIBILIDADE DE CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE, VEZ QUE POSSÍVEL A SUBSTITUIÇÃO POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS (ART. 44, CP).

III – O OFERECIMENTO DA PROPOSTA DE SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO É PRERROGATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO DO PACIENTE.

IV – CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. CONCESSÃO DO *WRIT*.

Vistos, relatados e discutidos estes autos do *Habeas Corpus* Nº **2008.0037.5797-4/0**, da Comarca de Várzea Alegre, neste Estado, em que é impetrante-paciente **Assis Bezerra da Costa** e impetrada a **Juíza de Direito da Comarca de Várzea Alegre-CE**.

ACORDA a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por julgamento de Turma, unanimemente, em conceder a ordem impetrada, determinando a imediata soltura do paciente, se por outro motivo não estiver preso, em dissonância com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça.

Cuida-se de ação de *Habeas Corpus* liberatório, com pedido de liminar, manejada em causa própria pelo Paciente **Assis Bezerra da Costa**.

Em suma, o Impetrante-Paciente alega na exordial que se encontra preso em virtude de mandado de prisão preventiva desde 24 de junho de 2008, em ação penal onde se apura eventual prática do crime previsto no art. 218 do Código Penal (corrupção de menores). Argumenta que referido crime tem pena mínima fixada em um ano de reclusão, o que obriga ao oferecimento da suspensão condicional do processo, por ser direito público subjetivo do acusado. Argumenta ainda que, na hipótese de eventual condenação, o paciente não cumpriria pena privativa de liberdade, ante a possibilidade de substituição por pena restritiva de direito, não se justificando, assim, o encarceramento provisório. Requer a concessão de liminar para evitar prejuízo ao Paciente. Ao final, requer a concessão da ordem para expedir-se o competente alvará de soltura, fazendo cessar a coação ilegal (fls. 02/03).

Indeferida a medida liminar (fls. 11) e notificada a autoridade tida como coatora, foram prestadas as informações de estilo (fls. 14/15). Nelas, a MMA. Juíza impetrada narra todo o *iter* procedimental. Informa que o Paciente-Impetrante foi preso em flagrante em 18 de março de 1998 pelo crime previsto no art. 218 do Código Penal, em conjunto com Maria Edineuza Viturino da Silva, que restou denunciada pelos crimes previstos nos artigos 218 e 229 do mesmo *codex*. Informa, também, que o paciente evadiu-se do distrito da culpa, determinando sua prisão em flagrante em 16 de setembro de 1998, sendo que o mandado somente foi cumprido em 24 de julho de 2008. Entrementes, foi citado por edital, sem sucesso, o que obrigou a aplicação do art. 366 do CPP. Informa que crimes contra menores são problema sério na Comarca de Várzea Alegre, notadamente conhecida pela prostituição infanto-juvenil.

A Procuradoria Geral de Justiça, por intermédio do ilustre Representante do *Parquet*, manifesta-se pela denegação da ordem, mantendo a decretação da prisão do Paciente (fls. 17/19).

É o relatório.

Diante dos documentos acostados pelos Impetrantes e das informações apresentadas, resta clara a coação praticada.

De fato, o crime de corrupção de menores, previsto no art. 218 do Código Penal, traz conduta altamente repudiada no seio da sociedade, pois busca proteger o desenvolvimento psíquico dos adolescentes, evitando deturpações em sua formação sexual. No Ceará, o problema é particularmente crônico, ante a situação de miséria que vive a maior parte da população, notadamente no interior e na periferia de Fortaleza.

Entretanto, deve-se observar que a lei apena a conduta de corrupção de menores com pena mínima de um ano de reclusão, não havendo qualquer outro mandamento legal que afaste a aplicação do instituto da suspensão condicional do processo, trazida a efeito em nosso ordenamento jurídico pelo art. 89 da Lei n. 9.099, de 1995, que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

Os requisitos de admissibilidade da suspensão condicional do processo encontram-se taxativamente elencados no art. 89, *caput*, da supracitada norma infraconstitucional, quais sejam, pena mínima igual ou inferior a 01 ano, inexistência de outro processo em curso e de condenação anterior por crime e presença dos demais requisitos do art. 77, CP (não reincidência em crime doloso; a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício).

Nas informações prestadas pela autoridade coatora, não há qualquer menção a aspectos objetivos ou subjetivos do Paciente que determinem a não-propositura do benefício. A propósito, a autoridade processante foi extremamente genérica em enumerar fatos ocorridos na Comarca, sem, contudo, preocupar-se em apontar elementos mais detalhados, justificando, de forma exacerbada, a prisão preventiva do Paciente.

É certo que o fato de ele ter permanecido foragido por período superior a 10 anos é grave, que merece ser analisado de forma cuidadosa. No que tange aos fundamentos da custódia cautelar, é sabido que o decreto de prisão processual *lato sensu* deve estar devidamente embasado em pelo menos um daqueles pressupostos constantes do art. 312 do Código de Processo Penal. E dentre eles não há a gravidade abstrata do crime, repercussão social ou classificação como crime hediondo.

Paulo Rangel, falando sobre o perigo desmesurado da decretação da prisão cautelar, ensina, com propriedade:

Contudo, não podemos confundir prisão cautelar com política pública séria de combate à violência, ou seja, nada tem a ver com a prisão cautelar os altos índices de violência urbana que assolam nosso país. Se há roubo, homicídios, estupros, etc., ocorrendo nas grandes metrópoles, deve o Estado adotar as medidas necessárias para conter essa onda de violência e não culparmos o judiciário que não lançou mão de uma medida cautelar para contê-la. Uma coisa é a certeza de que nas ruas não há polícia, outra, bem diferente, é, em decorrência disso, haver necessidade de, no curso do processo, o réu ser preso.

(RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 11. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, p. 557.)

Veja-se o entendimento jurisprudencial dominante e recente, mormente no âmbito do Superior Tribunal de Justiça:

“A gravidade abstrata do delito atribuído ao paciente é insuficiente para a manutenção de sua custódia provisória.

A decisão que indefere o pedido de liberdade provisória do paciente deve ser devidamente fundamentada com dados objetivos do processo, sob pena de lhe causar ilegal constrangimento.

A Lei 11.464/2007, ao suprimir do artigo 2º, II da Lei 8.072/1990 a vedação à liberdade provisória nos crimes hediondos, adequou a lei infraconstitucional ao texto da Carta Política de 1988, sendo inadmissível a manutenção do acusado no cárcere quando não demonstrados os requisitos autorizadores de sua prisão preventiva. Precedentes desta 6ª Turma. Ordem concedida.”

(HC 93.149/MG. 6ª. T. Rel. Min. Jane Silva. DJ 10 mar. 2008, p. 01.)

“[...]Assim, a Suprema Corte tem reiteradamente reconhecido como ilegais as prisões preventivas decretadas, por exemplo, com base na gravidade abstrata do delito (HC 90.858/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 21/06/2007; HC 90.162/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Carlos Britto, DJU de 28/06/2007); na periculosidade presumida do agente (HC 90.471/PA, Segunda Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, DJU de 13/09/2007); no clamor social decorrente da prática da conduta delituosa (HC 84.311/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, DJU de 06/06/2007) ou, ainda, na afirmação genérica de que a prisão é necessária para acautelar o meio social (HC 86.748/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, DJU de 06/06/2007).”

(HC 90.867/SP. 5ª. T. Rel. Min. Felix Fischer. DJ 25 fev. 2008, p. 349.)

A doutrina e a jurisprudência, reiteradamente, têm apontado que o não-oferecimento da proposta de suspensão condicional do processo por parte

do Ministério Público constitui em óbice à formação de um processo penal justo, violando-se, assim, o componente constitucional do devido processo legal, conforme entendimento do Eg. Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. CRIME DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. INEXISTÊNCIA DE PROPOSTA OU DE INDEFERIMENTO. DIREITO SUBJETIVO DO RÉU. BENEFÍCIO A SER CONCRETIZADO ATÉ A SENTENÇA.

A realização da proposta de suspensão condicional do processo é prerrogativa a ser lançada por parte do Ministério Público, mas, por outro lado, é direito subjetivo do réu de ver-lhe recebida.

Portanto, a sua não configuração em termos específicos, conferindo ou não o direito ao acusado, macula o procedimento, pois a lei obriga a condução circunstanciada do benefício, mesmo que ocorra depois do recebimento da denúncia e antes da sentença.

Ordem concedida em parte para que seja realizada a proposta de suspensão do processo ou, em caso negativo, sejam anotados os termos do indeferimento.

(HC 38.064/BA. 5ª. T. Rel. Min. J. A. Fonseca. DJ 21 fev. 2005, p. 201.)

Argumente-se também, em apoio à tese sustentada pelo Impetrante-Paciente, que, em caso de condenação pela conduta que lhe é imputada, haverá possibilidade remotíssima de cumprimento de pena privativa de liberdade, pelo fato de o crime se amoldar ao previsto no art. 44 do Código Penal, com a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito. Desta feita, haverá total desproporcionalidade entre a medida constritiva cautelar ora sofrida pelo Paciente e o provimento final da demanda, em que a pena privativa de liberdade é excepcional

Este Egrégio Sodalício já teve oportunidade de decidir sobre a matéria:

HABEAS CORPUS. PRISÃO TEMPORARIA. AUSENCIA DE REQUISITOS. FUGA DO AGENTE. PREVENTIVA.

SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO CABÍVEL EM TESE. FALTA DE MANIFESTAÇÃO MINISTERIAL.

CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

I - A prisão temporária há de ter, para sua decretação, como *fumus boni iuris* a prática, em tese, dos tipos penais previstos no art. 1º, inciso III, da Lei n. 7.960/89, e não qualquer infração criminal, sob pena de configuração de manifesta ilegalidade, a justificar a fuga do indiciado, objetivando subtrair-se da submissão a tamanho abuso.

II - Nessa hipótese, não há falar em decreto de custódia preventiva para garantir a aplicação da lei penal, mormente no caso concreto, em que, viesse o acusado a ser condenado, não cumpriria pena privativa de liberdade, porém restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal.

III - Verificando-se o cabimento, em abstrato, do benefício do *sursis* processual, deve o representante do Ministério Público se manifestar a respeito das condições objetivas e subjetivas previstas no art. 89 da Lei n° 9.099/95, culminando em proposta de suspensão condicional do processo ou na apresentação das fundadas razões para sua recusa, constituindo sua omissão constrangimento ilegal.

IV - Ordem concedida.

(HC 2002.0007.2325-5. Rel. Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha. J. em 12 nov. 2002.)

Ainda que em eventual sentença condenatória não fosse possível a substituição argumentada, decerto haveria imposição de regime aberto ou, no máximo, semi-aberto, reforçando ainda mais a tese esposada pelo Impetrante.

Ex positis, voto pela concessão do presente *writ*, em dissonância ao parecer da Procuradoria Geral de Justiça, determinando-se a soltura do Paciente, se por outro motivo não se encontrar preso.

Determine-se, também, a remessa dos autos da ação penal ao Representante do *Parquet* na Comarca, para que faça a oferta do *sursis* processual, a fim de evitar eventual argüição de nulidade processual futura.

Fortaleza, 26 de janeiro de 2009.

ÍNDICE ALFABÉTICO**JURISPRUDÊNCIA CÍVEL****APELAÇÃO CÍVEL**

Atropelamento fatal de pedestre por trem – concurso de culpas – negligência da companhia ferroviária e imprudência da vítima – aplicação da regra contida no art. 945 do Código Civil.....	112.
Caderneta de poupança – planos Bresser e Verão – ação de cobrança – inexistência de prescrição – legitimidade passiva da instituição financeira – direito ao pagamento das diferenças postuladas.....	144.
Cédula de crédito bancário – juros remuneratórios acima de 12% a.a. - possibilidade – capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano – admissibilidade – cumulação de comissão de permanência com juros de mora e multa – impossibilidade.....	121.
Contrato de seguro de vida em grupo e/ou acidentes pessoais – invalidez parcial permanente – prescrição ânua – prazo – fluência – suspensão – aviso de sinistro – súmula 229 do STJ – ciência do segurado da negativa de pagamento.....	72.
Doação a descendente – imóvel integrante da parte disponível do patrimônio do doador – exclusão do espólio – bem não partilhável com demais herdeiros.....	116.
Execução fiscal – IPTU – IPEC – gestão operacional do sistema financeiro da habitação – ilegitimidade passiva <i>ad causam</i> – exceção de pré-executividade – ausência de responsabilidade tributária da autarquia estadual.....	91.
Imposto sobre serviços – competência tributária – local da prestação do serviço.....	100.

Instituição financeira – Direito do Consumidor – inscrição indevida em cadastro de proteção ao crédito – danos morais – ocorrência - configuração da responsabilidade civil.....128.

Inventariante – ação de prestação de contas – valores recebidos e gastos pela inventariada em vida – carência de ação – extinção do feito sem resolução de mérito – obrigação de prestar contas devida ao período de administração dos bens do espólio.....82.

Moléstia grave – risco de morte – fornecimento de medicamento de forma gratuita – recusa do Estado – dever constitucional – direito indisponível..... 105.

Plano de saúde – cirurgia – recusa – hipertrofia mamária acentuada – exclusão de cobertura – impossibilidade – procedimento não estético – contrato posterior à Lei nº 9.656/1998 – dano moral configurado.....137.

Seguro obrigatório de veículo - DPVAT – morte – prescrição – ocorrência dos artigos 206, § 3º, IX e 2.028, do Código Civil – extinção da ação com julgamento do mérito.....133.

Serviço de telefonia fixa – Direito do Consumidor – cobrança indevida – inscrição no SPC/SERASA – dano moral – quantificação.....76.

Taxa condominial – protesto – quitação referente aos meses anteriores – não abrangência da obrigação a vencer – exercício regular de direito – inexistência de danos morais69.

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Falência – remuneração de síndico conforme ditames do Art. 67, § 1º, do Dec. Lei 6.771/45 – cálculo com base sobre o produto dos bens ou valores da massa, vendidos ou liquidados.....155.

Fornecimento de medicamento de forma gratuita pelo ente público – risco de morte – recusa do estado de amparar o doente – dever de ordem constitucional – direitos indisponíveis.....163.

Interdito proibitório – deferimento de mandado proibitório sem oitiva da parte contrária – possibilidade – aplicação do Art. 928, do CPC, primeira parte – aplicação do fato consumado ao caso concreto.....158.

Licitação – modalidade pregão – mandado de segurança – impugnação do edital em abstrato – via inadequada – impossibilidade de utilização como substitutivo de ação popular.....170.

Processo civil – princípio do devido processo legal – prática de ato processual, sem a obrigatória representação que legitime a sua prática – impossibilidade.....168.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Ato administrativo concreto sob forma de lei – inexistência de controvérsia constitucional em abstrato – inadmissibilidade – medida cautelar prejudicada.....177.

Norma pré-constitucional – Lei ou ato normativo editado anteriormente à vigente constituição – apreciável mediante ADPF – teoria do controle de constitucionalidade – submissão a limitações temporais e espaciais – Adin – inadmissibilidade - indeferimento da petição inicial.....182.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Documento essencial – contrato – ausência – defeito na formação do instrumento – não conhecimento do agravo.....208.

Efeitos infringentes – adiamentos sucessivos – longo decurso de prazo – não inclusão em pauta – violação ao devido processo legal – nulidade – necessidade de nova publicação.....197.

MANDADO DE SEGURANÇA

Ação popular – coexistência de processo administrativo perante o tribunal de

contas – fato coincidente – alegação de direito líquido e certo ao sobrestamento da eficácia da decisão administrativa até trânsito em julgado da demanda judicial – impossibilidade – princípios da independência dos poderes e da autonomia das instâncias.....217.

Processo administrativo disciplinar – aplicação de penalidade de repreensão baseado em relatório da comissão de sindicância – alegação de vícios de procedimento – possibilidade de controle judicial de atos administrativos discricionários – inversão subalterna por parte da administração do ônus de provar o cometimento da infração funcional – abuso de poder disciplinar configurado.....225.

Servidor público – proventos – supressão de vantagem: abono compensatório – ausência de prova pré-constituída de que o servidor percebia vantagens disconforme a constituição – não conhecimento.....236.

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

APELAÇÃO CRIME

Assalto – menores infratores – oitiva somente no inquérito – confissão – atribuição a terceiros co-participação no delito – fato negado na polícia e em juízo – direito de reperguntas – impossibilidade de exercício – insuficiência de provas – absolvição mantida.....247.

Assalto à mão armada – formação de quadrilha – concurso material – palavra da vítima – prova incontroversa.....280.

Atentado violento ao pudor – prova incontroversa – vítima bebê de 1 ano de idade – violência presumida – progressão de regime – possibilidade.....273.

Atentado violento ao pudor – violência ficta – ofendida oligofrênica – réu septuagenário – bons antecedentes – ausência de presenciantes – perícia médica inconclusiva – materialidade duvidosa e autoria negada – *in dubio pro reo* – absolvição.....259.

Crime de ameaça – concurso de agentes – inexistência de representação – condição de procedibilidade – extinção de punibilidade – decadência.....267.

Furto qualificado – concurso de agentes – recursos da defesa – preliminar de nulidade – trânsito em julgado para a acusação – réu menor de 21 anos, à data do fato – prescrição superveniente.....249.

Homicídio qualificado – recurso que tornou impossível a defesa da vítima – exclusão da qualificadora – impossibilidade.....262.

Maus-tratos – abandono material e intelectual – pedido de absolvição por ausência de provas – incoerência.....277.

HABEAS CORPUS

Corrupção de menores – prisão preventiva – pena mínima de 1 ano de reclusão – *sursis processual* – direito público subjetivo do acusado – concessão do *writ*.....300.

Estelionato – continuidade delitiva – definição – exigência de profunda valoração dos requisitos subjetivos e objetivos do Art. 71, *caput* e seu Parágrafo Único – impraticável em sede de habeas corpus – denegação.....293.

Estelionato – trancamento da ação penal – aferição da atipicidade da conduta por ausência do dolo específico – demanda o reexame do conjunto fático-probatório – impossibilidade na via estreita do habeas corpus – *in dubio pro societa* – denegação.....289.

Excesso de prazo na formação da culpa – paciente preso por condenações transitadas em julgado – utilidade prática – inexistência.....295.

Homicídio qualificado em concurso de pessoas – réus presos – prisão preventiva – prescrição da pretensão punitiva estatal – réu menor de 21 anos ao tempo do crime – contagem do prazo pela metade - constrangimento ilegal.....297.



Esta obra foi composta em
Times New Roman e impresso em papel 24 kg.
Impressão e acabamento no Parque Gráfico do
Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em
Fortaleza/CE, Junho de 2009.