



Tribunal de Justiça do Estado do Ceará

Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Ceará

Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará
Volume 23.2007

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

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

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

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

Tiragem da Edição: 1.000 exemplares

*Expediente:
Coordenação:
Des. João de Deus Barros Bringel*

*Normalização:
Maria Cláudia de Albuquerque Campos CRB - 3/214*

*Revisão
Francisco Hudson Pereira Rodrigues*

*Diagramação e Impressão:
Wellington Forte Miranda Filho
Parque Gráfico do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará*

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

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

CDU 340.342 (05)

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ

Sumário

Composição do Tribunal Pleno	5
Relatores	7

Doutrina

Das Limitações ao Direito de Tributar, sob a nova Conjuntura Jurídica 11/45 <i>Francisco Zacarias Silveira de Araújo</i>	47/56
Droga, situação de rua e Bebida Alcólica	47/56
<i>Dr. Francisco Gurgel Holanda</i>	
O Controle de Constitucionalidade e a Validade, Vigência e Eficácia da Norma Jurídica	57/68
<i>Daniel de Sabóia Xavier</i>	

Jurisprudência Cível

Apelações Cíveis	73/205
Agravos de Instrumento	209/222
Embargos de Declaração	225/230
Habeas Corpus Cível	233/238

Jurisprudência Criminal

Apelações Crime	243/301
Habeas Corpus	305/362
Conflito de Competência	365/367
Ação Penal Originária	371/428
Desaforamento	431/434

Discursos

Discurso de saudação dos novos desembargadores que comporão a 4ª Turma Cível do TJCE, proferido pelo Des. João Byron de Figueiredo Frota em 26 de outubro de 2006	437/444
Discurso do Des. Francisco de Assis Filgueiras Mendes, proferido em 6 de julho de 2006, por ocasião de sua posse	445/461
<i>Índice Alfabético Remissivo</i>	461/466

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

Presidente

Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha

Vice-Presidente

Des. Rômulo Moreira de Deus

Corregedor Geral da Justiça

Des. José Cláudio Nogueira Carneiro

TRIBUNAL PLENO

Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha

Des. Ernani Barreira Porto

Des. Francisco Haroldo Rodrigues de Albuquerque

Des. João de Deus Barros Bringel

Des^a. Huguette Braquehais

Des. Rômulo Moreira de Deus

Des. José Cláudio Nogueira Carneiro

Des^a. Gizela Nunes da Costa

Des^a. Maria Celeste Thomaz de Aragão

Des. José Arísio Lopes da Costa

Des. Luiz Gerardo de Pontes Brígido

Des. João Byron de Figueiredo Frota

Des. Ademar Mendes Bezerra

Des^a. Mariza Magalhães Pinheiro

Des^a. Edite Bringel Olinda Alencar

Des. José Edmar de Arruda Coelho

Des^a. Maria Iracema do Vale Holanda

Des. José Mário dos Martins Coelho

Des^a. Maria Sirene de Sousa Sobreira

Des. Raimundo Eymard Ribeiro de Amoreira

Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes

Des. Francisco de Assis Filgueira Mendes

Des. Lincoln Tavares Dantas

Des. Celso Albuquerque Macedo

Des. Francisco Lincoln Araújo e Silva

Desa. Lúcia Maria do Nascimento Fiúza Bitu

Dr. Bonfim Cavalcante Carneiro - Secretário Geral

RELATORES

Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha

Des. Ernani Barreira Porto

Des. João de Deus Barros Bringel

Desa. Huguette Braquehais

Des. Rômulo Moreira de Deus

Desa. José Cláudio Nogueira Carneiro

Desa. Gizela Nunes da Costa

Desa. Maria Celeste Thomaz de Aragão

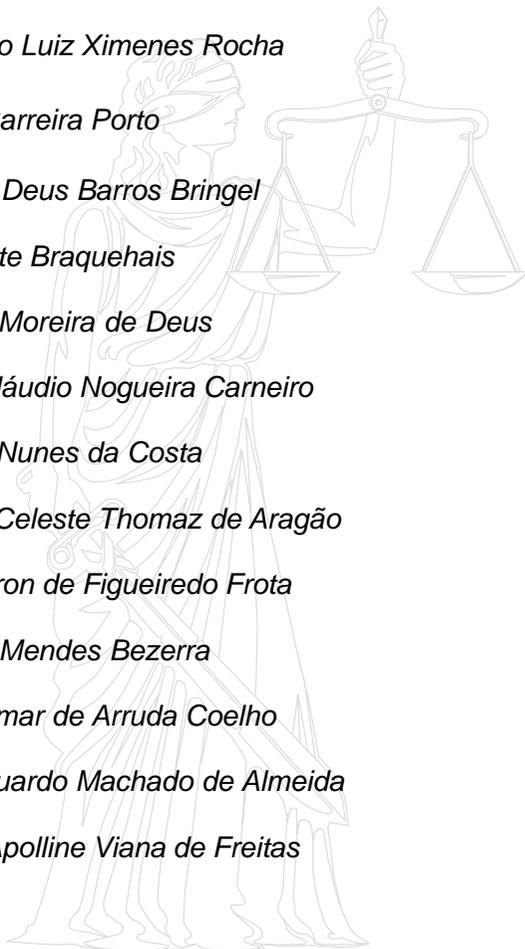
Des. João Byron de Figueiredo Frola

Des. Ademar Mendes Bezerra

Des. José Edmar de Arruda Coelho

Des. José Eduardo Machado de Almeida

Desa. Maria Apolline Viana de Freitas





DOCTRINA

DAS LIMITAÇÕES AO DIREITO DE TRIBUTAR, SOB A NOVA CONJUNTURA JURÍDICA.

FRANCISCO ZACARIAS SILVEIRA DE ARAÚJO (ASSESSOR DE DESEMBARGADOR TJ/CE)

I – INTRODUÇÃO

É impossível, hoje, enfrentar temas que envolvam moldura constitucional, sem responsáveis reflexões. E elas, necessariamente, conduzirão às suas bases fundamentais. Ressalta aos argutos olhos do estudioso do Direito, no presente, fatos novos de grande relevância.

Entende-se vê-los, inicialmente, na incontestável realidade moderna da incomensurável força da sociedade e dos grupos humanos, no encaminhamento de seus novos destinos.

Na verdade, o componente SOCIAL da realidade jurídica de todos os povos espargiu-se com intensa influência. Se forem deitadas atenções sobre a origem do Direito do Consumidor, por exemplo, pode-se constatar – nitidamente – tal fenômeno.

A “SOCIALIZAÇÃO” do Direito (*se assim fosse possível denominar-se*), por seu turno, quebrou aquela clássica dicotomia dos seus ramos, em Direito Público e Direito Privado, com o surgimento dos relativos ao DIREITO SOCIAL.

Verifica-se, que a par deste novo viés fenomênico, os institutos – mormente os de base constitucional – exigiram uma nova óptica. Mais ainda, quando se observa outro fato, profundamente relevante: a **normatividade dos princípios constitucionais**.

Neste sentido, para que se possa ter uma compreensão exata do tema, que se constitui no estudo de alguns dos princípios constitucionais, presentes no título “DA LIMITAÇÃO DO PODER DE TRIBUTAR (Art. 150, da CF/88), é indispensável a prévia incursão nestes 02 (dois) fundamentais fenômenos: **a**) na “socialização” do Estado e da Ordem Jurídica e **b**) na “normatividade” dos princípios constitucionais.

II – DESENVOLVIMENTO

A) PRIMEIRA PARTE

1. DA “SOCIALIZAÇÃO” DA ORDEM JURÍDICA

1.1. O MOVIMENTO CONSUMERISTA, COMO EXEMPLO

Esta denominada “socialização” pode ser melhor compreendida, pelo conhecimento do movimento consumerista, por exemplo. De princípio, as relações de consumo caracterizavam-se por negócios interpessoais. As relações complexificaram-se mais com o industrialismo. Tornaram-nas pluripessoais e difusas.

Neste período, começaram a surgir os primeiros movimentos, através de pequenas organizações voltadas ao problema das relações de consumo. Tiveram início, também, alguns movimentos de grupos SOCIAIS, mormente no final do século XIX.

A primeira organização foi um pequena associação de advogados de New York, que objetivava proporcionar melhores condições de trabalho, para os empregados no comércio. Estes movimentos **consumeristas** cresceram nos Estados Unidos e na Europa, principalmente após a II Grande Guerra Mundial.

No Brasil, surgiu na década de 70 uma associação de Defesa do Consumidor, na cidade de Porto Alegre. Outras foram criadas no Rio de Janeiro e em São Paulo, na década de 80. Destaca-se a criação do IDEC – Instituto de Defesa do Consumidor e do PROCON – São Paulo.

A Constituição Federal, de 1988, **sob o influxo desta indiscutível influência SOCIAL**, trouxe em seu bojo uma série incalculáveis de **princípios**, sob **NORMATIZAÇÃO**, que regem os indispensáveis direitos fundamentais e muitos outros no campo **SOCIAL**, dispondo, por exemplo:

Art. 5º - TODOS são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos BRASILEIROS e aos estrangeiros residentes no País, a inviabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à SEGURANÇA e à PROPRIEDADE, nos termos seguintes:

.....

XXXII - O ESTADO PROMOVERÁ, NA FORMA DA LEI, A DEFESA DO CONSUMIDOR; (sem grifos ou destaques, no original)

O legislador, por seu turno, dando cumprimento aos claros mandamentos constitucionais, trouxe ao mundo jurídico o moderníssimo diploma de Defesa e Proteção do Consumidor, por via da **Lei nº 8.078**, de 11 de Setembro de 1990. A partir de sua vigência (**art. 118**) o consumidor lesado pôde dispor de um **avançado instrumento**, para o exercício de seus direitos.

1.2. O CRESCIMENTO DOS DIREITOS SOCIAIS

Verifica-se, no passo, que a Ordem Social, juntamente com a Ordem Econômica ingressaram no âmbito constitucional, pela primeira vez, na Carta Magna do México, no ano de 1917. No Brasil, ocorreu, inicialmente, na Constituição de 1934.

Vê-se, igualmente, que os DIREITOS SOCIAIS, nestas Constituições, emergiram do leito da **Ordem Social**, que sempre esteve misturada com a Ordem Econômica. Com a promulgação da Constituição Federal, de 1988, os chamados DIREITOS SOCIAIS foram inscritos no Capítulo II, do Título II (art. 6º e seguintes). E, a Ordem Social, no Título VIII, a partir do art. 193.

Ora, inobstante disciplinados em artigos tão distanciados, logo se vê sua estreita ligação. Com José Afonso da Silva, *in* “*Curso de Direito Constitucional Positivo*” – Malheiros Editores – São Paulo – 1994 – 9ª Edição, pág.258, é possível extrair-se o seguinte conceito de DIREITOS SOCIAIS:

“...Como dimensão dos DIREITOS FUNDAMENTAIS do homem, os direitos sociais são prestações positivas estatais, enunciadas em NORMAS CONSTITUCIONAIS, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a IGUALIZAÇÃO de situações SOCIAIS desiguais.”(sem grifos ou destaques, no original)

Observa-se que o festejado mestre constitucionalista paulista, neste precioso conceito, não se referiu – especificamente – aos PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS, cujo superior poder normativo, **não os nega**. Muito pelo contrário, os vê expandidos em outros DIREITOS SOCIAIS, que se encontram presentes no conteúdo SISTÊMICO da CF/88.

A Constituição Federal, a par de seus PRINCÍPIOS, ou de suas NORMAS, estabeleceram um sistema harmônico e moderno de efetiva **defesa do Cidadão**, diante do Estado e da própria Sociedade.

Os Direitos e garantias fundamentais, onde se encontra especificado o direito de defesa do consumidor (**Art. 5º - XXXII**) ou (*do que se poderia chamar*) do direito de defesa do contribuinte (**art.150 e seus incisos**), **por exemplo**, bem retratam o nítido perfil de uma Constituição CIDADÃ, como chamada, pelo saudoso Ulyses Guimarães.

A respeito do que se poderia denominar direito de defesa do contribuinte é oportuno transcrever, neste ponto, a lição do respeitado mestre **Roque Antônio Carrazza**, *in* Curso de Direito Constitucional Tributário – Malheiros Editores – São Paulo – 16ª Ed. – 2001- pág. 368:

“Dentro da idéia de que o contribuinte mantém uma relação de igualdade jurídica (não de subordinação) com o Fisco e de que ambos têm direitos e deveres recíprocos, está tramitando no Congresso Nacional projeto do ‘ CÓDIGO DE DEFESA DO CONTRIBUINTE’, que visa a tornar

eficazes os valores consagrados no sistema constitucional tributário brasileiro”

E sobre a proteção geral, que a Constituição Federal outorga a todos os cidadãos, inclusive os CONTRIBUINTES, o mesmo autor, assevera – na mesma magnífica obra – às fls. 342/343

“De fato, a Constituição confere , a TODA e qualquer pessoa, vários DIREITOS, irrenunciáveis e imprescritíveis, concernentes ‘ à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade’ (art. 5º). O exercício de tais DIREITOS cria situações jurídicas ativas que são verdadeiros DIREITOS SUBJETIVOS, oponíveis a qualquer pessoa, inclusive ao Estado.”

E, complementa o mestre tributarista, à pág. 343:

“A este respeito, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO fez as seguintes anotações: ‘ Convém recordar que o Estado de Direito é a consagração jurídica de um PROJETO POLÍTICO. Nele se estratifica o objetivo de garantir o CIDADÃO contra intemperanças do PODER PÚBLICO, mediante prévia subordinação do poder e de seus exercentes a um quadro normativo geral e abstrato cuja função precípua é conformar EFETIVAMENTE a conduta estatal a certos parâmetros antecipadamente estabelecidos como forma de DEFESA DOS INDIVÍDUOS’ ”(sem grifos ou destaques, no original)

Estes direitos fundamentais, no que se refere à **TRIBUTAÇÃO**, formam o chamado ESTATUTO DO CONTRIBUINTE, de que nos fala **Paulo de Barros Carvalho**, in *“Estatuto do Contribuinte. Direitos, garantias individuais em matéria tributá-*

ria e limitações constitucionais nas relações entre Fisco e contribuinte “- **Vox Legis** (*apud* Roque Carrazza – Ob. Cit. – pág. 366/367:

“Define-se o ESTATUTO DO CONTRIBUINTE, ao pé de nossa realidade jurídica-positiva, como a somatória, harmônica e organizada dos mandamentos constitucionais, sobre matéria TRIBUTÁRIA, que, positiva ou negativamente, estipulam direitos, obrigações e deveres do sujeito passivo, diante das pretensões do ESTADO (aqui utilizado na sua acepção mais ampla e abrangente – entidade tributante).”

Na verdade, ninguém pode perder de vista que a Carta Magna do Brasil foi outorgada por um Poder Constituinte – de legitimidade apenas maculada pela presença dos Senadores “biônicos” – sob um fortíssimo **impacto social** e vistos os interesses e a defesa do cidadão.

Ela foi uma resposta do POVO, já – à época – mais politizado, aos sombrios anos da Ditadura, regida sob dispositivos “jurídicos” (?) de exceção, a serviço do autoritarismo. Uma resposta POPULAR, sob forma constitucional, com **o objetivo de garantir o CIDADÃO contra “intemperanças do PODER PÚBLICO”**.

É a Constituição Federal de 1988 um verdadeiro PACTO SOCIAL, sendo o mais elevado instrumento JURÍDICO de defesa do Cidadão, com normas e princípios CONSTITUCIONAIS, marcadamente, de Direitos Sociais.

1.3. UM NOVO RAMO: O DO DIREITO SOCIAL

Foi, como dito, indelevelmente rompida aquela clássica dicotomia dos seus ramos, em Direito Público e Direito Privado, com o surgimento do relativo ao DIREITO SOCIAL.

Esta ousada afirmação, com certeza, afronta o pensamento do grande jusfilósofo paulistano Miguel Reale, que ar-

dorosamente ainda a defende, como se lê em suas “*Lições Preliminares de Direito*” – Editora Saraiva – São Paulo – 22ª Edição – 1995 – pág.336, quando afirma:

“Para Gustavo RADBRUCH, Direito Público e Direito Privado são meras categorias históricas, formas que recebem, através do tempo, um conteúdo variável, revestindo-se de caráter técnico ou pragmático.”

“A nosso ver, a DISTINÇÃO SE IMPÕE, embora com uma alteração fundamental na teoria romana, que levava em conta apenas o elemento do interesse da coletividade ou dos particulares.”(sem grifos ou destaques, no original)

Em socorro, vêem alguns outros renomados autores. Na verdade, a corrente, que aceita o “**tertium genus**”, mereceu maior crédito, a partir da autorizada observação do Mestre **Hans Kelsen**, para o qual:

“o Direito é UM só, constituído, em camadas hierarquizadas, desde a norma constitucional, até o contrato interindividual”. (sem grifos ou destaques, no original)

Esta Teoria, portanto, baseia-se nos pressupostos de que as ramificações do Direito **NÃO destroem a UNIDADE do sistema jurídico, todas legitimadas pela própria Constituição.**

Outros igualmente importantes autores trazem noções sobre este novo ramo do Direito. Na verdade existe “corrente que prega a existência do DIREITO SOCIAL, ao lado do direito público e do direito privado, como terceiro gênero da ciência jurídica” É o que pode ler, às fls. 126, do livro “*Instituições de Direito do Trabalho*” – Volume 1 – Editora LTr Ltda. – São Paulo – 1996 – Arnaldo Süssekind, Délio Maranhão, Segadas

Viana e Lima Teixeira.

Destarte, os regramentos jurídicos, como os do Direito do Trabalho, Direito Previdenciário, Direito do Consumidor e a iminente legislação sobre o **Direito do Contribuinte**, por exemplo, estariam mais enquadradas neste “**DIREITO SOCIAL**”.

Na verdade, o pensamento SOCIAL destas relações não poderiam cingir-se somente a um ou outro campo da clássica divisão (Pública e/ou Privada), porquanto existem nelas regras de ambas as categorias.

Existem, por outro lado, juristas da Escola Alemã que nas relações, onde existissem normas de Direito Público (FISCO) e, eventualmente, outras de Direito Privado (CONTRIBUINTE), por exemplo, haveria o fenômeno da UNIDADE.

Destarte, juristas do quilate de Sinzheimer e RADBRUCH sustentam que nelas há uma UNIDADE, sem repartições estanques e individualizadas. Este fenômeno poder-se-ia observar até mesmo no âmbito do Direito Tributário, de marcado traço publicista.

O DIREITO SOCIAL há tempos já se impôs como realidade decisiva de nossa era. Estão nas definições ideológicas de Hegel e de Duguit. Igualmente de Georges Gurvitch. A Constituição Federal de 1988, por consequência, consagrou larga influência às relações de Direito propugnadas como de DIREITO SOCIAL.

O nosso ordenamento jurídico civil, tido como essencialmente de Direito Privado, no artigo 5.º da sua Lei de Introdução ***já no remotíssimo ano de 1919***, assim dispunha:

“Na aplicação da Lei, o juiz atenderá ao fins SOCIAIS a que se dirige e às exigências do bem comum”. (sem grifos ou destaques, no original)

Não se pode, hoje, negar a existência de disposições de Direito SOCIAL existente no nosso Ordenamento Jurídico, principalmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, trazendo em seu bojo PRINCÍPIOS CONSTITUCI-

ONAS normatizados e normas propriamente ditas, sob este inafastável influxo.

Elas têm caráter e moldura marcadamente **CIDADÃ**, à vista do seu grande perfil protetor da vida, da segurança, da saúde, da propriedade, entre outros, do **CIDADÃO**. De modo igual, quando o mesmo está investido de sua relevante qualificação social, de **CONTRIBUINTE**. Neste sentido, pode-se concluir, juntamente com o Ilustre Professor Arnaldo Vasconcelos:

“Pelo que se observa, um critério classificatório das normas jurídicas, que desprezasse a contundente realidade da existência das normas e DIREITO SOCIAL, seria não apenas inatural, como irresponsável”. (sem grifos ou destaques, no original)

E complementa, com autoridade, que nenhum cultor do Direito, mesmo que não seja um Filósofo do Direito, diante da força do consolidado **DIREITO SOCIAL**,

“... pode, em vão, continuar com o raciocínio fixo na dicotomia tradicional, historicamente esvaziada, que põe em confronto o DIREITO PÚBLICO com o DIREITO PRIVADO”. (sem grifos ou destaques, no original)

1.4. ESTA INFLUÊNCIA SOCIAL NO CAMPO TRIBUTÁRIO

Esta indiscutível presença do **DIREITO SOCIAL**, ao contrário do que possa parecer, é de importância capital. Ele abriu um novo caminho. Como visto, não existe, hoje, apenas disciplinas hermeticamente estratificadas no ramo do Direito Público, do Direito Privado e do Direito Social.

Elas se intercomunicam. Se entrelaçam. Se integram numa **UNIDADE**. Neste ponto é forçoso transcrever, novamente, a lição do Grande **Hans Kelsen** de que:

“o Direito é UM só, constituído, em camadas hierarquizadas, desde a norma constitucional, até o contrato interindividual”. (sem grifos ou destaques, no original)

Fica evidenciado que no campo tributário, historicamente do ramo do Direito Público, também, esta “socialização” da Ordem Jurídica e do Estado marcou sua decisiva influência. De modo muito especial no expresso estabelecimento na Constituição Federal, vigente, de incisos do art. 150, da Seção II, **“Das limitações do poder de tributar”**.

E esta influência aparece, inclusive, no início do próprio art. 150, quando enuncia que: **“Sem prejuízo de outras GARANTIAS asseguradas ao CONTRIBUINTE ...”**. Na verdade, como afirmou Aliomar Baleeiro, citado por Luiz Emygdio F. da Rosa Júnior, *in* Manual de Direito Financeiro & Direito Tributário - Editora Renovar – Rio de Janeiro – 1995 – 10ª Ed. – pág. 265:

“Nenhuma Constituição excede a brasileira, a partir de 1946, pelo zelo com que reduziu a disposições jurídicas aqueles princípios tributários. Nenhuma outra contém tantas LIMITAÇÕES expressas em matéria financeira.”(sem grifos ou destaques, no original)

Por sua vez, o Professor **Ricardo Lobo Torres**, discorrendo sobre as limitações constitucionais ao poder de tributar, doutrina que:

“O poder financeiro ou soberania financeira do Estado, pois, ratifica no próprio art. 5º da CF, ou seja, no direito de propriedade. A soberania financeira, que é do POVO, transfere-se *limitadamente* ao Estado pelo contrato constitucional, permitindo-lhe tributar e gastar. Não é o Estado que se autolimita na Constituição, como

querem os positivistas, senão que já se constitui no espaço aberto pelo consentimento. O tributo, por conseguinte, sendo embora o PREÇO e a GARANTIA da liberdade, já nasce limitado pela própria AUTOLIMITAÇÃO DA LIBERDADE.” (sem grifos ou destaques, no original)

Neste sentido, não é surpresa verificar-se que a prodigiosa inteligência do Jurista **Paulo Bonavides**, já vislumbrara esta inefável realidade da “*socialização*” do Estado, *in* “Ciência Política” – Editora Malheiros – 10^a Ed. – 1994 – São Paulo – SP – págs. 40/41:

“Com efeito, na sociologia política de Max Weber, abre-se o capítulo de fecundos estudos pertinentes à política científica, à racionalização do poder, à LEGITIMAÇÃO DAS BASES SOCIAIS em que o poder repousa.

E o fim do Estado, segundo o mesmo sociólogo, inspirado decerto na profecia marxista, será sua diluição no AUTOMATISMO DA SOCIEDADE FUTURA.” (sem grifos ou destaques, no original)

E, mais abaixo, comentando sobre o pensamento do professor alemão **Georg Jellinek**, afirma:

“Sua teoria do Estado se revela predominantemente SOCIAL, situando-o na esfera metodológica dos dualistas, ou seja, dos que tomam a Ciência Política segundo o binômio DIREITO e SOCIEDADE.” (sem grifos ou destaques, no original)

Diante de tantas evidências doutrinárias e científicas, é impossível não entender que também as matérias TRI-BUTÁRIAS, como as tratadas neste presente estudo, têm que

vistas sob a forte influência SOCIAL. E, neste sentido, fica muito difícil não concluir, na mesma linha de raciocínio do Professor **José Afonso da Silva** (Op.cit.- pág.202), que já asseverara, com grande autoridade:

“É necessário ter em vista que o sistema tributário é PARTE de um sistema econômico-social concreto, e qualquer teoria de uma tributação justa que não leve em conta a totalidade do SISTEMA SOCIAL, cai na abstração metafísica.” (sem grifos ou destaques, no original)

2. “NORMATIVIDADE” DOS PRINCÍPIOS NA CF/88

Uma nova e moderna realidade tem ocorrido no seio do Direito. De modo muito especial, no campo constitucional e – mais acentuadamente – na Constituição Federal do Brasil, de 1988. Os seus princípios elevaram-se a uma superior dimensão **inimaginável, indestrutível, irrevogável, indelével.**

Numerosos autores – expoentes da cultura jurídica – reportam-se ou utilizam-se desta inafastável realidade, como **Paulo Bonavides, José Afonso da Silva, Nelson Nery Júnior, Eros Roberto Grau**, entre vários outros nacionais e **Sérgio Fois, Agustin Gordillo Cañas, Alexandre Peczenik, Norberto Bobbio**, entre outros tantos estrangeiros.

Na realidade, não há distinção entre princípios e normas. Os princípios são dotados de normatividade. As normas (*gênero*) compreendem regras e princípios (*espécies*).

É indiscutível a SUPERIORIDADE e a HEGEMONIA dos princípios na pirâmide normativa. Os mesmos são confundidos com os VALORES mais elevados da alta NORMATIVIDADE que alicerça a organização do Poder e do Estado! Sua supremacia, desta forma, é não somente formal, como material.

O conspícuo Mestre Paulo Bonavides, *in* “Curso de Direito Constitucional” – Malheiros Editores – São Paulo – 1994 – 5ª Edição, pág. 260, assevera com grande autoridade:

“As regras vigem, os princípios VALEM; o valor que neles se insere se exprime em graus distintos. Os princípios, enquanto VALORES FUNDAMENTAIS, governam a Constituição, o regime, a ordem jurídica. Não são apenas a lei, mas o DIREITO em toda a sua extensão, substancialidade, plenitude e abrangência.”
(sem grifos ou destaques, no original).

Verifica-se, assim, que os princípios têm importância vital nos ordenamentos jurídicos. Tanto mais, na medida em que o estudioso pode examinar a sua função e sua presença no corpo das Constituições contemporâneas.

Estes princípios constitucionais, providos de grande “extensão, substancialidade, plenitude e abrangência” já não os mesmos “princípios” alojados nos Códigos, cujas funções eram meramente supletivas, subsidiárias e até mesmo informativas. Eles, agora, são PRINCÍPIOS (normatizados)!

Hoje, os princípios constitucionais estão no mais alto topo da escala **NORMATIVA**, sendo eles mesmos espécies de normas. E são normas **SUPREMAS** do ordenamento jurídico, dando-lhe “ordem objetiva de VALORES”.

Os princípios, como já se pôde aqui inferir, se constituem em uma “superlegalidade material” e se torna, simultaneamente, em “fonte primária do ordenamento e ao mesmo tempo, fonte subordinada do mesmo” (Agustin Gordillo Cañas – *in* *Introducción al Derecho Administrativo – apud* EROS GRAU, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 – Interpretação e Crítica* – São Paulo – 1997 – pág.98)

Neste ponto é essencial deitar atenção nesta **NORMATIZAÇÃO** dos princípios constitucionais, para adequadamente entender a real natureza jurídica do Direito do Consumidor, como – de resto – para o próximo “**Direito de Defesa do Contribuinte**”. E, com certeza, extrair-se-á da Lei Magna a essência deste juízo.

Na verdade, é inafastável a realidade desta

“normatização” dos princípios, mormente os constitucionais, em nosso Ordenamento Jurídico. Sua importância e profundidade estão magistralmente estudadas e desenvolvidas pelo Venerando Mestre **Paulo Bonavides**, em sua obra citada, Curso de Direito Constitucional. Nela, encontram-se fontes inesgotáveis de convencimento.

Ao trazer à lume as reflexões de E. Betti, o Professor Bonavides informa, sob síntese, que os **“princípios são NORMAS e as normas compreendem as regras e os princípios”**. Na realidade, surgem esses princípios como máximas doutrinárias ou simplesmente guias do pensamento jurídico. Eles, logo podem adquirir caráter de NORMAS de Direito Positivo.

Pertencerá, por conseqüência, ao Direito Positivo o conteúdo daquelas diretrizes. O que era simplesmente **“ratio legis”** converte-se em autêntica **“LEX”**, compondo – a final – o Ordenamento Jurídico.

E este conseqüente ingresso efetivo na Ordem Jurídica decorre de um pensamento ao mesmo tempo científico e inteligente do citado jurista italiano **Vezió Crisafulli**, reportando-se à eficácia de todo o princípio, quando afirma que:

“os princípios são normas escritas e não escritas, das quais logicamente derivam as normas particulares (também estas escritas e não escritas) e às quais inversamente se chega partindo destas últimas.” (sem grifos ou destaques, no original)

Por fim é igualmente importante dizer que as NORMAS que estruturam o Ordenamento jurídico não estão insuladas, estanques. Elas fazem parte de um contexto sistêmico, no qual os princípios atuam como verdadeiros VÍNCULOS estruturais, consolidando e amalgamando o SISTEMA. Desta forma não fica difícil de concluir-se para o princípio da UNIDADE do SISTEMA, que – decerto – encontra-se no SOBREPRINCÍPIO: o princípio da certeza do direito.

B) SEGUNDA PARTE

1. O MODERNO PERFIL TRIBUTÁRIO

É indispensável, inicialmente, trazer à lume as lições do festejado Professor paulista **Eros Roberto Grau**, na sua magistral obra “A Ordem Econômica na Constituição de 1988” – Editora Malheiros – 3ª Ed. – 1997 – São Paulo – SP – pág. 35, quando afirma:

“A Constituição do Brasil, de 1988, define, como resultará demonstrado ao final desta minha exposição, um modelo econômico de BEM-ESTAR. Este modelo, desenhado desde o disposto nos seus arts. 1º e 3º, até o quanto enunciado no seu art. 170, não pode ser ignorado pelo Poder Executivo, cuja vinculação e definições constitucionais de caráter conformador e impositivo é óbvia.” (sem grifos ou destaques, no original)

Dentro deste modelo, é fácil perceber que o Brasil assumiu a tarefa de implementar uma **economia**, que embora esteja voltada ao “capitalismo se transforma na medida em que assume novo caráter, SOCIAL” (**Eros Roberto Grau** – Ob.cit. – pág.47). E tal, pode ser nitidamente percebido, na Constituição Federal, pelo enunciado do “**caput**” do seu,

“Art. 170 – A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho, na livre iniciativa, tem por FIM assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da JUSTIÇA SOCIAL, observados os seguintes princípios:” (sem grifos ou destaques, no original)

Neste modelo, portanto, com o expresse encargo constitucional (**art. 174**) de ser o Estado “agente normativo e

regulador da atividade econômica”, alteraram-se várias políticas governamentais. Entre elas, evidentemente, a política fiscal.

Enfatizou-se ainda mais, a partir de então, a certeza de que os **TRIBUTOS** não poderiam ter somente um viés puramente **ARRECADOR** de recursos para as necessidades estatais. Os tributos, teriam – além desta essencial função – o de serem **INSTRUMENTOS** eficazes de políticas mais abrangentes.

Neste sentido, é possível concluir-se, na mesma esteira de entendimento, com o Ilustre Professor carioca, **Ricardo Lobo Torres**, em seu admirável livro “Curso de Direito Financeiro e Tributário” – Editora Renovar – 2ª Ed. – 1995 – Rio de Janeiro – RJ, às págs. 4 e 5:

“Característica importantíssima da atividade financeira é a de ser puramente INSTRUMENTAL. Obter recurso e realizar gastos não é um fim em si mesmo. O Estado não tem o objetivo de enriquecer ou de aumentar o seu patríomônio. ARRECADADA para atingir certos objetivos de índole política, econômica e administrativa.”(sem grifos ou destaques, no original)

“Apesar de INSTRUMENTAL, a atividade financeira não é neutra frente aos VALORES e PRINCÍPIOS jurídicos, senão que a eles se vincula fortemente. A LIBERDADE necessita das finanças do Estado para que possa se afirmar, ao mesmo tempo em que limita o exercício da atividade financeira. A JUSTIÇA na sociedade moderna passa pela FISCALIDADE e REDISTRIBUIÇÃO DE RENDA. Princípios como os da CAPACIDADE CONTRIBUTIVA, economicidade, LEGALIDADE, publicidade, irretroatividade e transparência informam permanentemente a atividade financeira.” (sem grifos ou destaques, no original)

E, conclui, com grande autoridade, ainda à fl. 5:

“... Os objetivos intervencionistas e regulatórios do Estado se INSTRUMENTALIZAM através do fenômeno da EXTRAFISCALIDADE, não possuindo esta uma finalidade em si mesma, seja no aumentar, seja no diminuir o valor dos TRIBUTOS para inibir ou incentivar a atividade econômica.” (sem grifos ou destaques, no original)

O seu entendimento confirma-se de forma mais clara, quando se lê, nas lições do Professor **Washington Albino**, em sua obra “ Primeiras Linhas de Direito Econômico “ – Editora LTr. – 3º Ed. – 1994 – São Paulo-SP, às fls.77:

“Ora, esta aplicação ‘estimulada’ deixa de apresentar caráter FISCAL para assumir a condição de INSTRUMENTO da política econômica desenvolvimentista.”..... “... sendo necessário lembrar que a TRIBUTAÇÃO como estímulo à prática da política econômica também é habitualmente usado, como no aumento progressivo do IMPOSTO rural sobre as terras mal exploradas e os latifúndios.” (sem grifos ou destaques, no original)

Verifica-se, assim, que é indispensável a compreensão – também – deste moderno perfil TRIBUTÁRIO, para que se possa adentrar no espírito “das limitações ao poder de tributar”, determinado pela Constituição Federal vigente, em seu art. 150 e incisos.

2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS TRIBUTÁRIOS

Foi visto, anteriormente, a importância dos princípi-

os em nosso ordenamento jurídico. **Paulo Bonavides**, em sua obra citada “Curso de Direito Constitucional”, chega a falar da existência, nele, de um verdadeiro **Estado PRINCIPIOLÓGICO**, que interfere na aplicação das próprias normas constitucionais”.

São princípios constitucionais, entre outros, conforme anotados por **Celso Ribeiro Bastos**: **a)** o federativo; **b)** o republicano; **c)** o da separação de poderes; **d)** o da liberdade de iniciativa; **e)** o da anterioridade; **f)** o da universalidade da jurisdição; **g)** o da ampla defesa, etc.

Dentre estes diversos princípios constitucionais GERAIS, podem-se destacar outros especificamente relacionados ao sistema tributário, a serem – aqui – tomografados a seguir.

Antes, contudo, é importante salientar que os princípios constitucionais encontram-se hierarquizados no mundo do Direito. Uns abrangem outros. E, ao mesmo tempo, têm estreita ligação entre si. Guardam coerência, entre eles.

E todos os princípios, inclusive os constitucionais tributários, estão encapsulados por um princípio básico superior: **o princípio da certeza do direito**, de que fala **Paulo de Barros Carvalho**:

“Trata-se, na verdade, de um SOBREPRINCÍPIO que está acima de todos os primados e rege toda e qualquer porção da ordem jurídica. Como VALOR SUPREMO do ordenamento, sua presença é assegurada nos vários subsistemas, nas diversas instituições e no âmago de cada unidade normativa, por mais insignificante que seja.”
(sem grifos ou destaques, no original)

2.1. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA

Os estudiosos procuram situar sua gênese na **Mag-na Carta Libertatum**, de 1215, pelos barões ingleses ao Rei João Sem Terra, com a finalidade de LIMITAR os seus exacer-

bados poderes reais.

A Constituição Federal de 1988 consagrou o princípio genérico da LEGALIDADE, pelo art. 5º inciso II, que disciplinou que **“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de LEI.”**

Contudo, este princípio genérico seria talvez insuficiente, por si só, a conceder ao contribuinte a garantia de que qualquer TRIBUTO somente seria instituído ou majorado por expressa disposição de LEI.

A liberdade, na sua acepção mais ampla, é a aspiração de todo cidadão. Mas ele sabe, que jamais poderá vivenciá-la, sem que haja certas restrições, inclusive para garantia de igual liberdade de terceiros. Para tanto, é indispensável que estes LIMITES sejam disciplinados pela LEI.

No Direito Tributário tal limitação, de substrato legal, é particularmente importante, para o cumprimento do expresso princípio constitucional. Neste sentido, ninguém será obrigado a pagar um tributo, sem que a lei o tenha estabelecido.

Mas, a Constituição Federal de 1988, no estrito empenho de proteger o cidadão CONTRIBUINTE não restringiu sua proteção apenas ao enunciado do art. 5º II. Foi mais à frente, para outorgar ao CONTRIBUINTE, com uma expressa e mais específica regra, contida em seu,

“Art. 150 – Sem prejuízo de outras GARANTIAS asseguradas ao CONTRIBUINTE, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I – exigir ou aumentar TRIBUTO, sem LEI que o estabeleça; (sem grifos ou destaques, no original)

Destarte, ao contribuinte é dada dupla garantia; a material e a formal. A primeira, decorrente do fato de que somente através da LEI ele será compelido a pagar Tributo. A garantia formal, consistente do seu sagrado direito, igualmente previsto na Constituição (**art. 5º - inciso XXXV**), de ir a Juízo

toda a vez que se veja ameaçado, por qualquer ILEGALIDADE!

Esta garantia material, resultante do princípio da legalidade, trata-se da exigência de auto-imposição, como é lecionado por **Carrazza** (Op. cit. pág. 217). Ou seja: somente o próprio cidadão, através de seus representantes, é que lhe poderá impor este encargo fiscal. O Tributo somente poderá nascer da LEI (**editada pela pessoa POLÍTICA competente**).

Existe, por outro lado, como sempre ocorre, a exceção à regra. Na verdade, a própria Constituição Federal, disciplina a exceção ou ressalva ao princípio da legalidade. E, mesmo assim, através de LEI, como se pode concluir do enunciado do **art. 153**, em seu,

“§ 1º - É facultado ao Poder Executivo, atendidas as condições e os limites estabelecidos em LEI, alterar as alíquotas dos impostos enumerados nos incisos I,II,IV e V.” (sem grifos ou destaques, no original)

É oportuno lembrar, relativamente a certos Tributos, expressamente indicados na Constituição Federal, que somente através de Lei Complementar é que os mesmos poderão ser criados (Vide, entre outros, os seus arts. 148, 153 – inciso VII, 154 – inciso I).

Entretanto, como ensina o Respeitado jurista **Hugo de Brito Machado**, no seu livro “Curso de Direito Tributário” – Editora Malheiros – 19ª Ed. – 2001 - São Paulo – SP, às fls. 69, **“a regra geral, todavia, é de que a lei ordinária é o instrumento hábil para a criação do tributo”**.

Neste ponto, cabe trazer à lume a fervorosa discussão sobre a aplicabilidade ou não de Medida Provisória, para instituição do Tributo. Alguns autores, como o Professor **Celso Ribeiro Bastos** (Ob. Cit. pág. 109), entendem que a criação de tributos, por via de Medida Provisória fere o princípio da legalidade. O argumento, na palavra do Ilustre Professor **Hugo de Brito Machado**, é inconsistente ! E arremata:

“Ter força de lei significa poder fazer tudo o que a LEI pode fazer. Assim, a Medida Provisória pode, em princípio, dispor sobre tudo aquilo que pode ser regulado pela Lei. Ocorre que a Medida Provisória só pode ser validamente utilizada quando presentes os seus pressupostos, vale dizer a RELEVÂNCIA e a URGÊNCIA. Nisto é que reside a limitação essencial a essa espécie normativa excepcional.” (sem grifos ou destaques, no original)

Assiste plena razão ao culto mestre tributarista, que durante anos honrou a Magistratura. A medida Provisória, inobstante as mais autorizadas críticas, é disposição expressa da Constituição Federal (**art.62**) e encontra-se vigente. E, como tal, pode ser editada. É fato, que o Poder Executivo tem exacerbado gigantescamente em sua utilização, descaracterizando-a.

Não somente pelo número excessivo de suas edições. Como, principalmente, com as suas abusivas REEDIÇÕES, como se viu, por exemplo, com a disciplina sobre o Plano REAL e respectiva moeda. Esta ficou na “excepcionalidade normativa” da Medida Provisória”, por MUITOS ANOS, numa verdadeira afronta ao Direito.

A Medida Provisória, portanto, abstraída das críticas supra e cumpridos os seus essenciais pressupostos da RELEVÂNCIA e da URGÊNCIA tem sua aplicação viabilizada. Até mesmo, para regular matéria reservada à Lei Complementar.

Na verdade, assim o defende o Insigne tributarista **Hugo de Brito Machado**. Sob sua óptica privilegiada e sempre corajosa, desde que atendidos estes 02 (dois) pressupostos, supra referidos, e desde que – igualmente – o Congresso Nacional, ao apreciá-la, considere sua essência e delibere com a observância do quorum devido à Lei Complementar nada poderá ser questionado quanto à sua validade jurídica.

É oportuno, neste ponto, esclarecer o que o Direito Tributário entende por Lei. No Código Tributário Nacional, como

ensina o Professor **Hugo de Brito Machado** (Ob. Cit. pág. 66/68), LEI é compreendido em seu sentido restrito. Significa “regra jurídica de caráter geral e abstrato, emanada do Poder ao qual a Constituição atribuiu competência legislativa, com observância das regras constitucionais pertinentes à elaboração das leis.”

Destarte, para que a LEI possa impor ao contribuinte o cumprimento de uma obrigação fiscal, ela terá que se constituir através de uma Lei, em seu sentido restrito. O CTN, por outro lado, dispõe, em seu

“Art. 96 – A expressão “legislação tributária” compreende as leis, os tratados e as convenções internacionais, os decretos e as normas complementares que versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes.”

Isto quer dizer que, inobstante a expressa existência, no Sistema Tributário Nacional, de uma “**legislação tributária**”, somente a **LEI**, em seu sentido restrito, como visto, tem o condão de gerar obrigação fiscal para o contribuinte. A compreensão desta diferença é básica!

Outro ponto importante a ser esclarecido é a exata compreensão de Lei Complementar e de Lei Ordinária, no Sistema Tributário Nacional. A estrutura e todas as bases de fundamentação do Edifício Tributário Nacional tem – por força de dispositivo constitucional – de ser disciplinadas por meio de Lei Complementar.

Destarte, institutos como anistia, isenção, lançamento, responsabilidade tributários, entre muitos outros, devem – obrigatoriamente – estar previstos em Lei Complementar. A criação e/ou majoração do tributo é que se fará através de Lei Ordinária. Esta compreensão, é fundamental!

Poder-se-ia então perguntar, a par do dito acima, como explicar que o Código Tributário Nacional é uma Lei Ordinária, quando a Constituição exige Lei Complementar para tal. A

dúvida somente existiria na mente dos menos atentos.

A lei Ordinária nº 5.172, é de 25 de Outubro de 1966. Àquela data ainda não havia sido promulgada a Constituição Federal de 05 de Outubro de 1988. Referida Lei nº 5.172/66, então, foi recepcionada pela CF/88 com gabarito de Lei Complementar. E o **Código Tributário Nacional**, hoje, trata de matéria exclusivamente reservada à Lei Complementar.

Isto, contudo, não lhe tira a essência formal de Lei Ordinária. Porém, na forma como foi recepcionada, isto quer dizer que quaisquer alterações empreendidas no Código Tributário Nacional – CTN, vigente, deverá ocorrer – **necessariamente** – por via de Lei Complementar.

Não é despidendo lembrar que a Lei Complementar, em sua essência, não é hierarquicamente superior à Lei Ordinária, como rotineiramente alguns pensam, com equívoco. A lei Complementar, apenas, em seu aspecto formal, é DIFERENTE da Lei Ordinária. Esta diferença básica consiste na: **a)** sua numeração própria; **b)** seu quorum especial (*maioria absoluta*). Isto posto, acredita-se inexistir quaisquer dúvidas remanescentes.

2.2. PRINCÍPIO DA ISONOMIA TRIBUTÁRIA

Este princípio, igualmente chamado, por Adam Smith, de “PRINCÍPIO DA JUSTIÇA TRIBUTÁRIA”, é a projeção do princípio geral de que todos são IGUAIS perante a LEI. Consiste no fato do contribuinte ser compelido a pagar os seus tributos, na forma de sua capacidade de gerar renda. No início da Idade moderna, tal igualdade foi estabelecida, através de uma mera igualdade matemática.

Assim, se alguém ganhasse **R\$ 200.000,00** deveria pagar R\$ 20.000,00, de tributo. Um outro, que auferisse muito mais renda, pagaria sua obrigação fiscal, na mesma proporção. Inexistia, então, alíquotas diferenciadas, para cada faixa de percepção de renda. Isto, muitas vezes incidia uma carga tributária monstruosa, em afronta ao próprio Direito.

Tal postura, contudo, foi modificada, no tempo. De

modo especial, pela progressiva e intensa marcha do processo **SOCIAL**, como exaustivamente demonstrado na Primeira Parte deste trabalho.

Este princípio é considerado por **Francisco Campos**, como o principal princípio contido na Constituição Federal. **Roque Carrazza**, vai mais além. Diz que o princípio da isonomia não se encontra apenas no abrigo das cláusulas pétreas, dispostas no art. 60 § 4º, inciso IV. Este princípio isonômico estaria contido não somente em toda a Constituição. E, acompanhando o pensamento de **José Souto Maior Borges**, afirma: **“ISONOMIA é o próprio texto da Constituição”**.

A igualdade, ou a isonomia tributária, apresenta-se – destarte – como garantia de tratamento UNIFORME, pela entidade tributante, quando os respectivos CONTRIBUINTES encontrarem-se em situações IGUAIS. A uniformidade de todos os tributos federais, em todo o território nacional, é uma clara manifestação deste capital princípio.

É importante entender, também, que a isonomia, prevista expressamente na Constituição Federal, em seu art. 150, inciso II, não se restringe apenas na vedação de **“instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente.”**

Fica evidente que a isonomia também seria descumprida se o Estado desse um tratamento IGUAL entre contribuintes que se encontrem em situação DIVERSA. A lei, portanto, deve estabelecer as diversas situações e criar critérios de discrimine, que tenha **nexo plausível**.

Neste sentido, copiando o exemplo apresentado pelo festejado jurista **Hugo de Brito Machado** (ob. Cit. – pág. 40) seria plausível exigir, num concurso de Juiz de Direito, que o mesmo fosse bacharel em Ciências Jurídicas. Mas, não o seria se exigisse que o referido candidato tivesse determinado peso e altura.

No mesmo passo, e – **“in contrarium sensum”**, não seria possível exigir, para candidatos a determinada competição esportiva, que estes fossem bacharéis em Direito. Contudo, seria muito plausível que se exigisse os requisitos de

peso e altura, para tais candidatos da área esportiva.

Na verdade, é imperioso acompanhar, por outro lado, o raciocínio do respeitado Professor **Roque Carrazza** (Ob. Cit. pág. 67) de que “a lei tributária deve ser igual para todos e a todos deve ser aplicada com igualdade.” O Tributo, quando instituído não pode alcançar apenas um especificado grupo de CONTRIBUINTES. Ele tem que ser extensivamente aplicável a todos os CONTRIBUINTES, sem quaisquer restrições ou privilégios.

O mesmo **Carrazza**, às mesmas páginas, afirma que os tributos devem atingir a TODOS que se encontram nas mesmas condições. E que tais idéias também valem para as isenções tributárias. Estas não podem ser concedidas pelas Pessoas Políticas, “levando em conta – arbitrariamente – a profissão, o sexo, o credo religioso, as convicções políticas, etc. dos contribuintes”.

Neste ponto, é possível observar-se a estreitíssima ligação entre este princípio da igualdade e o da capacidade contributiva. Como foi visto, em páginas anteriores, os princípios – na verdade – se entrelaçam e formam um todo, ainda que em algumas vezes sob importâncias hierárquicas, bem nítidas.

Este peculiar liame foi percebido pela inteligência do festejado Professor **Celso Ribeiro Bastos** (Ob. Cit. pág. 119), quando afirma:

“Aliás, a doutrina dos nossos melhores tributaristas vinha sendo no sentido de aceitar como vigente o princípio da capacidade contributiva por mera IMPLICITUDE no princípio da igualdade, o que confirmou com a sua previsão expressa no atual Texto.”(sem grifos ou destaques, no original)

A igualdade, ou isonomia, é um fulgurante signo fundamental da liberdade e da democracia. Neste sentido é que se deve aplaudir a Constituição Federal de 1988, por trazer um novo traço. Nela, o princípio da igualdade está reforçada por inúmeros

outros princípios (**alguns até expressos**), em busca da IGUALIZAÇÃO DOS DESIGUAIS, pela outorga de **DIREITOS SOCIAIS substanciais**.

É muito sintomática a diretriz, ainda que de natureza programática, de que a República Federativa do Brasil tem como um de seus objetivos reduzir as DESIGUALDADES sociais e regionais (art.3º, inciso IV).

No mesmo diapasão, encontram-se os relativos à universalidade da seguridade social, a garantia ao direito à saúde, à educação, baseados nos princípios democráticos e na preocupação com a justiça social, como objetivo das ordens econômicas e social (**arts. 170, 193, 196 e 205**, da CF/88).

Realmente, o princípio constitucional da igualdade, ou da ISONOMIA (**TRATAMENTO igual para todos, diante da LEI**), está impregnada em todo o Estatuto Maior e relaciona-se com a justiça distributiva, em matéria tributária. Nesta área, trata-se da repartição do ÔNUS FISCAL, de modo mais justo possível. A idéia de igualdade com justiça, por sinal, foi – inicialmente – percebida pela genialidade de Aristóteles.

Contudo, somente com o passar dos anos e das civilizações foi que o homem pôde perceber a verdadeira face da igualdade. Esta, verifica-se no desenvolvimento de uma equação, formulada pela inteligência de **Rui Barbosa**, contida em frase, na “Oração dos Moços”, já tornada clássica:

“a IGUALDADE consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades” (sem grifos ou destaques, no original)

O princípio da igualdade visa – em última instância – garantir uma tributação justa. Como dito, supra, já com Aristóteles, a idéia de igualdade estava conjugada à justiça.

É conveniente, neste ponto, lembrar a lição do Ilustre Professor **Hugo de Brito Machado**, de que o princípio da igualdade não é ferido com a instituição do imposto progressivo. Antes, o realiza com absoluta adequação, como se verá mais à

frente. A igualdade aí consistiria na aplicação da incidência à capacidade contributiva, que será tratada a seguir.

Mister, finalmente, afirmar que é o princípio da igualdade (ISONOMIA) que estabelece o impedimento legal de determinados contribuintes receberem privilégios, em função dos cargos ou funções que exercem. Esta lamentável situação era – infelizmente – acolhida na Constituição anterior, maculando todo o Sistema Tributário Nacional, quando isentava Magistrados e Militares do dever fiscal de pagar imposto de renda.

E mais grave, ainda, era saber-se que tais isenções foram irresponsavelmente contempladas, com caráter manifestamente político. Não é demais lembrar, que nos “**anos de chumbo**”, no império da Constituição de 1967 e da Emenda Constitucional nº 01, de 1969, estas 02 (duas) respeitadas classes, pelo seu poder social intrínseco, deveriam ser “bem tratadas”, para não dificultarem a “política desenvolvimentista do País” e a “segurança nacional”.

1.3. PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA

Em parágrafo, inserto, no item anterior **1.2 (isonomia)** já houvera sido enfocado, em rápida passagem, que existia estreitíssima relação entre este referido princípio e o da capacidade contributiva.

Antes, igualmente, já preparando a coerência do raciocínio a ser desenvolvido, neste tópico, foi lembrado (**item 2. Princípios Constitucionais Tributários – pág. 22**) que todos os princípios constitucionais, sejam os genéricos ou os especificamente TRIBUTÁRIOS, estão realmente interligados.

Desta forma, inobstante os princípios encontrem-se hierarquizados, uns abrangem outros. E, ao mesmo tempo, têm estreita ligação entre si. Eles se intercomplementam. Guardam salientes semelhanças essenciais, entre eles. Fazem, enfim, parte do TODO.

Neste sentido, quem melhor desenvolveu o raciocínio desta ligação entre o princípio da igualdade tributária

(isonomia) e o princípio da capacidade contributiva foi o constitucionalista de grande peso, o Insigne Professor **José Afonso da Silva** (ob. cit. – pág. 201/202). A ele, é pedida, a devida vênia, para transcrever:

“O PRINCÍPIO DA IGUALDADE... diz respeito à repartição do ônus fiscal do modo mais justo possível. Fora disto a igualdade será puramente formal. Diversas teorias foram construídas para explicar o princípio, divididas em *subjetivas* e *objetivas*. As Teorias *subjetivas* compreendem duas vertentes: a do princípio do benefício e a do princípio do sacrifício igual. O primeiro significa que a carga dos impostos deve ser **DIS-TRIBUÍDA entre os indivíduos de acordo com os benefícios que desfrutam da atividade governamental. ... O princípio do sacrifício igual, ou do custo implica que, sempre que o governo incorre em custos em favor dos indivíduos particulares, estes **CUSTOS** devem ser suportados por eles.”** (sem grifos ou destaques, no original)

“As teorias *objetivas* convergem para o PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA, expressamente adotada pela Constituição (art.145, § 1º), segundo o qual a carga **TRIBUTÁRIA deve ser distribuída na medida da capacidade econômica dos contribuintes, critério que implica : a) uma base impositiva que seja capaz de **MEDIR** a capacidade; b) alíquotas que **IGUALEM** verdadeiramente essas cargas.”** (sem grifos ou destaques, no original)

Esta estreita ligação é tão expressiva, que até mesmo em obra sinóptica, foi vista por **Maximilianus Cláudio Américo Fühler e Maximiliano Roberto Ernesto Fühler, in – Coleção “Resumos 8 “ (Resumo de Direito Tributário) – Edito-**

ra Malheiros – 2ª Ed. – 1998 – São Paulo – SP – pág. 33:

“Isonomia – A lei, em princípio, não deve dar tratamento desigual a contribuintes que se encontrem em situação equivalente (CF, art. 150,II)”.

“CAPACIDADE CONTRIBUTIVA – Mas faz parte da isonomia, também, tratar desiguais de modo desigual, podendo assim, o tributo ser cobrado de acordo com as possibilidades de cada um (CF, art. 145, § 1º)” (sem grifos ou destaques, no original)

A Constituição Federal, por seu turno, assim disciplinou o princípio da capacidade contributiva, (art. 145), no

“§ 1º - Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte”. (sem grifos ou destaques, no original)

A expressão “sempre que possível”, mais abaixo, será objeto de reflexões. Por agora, deitam-se olhos apenas na outra expressão contida no texto constitucional, supra grifada: “capacidade econômica”.

Ora, a expressão correta a ser usada deveria ser “capacidade (contributiva)” e nunca (econômica). Esta capacidade econômica seria, no caso, apenas relacionada à instituição, pela Lei, do respectivo tributo.

Destarte, é uma expressão desnecessariamente ampla, quando seu conteúdo é restrito. Além do que, por exemplo, um estrangeiro que estivesse fazendo turismo em nosso

País teria capacidade econômica, mas jamais CAPACIDADE CONTRIBUTIVA.

Restabelecida a coerência terminológica, supra, é oportuno falar-se, também da, expressão “sempre que possível”. O intérprete não pode entender, pela sua literalidade, que o princípio da capacidade contributiva somente seja observado quando possível. Não é assim. Trata-se, na verdade, do caráter pessoal dos tributos. Neles, nem sempre é possível tecnicamente dar-lhes caráter pessoal. É o caso, por exemplo, do ICMS.

O princípio da capacidade contributiva contém um elemento objetivo e outro subjetivo. O primeiro significa que o Estado deve tributar de acordo com a exteriorização de riqueza manifestada através de um ato. O elemento subjetivo do mesmo princípio da capacidade contributiva está presente na relação desta riqueza com a pessoa do contribuinte, afetando-lhe até o limite de preservação do mínimo de subsistência de sua família.

Decorre daí a progressividade da incidência do imposto sobre a renda (CF/88, art. 153, § 2º, I) e a personalização, que leva em conta as características pessoais e próprias do contribuinte.

Noutro turno, é este mesmo princípio que admite a tributação de atividades ILÍCITAS. Na realidade, se a Lei não admitisse tal cobrança ela seria inconstitucional. E estaria, portanto, afrontando este mencionado princípio de capacidade contributiva, na medida em que estaria EXONERANDO de tributos, aquele contribuinte, sob desempenho destas tais atividades ilícitas.

Contudo, voltando ao elemento da progressividade, é indispensável afirmar que o mesmo nunca poderá ser confundido com proporcionalidade. Este último elemento, se fosse admitida a sua aplicação, iria ferir frontalmente o princípio constitucional tributário sob estudo.

Tal conclusão decorre da constatação de que na proporcionalidade, sob uma mesma alíquota, ainda que o economicamente mais forte (**A**) pagasse um imposto (nominalmente)

maior do que o economicamente mais fraco (**B**), este – proporcionalmente – estaria pagando o mesmo IMPOSTO que aquele, ferindo o princípio da capacidade contributiva.

Realmente, se (**A**) ganha 100 e paga 10 e (**B**) ganha 10 e paga 1, ambos estão pagando, sob proporção, o mesmo imposto (**10% sobre o ganho**). Dentro desta ordem de idéias, a CPMF é inconstitucional, porquanto atinge, no percentual de 0,38%, igualmente a todos, em suas respectivas movimentações financeiras.

Entende-se, a partir daí, a apologia dos grandes tributaristas, como **Roque Carrazza** e **Hugo Machado**, sobre a progressividade dos impostos, como autêntica realização da JUSTIÇA TRIBUTÁRIA. E, na sua esteira, o efetivo cumprimento dos princípios constitucionais tributários, como o da isonomia e da capacidade contributiva.

Por fim, é conveniente ressaltar, com as palavras do Insigne professor **Carrazza**, que “o princípio da capacidade contributiva tem por destinatário imediato o legislador ordinário das Pessoas Políticas. É ele que deve imprimir, aos impostos que cria *in abstracto*, um caráter PESSOAL, graduando-os conforme a capacidade econômica (**contributiva**) dos contribuintes” (Ob. Cit. pág. 79).

2.4. PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE CONFISCO

Aqui, igualmente, verifica-se a interligação dos princípios constitucionais tributários. De modo especial o do princípio sob estudo e o da capacidade contributiva, desenvolvido no item anterior.

Na verdade, a lei que cria os tributos não podem ser de modo a exaurir a capacidade econômica do contribuinte, tirando-lhe o **mínimo vital** (vide CF/88, nos seus arts. 6º e 7º : alimentação, vestuário, lazer, cultura, saúde, educação, transporte, MORADIA, etc.) Não pode o tributo esgotar a riqueza tributável do contribuinte.

A Constituição Federal, na verdade, no seu art. 150, IV, disciplina que é vedado “instituir tributo com efeito de confis-

co”. Este “efeito confiscatório” compreende-se que seja aquele tributo, que – pela sua taxação extorsiva – corresponde a uma verdadeira absorção – total ou parcial – da propriedade particular, pelo Estado, sem que este lhe indenize.

Verifica-se, desta forma, que o controle deste eventual confisco, por parte do Estado, somente poderá ser aferido no seio do Poder Judiciário. Este, examinará caso a caso, dando-lhe a real medida, a fim de que o direito do Estado de tributar não possa atentar contra o sagrado direito de propriedade do contribuinte.

E, evidentemente, esta aferição dos “efeitos confiscatórios”, pela Justiça, será feita, à par da avaliação da carga de todos os Tributos, em conjunto, incidentes sobre o contribuinte.

Não se pode deixar de fazer oportuno registro, na linha do raciocínio do Respeitado tributarista **Hugo de Brito Machado**, relativo à natureza não confiscatória das multas, ainda que sejam aplicadas, em percentuais e valores elevados.

Na verdade, tributo não se confunde com multa. No plano teleológico a distinção é nítida. Tributo é a obrigação imposta pela Lei ao contribuinte, com a finalidade de suprir o Estado dos recursos financeiros que lhe são necessários.

A multa, por seu turno, não tem por finalidade a produção de receita pública. Seu indisfarçável propósito é desestimular o faltoso na incidência de uma prática ilícita. E, neste sentido, deve ser a mais elevada possível. Trata-se, como se vê, de uma fonte de receita pública eventual, extraordinária, decorrente.

Destarte, o tributo, para que não seja confiscatório deve ser um ônus suportável, que não atente contra a propriedade do contribuinte. A multa, exatamente ao contrário, para alcançar a sua finalidade, deve representar um ônus significativamente pesado. Desta forma, o faltoso ficará desestimulado de praticar novas infrações. A multa, portanto, por não ser tributo, pode ser confiscatória.

E, encerrando suas lições sobre o princípio sob análise, o Insigne Professor, honra da Magistratura nacional, **Hugo**

de Brito Machado, com sua peculiar coragem doutrinária, não mediu palavras, para registrar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, que no julgamento do ADIn/MC nº 1.075-DF, contrariando o lúcido entendimento do Insigne Professor, concedeu MEDIDA LIMINAR em Ação de inconstitucionalidade.

Na verdade, no mencionado ADIn/MC nº 1.075-DF, o STF acolheu a tese da Federação Nacional do Comércio, para suspender a vigência do art. 3º, parágrafo único, da Lei nº 8.846/94. Ali, houvera sido disciplinado a cominação de MULTA de 300% (trezentos por cento) do valor da operação, para a gravíssima hipótese de venda de mercadoria, sem a emissão de nota fiscal.

III - CONCLUSÃO

Aqui, não foi difícil inferir-se quanto “o SOCIAL” influenciou o Estado, o Direito e a própria Sociedade. De modo proposital foi trazido exemplos VIVOS desta influência. No primeiro plano, na exposição da gênese do movimento consumerista, como exemplo. E, noutro segmento, o inconteste surgimento das bases do novo ramo do Direito Social.

O deitar olhos sobre este fato, teve o indisfarçável propósito de mostrar – às escâncaras – que o moderno Direito, não pode mais conformar-se no espectro da antiga dicotomia dualista: público e privado. Expandiu-se de forma intensa, dando ensejo ao surgimento das bases do Direito Social.

E, com isto, não somente um terceiro gênero formou-se. Mas, igualmente, reformularam-se as essências do Direito Público e do Direito Privado. Todos, a partir daí, sob novos conteúdos, ao invés de tornarem-se estanques, formaram uma nova UNIDADE, muito mais rica no seu perfil SOCIAL.

Está evidente, que toda esta “socialização” do Estado e da Ordem Jurídica haveria de modificar o perfil da matéria tributária. E esta modificação torna-se mais visível, com a conseqüente formação do chamado “**Estatuto do Contribuinte**”. Nele, os direitos fundamentais do cidadão, enquanto sujeito passivo de qualquer obrigação fiscal, deve impor ao Estado o integral respeito à constitucional **limitação ao poder de tribu-**

tar.

Neste sentido, portanto, não foi surpresa trazer à lume, a auspiciosa informação de que está tramitando no Congresso Nacional projeto de “**Código de Defesa do Contribuinte**”, com o mesmo perfil SOCIAL e moderno do Código de Defesa do Consumidor, trazido alhures, como exemplo.

O moderno perfil da matéria TRIBUTÁRIA, igualmente, mereceu forte influência dos princípios constitucionais genéricos e – principalmente – dos princípios constitucionais específicos da área tributária.

E, como visto, todos estes princípios ficaram dotados de um conteúdo “normatizado”, do mesmo nível de uma regra positiva. Mais ainda: constituir-se – na sua essência – uma verdadeira norma positiva, com o gabarito de SER hierarquicamente superior e, portanto, soberana. E enfeixando todos estes princípios **NORMATIZADOS**, um **SOBREPRINCÍPIO**: o “**princípio da certeza do direito**”.

FRANCISCO ZACARIAS SILVEIRA DE ARAÚJO

Bibliografia

1. **BONAVIDES, Paulo** – “Curso de Direito Comercial” – Editora Malheiros – 5ª Ed. – 1994 – São Paulo – SP.
2. **CARRAZZA, Roque Antônio** – “Curso de Direito Constitucional Tributário” – Editora Malheiros - 16ª Ed. – 2001- São Paulo – SP.
3. **FÜHER, Maximilianus Cláudio Américo e Maximiliano Roberto Ernesto** – Coleção “Resumos 8” (Resumo de Direito Tributário) – Editora Malheiros – 2ª Ed. – 1998 – São Paulo – SP.
4. **TORRES, Ricardo Lobo** – “Curso de Direito Financeiro e Tributário” – Editora Renovar – 2ª Ed. – 1995 – Rio de Janeiro – RJ.
5. **SOUZA, Washington Peluso Albino de** – “Primeiras Linhas de Direito Econômico” – Editora LTr. – 3ª Ed. – 1994 – São Paulo – SP.
6. **GRAU, Eros Roberto** – “A Ordem Econômica na Constituição de 1988” – Editora Malheiros – 3ª Ed. – 1997 – São Paulo – SP.
7. **REALE, Miguel** – “Lições Preliminares de Direito” – Editora Saraiva – 22ª Ed. – 1995 – São Paulo – SP.
8. **MARTINS, Ives Gandra** – “Sistema Tributário na Constituição de 1988” – Editora Saraiva – 4ª Ed. – 1992 – São Paulo – SP.
9. **MAXIMILIANO, Carlos** – “Hermenêutica e Aplicação do Direito” – Editora Forense – 14ª Ed. – 1994 – Rio de Janeiro – RJ.
10. **SILVA, José Afonso da** – “Curso de Direito Constitucional Positivo” – Editora Malheiros – 9ª Ed. – 1994 – São Paulo – SP.

11. **MACHADO, Hugo de Brito** – “Curso de Direito Tributário” – Editora Malheiros – 19ª Ed. – 2001 - São Paulo – SP.
12. **BASTOS, Celso Ribeiro** – “Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário” – Editora Saraiva – 4ª Ed. – 1995 – São Paulo – SP.
13. **ROSA JR., Luiz Emygdio F. da** – “Manual de Direito Financeiro e Direito Tributário” – Editora Renovar – 10ª Ed. – 1995 -Rio de Janeiro – RJ.
14. **BONAVIDES, Paulo** – “Ciência Política” – Editora Malheiros – 10ª Ed. – 1994 – São Paulo – SP.
15. **VASCONCELOS, Arnaldo** – “Teoria Geral do Direito” (Teoria da Norma Jurídica) – Editora Malheiros – 4ª. Ed. – 1996 – São Paulo – SP.
16. **GAMA , Hélio Zaghetto** – “Curso de Direito do Consumidor” – Editora Forense – 1ª Ed. – 2000 – Rio de Janeiro – RJ.
17. **SÜSSEKIND, Arnaldo e OUTROS** – “Instituições de Direito do Trabalho” – Editora LTr. – 16ª Ed. – 1996 – São Paulo – SP.

DROGA, SITUAÇÃO DE RUA E BEBIDA ALCOÓLICA.

Francisco Gurgel Holanda.

(Juiz de Direito, titular da 1ª Vara da Infância e da Juventude, auxiliar da Diretoria do Fórum Clóvis Beviláqua; exercendo a missão de Coordenador das Varas da Infância e da Juventude)

Nenhuma destas aflições a crianças e adolescentes está reservada, no tocante à prevenção para que não ocorra e ao combate para que não persista, a um originário ou mesmo co-dever do Poder Judiciário. Assim, aliás, desde o advento, há dezesseis anos passados, da Lei nº. 8069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente). O que confirma essa desjudicialização é, **a priori**, o estatuído nos arts. 227, **caput**, e par. 3º, inc. VII, 203, incs. I e II, e 204 da Constituição Federal. Atente-se que tais disposições, sem indeferir ações espontâneas, filantrópicas, como as de honrosas “ONGs”, só apontam e obrigam, ao mister, a família, a sociedade, o Município e o Estado. Como elas são, dão, a estes segmentos, a institucional tarefa às assistências à classe infanto-juvenil. Que estes entes programem e realizem o múnus. A Justiça está no canto que lhe orientado pelo princípio da inércia jurisdicional, donde, se provocada, vem cumprir o que lhe é, realmente, reservado a ministrar.

Não se vê a **Lex Fundamentalis** dispor, ao Judiciário, o referido, específico e significante labor em prol dos infanto-juvenis. E nem é correto forçar uma interpretação extensiva para esticar a alusão constitucional ao ente, Estado, e, assim, alcançar o Poder Judiciário porquanto da estrutura estatal. A menção ao Estado, ata-se, **in casu**, exclusivamente ao Poder Executivo de cada ente membro da Federação brasileira. E venho ressaltar, para, por mais um motivo, reprovar qualquer presunçosa idéia, se ampliativa deste jaez, que o Ordenamento Jurídico do País não preparou - e fê-lo bem - a Justiça pátria para o serviço primário de vigiar, prevenir e atacar as questões sociais sobre o consumo, ainda que por menores, de droga e de bebida alcoóli-

ca, e nem para consertar o triste de muitos destes com menos de dezoito anos de idade a estar a vagabundear e/ou viver sob desamparos da rua. Isso, quando à Justiça, só é coisa de remoto passado; precisamente, da linha do revogado Código de Menores. Era o Judiciário saliente, não para acudi-la, mas para, **ex vi legis**, atuar, em disfarçada discriminação, só para uma porção, a mais economicamente minguada, dos da infância e adolescência. Os mais afortunados, então, à parte, mesmo que crianças e adolescentes com deveres e direitos indistintos.

Esse erro de outrora, reparado, além de com outras medidas, também com essa bem feita exclusão do Judiciário (o menorista), a afastá-lo daquilo que à referida obra assistencialista, não mais deve ser à prática judicial, atual e nem futura. Nem resistir pra mexer-se ao ressurgir. Há, faz tempo, o fim do “juiz de menor”. Do “Juizado de Menores”. E os Comissários de Menores, agora Agentes de Proteção - veja-se a mudança -, devem receber e assimilar a outra e sucessora educação a desprezar a ultrapassada e que a Justiça da época definia aos olvidados do tempo ido.

O juiz que falo deve conter-se a este o novo como o magistrado da infância e da juventude. Ou seja: ajustar-se e refinar-se à nova Doutrina da Proteção Integral à criança e ao adolescente; amar como fazê-la bem, ensinando-se e, como são os Agentes que operam além da sede do juízo, orientando estes seus voluntariosos ao estrito comportamento permitido; limitado, por melhor ventura, ao que lhes confere o ECA. Sem, portanto, consentirem-se, lá fora, a gestos de secretário de governo, até milicianos; urbanamente barulhentos e voltados – o que mais censurável - ao que já foi e dura, por vias todas normais, distribuído a estranhos. Juizes e Agentes de Proteção, quando tratarem essa única atuação externa, prevista, preventiva, repressiva etc., do Poder Judiciário, via Agentes de Proteção (art.194 do ECA), não devem ir além do que estabelecido, ao dito Poder, pelos arts.245 **usque** 258 do ECA.

Há constatação, porém, de que alguns destes operadores, juizes e agentes, ainda não se souberam a isso e descabem-se porque conservadores ou retidos pelo prestígio

que resolvem ser preciso dar a equivocadas exigências populares e a obsoletas cobranças. Nesta hora, vence o passado e sua obsoleta postura. Sob irrequieta e desconfortável pressão, quer ficar o que ainda nunca reorientado ao que moderno e legalmente aprimorado. Deixando-se, acode-se, no mínimo, o empedernido no consciente popular; resultado de muitos anos de convivência com a prática desprezada. Quem deixa não se estuda a enfrentar a nova realidade; muitas vezes, por ser mais cômodo e fácil, quando não lida o melhor passar; sem a indignação e presumíveis reações contra a atitude correta e sujeita ao normativo a viger. Há, doído, os pouquíssimos que agem para validarem-se à mera exposição midiática. É, portanto, fazendo e imprimindo o certo, e enfrentando os antagonismos, até crias de ignorâncias nunca tratadas, que, aos poucos, a sociedade vai, neste ponto, desacostumando-se do Judiciário, e aprendendo os Conselhos Tutelares e a quem mais dirigir seus apelos compatíveis com o que estou a expor. Frearmos, assim, é, portanto, um benigno aprendizado e um rito público-pedagógico. De certo, ao lado de decisões jurisprudenciais que, por modernas, souberam ceifar outras, ainda desavisadas, a proibir que cantinas colegiais pudessem vender coca-cola e merendas gordas a menores; que se fizesse o recolhimento forçado de menores em situação de rua e de droga. Instâncias superiores reformaram-nas às legítimas dimensões e à meritíssima sobriedade. (abstive-me de transcrever, por motivos óbvios, as decisões corrigidas e corretivas).

O juiz que põe Agentes na rua para resolver consumo de droga, entorpecente e seus afins, por infelicitadas crianças/adolescentes, sensibiliza, pois, a isto, o tema e o movimento ajudam, mas extrapola. Não saiu, ainda, do juiz de menores ao da infância e juventude. Mau, do mesmo modo, se para autuar e prender quem está a vender e/ou servir bebida alcoólica a menores de dezoito anos de idade. Também, se para retirar, da rua, os meninos e moços que nelas vivem, trabalham, esmolam e sofrem os diversos seus ruins.

Não auguro que o juiz e mais alguém murchem a individual obrigação de cidadão, a ponto de omitirem o socorro e

a proteção que possam e devam fazer a crianças e adolescentes submetidos a qualquer vulneração. Mas, todos nós, e não a instituição conhecida à dicção jurídica, é que somos, por dever (arts. 227 da CF., e 70 do ECA), obrigados a prevenir a violação ou ameaça disto contra direito da mencionada parcela social, naturalmente indefesa. São coisas distintas, e esta última ação, como fiz ser individuada e sentida, traçada à generalidade dos habitantes, eventual e feita ao esteio da cidadania infinitamente pessoal, não justifica a outra que, repito, tem institucionalizados donos. Aliás, sempre pessoa jurídica, com pessoal qualificado, poder de polícia, armamento, treinamentos e o mais que imprescindível!

Pode espantar..., mas as assertivas têm brios legais. Afinal, como já alertado, as políticas públicas e sua execução para os doentes porque usuários de drogas e de produtos que causam dependência física e psíquica não haverão do Judiciário. Cabe, a tarefa, aos municípios, estados e à União. A simples atitude de recolher criança que esteja em logradouro público a cheirar cola de sapateiro ou a inalar outros produtos à dormência e a muitos males, deve ser para o órgão que tem o que a Justiça não tem e nem lhe coube ter. Em principal: previsão em lei para agir a missão; planejamento e execução de um programa de proteção e arcos sócio-educativos; pessoas com qualificação profissional específica para a abordagem aos meninos; unidade de saúde, pelo menos uma, com perfil cativo a reverter o vício e as dependências, física e psíquica; viaturas e outros tendões infra-estruturais. Não condiz com o jurídico-judicial! Os Tribunais de Justiça nem provêem este acervo, ainda que aliem boa vontade, haja vista, a tolher, a legislação orçamentária e a peia das responsabilidades, fiscal e administrativa.

Chega a comover, e também não me nego a este e a outros agregados sentimentos. Porém, mais vale bem, como preservo por justificada prudência, a Justiça não arriscar a apreensão de jovens e crianças em tal situação para levá-los, como posso dizer e sem susto, às insuficiências públicas sobre o problema da droga e os maus parentes dela; consecutários. Questão de saúde e de segurança pública, a princípio.

Os Conselhos Tutelares e o Ministério Público têm mecanismos a amparar. Com muita fé, além de com justificadíssimos poucos recursos materiais, até já se fez isto. A Justiça menorista já ensaiou a cruzada. Da experiência, todavia, ela caiu a duas situações indesejadas: recolhidos, levados e deixados aos cuidados (?) estatais, os moços entregues (?), no entanto, eram vistos em mesmo canto já no primeiro raiar ou pôr-do-sol. Em face do trabalho com esse seu puído cesto, infrutífero por culpa alheia, a Justiça, incidentemente a menorista, tornou-se, por atração daí ressaída, alvo da crítica (descrença) popular. Mais ou menos assim, manifestada: cadê..., faz, mas não resolve (!) E não merecemos. Até esta ajuda, sob o fracasso, a mais encabular, pois, o já tão regateado aplauso por outros serviços prestados pelo Poder Judiciário, não deve ativar expectativas a mantê-la, porque, inda hoje, pelo mesmo motivo recém-explicado, elas serão vãs e, noutra ponta, prejudiciais ao nosso honroso Poder. O queiramos livre de injusta avaliação e má censura. Não crescamos o que inventam, ainda que inexitosamente, para menoscabá-lo!

Quando a hipótese, não mais a sobre droga e seus assemelhados, e a respeitante a crianças e adolescentes em situação de rua, é a de venda de bebida alcoólica a estes, sabemos ser, o ilícito, uma contravenção penal. A ocorrência, se a tomamos desde apenas suas mais aparentes raízes, a volvermos, por exemplo, a quem cabe preveni-la, está entregue, por lei, aos cuidados das instituições sociais relacionadas logo no início deste trabalho. E quando a alusão, escolhida esta delas, é à sociedade, ela deve ser entendida tanto na representação por cada um de nós, quanto, e principalmente agora, **ex vi** da nova legislação existente, na que a fazem, porque assim legitima o art.131 do ECA, os Conselhos Tutelares. Disto destrinchado, ficam, mais objetivamente ao comando da comentada lide e até à cobrança por sua real efetivação, a família, a sociedade, os ditos Conselhos que a representam, o M. Público, os legislativos todos, os governos e as organizações não-governamentais ligadas ao tema.

No caso exclusivo, inovado, do Conselho Tutelar -

no dizer do citado art.131, um “órgão permanente e autônomo, não jurisdicional, encarregado pela sociedade de zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente, definidos nesta Lei” (sic), e completado pelo que fornece o art.262, também do ECA - ele veio substituir, nesta atividade básica, o Poder Judiciário. Não mais este o a tocá-la, senão quando se há de atender o referido art.262, ou seja, “enquanto não instalado o Conselho Tutelar”. São palavras isoladoras - copiei-as **ipsis verbis** - da própria e derradeira norma, aqui citada. Os termos transcritos dizem, à claridade: **in casu**, o Poder Judiciário só deve atuar até o instante em que inaugurado o primeiro Conselho Tutelar no território da jurisdição. Basta ver-se o extenso elenco de atribuições que o Estatuto, em seu art. 136, confere aos Conselhos Tutelares, para se ter, mais convincentemente, a prova dos nove que nos fere que o juiz aos menores, de agora, não mais pode ser o de menores. As atribuições anteditas, distribuídas em variado e bom número ao dito órgão social, substituinte, são as que o “juiz de menor”, muitas vezes um legislador por abrangentes portarias, e um intervencionista social, oficializado e quase sem rédeas, praticava.

Ao Poder Judiciário, ditas atribuições, as tantas alinhadas e concedidas atitudes - são onze - sobraram ao Judiciário apenas para quando o magistrado tiver de aplicá-las, mas em sede de decisão judicial ou judicial-administrativa. Nunca, então, em ato assistencial, extrajudicial, para, em sendo assim, compor uma sua indevida intromissão no que redigido somente aos Conselhos Tutelares e aos citados outros responsabilizados. Quem quer (e faz) diferente, descuida-se de que o legislador pôs isso, não só para coroar os ares democráticos que enaltecem a C. Federal/1988, e acender a chama da descentralizada e compartilhada administração, redutos às planas liberdades e aos envios democráticos, mas para evitar que a Justiça continuasse a ser, a um só tempo, o inquisidor e o julgador; empunhando, **ipso facto**, bocado com tendência ao absolutismo, bem contraída suspeição e a notas de incongruências. Qualquer impertinência desconhece que se pretendeu isso mais teórica e praticamente melhor. Ah! é verdade, porque, assim como os

Conselhos Tutelares e outros acham, vez em quando, seus réus, a Justiça os acharia e, diferente destes, ainda teria de julgá-los.

Falei este pouco sobre o ilícito por desrespeito à proibição de venda de bebida alcoólica a menores, e, como fri-sei **ab initio**, reportando-me, incisivamente, sobre a fase da prevenção ao reprovável fato. Poder Judiciário daí, pelo que visto e como eu convicto, afastado, mas sem poder esquivar-se da honrosa cooperação aos deveras obrigados. Vamos ver o que acontece quando a referida contravenção penal já se porta consumada. Quando assim, o caso é cotado, ressalvadas a permitida prisão do infrator por qualquer pessoa do povo e o que, abrindo a instância, dá impulsos à ação penal decorrente, estritamente à regência policial. É, sem dúvida, às providências pré-jurisdicionais e exclusivas dos da Segurança Pública; embora alguns ainda o pensem, por só carcomido contágio com o que havia no espanado passado, também a gestões da Justiça pros menores. Ora, nem a ação penal à hipótese chega a esta, pois - vou já demonstrar – irá, por critério definidor, à competência de uma Unidade de Juizado Especial Cível e Criminal aos imputáveis.

Tratando-se de contravenção penal, isto, por si só, explica que os juízos aos infanto-adolescentes não são os competentes para processar e julgá-la. Estes juízos não trabalham contravenções; ato ilícito praticado por pessoa maior de dezoito anos de idade, portanto imputável e com outros a resolver. É preciso ver que quando alguém, maior, vende e/ou, por sua obra, consente consumo de bebida alcoólica por menor, só pratica contravenção penal, e não, por modo qualquer, uma “infração administrativa”, regra típica estatutária (arts. 245/258/ECA) e único caso de natureza criminal que, se executado por adultos, vem ao conhecer e ao julgar da Justiça da infância e da juventude. E, como se tornou propício, vou mais afirmar que também não pratica qualquer dos “crimes” estatutários (arts. 228/244-ECA), os quais são para varas criminais à distância. Nem seria, pois, necessário estender-me a considerações, já que assim. Mas devo aproveitar o ensejo e colocar alguns argumentos. A

intenção é marcar por que acabei de dizer não caracterizar qualquer dos ditos crimes, a venda **sub óculi**. Venho expor até para desiludir o atrevido enfoque onde a impressão segundo a qual, diferentemente e embora toda enganosa, pode o dito fato ser crime estatutário e, em o sendo, caber aos Juizes da infância e da juventude a procedura e o mais, convergente.

Não é para esta Justiça, repito. É contravenção penal, exclusivamente. Não configura mesmo nenhuma das hipóteses de crime como estendidas nos artigos 225 até 244 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Alguém que duvide precisa crer que essa verdade se extrai facilmente. De fato, o Estatuto diz que é proibida a venda de bebida a menores. Mas, só faz proibir em seu art. 81, inciso II. Regra solta, pois. O ECA não faz, noutro lugar seu, a previsão correspondente e a tipificar, como crime, a ação humana a tal ilícito. E ninguém pode nem sequer cogitar que isto que afirmo é erro, alicerçando que a bebida alcoólica é produto causador de dependência física ou psíquica, e, **ipso facto**, encaixa-se na previsão do artigo 243 do ECA, a qual alude a crime estatutário untado aos produtos com tais efeitos à saúde. Nem pode concluir, em roto reforço, que, sendo assim, o vendedor de bebida alcoólica a menor deve responder, além de pela contravenção penal (art.225/ECA), também pelo crime atado à previsão contida no mencionado art.243. Vou lembrar, afinal, pra explicar/contrariar, que, em relação aos produtos que causam dependência física ou psíquica, há, no ECA, a correspondência. Há a correlação. Ou seja: o art. 81, inciso III, do ECA, os proíbe e o art. 243, tanto já citado, diz ser crime a ação de ministrá-los etc., ao menor. Assim, correlacionando, se vê, também, quando o caso é o de venda de fogos de estampido: o art. 81, inciso IV, a proíbe e o art. 244, o correlato, impõe que é crime esta venda a menores, conforme as circunstâncias avisadas ao intérprete. Prevalece, então, solteira, a contravenção penal pra o juízo próprio e antes apontado. O infrator por bebida alcoólica responderá por ela e noutro chão judicial.

Separemo-nos, ainda mais, a este outro canto à

melhor exegese e restará tudo, por fim, bem compreendido. Sem dúvida, o Estatuto não admite nem a mínima semelhança entre a bebida alcoólica, seus efeitos na pessoa etc., e o (s) produto (s) contemplado (s) pelo mencionado art.243. Faz diferença bem explícita entre as duas coisas. Tanto assim que, olhando-se bem o artigo 81 do ECA, vê-se, no inciso II, estes termos: “bebidas alcoólicas”. No seu inciso III, estes: “produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica, ainda que por utilização indevida”. Esse isolamento, em inciso particular e íntimo para cada um destes tipos de objeto proibido, de ação e de situação reprovados, nos dá a desigualdade notada a eles todos. A isto tudo. Caso existissem iguais, eles estariam presos num só inciso da norma 81, antedita. Não sendo iguais e não havendo, no ECA, como não há, uma outra norma destinada ao caso da bebida alcoólica a menores, a correlata - já salientei -, a conclusão é a que dei: não é crime estatutário. E, **ad argumentandum**: mesmo que fosse, ainda assim, nada, nem a prevenção, nem o combate e nem o processo penal condizente seria para a responsabilidade da Justiça menorista. Tudo, a partir da instauração do processo penal, iria a um juízo criminal para os maiores de dezoito anos de idade. A hipótese já seria de “crime estatutário” (artigos 225/244 - ECA), e da exclusiva jurisdição para os adultos. O juízo da infância e da juventude não trabalha com ele. E nem com a contravenção, quando cometida por imputável. Só se, com título de “ato infracional”, for imputada a um adolescente. Tive de esfarelar...!

Findas estas extensas considerações e perdoada a indomada fragmentação didática, com as quais estive a respeito da ocorrência ou não de crime estatutário, é preciso mostrar, a seguir, e principalmente, que a venda de bebida a menor, deixá-lo consumir etc., também não constitui qualquer “infração administrativa”. E é hora de lembrar que o ilícito feito por um maior de dezoito (18) anos de idade só nos vem à competência, aliás, estabelecida em razão da pessoa da vítima, o menor, se a ofensa comportar-se caracterizada como “infração administrativa” (arts. 245 a 258, ECA). A advertência, a fiz propositalmente para aprovar, mais uma vez, que a hipótese de venda, por adultos, de bebida alcoólica a menores, sendo apenas contravenção penal,

não vem cá, também, a título de “infração administrativa”. Podemos ver que nada sobre tal venda está em qualquer dos antecitados artigos do ECA; os quais, exaurindo-as, relacionam as infrações de tal conformação e denominação legal. No Ceará, quando ocorrem etc., vão, o flagrante etc., à jurisdicional da douta 5ª Vara (art. 123, par. Único, do Código de Organização Judiciária - Ce).

Do escrito, conclui-se que os juízos da infância e da juventude também estão desobrigados, institucionalmente, perante a hipótese de venda de bebida a menor; ressalvada a participação cooperadora que devemos ter, auxiliando, quando e como possível, quem obrigado. Como participar? O que os Agentes de Proteção, antes, Comissários de Menores, podem fazer é, tal já cumprem os da capital do Estado do Ceará (desconheço orientação aos do interior), participar de mobilizações intersetoriais. E, uma vez flagrado o contraventor por estar a vender/servir a proibida bebida ao menor de dezoito anos de idade, entregá-lo, e a ocorrência, à parceira polícia. Não difere se o flagrante mostrar um maior a vender etc., entorpecente ou outro produto proibido, ao menor. Os Agentes devem, ademais, nestas ocasiões, e em várias em que presente, ainda que só a cooperar, satisfazer as sentidas necessidades, indispensáveis para a proteção ao menor. O que é fundamental é fazê-la, ajudando-se, todos os órgãos, ao respeito às respectivas competências e à producente harmonia.

FORTALEZA, 29 de setembro de 2006.

Francisco Gurgel Holanda.

(Juiz de Direito, titular da 1ª Vara da Infância e da Juventude, auxiliar da Diretoria do Fórum Clóvis Beviláqua; exercendo a missão de Coordenador das Varas da Infância e da Juventude)

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A VALIDADE,

VIGÊNCIA E EFICÁCIA DA NORMA JURÍDICA

Daniel de Sabóia Xavier

Bacharel em Direito e Ciências Contábeis. Especialista em Direito Tributário. Oficial de Justiça Avaliador do TJCE

1. Efeitos da declaração abstrata de inconstitucionalidade. 2. Inconstitucionalidade e presunção de validade. 3. Declaração de Inconstitucionalidade no controle concentrado ou via de ação. 4. Declaração de inconstitucionalidade e efeito repristinatório. 5. Declaração de Inconstitucionalidade no controle difuso ou via de exceção

O presente artigo representa uma breve exposição acerca dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade sobre os planos de validade, vigência e eficácia da norma jurídica, tanto no controle concentrado, como no difuso, sendo um dos capítulos da monografia “O Princípio da anterioridade e a validade, vigência e eficácia da lei tributária”, para obtenção do título de especialista em Direito Tributário.

Pela autonomia do tema, resolvi publicá-lo separadamente.

1. Efeitos da declaração abstrata de inconstitucionalidade

Muito se discute na doutrina e jurisprudência sobre os efeitos da declaração abstrata de inconstitucionalidade da norma jurídica. Ao longo da evolução do estudo da inconstitucionalidade, duas teorias mantêm-se na berlinda: a da nulidade e a da anulabilidade. Antes de discorrermos sobre os pontos atinentes a cada uma delas, primeiramente cabe tratarmos acerca da natureza da sentença que pugna pelo reconhecimento de inconstitucionalidade: se declaratória ou constitutiva.

Entende-se por declaratória a sentença que confirma ou esclarece direito preexistente, aniquilando a incerteza que

paira sobre a relação jurídica reclamada. Em sendo assim, o direito sempre existiu, porém, essa condição não era aceita de forma absoluta e sem questionamentos, o que torna necessária sua declaração. Nesse ínterim, até que o direito seja declarado, sua efetividade é obstada, já que não há o reconhecimento geral de sua existência e validade. No momento em que, pela via própria – declaração judicial – o direito é reconhecido, a incerteza de sua substancia é eliminada, não podendo mais ser obstadas sua efetivação e fruição. Ora, se a sentença que declara apenas elimina a incerteza do direito preexistente, seus efeitos alcançam esse direito desde o seu surgimento. Por isso, diz-se que a sentença declaratória é retroativa, pois, como reconhece uma relação anterior e tem o poder de dar suporte jurídico a essa relação, nada mais lógico que considerá-la válida e juridicamente existente desde sua origem. A força jurídica da relação nasce da sentença, mas seus efeitos operam desde o nascimento do direito e dela em diante – *ex tunc*.

Por outro lado, a sentença é tida por constitutiva quando dá origem, extingue ou modifica direito ou relação jurídica. Nesse caso, há inovação no ordenamento, traduzido na inserção de uma nova realidade juridicamente relevante. A sentença, dessa forma, funciona como nascedouro de uma nova relação, que, a partir dela, passa a produzir jurídicos efeitos. Não há que se falar em efeito retroativo, pois, a origem do direito é em sua constituição pela via judicial. Existem, sim, efeitos para o futuro, já que não há necessidade de reafirmação diária da sentença que assim dispõe. Ela, por si só, e a partir da data em que é produzida, é instrumento suficiente para que seu conteúdo tenha relevância e validade no mundo jurídico presente e futuro – *ex nunc*.

Nesse contexto, para aqueles que defendem ser a lei inconstitucional nula, tal condição será reconhecida mediante uma sentença declaratória e, sendo assim, seus efeitos retroagirão até o nascimento da norma. Do contrário, os que defendem ser a norma inconstitucional anulável, reconhecem o efeito constitutivo da decisão de inconstitucionalidade, não havendo que se falar em efeito retroativo.

2. Inconstitucionalidade e presunção de validade

Pela teoria da anulabilidade, todas as normas são válidas até que se reconheça, mediante procedimento próprio, sua invalidade. A validade da norma é sua compatibilidade com outras normas do ordenamento que lhe darão suporte. Apesar de a compatibilidade dever ser aferida no instante em que a nova norma passa a integrar o ordenamento, essa análise é feita em momento posterior, pela própria inércia do procedimento de reconhecimento de invalidade. Justamente por essa inércia de aferição da validade da norma jurídica é que se presume ser a mesma válida até que se conclua pelo contrário. Seria demasiadamente oneroso para o poder público ter que esperar todo o processo de aferição de validade, para, somente daí, poder aplicar as normas que edita. Por esse motivo, e para que possa haver um mínimo de administrabilidade, é que as normas jurídicas nascem com presunção de sua validade. Com isso, o Estado pode, desde já, aplicar os preceitos normativos que cria, sem necessitar ter a validade de seus instrumentos aferidos de imediato.

A presunção de validade das normas jurídicas é princípio que protege a governabilidade e tem o condão de imprimir a condição da validade às normas inválidas, podendo essas produzirem efeitos até que sejam afastadas do ordenamento. Surge, assim, uma grande contradição à teoria da anulabilidade: se o princípio da presunção de validade confere essa condição às normas inválidas, já que as válidas o são por sua própria natureza, reconhece a existência de normas inválidas - ou, pelo menos, a possibilidade de se criarem normas inválidas -, mas como princípio que é, determina que sejam consideradas válidas, por questões de política legislativa. Como reconhece a invalidade, apesar de revestir a norma com o requisito da validade, o faz desde o seu nascimento. Assim, não haveria que se falar em anulabilidade, já que o reconhecimento da invalidade é feito desde o surgimento da norma. O que sucede é apenas o reconhecimento geral - emissores e destinatários -, por conven-

ção e para que se proteja a governabilidade, da validade das normas inválidas.

Já a teoria da nulidade é mais coerente em sua substância, pois a norma que é considerada inválida o é desde o seu nascimento. Cabe aqui, também, a utilização do princípio da presunção de validade, contudo, esse funciona apenas como ferramenta para que se desenvolva a atividade estatal, sem retirar a natureza dos atos que valida. Desta feita, no instante em que a norma é declarada inválida, esse reconhecimento se dá desde o seu nascimento – *ex tunc* –, sendo inválidos todos os atos praticados no período em que a mesma produziu efeitos. Nesse momento, porém, vêm à tona outros dois princípios – segurança jurídica e confiança¹ – que podem considerar válidos atos praticados com base na norma já declarada inválida – inconstitucional. Dissemos anteriormente que o princípio da presunção de validade permite que uma norma inválida seja considerada válida, enquanto essa invalidade não é declarada; isso ocorre em função da impossibilidade de o Estado ter que aguardar a aferição de validade para poder executar suas leis. Contudo, quando essa norma é declarada inválida, restariam nulos todos os atos praticados sob sua égide o que, dependendo das situações jurídicas que tenham daí advindo, seria mais coerente e apropriado considerá-los perfeitos e acabados. A manutenção dos efeitos do que se consolidou com a norma inválida seria menos gravoso que sua anulação, pois isso poderia acarretar uma instabilidade jurídico-social. Note-se aqui que não se trata de utilizar-se do princípio da presunção de validade para outorgar validade aos atos praticados sob o palio da norma tida por inválida. Quando a norma é declarada inválida não há mais que se falar em presunção de validade.

3. Declaração de Inconstitucionalidade no controle concentrado ou via de ação

A regra geral é a de nulidade *ab initio* da norma declarada inconstitucional, sendo nulos todos os atos praticados; porém, em virtude dos princípios da segurança jurídica e da

confiança do administrado nas relações com a administração, o efeito retroativo da declaração de nulidade pode ser restringido. Essa é justamente a *ratio essendi* do art. 27, da lei 9.868, de 10 de novembro de 1999, que dispõe sobre o processo de julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, onde aduz:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir do seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Nota-se, portanto, que a declaração abstrata de inconstitucionalidade reconhece a invalidade da norma, sendo essa nula de pleno direito desde o nascimento. Essa nulidade, decorrente da invalidade ou inadequação da mesma à Constituição, fulmina os efeitos intrínsecos – relacionados à matéria da norma -, e os extrínsecos – efeitos da norma em relação ao ordenamento jurídico -. Os efeitos intrínsecos são as relações jurídicas que advêm dos mandamentos insertos na norma. Esses, por conseqüência lógica da declaração de inconstitucionalidade, são tidos por nulos. Contudo, conforme apresentado anteriormente, por razões de segurança jurídica e interesse social, pode o órgão que reconhece a invalidade decidir acerca da manutenção ou não dos efeitos pretéritos à declaração². Já os efeitos extrínsecos são os atinentes ao ordenamento jurídico em si. Quando a norma entra em vigor, tem o condão de revogar as normas anteriores que tratavam da matéria, grosso modo. Vimos que revogação é fenômeno de renovação legislativa e somente ocorre dentro do processo de elaboração de novas leis. Apenas os instrumentos normativos

têm o poder de revogar. Assim, quando determinada norma é declarada inconstitucional, não há que se falar em revogação, pois, se a lei é nula – inexistente –, não tem força revogadora. Para Antônio Carlos Cintra do Amaral e Vicente Ráo, citados por Regina Maria Macedo Nery Ferrari:

Temos, então, que a anulação nada mais é que uma sanção, aplicável toda vez que seja constatada, pelo órgão competente, a desconformidade do ato normativo com a ordem legal existente. E que, quando a obrigatoriedade de uma norma cessa pelo aparecimento de uma outra que dispõe sobre a mesma matéria tratada pela primeira em sentido contrário, temos a revogação propriamente dita. Isto é, a revogação só acontece quando o mesmo poder ou autoridade que editou a norma a revoga, devendo a norma revogadora ter a mesma forma da norma revogada, ou seja, a lei se revoga por outra lei, o decreto por outro decreto...

[...]

Esta adequada configuração e a distinção da natureza destes dois institutos, revogação e nulidade, constituem o pressuposto para a adoção de um critério terminológico adequado, já que, embora possa parecer um debate de mera aparência nominativa, tem caráter substancial, cuja apreensão conceitual condiciona o acerto na identificação dos mesmos.³

4. Declaração de inconstitucionalidade e efeito repristinatório

O Supremo Tribunal Federal fala em efeito repristinatório da declaração de inconstitucionalidade. Observe-se trechos da decisão do Ministro Celso de Mello, no julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº

2.215/PE:

Já se afirmou, no início dessa decisão, que a declaração de inconstitucionalidade *in abstracto*, de um lado, e a suspensão cautelar de eficácia do ato reputado inconstitucional, de outro, importam – considerando o efeito repristinatório que lhes é inerente – em restauração das normas estatais revogadas pelo diploma objeto do processo de controle normativo abstrato.

[...]

O sentido e o alcance do efeito repristinatório foram claramente definidos, em texto preciso, por CLÊMERTON MERLIN CLÈVE (“A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro”, p. 249/250, 2ª ed., 2000, RT), cuja autorizada lição assim expôs o tema pertinente á restauração de eficácia do ato declarado inconstitucional, em sede de controle abstrato, ou objeto de suspensão cautelar de aplicabilidade, deferida em igual sede processual: ‘Porque o ato inconstitucional, no Brasil, é nulo (e não, simplesmente, anulável), a decisão judicial que assim o declara produz efeitos repristinatórios. Sendo nulo, do ato inconstitucional não decorre eficácia derogatória das leis anteriores. A decisão judicial que decreta (*rectius*, que declara) a inconstitucionalidade atinge todos os ‘possíveis efeitos que uma lei inconstitucional é capaz de gerar’, inclusive a cláusula expressa ou implícita de revogação. Sendo nula a lei declarada inconstitucional,’ diz o Ministro Moreira Alves, ‘permanece vigente a legislação anterior a ela e que teria sido revogada não houvesse a nulidade’[...]’⁴

Efeito repristinatório é a restauração da vigência de uma lei revogada, pela perda da vigência da lei revogadora.⁵ Ocorre que a perda da vigência do ato declarado inconstitucional não é efeito direto da declaração de inconstitucionalidade, mas indireto, pois essa declara a nulidade da norma e não sua revogação; a invalidade é que esvazia a vigência. A revogação não pode ser efeito direto da declaração de inconstitucionalidade. O ato de revogar em si opera efeitos *ex nunc* – a vigência da lei que revoga inicia-se na data de sua entrada em vigor, nunca retroativamente –, porque, caso houvesse revogação *ex tunc*, estaria se admitindo lei retroativa, o que, via de regra, não é possível.

Portanto, o efeito repristinatório referido pelo Supremo Tribunal Federal surge da perda de vigência da lei declarada inconstitucional como consectário do reconhecimento de invalidade da norma e não de uma suposta revogação que a declaração de inconstitucionalidade geraria. A norma anterior revogada tem sua vigência restabelecida desde o momento de sua pseudo-revogação, contudo seus efeitos são limitados na medida em que os efeitos da norma inconstitucional forem mantidos por decisão do próprio Supremo Tribunal.

Em resumo: a declaração abstrata de inconstitucionalidade reconhece a nulidade – invalidade – da norma impugnada, e, por consequência, a nulidade de todos os efeitos dela decorrentes, inclusive a perda de vigência desde o nascimento e restauração – repristinação – da vigência da norma anterior pseudo-revogada. Contudo, no tocante à eficácia, por questões de segurança jurídica e interesse social, o Supremo Tribunal Federal pode deliberar acerca da manutenção dos efeitos da norma inválida, quando a lógica e natural nulidade desses efeitos gerar ônus maior que sua manutenção. Justamente por expurgar a norma do ordenamento declarando abstratamente sua invalidade é que essa declaração tem efeito vinculante e contra todos – *erga omnes*.

5. Declaração de Inconstitucionalidade no controle difuso ou via de exceção

Quando os comandos de uma norma jurídica abstratamente considerada incidem nas relações de seus destinatários, criando, modificando ou extinguindo direitos, dizemos que essa norma passou a produzir efeitos concretos. Entretanto, sempre que essa nova disciplina legal causar ou ameaçar causar prejuízo, insegurança ou instabilidade nas relações que disciplina, e quando houver na norma constitucional preceito que garanta a manutenção da situação mais favorável ao destinatário, a própria Constituição, em seu art. 5º, inciso XXXV⁶, assegura ao pretense prejudicado o acesso ao poder jurisdicional do Estado, para que este lhe tutele o direito de permanecer numa situação jurídica de menor prejuízo. Dessa forma, verifica-se que o objeto principal da tutela que se requer é a manutenção de uma situação que melhor lhe favoreça, mas isso só é possível se a norma que lhe causa prejuízo for declarada inconstitucional.

É nesse sentido que se diz ser o controle de constitucionalidade por meio difuso *incidenter tantum*, pois o pedido principal é obstado enquanto não for afastada a incidência, para aquele caso, da norma tida por inconstitucional. Note-se que a norma possui a presunção de validade ou constitucionalidade, e essa presunção é que obsta a entrega de imediato do pedido requerido pelo autor da demanda. Há de haver a superação dessa presunção de constitucionalidade, pela declaração judicial da inconstitucionalidade da norma.

Desta feita, por ser uma declaração de inconstitucionalidade efetuada para um dado caso concreto, não se há de falar em invalidade da norma, senão para aquele caso, sendo, portanto, os efeitos dessa declaração *ex tunc* para as partes. Como a norma em abstrato permanece com a presunção de validade, ainda vigora e produz efeitos em relação aos demais, até que sua inconstitucionalidade seja declarada em controle concentrado, ou até que seja revogada por outra norma.

Porém, para que essa declaração de inconstitucionalidade incidental possa aproveitar a todos, e por questões de economia processual, o Constituinte Originário criou

a possibilidade de o Senado Federal “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.⁷

Entendemos que, quando o Supremo Tribunal oficia ao Senado para que suspenda a execução da lei, não significa que a norma seja inválida e deva ser retirada do ordenamento. A declaração incidental de inconstitucionalidade não reconhece a invalidade da norma em abstrato, mas somente em relação ao caso sob análise. Note-se que a decisão do Senado que suspende ou não a execução da norma é meramente política, cabendo a esse a análise da conveniência do ato de suspensão, não estando aquela casa legislativa, como já se pacificou, obrigada a fazê-lo. Nesse sentido:

Ocorre que tanto o Supremo Tribunal Federal, quanto o Senado Federal, entendem que esse não está obrigado a proceder à edição da resolução suspensiva do ato estatal cuja inconstitucionalidade, em caráter irrecurável, foi declarada *in concreto* pelo Supremo Tribunal; sendo, pois, ato discricionário do Poder Legislativo, classificado como deliberação essencialmente política, de alcance normativo[...]⁸

Como decisão política que é, o ato do Senado de suspender a execução da lei declarada incidentalmente inconstitucional pelo Supremo Tribunal não afere ou delibera acerca da validade da norma, que permanecerá válida e vigente até perca sua vigência pela revogação por norma posterior, ou declaração abstrata de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal. A competência do Senado se limita em, caso entenda conveniente e oportuno, suspender a execução – eficácia – da norma, não perquirindo acerca de sua validade. Dessa forma, como a decisão do Senado atinge apenas o plano da eficácia da norma, seus efeitos são *ex nunc*.

Enfim, a declaração incidental de inconstitucionalidade não invalida a norma, mas tão-somente em

relação às partes em litígio, momento em que terá efeitos *ex tunc*. Por sua vez, quando entender conveniente e sendo provocado pelo Supremo Tribunal, o Senado Federal poderá suspender a eficácia da norma, com efeitos *ex nunc* e *erga omnes*, sem, contudo, invalidá-la ou revogá-la, suspensão essa que perdurará até que a norma seja revogada por outra, ou até que seja declarada inconstitucional em controle abstrato.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988.

_____. Decreto-Lei nº 4.657 de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 9 set. 1942. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 11 abr. 2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 709-2/PR, Rel. Min. Paulo Brossard, j. 07.10.1992. **Diário da Justiça da União**. Brasília, DF, 24 jun. 1994. Disponível em: <<https://www.stf.gov.br/>>. Acesso em: 01 abr. 2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.215/PE, Relator: Min. Celso de Mello, j. 17.04.2001. **Diário da Justiça da União**. Brasília, DF, 26 abr. 2001. Disponível em: <<https://www.stf.gov.br/>>. Acesso em: 11 abr. 2006.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1992.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

¹ “o princípio da confiança ou boa-fé recíproca nas relações de administração apresenta tal relevo que merece tratamento à parte, não obstante ser manifesto resultado da junção dos princípios da oralidade e da segurança das relações jurídicas [...] estatui (o citado princípio) o poder-dever de o administrador público zelar pela estabilidade decorrente de uma relação timbrada de autêntica fides mútua, no plano institucional” (JUAREZ FREITAS. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**, Malheiros, p. 75)

“Partindo da idéia de que o homem necessita de uma certa segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsavelmente a sua vida, desde cedo se consideram como elementos constitutivos do Estado de Direito os dois princípios seguintes: o princípio da segurança jurídica; o princípio da confiança do cidadão [...]. Os princípios da proteção da confiança e da segurança jurídica podem formular-se assim: o cidadão deve poder confiar em que aos seus atos ou às decisões públicas incidentes sobre seus direitos, posições jurídicas e relações, praticados de acordo com as normas jurídicas vigentes, se ligam a efeitos jurídicos duradouros, previstos ou calculados com base nessas mesmas normas” (J.J. GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA, **Direito Constitucional**, Coimbra, Almedina, 1992, p. 375 e 377-378)

² Vemos aqui um caso prático que reafirma o hiato existente entre a Ciência Jurídica e as Ciências exatas, pois, o direito pode, utilizando-se de princípios norteadores de sua atividade,

superar e afastar a lógica.

³ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**. 5ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2004. p. 149-150.

⁴ ADI 2.215 MC / PE, Relator: Min. Celso de Mello, j. 17.04.2001, DJU. 26.04.2001, p. 4.

⁵ Art. 2ª, § 3ª, do Decreto-lei nº 4.657/42 – Lei de Introdução ao Código Civil.

⁶ Art. 5ª, XXXV – A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

⁷ Art. 52, X, da Constituição Federal

⁸ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 16ª. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 613



JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

APELAÇÕES CÍVEIS

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

Apelação Cível n.º 2000.0154.2284-5/1

Apelante: Edvan Ivo Carnaúba

Apelado: ICAVEL – Iguatu Cavalcante Veículos Ltda

Relator: Desembargador Ademar Mendes Bezerra

EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRABALHO. EQUIPAMENTO DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL. FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTO DE PROTEÇÃO. NEGLIGÊNCIA NA FISCALIZAÇÃO DO USO. CULPA CONCORRENTE.

- A assistência àquele que sofreu acidente de trabalho é incumbência que cabe precipuamente ao Estado, mediante a Seguridade Social, só podendo ser cumulada com indenização a cargo do empregador se comprovado culpa ou dolo do mesmo.

- Há culpa concorrente quando o empregado não usa equipamento de proteção individual fornecido pelo empregador e este é negligente em exigir seu uso e não proíbe que o empregado exerça sua atividade sem os mesmos.

- Precedentes dos Tribunais Superiores.

- Recurso conhecido e parcialmente provido.

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da Apelação Cível n.º 2000.0154.2284-5/1, em que figuram as partes acima indicadas.

Acorda a 2ª Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, conhecer o recurso para dar parcial provimento, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 1º de fevereiro de 2006.

VOTO

Cuidam os presentes autos de apelação cível manejada por Edvan Ivo Carnaúba contra decisão do MM. Juiz de Direito da 1ª. Vara de Iguatu, pela qual julgou improcedente ação de reparação de danos por acidente de trabalho ajuizada contra ICAVEL – Iguatu Cavalcante Veículos Ltda.

Pela exordial de fls. 03/12, o autor narra que fora admitido como empregado da empresa ré, na qualidade de eletricitista de automóveis, em 1994, tendo sofrido o acidente em questão no dia 05 de fevereiro de 1999, quando trabalhava desmontando a caixa de fusíveis de um automóvel e a chave de fenda que manuseava escapou-lhe das mãos e atingiu seu olho direito, causando-lhe cegueira naquela vista. Conta que o culpado pelo acidente foi seu empregador, porquanto não forneceu óculos de proteção adequados, os quais teriam evitado o dano estético e moral, bem como a diminuição de sua capacidade laborativa.

Busca, pois, a condenação da demandada em: a) R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) pelo dano estético ocasionado; b) R\$ 344.774,00 (trezentos e quarenta e quatro mil, setecentos e setenta e quatro reais) pelo abalo moral; c) ressarcimento de todas as despesas médicas decorrentes do infortúnio.

Juntou os documentos de fls. 13/34.

Regularmente citada, a ré apresentou resposta na forma de contestação (fls. 37/50), oportunidade em que alegou preliminares de prescrição e inépcia da inicial. No mérito, rechaçou sua responsabilidade pelo acidente, porquanto não concorreu com culpa ou dolo para sua ocorrência.

Juntou os documentos de fls. 51/82.

Pela réplica de fls. 84/86, o autor refutou as duas preliminares e reiterou a linha argumentativa expendida na exordial.

Carreou, ainda, os documentos de fls. 87/97.

Por ocasião da realização da audiência preliminar –

cujo termo repousa às fls.104/105 – foi intentada a conciliação sem, contudo, lograr-se êxito. Tomaram-se os depoimentos pessoais do autor e do representante da empresa ré. Foram apresentados, ainda, novos documentos por ambas as partes, ocasionando a suspensão da audiência para que tecessem as considerações mútuas.

Os depoimentos das testemunhas do promovente foram tomados às fls. 128/133 e 143/144, enquanto as do promovido, às fls. 145/151.

Memoriais das partes repousam às fls. 152/167.

Pela sentença de fls. 168/179, como adiantado, o MM. Juiz de primeiro grau julgou improcedente a ação, pois considerou que não era obrigatório, no caso, o fornecimento de óculos pelo empregador, vez que seu funcionário não exercia trabalho que exigisse esse equipamento de proteção, o qual se destina apenas à proteção de trabalhos que expilam partículas ou forte luminosidade, que não é o caso de eletricitista de autos. Fundamentou, ainda, que, mesmo se existisse obrigatoriedade, não houve prova de que a empresa fora negligente em fornecê-lo. Considerou, pois, que o acidente decorreu, em verdade, da imperícia do autor em manusear sua ferramenta de trabalho.

Razões do apelo repousam às fls. 181/190.

Contra-razões fls. 193/204.

A douta Procuradoria Geral de Justiça lançou parecer de fls. 213/217, propugnando pelo provimento da apelação.

É relatório.

Antes de qualquer consideração meritória, cumpre deixar evidenciada a competência deste tribunal para o julgamento do recurso. Isto porque após a Emenda Constitucional n.º 45/04 a competência para julgamento da ação de indenização por acidente de trabalho passou para a Justiça Laboral. Contudo, nos processos em tramitação em que tenha sido proferida a sentença de primeiro grau, remanesce o poder do Tribunal que lhe é superior para o julgamento do recurso, desde que a decisão de primeiro grau não padeça de qualquer vício que demande a prolatação de nova decisão singular. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça firmou recente entendimento:

“COMPETÊNCIA. AÇÃO REPARATÓRIA DE DANOS PATRIMONIAIS E MORAIS DECORRENTES DE ACIDENTE DO TRABALHO. EMENDA CONSTITUCIONAL N.45/2004. APLICAÇÃO IMEDIATA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA TRABALHISTA, NA LINHA DO ASSENTADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. APLICAÇÃO IMEDIATA DO TEXTO CONSTITUCIONAL AOS PROCESSOS EM QUE AINDA NÃO PROFERIDA A SENTENÇA.

- A partir da Emenda Constitucional n. 45/2004, a competência para processar e julgar as ações reparatórias de danos patrimoniais e morais decorrentes de acidente do trabalho é da Justiça do Trabalho (Conflito de Competência n. 7.204-1/MG-STF, relator Ministro Carlos Britto).

- A norma constitucional tem aplicação imediata. Porém, “a alteração superveniente da competência, ainda que ditada por norma constitucional, não afeta a validade da sentença anteriormente proferida. Válida a sentença anterior à eliminação da competência do juiz que a prolatou, subsiste a competência recursal do tribunal respectivo” (Conflito de Competência n. 6.967-7/RJ-STF, relator Ministro Sepúlveda Pertence).

Conflito conhecido, declarado competente o suscitante.

(CC 51712 / SP; CONFLITO DE COMPETENCIA 05/0104294-7 Ministro BARROS MONTEIRO DJ 14.09.2005 p. 189)

Evidenciada a competência deste sodalício, passemos ao exame do mérito recursal.

O presente recurso tem como questão fulcral saber se houve culpa ou dolo da ré/apelada para a ocorrência do dano sofrido por seu empregado, já que a existência do acidente e

suas conseqüências (como a cegueira de um olho) tornaram-se fatos incontroversos no processo, por não contestados.

A evolução legislativa sobre a matéria transferiu do empregador para o Estado o dever de tomar as medidas necessárias para fazer face aos infortúnios que o trabalhador possa vir a padecer durante sua jornada laborativa. Por essa razão é que os acidentes de trabalho fazem surgir para o obreiro o direito a uma prestação previdenciária específica, devida independentemente da existência de culpa ou dolo de quem quer que seja. Ao empregador restou tão somente a responsabilidade civil pelo dano, ou seja, quando tenha ele concorrido, culposa ou dolosamente, para o evento. Tais prestações (previdenciária e civil) podem ser cumuladas.

Nos feitos do empregado contra o empregador, tem aquele, portanto, o dever de provar a conduta culposa ou dolosa deste. É ônus processual seu, cujo desatendimento importa a improcedência da ação. Não é necessária a demonstração de culpa grave, como então exigia a súmula 229 do STF, mas sim a desídia ou incúria em qualquer grau, ainda que leve, pois nossa Constituição Federal não se refere ao grau quando ressalva da prestação previdenciária a responsabilidade do patrão. Destaque-se que por ser matéria de responsabilidade civil, regulada pelas regras do direito comum, não há a costumeira inversão do ônus **probandi** que se verifica na Justiça do Trabalho, sob pena de desnaturar a responsabilidade subjetiva em objetiva.

Rui Stoco (Tratado de Responsabilidade Civil, 6ª Edição, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2004, p.617) traz entendimento do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira que há muito sedimentou o entendimento no âmbito do STJ:

“Na ação de indenização, fundada em responsabilidade civil comum (art. 159, CC [atual 186]), promovida por vítima de acidente de trabalho, cumpre a esta comprovar o dolo ou culpa da empresa empregadora. Somente se cogita de responsabilidade objetiva (sem culpa) em se tratando de reparação acidentária, assim consi-

derada aquela devida pelo órgão previdenciário e satisfeita com recursos oriundos do seguro obrigatório, custeado pelos empregadores, que se destina exatamente a fazer face aos riscos normais da atividade econômica no que respeita o infortúnio laboral”

Julgado mais recente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul reitera o entendimento:

“(...)para a caracterização da responsabilidade civil do empregador e conseqüente surgimento do dever de indenizar, é necessária a comprovação do dano, do nexu causal e da culpa, tendo em vista que sua responsabilidade é subjetiva. É o que se depreende da redação do art. 7º, inciso XXVIII, da Carta Magna, do art. 159 do CC/16 e do art. 186 do CC/02, ambos pertinentes à matéria. (...)”

(Apelação Cível Nº 70011825114, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini Bernardi, Julgado em 29/06/2005)

No presente caso, o autor/apelante afirma que a responsabilidade da empresa empregadora derivou de sua omissão em fornecer óculos de proteção, que seriam equipamentos obrigatórios, aptos a evitar o dano.

Assim, é necessário assentar, aqui, primeiro se realmente era obrigação da empresa fornecer os óculos e, segundo, se tal obrigação foi ou não atendida, caracterizando culpa por omissão.

O juiz de primeiro grau, em sua bem lançada sentença, entendeu pela não obrigatoriedade do fornecimento do mencionado equipamento, pois o obreiro não desempenhava serviço que demandasse seu uso.

De fato, toda a normatização sobre o fornecimento dos chamados Equipamentos de Proteção Individual impõe uma

adequação entre o equipamento protetivo e o trabalho desempenhado. Já na CLT, dá-se isso, por expressa disposição do art. 166:

“Art. 166 - A empresa é obrigada a fornecer aos empregados, gratuitamente, equipamento de proteção individual adequado ao risco e em perfeito estado de conservação e funcionamento, sempre que as medidas de ordem geral não ofereçam completa proteção contra os riscos de acidentes e danos à saúde dos empregados”.

Regulamentando esse dispositivo consolidado, foi editada a Norma Reguladora n.º 6, do Ministério do Trabalho, que, dentre outras disposições, estabelece como dever do empregado o uso do equipamento de segurança. Em seu primeiro anexo, referida norma descreve os equipamentos de segurança e os riscos que demandam seu uso. Sobre EPI's de proteção da face e dos olhos acentua:

6.4. Atendidas as peculiaridades de cada atividade profissional, e observado o disposto no item 6.3., o empregador deve fornecer aos trabalhadores os EPI adequados, de acordo com o disposto no ANEXO I desta NR.

(...)

Anexo I

(...)

B.1. – Óculos

- a) óculos de segurança para proteção dos olhos contra impactos de partículas volantes;**
- b) óculos de segurança para proteção os olhos contra luminosidade intensa;**
- c) óculos de segurança para proteção dos olhos contra radiação ultra-violeta;**
- d) óculos de segurança para proteção dos olhos**

**contra radiação infra-vermelha;
e) óculos de segurança para proteção dos olhos
contra respingos de produtos químicos.**

O item 6.5. da mesma norma prescreve que “compete ao Serviço especializado em Engenharia de Segurança e em Medicina do Trabalho – SESMIT, ou a Comissão Interna de Prevenção de Acidentes – CIPA, nas empresas desobrigadas de manter o SESMIT, recomendar ao empregador o EPI adequado ao risco existente em determinada atividade”.

Ora, segundo o laudo apresentado pela própria empresa (fl.76), o engenheiro do trabalho que o subscreve aponta que, no departamento de mecânica da empresa, os trabalhadores, nele, estão sujeitos a contato com produtos químicos, como graxa, óleo e gasolina. Contra os respingos desses produtos, necessário o fornecimento dos óculos indicados na alínea “e” acima transcrita. O empregador tem o dever de fornecer e o empregado, de usar tal equipamento, cabendo àquele fiscalizar o efetivo uso.

Por esse motivo, ao contrário do magistrado *a quo*, entendo que era sim obrigatório o uso dos óculos. Ainda que se destinassem à proteção de respingos, poderiam eles ter evitado o dano ao olho do funcionário, ou, ao menos, tê-lo reduzido a ponto de evitar a cegueira. Destaque-se que no referido laudo – realizado após o evento por engenheiro de segurança do trabalho – o perito não indica como equipamento de proteção os óculos, entretanto, tem-se que perquirir se na ocasião do acidente os mesmos eram fornecidos, como defende o réu/apelado.

Com efeito, resta investigar se o fato de o empregado não está utilizando equipamento de proteção no instante do infortúnio deveu-se à omissão da empresa em disponibilizá-lo, ou se o autor foi desidioso em não portá-lo. Como o autor sustenta em sua exordial que o equipamento não foi fornecido, devemos nos ater ao material probatório a fim de averiguar se ele se desincumbiu eficazmente de seu ônus, pois, repita-se, deve provar a culpa da concessionária de veículos.

É certo que a prova de um fato negativo é sempre mais dificultosa, podendo ser facilmente elidida pela parte adversa ao demonstrar o fato positivo que lhe é contrário. No caso, bastaria o apelado ter juntado o termo de responsabilidade e recebimento do EPI – que normalmente os empregadores fazem seus obreiros assinar quando recebem os equipamentos – para que restasse evidenciada a inexistência da dita omissão.

Dada a ausência dessa prova documental, é necessário deter análise sobre os depoimentos testemunhais.

As testemunhas arroladas pelo autor/apelante não foram incisivas em afirmar o não fornecimento do equipamento devido, até mesmo porque duas delas jamais trabalharam na concessionária ré, e outro, não mais trabalhava à época do acidente. Somente uma testemunha do promovente (Antônio Paulino da Silva) era colega da vítima no período.

De fato, Antônio Ferreira de Sousa asseverou à fl. 128 que “nas vezes em que foi para a ICAVEL o depoente nunca ultrapassou o balcão no qual são vendidas as peças, motivo pelo qual não pode afirmar se os funcionários da oficina usavam os equipamentos de segurança obrigatórios”.

Por sua vez, Joaquim Rocha Neto – como foi destacado pelo juiz de primeira instância – entrou em contradição, pois em um momento diz (fl.130) que quando trabalhava na concessionária “nunca lhe foi fornecido nenhum equipamento de segurança”. Em outro, consigna que “até quando trabalhou para a referida firma, os funcionários da mesma usavam os equipamentos de segurança que lhe eram postos à disposição”. Aduz ainda que “o equipamento de segurança a que se referiu o depoente consistia em botas, fardas, luvas e óculos”.

Outra testemunha, João Fernandes Rodrigues, motorista profissional que dirige uma Kombi, também não trabalhava na concessionária, tendo entrado apenas “umas duas vezes na oficina da ICAVEL”, já que seu veículo é de outra marca, não lembrando “se os funcionários da firma estavam usando o material de segurança”.

Com se vê, os depoimentos testemunhais acima transcritos em nada corroboram a tese autoral, pois, quando

não são vagos ou contraditórios, testificam a disponibilização dos EPI's.

Em contrapartida, as testemunhas arroladas pela ICAVEL são incisivas em atestar o fornecimento dos EPI's.

Gersimar Rodrigues Couras diz que “existiam equipamentos obrigatórios” e que “há época do acidente existia a CIPA” na empresa. George Hamiltom Alves de Carvalho, também colega no momento do fato, aduz que “a firma disponibilizava para seus funcionários os equipamentos de segurança, tais como óculos, luvas, máscaras, etc; que além de ter os equipamentos a firma cobrava o uso dos mesmos pelos funcionários”.

Parece claro ter havido a disponibilização dos equipamentos.

Contudo, a responsabilidade da empresa não se exaure com o simples fornecimento dos equipamentos de proteção para o trabalhador. Há também o dever de fiscalizar seu efetivo uso, sob pena de transformar a exigência legal em simples formalismo desprovido de qualquer sentido. Seria por demais cômodo ao patrão deixar disponíveis os equipamentos e responsabilizar o empregado por seu desuso na superveniência de um acidente.

Sua postura deve ser ativa, não só conscientizando os trabalhadores da importância do uso, como também proibindo o exercício de qualquer atividade laborativa sem estarem devidamente equipados.

De fato, há precedentes jurisprudenciais dando conta de que a negligência do empregador quanto à fiscalização e exigência de uso dos EPI's faz surgir responsabilidade do empregador:

“(...)Culpa do empregador consubstanciada, essencialmente, na ausência de adequada fiscalização do ambiente de trabalho, permitindo que funcionários laborassem sem o devido equipamento de proteção e que fumassem no local (posto de gasolina).(...)” (*Apelação Cível Nº 70004791570, Nona Câmara Cível, Tribunal de*

Justiça do RS, Relator: Pedro Celso Dal Pra, Julgado em 12/05/2004)

* * *

“EMENTA: ACIDENTE DO TRABALHO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. CULPA DO EMPREGADOR. VAZAMENTO DE OLHO NO OPERAR DE SERRA CIRCULAR, CUJO DENTE QUEBROU E VEIO DE ENCONTRO AO EMPREGADO. EQUIPAMENTO DE PROTEÇÃO FORNECIDO E RECEBIDO PELO OPERÁRIO. NÃO-USO. FISCALIZAÇÃO DO EQUIPAMENTO PROTETIVO E ÔNUS DO EMPREGADOR. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. NEGLIGÊNCIA DA EMPREGADORA CONFIGURADA. RECURSO ADESIVO. CUMULAÇÃO DE DANO MORAL E DANO ESTÉTICO. NÃO-COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO ESTÉTICO. SENTENÇA MANTIDA. DESPROVIMENTO DE AMBOS OS RECURSOS”. *(Apelação Cível Nº 70000859702, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira, Julgado em 08/05/2002)*

* * *

“EMENTA: ACIDENTE DE TRABALHO. MORTE DE EMPREGADO. RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR.(...)2. Confirmação quanto ao reconhecimento da responsabilidade da empregadora, na morte por eletroplessão do empregado (pai e marido das apeladas), por falta de fiscalização quanto ao uso de equipamento de proteção (botas). Acertado o reconhecimento da concorrência de culpa.(...)”. *(Apelação Cível Nº 70001084979, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Lúcio Merg, Julgado em 30/11/2000)*

* * *

EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DO TRABALHO. CULPA DA EMPRESA. NA AÇÃO INDENIZATORIA FUNDADA EM DIREITO COMUM ONDE SE ATRIBUI A EMPREGADORA PRÁTICA DE ILÍCITO CIVIL, E A MESMA PARTE LEGÍTIMA PARA FIGURAR NO POLO PASSIVO. INVIABILIDADE DE DENUNCIACAO DA LIDE AO INSS. COMPROVADA A CULPA DA EMPRESA, QUE NEGLIGENCIOU NA FISCALIZAÇÃO DO USO DE EQUIPAMENTO DE PROTEÇÃO, RESPONDE A MESMA PELOS DANOS FISICOS E MORAIS SOFRIDOS PELO SEU EMPREGADO.
(Apelação Cível Nº 598419562, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Isabel Brogginj, Julgado em 06/10/1999)

In casu, indiscutível que a concessionária fora negligente em vetar a atitude inseqüente de seu empregado em exercer sua atividade desprovido dos devidos equipamentos. A conjugação da conduta de ambos enseja a caracterização da culpa concorrente, pelo que deve ser repartido entre ambos o ônus financeiro advindo do infortúnio.

Definida a culpa, ainda que concorrente da concessionária, passemos à quantificação.

Quanto ao dano moral e estético, é de comum conhecimento que não podem ser fixados em montante exagerados. 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.

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)

Na lide em destreame, considerando os elementos essenciais, precipuamente a culpa concorrente, hei por bem fixar os danos moral e estético em R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais).

Quanto aos danos materiais experimentados em função do tratamento médico a que teve o empregado que se submeter, estabeleço em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Por tais razões, conheço o presente recurso, por estarem presentes seus pressupostos extrínsecos e intrínsecos, e concedo-lhe parcial provimento a fim de condenar a ré/apelada em: a) R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais) pelos danos moral e estético; b) R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) pelos danos materiais.

Custas *pro rata*.

É como voto

Fortaleza, 1º de fevereiro de 2006.

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

**Nº. 2000.0013.8231-5/0 – APELAÇÃO CÍVEL
APELANTE – MARIA MARLENE JORGE TEIXEIRA.
APELADO – ELDENIR MONTENEGRO.
RELATOR – DES. JOSÉ EDMAR DE ARRUDA COELHO.**

EMENTA:

Nos contratos de locação não se aplicam as normas da Lei nº 8.078, de 11.09.1990 - Código de Defesa do Consumidor -, tendo em vista a ausência da figura do fornecedor, o que torna impossível a relação de consumo. Apelo conhecido e improvido. Decisão unânime.

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, (Des. Rômulo Moreira de Deus, presidente, Des. José Edmar de Arruda Coelho, relator) em “conhecer do recurso, mas negar-lhe provimento para manter intacta a sentença hostilizada,” de acordo com a ata de julgamento do Processo Apelação Cível nº 2000.0013.8231-5/0.

Fortaleza, 13 de fevereiro de 2006.

RELATÓRIO

Eldenir Montenegro promove execução de aluguéis, não pagos, de prédio do qual é locadora, contra a fiadora Maria Marlene Jorge Teixeira, ambas qualificadas nos autos, tendo esta última, depois de seguro o juízo pela penhora, apresentado embargos à execução, julgados improcedentes.

Inconformada, a embargante apela da sentença fundando seus argumentos em dispositivos do Código de Defesa

do Consumidor – Lei nº 8.078, 11.09.1990.

É a exposição.

VOTO

Ao preferir sentença, o Juiz declara ter se convencido da cobrança excessiva de encargos, como a multa de 20% (vinte por cento) por atraso no pagamento dos aluguéis. Em vista disso, julgou improcedentes os embargos condenando a embargante, ora recorrente, a pagar juros moratórios de 2% (dois por cento) ao mês, juros remuneratórios de 12% (doze por cento) ao ano, custas e honorários de advogado, estes em 10% (dez por centos) sobre o valor da causa.

Entretanto, com o intuito de demonstrar “a total ilegalidade do contrato de locação” e “de saber em que fatos e documentos baseou-se a sentença” para julgar improcedentes seus embargos (fls. 33), a apelante transcreve dispositivos do art. 51 do Código de Defesa do Consumidor – CDC, que declaram “nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços”, acompanhadas de comentários de juristas.

Ora, inexistindo relação de consumo no contrato de locação de imóvel, em face da ausência da figura do fornecedor, não há que falar na aplicabilidade da Lei nº 8.078/90 para o caso em exame. A jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que não se aplica o CDC às relações jurídicas existentes entre locador e locatário, consoante o dizer do paradigma que se segue, *verbis*:

“Direito Civil – Locação – Dispositivo do Código de Defesa do Consumidor – Inaplicabilidade – Dissídio jurisprudencial – Não demonstração. - O Código de Defesa do Consumidor não é aplicável aos contratos de locação, porquanto estes dispõem de regime legal próprio, além de faltar-lhe as características delineadoras da relação de consumo. Precedentes desta Corte”

(REsp nº 343.740-0 – SP, rel. Min. Fernando Gonçalves, unânime, DJU de 30.09.2002, RSTJ 168/607).

DECISÃO

Face do exposto, embora se conheça do recurso, ao mesmo se nega provimento para confirmar a sentença perseguida.

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

Nº PROCESSO: 2000.0014.7633-6 (1999.09898-4)

TIPO DO PROCESSO: APELAÇÃO CIVIL

COMARCA: FORTALEZA

PARTES:

APELANTE: GUIOMAR PINHEIRO RIOS

APELADO: O ESTADO DO CEARÁ

RELATOR: DES. JOÃO DE DEUS BARROS BRINGEL

EMENTA: SERVIDOR PÚBLICO. REMUNERAÇÃO INFERIOR AO SALÁRIO MÍNIMO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ, COM DIREITO A PROVENTOS PROPORCIONAIS AO TEMPO DE SERVIÇO, ESTES NÃO PODEM SER INFERIORES AO SALÁRIO MÍNIMO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL INSCULPIDO NO ART. 201, § 2º, CF/88 E APLICÁVEL AOS SERVIDORES POR FORÇA DO DISPOSTO NO ART. 40, § 12, TAMBÉM DA CF/88.

APELO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de APELAÇÃO CÍVEL nº 1999.09898-4, de Fortaleza, em que são

partes as acima indicadas, integrando a presente decisão o Relatório lançado nos autos, na forma regimental.

ACORDA a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em julgamento de turma, por unanimidade, em tomar conhecimento do recurso, para dar-lhe provimento, com a conseqüente reforma da sentença recorrida, nos termos do voto do Relator.

Com a presente ação, buscou a Apelante, servidora estadual aposentada por invalidez, ver corrigida distorção em seus proventos, pois percebe mensalmente a quantia de R\$ 93,72, quantia inferior ao salário mínimo vigente no país, o que contraria dispositivos da Constituição da República.

Em contestação, o Estado do Ceará, asseverou que o artigo 7º, IV, da Constituição Federal não se aplica a proventos proporcionais ao tempo de serviço, mas apenas a salários. E ainda, que os servidores aposentados com proventos proporcionais ao tempo de serviço podem perceber proventos inferiores ao *minimum* salarial.

Entendo, merecer acolhida a inconformação da Apelante, uma vez que, apesar da aposentadoria tenha sido motivada por invalidez, com direito a proventos proporcionais ao tempo de serviço, estes não podem ser inferiores ao salário mínimo. Trata-se de princípio constitucional insculpido no art. 201, § 2º, da Carta Magna e aplicável aos servidores por força do disposto no art. 40, § 12, da mesma Carta Política Maior.

“Art. 201. (...)

(...)

§ 2º - Nenhum benefício que substitua o salário da contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado terá valor mensal inferior ao salário mínimo”.

“Art. 40. (...)

(...)

§ 12 – Além do disposto neste artigo, o regime de previdência dos servidores públicos titulares de cargo efetivo observará, no que couber,

os requisitos e critérios fixados para o regime geral de previdência social”.

No presente caso, alegou a recorrente que era servidora pública estadual aposentada por invalidez, e tal circunstância não foi refutada em qualquer momento pelo Estado do Ceará. Por outro lado, foi o próprio Estado-Recorrido que firmou a assertiva de que os servidores estaduais aposentados por invalidez auferem proventos integrais.

Sobre a matéria, já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

“Ao julgar o RE 159.413,...., o Plenário desta Corte confirmou o entendimento de ambas as Turmas no sentido de que o § 5º do art. 201 da Constituição Federal é auto-aplicável (RE 160.779 (AgRG)-SP, 1ª T/STF, RTJ 150/946);no mesmo sentido, RTJ 150/948, 150/955, 150/310, 151/321, 151/642, 151/648. O RE 159.413 está in RTJ 153/312. Apud “Constituição Federal interpretada pelo STF”, 3ª edição, Ed. Oliveira Mendes, São Paulo, 1998, p.200).

É relevante anotar que a numeração dos parágrafos do art. 201 da Constituição foi alterada pela Emenda Constitucional nº 20/98. O § 5º, mencionado no excerto jurisprudencial transcrito, corresponde ao atual § 2º do mesmo artigo.

A norma constitucional citada diz claramente: *nenhum benefício será inferior ao salário mínimo*. O termo “*nenhum*” é inequívoco e não admite exceções: não existe um só benefício previdenciário que possa ser inferior ao salário mínimo, seja aquele calculado sobre salário integral, seja sobre a proporção do tempo de serviço.

Assim, diante da sintonia entre tais premissas não poderia o ente público rejeitar o pleito autoral, notadamente porque o Pretório Excelso já reconheceu a auto-aplicabilidade do art. 201, parágrafo 5º da CF/88, atual § 2º.

Do exposto tomo conhecimento do recurso, dando-lhe provimento, determinando a imediata correção dos proventos

da recorrente, de modo a conformá-los com o disposto no art. 201, § 2º, da Constituição Federal de 1988.

É como voto.

Fortaleza, 11 de setembro de 2002.

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

Nº PROCESSO: 2000.0014.8311-1 (1999.10789-0)

TIPO DO PROCESSO: APELAÇÃO CÍVEL

COMARCA: FORTALEZA

PARTES:

APELANTE: J. H. R. L.

APELADA: W. S. R. L.

RELATOR: DES. JOÃO DE DEUS BARROS BRINGEL

EMENTA:

**SEPARAÇÃO LITIGIOSA. CASAMENTO TRADUZIDO PELA COMUNHÃO PARCIAL DE BENS. SENTENÇA DANDO PELA PROCEDÊNCIA DA SEPARAÇÃO, RECONHECENDO A CULPA DO CÔNJUGE-VARÃO PELA RUPTURA DA CONVIVÊNCIA EM COMUM. ALIMENTOS. FIXAÇÃO DE VERBA ALIMENTAR DEFINIDA. REGULAMENTAÇÃO DO DIREITO DE VISITA. PARTILHA EXCLUSÃO NA SUA INCIDÊNCIA SOBRE BENS ADQUIRIDOS PELO CÔNJUGE-VARÃO ANTERIORMENTE AO MATRIMÔNIO.
APELO PARCIALMENTE PROVIDO.**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível nº 2000.0014.8311-1(1999.10789-0), de Fortaleza, em que são partes as acima indicadas, integrando a presente decisão o Relatório lançado nos autos, na forma regimental.

ACORDA a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em julgamento de Turma, por unanimidade, em conhecer do recurso, todavia, para lhe dar parcial provimento, para reformar a decisão recorrida na parte da partilha de bens, para excluir da eventual partilha de bens imóveis, o bem situada na rua Monsenhor Bruno, nº 2220, nos termos do voto do Relator.

No presente caso, o Apelante se insurge contra a sentença que na separação litigiosa que lhe fora movida pela Apelada, deu por sua procedência, decretando a separação do casal, com supedâneo no art. 5º da Lei nº 6.515/77, mantendo a guarda dos filhos do casal com a ora recorrida, facultando o direito de visita; arbitrando alimentos em 2 (dois) salários mínimos, e partilhando em 50% o imóvel tipo apartamento situado na rua Monsenhor Bruno, nº 2220 – Apto. 905.

A solução da controvérsia passa, necessariamente, pela verificação no pedido de separação ajuizada pelo cônjuge-virago, da existência dos fundamentos que invoca contra seu marido, quais sejam, conduta desonrosa por este praticada e violação dos deveres do casamento, o que, a teor da disposição ínsita no art. 5º da Lei nº 6.515/77, por tornar insuportável a vida em comum, justificaria aquele pleito.

No revogado art. 317 do CC, havia um elenco dos fundamentos que poderiam ser invocados em juízo para ensejar a decretação do desquite: adultério, tentativa de morte, sevícia e injúria grave, abandono do lar.

No art. 5º da lei precitada, preferiu o legislador, todavia, substituir a relação exaustiva acima referida pelas expressões “conduta desonrosa” e “grave violação dos deveres do casamento”, estabelecendo como **conditio sine qua** a justificar o pedido de separação, que tal conduta ou ato tenham tornado insuportável a vida em comum dos cônjuges. Consoante o magistério de Áurea Pimentel Ferreira, *in* “Divórcio e Separação”, Editora RENOVAR, 9ª edição, 1999, p. 24, “a expressão genérica “conduta desonrosa” ampliou bastante o campo antes limitado de enquadramento de procedimentos em descompasso com a moral e ofensivos ao outro cônjuge, podendo-se dizer,

portanto, que essa conduta será motivo de dissolução da sociedade conjugal, na medida em que possa a mesma consubstanciar para o outro cônjuge grave injúria.”

Ao acurado exame dos autos, conclui-se, que não existe dúvida de que agiu o recorrente com precipitação ao agredir fisicamente sua consorte, e tal circunstância foi evidenciada nos fôlios através de prova documental consistente na apresentação de boletins de ocorrência e termos de depoimentos prestados em sede de IPM por policiais militares que atenderam a uma das ocorrências na qual estiveram as partes envolvidas.

Por outro lado, é certo que o promovido, ora Apelante, também poderia ter ingressado com reconvenção para justificar culpa recíproca, contudo, negligenciou tal ônus processual, e por isso mesmo há de suportar a culpa exclusiva pelos desairosos incidentes que culminaram com a cisão conjugal.

Circundantemente aos alimentos fixados em prol dos filhos menores do casal, tenho-os por justa e equanimemente arbitrados pelo julgador singular, em respeito, ademais, ao binômio necessidade/possibilidade, tanto que imereceram insurreição das partes.

Contudo, relativamente à divisão do patrimônio comum, a sentença merece ser reformada.

Consoante mostram os autos, a prova documental revela que o imóvel situado na rua Monsenhor Bruno, n° 2220 – apartamento 905 do Edifício Monalisa, já pertencia ao recorrente. Fato esse, reconhecido pela recorrida, em seu depoimento pessoal de fls. 88/89, no qual assevera: *“que quando casou-se com o promovido o mesmo já tinha o apartamento localizado na rua Monsenhor Bruno, 2220, apto. 905; (...) que a depoente tem conhecimento que o apartamento localizado na rua Monsenhor Bruno n° 2220, apartamento 905 é fruto de uma partilha amigável feita em o promovido e seus pais”*.

É certo que a propriedade imóvel só se adquire com a transcrição do título aquisitivo junto ao respectivo registro imobiliário. Entretanto, os documentos de fls. 44, 46v, 47, 59 e 60, além do próprio depoimento da recorrida. Não permitem dúvidas quanto ao fato de que a propriedade do recorrente sobre o

questionado imóvel é pretérita a seu casamento com a recorrida.

Nesse convencimento, conheço do recurso, provido-o parcialmente para excluir da partilha o apartamento nº 905, situado na Monsenhor Bruno, nº 2220, nesta cidade, tanto que adquirido pelo apelante antes de seu casamento com a recorrida, realizado sob o regime de comunhão parcial.

É como voto.

Fortaleza, 11 de setembro de 2002.

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

Nº PROCESSO: 2000.0015.0002-4 (2000.00633-3)

TIPO DO PROCESSO: APELAÇÃO CÍVEL

COMARCA: JUAZEIRO DO NORTE

PARTES:

1º Apelante: MARIA DO SOCORRO GONÇALVES LEMOS.

2º Apelante: COMPANHIA DE ÁGUA E ESGOTO DO ESTADO DO CEARÁ.

Apelados: OS MESMOS APELANTES.

RELATOR: DES. JOÃO DE DEUS BARROS BRINGEL

EMENTA – REPARAÇÃO DE DANOS. ACIDENTE DE VEÍCULO. ÓBITO. MENOR DE DEZ ANOS. CONCESSIONÁRIA DO SERVIÇO PÚBLICO. VEÍCULO DE PROPRIEDADE DESTA DIRIGIDO POR MOTORISTA TERCERIZADO, TODAVIA, A SERVIÇO DAQUELA. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DA CONCESSIONÁRIA PELO EVENTO MORTE. REPARAÇÃO DE DANOS QUE ASSIM SE LHE IMPÕE. QUANTUM INDENIZATÓRIO. VERBA ALUSIVA A DANOS MORAIS. FIXAÇÃO QUE HÁ DE SE ATER

À EQUIDADE ENTRE AS CONDIÇÕES ECONÔMICO-FINANCEIRAS DO RÉU E A EXTENSÃO DOS DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO EM FORMA DE PENSÃO DOS PAIS DA VÍTIMA DE ACIDENTE DEVE DURAR ATÉ À ÉPOCA EM QUE ESTA COMPLETARIA 25 ANOS. PRECEDENTES PRETORIANOS. IMPROVIDO O APELO DA PRIMEIRA RECORRENTE. PARCIALMENTE PROVIDO O DA SEGUNDA.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelação cível nº 2000.00633-3, de Juazeiro do Norte, em que são partes as acima indicadas.

ACORDA a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em julgamento de turma, à unanimidade, em conhecer de ambos os recursos, todavia, para negar provimento ao da primeira apelante, provendo, parcialmente, o da segunda, nos termos do voto do relator. Integra este o relatório lançado nos autos na forma regimental.

Colhe-se da narração factual que Maria do Socorro Gonçalves Lemos, nos autos individuada, em 13.05.97, invocou a tutela jurisdicional com ação de reparação de danos por acidente de veículo, contra a CAGECE, à consideração de que no dia 23 de fevereiro de 1.996, por volta das 14:00 h, na confluência das ruas Av. Castelo Branco com José Xavier de Oliveira, na cidade de Juazeiro do Norte, o veículo D-20 Custon, de placas IJ-6546-CE, de propriedade daquela empresa, guiado por Rogério Cordeiro Lustosa, preposto desta, desenvolvendo velocidade não permitida, de forma imprudente e negligente, ocasionara a defunção de seu filho menor, Saulo Gonçalves Lemos, de apenas dez (10) anos.

A ação, protocolada sob o rito sumário, permeou suas etapas, redundando na condenação da concessionária do serviço público precitada em danos morais, no valor equípólente a 200 (duzentos salários mínimos) da época, *plus* uma pensão em favor dos genitores da vítima, no valor de um salário-míni-

mo, perdurante esta até sessenta e cinco (65) anos, tempo de vida presumida da vítima, com a determinação de pagamento imediato, e de uma só vez, do valor dos danos morais e das prestações pensionais em atraso, a partir do evento morte.

O tema nuclear do apelo da primeira recorrente é a insatisfação em torno do valor fixado na sentença sob a rubrica de danos morais, entendendo-o irrisível ante à gravidade da dor por ela experimentada com a ocisão prematura de seu pranteado filho, enquanto o da concessionária do serviço público de fornecimento de água é mais amplo, indo de sua alegada ilegitimidade para responder aos termos da ação, e, conseqüentemente, de não estar obrigada a reparar os danos, à contrariedade da forma pensional como instituída naquele decisório em prol dos pais da inditosa vítima.

A questão, como visto, há de subsumir-se à solução dessas premissas, trazidas de parte a parte.

À autora, e primeira apelante, não milita razão para insurgir-se contra o **quantum indenizatório** ditado a título de danos morais. Embora não se ignore, modernamente, o direito constitucional da pessoa de se ver ressarcida de danos morais de que foi vítima por constrangimento moral, de haver sido atingida injustamente em sua honra, máxime, por haver experimentado a dor de uma morte de um filho, tal direito, entretanto, não há de ser atendido de forma exorbitante, até porque, a dor não tem preço. O juiz, em casos da espécie, há de se pautar com equilíbrio e equidade na fixação desse valor, sobrelevando as circunstâncias judiciais do caso e as condições sócio-econômicas do ofendido. E, assim, procedeu o pretor primário. Fixou pela metade, ou seja, em duzentos (200) salários mínimos, os danos morais, na espécie que se examina, desacolhendo o pleito autoral, a porfiar por uma indenização do porte de quatrocentos (400) salários mínimos. Sua conduta guarda identidade com a remansividade da jurisprudência, inclusive, a das Cortes Superiores. Daí não se poder tecer crítica à criteriosa e ponderada decisão primária na parte em que fixou o valor dos danos morais em, apenas, duzentos(200) salários mínimos. Por não divisar elementos em contrário à decisão no

particular, capazes de alterarem o meu convencimento, hei de negar provimento ao apelo da autora sob essa premissa, mantida no mais, em seu favor, os demais termos da decisão que hostiliza.

Circundantemente à CAGECE, seu apelo resulta, parcialmente, admissível. *Prima facie*, não pode ela subtrair-se, de fato, à responsabilidade pelo evento morte da vítima, à uma, por ser de sua titularidade o veículo atropelador, à duas, pela culpa *in eligendo* de seu guiador, o qual, nada obstante por ela dito não ser seu servidor, estava a seu serviço naquela oportunidade, sendo de somenos relevância na seara civil, quem estava a guiar dito automotor, pouco importando, igualmente, o desate do processo criminal instaurado contra o motorista por homicídio culposo, no âmbito do qual não fora absolvido, mas, tão-só, beneficiário do *sursis processual*, e, à três, por se tratar a demandada de pessoa jurídica de direito privado, prestadora de serviços públicos, à qual toca a responsabilidade objetiva na reparação dos danos que seus prepostos, nessa condição, causarem a terceiros, (CF, art. 37, par. 6º), circunstância que um contrato particular de locação transversa de pessoal, não possui o condão de subtrair a eficácia da norma constitucional. À empresa cabe, em tese, direito de regresso contra a prestadora de serviço, por força do art. 1.520 do CC. Em suma e resumo. A responsabilidade da CAGECE avulta inconstatável na espécie.

Toante à indenização a ela imposta na decisão monocrática, vale distinguir que contra o *quantum* imposto a título de danos morais, seu apelo deixa de tecer qualquer alegação, o que induz à certeza de nada ter a objetar contra ele, até porque, não o poderia, ante a translúcida clareza da fundamentação deduzida pelo ilustrado pretor singular em torno dessa verba, e, como fixado sob esse título deve prosperar.

Respeitante à pensão fixada em prol dos genitores da vítima, entendo, com as vênias de estilo ao douto prolator do *decisum*, está este por merecer reparo. A Súmula 491 do Pretório Excelso aponta para a indenização do acidente que cause a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado. Esta indenização, entretanto, diversamente do fixado na

sentença recorrida, deve durar até à época em que a vítima completaria 25 anos, ante a presunção de que após tal idade assumiria responsabilidade familiar própria, cessando sua contribuição para prover o sustento de seus genitores, consoante reiterado entendimento pretoriano, inclusive, das Cortes Superiores.

Nesse entendimento, a meu aviso, impõe-se reformada a sentença, para fixar como termo **ad quem** da pensão por morte em favor dos genitores da vítima, a idade em que esta completaria 25 anos, e não 65 anos, o que ora faço, a fim de que o pagamento das prestações em atraso, e devidas a partir da defunção da vítima, sejam calculadas em um salário mínimo, como ditado na sentença, todavia, essa obrigação alimentar deve perdurar para a CAGECE até à data em que a vítima estaria completando seus 25 anos de idade.

Dispensando-me de incursionar no território opinativo que a questão possa ainda suscitar, até porque ocioso, conhecimento de ambos os recursos, porque tempestivos, a tempo e a modo, improvido o da primeira apelante, e provendo parcialmente o da segunda, única e tão-só, na parte relativa ao tempo de duração da obrigação pensional em um salário mínimo, imposta a esta pela sentença em prol dos genitores da vítima, ou seja, até somente à idade em que esta estaria completando 25 anos de idade, mantida nos demais termos a respeitável decisão atacada.

É como voto.

Fortaleza, 16 de outubro de 2002.

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

Apelação Cível de Fortaleza nº 2000.0015.1501-3

Apelante: Tereza Domingues de Sousa

Apelados: Wagner Araújo Porto e Zulmira Ma. da Rocha Porto

Relator: Des. Rômulo Moreira de Deus

Direito Civil. Compra e venda de imóvel. Outorga uxória. Inexistência. Nulidade absoluta. Imprescritibilidade. Usucapião ordinário. Justo título. Ausência. Impossibilidade. I - Restando comprovado que, à época da transação, o alienante era casado e que a escritura pública de compra e venda foi passada sem a necessária outorga uxória, não há como deixar de se reconhecer a ofensa ao disposto no art. 235, I, do Código Civil de 1916, e, conseqüentemente, a nulidade absoluta da transação. II - A nulidade absoluta da escritura pública que daria sustentação à posse dos Apelados afasta a alegada existência de justo título, requisito essencial ao reconhecimento do usucapião ordinário, nos termos do art. 551 do Código Civil de 1916. III - Sentença reformada. Apelo provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima indicadas.

Acorda a Turma Julgadora da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade de votos, em dar provimento ao apelo para reformar a sentença de 1º Grau.

Adota-se como parte integrante deste acórdão o relatório de f. 144-145.

Os fatos alegados por ambas as Partes restaram incontroversos. Não há dúvida que o contrato de compra e venda do imóvel foi celebrado sem a necessária outorga uxória, nem que os Apelados, com base no referido título, exerceram a posse do terreno por mais de dez anos sem qualquer contestação.

A questão posta, portanto, é saber se, a despeito da ausência do consentimento da Apelante na escritura que funda-

menta a posse dos Recorridos, deve ser reconhecida a prescrição aquisitiva a favor destes.

O Juiz **a quo** entendeu que sim, com base nos seguintes fundamentos, **verbis**: “A operação supra mencionada, passada através de escritura pública, deu ao promovente varão, por sua boa-fé, a convicção que possuía o imóvel legitimamente, sendo o vício ou irregularidade ali atestada irrelevante, em face da implementação da prescrição aquisitiva, ou seja, mesmo sendo portadores de justo título, moveram ação para apagar as dúvidas quanto a possível irregularidade na transação feita com o falecido esposo da promovida, pois, se existente, o lapso temporal apaga tal imperfeição, consolidando a propriedade.”

Considera-se, entretanto, equivocado o posicionamento do Magistrado sentenciante.

No caso, à época da transação, o alienante era casado com a Recorrente. Entretanto, a escritura pública de compra e venda foi passada sem a sua indispensável anuência, em flagrante ofensa ao disposto no art. 235, I, do Código Civil de 1916, gerando, em conseqüência, a nulidade absoluta do ato jurídico, que o priva de qualquer efeito e torna imprescritível o direito da Apelante de requerer a sua anulação.

Não é outro o entendimento do STJ:

“Civil. Compra e venda de imóvel. Nulidade da escritura. Prescrição. Matéria de fato. I - Resultando provado que a escritura de compra e venda foi forjada, o ato é tido como nulo e não convalesce pela prescrição. A nulidade é perpétua, no sentido de que, em principio não se extingue por efeito da prescrição, eis que o decurso do tempo não convalida o que nasceu inválido. II - Matéria de prova em que se forrou a causa, não se a examina no especial. III - Recurso não conhecido. (REsp 12511/SP, Rel. Min. Waldemar Zveiter, Terceira Turma, DJ 04.11.1991 p. 15684)

“Processual Civil. Ação de Anulação de Declaração de Compra e Venda de Imóvel. Prescrição. Ato Nulo. Ausência. Outorga Uxória. I - A ausência de consentimento ou outorga uxória em declaração de transferência de imóvel pertencente ao patrimônio do casal é ato jurídico absolutamente nulo e, por isso, imprescritível, podendo sua nulidade ser declarada a qualquer tempo, além de não produzir qualquer efeito jurídico. II - Inaplicabilidade à espécie dos artigos 177 e 178 do Código Civil. III - Precedentes desta Corte. IV - Recurso especial não conhecido.” (REsp 38.549/SP, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Terceira Turma, DJ 28.08.2000 p. 70)

Desse modo, sendo imprescritível a prerrogativa da Apelante de ver declarada a nulidade da alienação do imóvel, é um contra-senso reconhecer-se que a prescrição aquisitiva em favor dos Apelados impediria o reconhecimento judicial da nulidade absoluta da transação ou o exercício do direito de ação por parte da Recorrente, em razão da prescrição temporal.

Tratando-se de nulidade absoluta, o decurso do tempo não tem o dom de tornar válido ato jurídico viciado desde a sua origem.

Ademais, não há que falar sequer na ocorrência da prescrição aquisitiva. A nulidade absoluta da escritura pública, que daria sustentação à posse dos Apelados, afasta a alegada existência de justo título, requisito essencial ao reconhecimento do usucapião ordinário pleiteado, nos termos do art. 551 do Código Civil revogado.

Sobre o tema, ensina Sílvio de Salvo Venosa:

“O usucapião ordinário no Código de 1916 é disciplinado no art. 551. Adquire o domínio do imóvel “aquele que, por 10 (dez) anos entre presentes, ou 15 (quinze) entre ausentes, o possuir

como seu, contínua e incontestavelmente, com justo título e boa-fé". Nessa modalidade, deve estar presente juntamente com a posse contínua o justo título e a boa-fé, os quais serão a seguir enfocados." In Direito Civil: direitos reais – 3. ed. – São Paulo: Atlas, 2003 – p. 195. (Coleção direito civil; v. 5)

"Em regra, é justo título todo ato ou negócio jurídico que em tese possa transferir a propriedade. É levada em conta a possibilidade abstrata de transferir a propriedade. O título putativo em princípio não constitui justo título, porque ninguém pode transferir mais direitos do que tem." Ob. cit. – p. 197

Justo título, portanto, é aquele apto à transferência ou à aquisição da propriedade. Escritura pública de compra e venda eivada de nulidade absoluta e, portanto, sem qualquer eficácia jurídica, como é o caso dos autos, não pode ser considerada como tal.

Não é outro o entendimento jurisprudencial:

"Apelação cível. Usucapião. Justo título. Inexistência. Ação improcedente. Entende-se por justo título o documento hábil para transferir o domínio, só não o fazendo por ser portador de falhas ou defeitos. Faltando o justo título, não há falar em usucapião ordinário. Apelação Cível desprovida. Unânime."(TJRS, Apelação Cível nº 70010128411, Décima Oitava Câmara Cível, Rel. Mario Rocha Lopes Filho, julgado em 24.03.2005)

Não obstante, em nenhum momento restou comprovado que o Apelado, quando adquiriu o imóvel, sabia ser o alienante casado, fato que ratifica a sua boa-fé. Conseqüentemente, forçoso também é se reconhecer o direito dos Recorri-

dos de serem ressarcidos pelas benfeitorias que realizaram no terreno.

Ante todo o exposto, conhece-se do recurso, por oportuno, para reformar-se a sentença de 1º Grau e julgar-se improcedente a ação de usucapião e procedente a ação anulatória, tornando as Partes ao *status quo ante*. Inverte-se, por conseguinte, o ônus da sucumbência.

Fortaleza, 9 de outubro de 2006.

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

Nº PROCESSO: 2000.0015.2476-4 (2000.03126-5)

TIPO DO PROCESSO: APELAÇÃO CÍVEL

COMARCA: FORTALEZA

PARTES:

APELANTE: CASSANDRA MARIA ARCOVERDE DE CARVALHO

APELADO : BANCO ABN AMRO S/A

RELATOR: DES. JOÃO DE DEUS BARROS BRINGEL

EMENTA: ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. COMPROVAÇÃO DA MORA DO DEVEDOR. NECESSIDADE APENAS DA NOTIFICAÇÃO POR CARTÓRIO DE TÍTULOS E DOCUMENTOS. PEDIDO DE PURGAÇÃO DA MORA. NÃO REQUERIDO NA CONTESTAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA DA ALEGAÇÃO. RECURSO IMPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de APELAÇÃO CÍVEL nº 2000.0015.2476-4 (2000.03126-5), de Fortaleza, em que são partes as cima indicadas, integrando a presente decisão o Relatório lançado nos autos, na forma regimental.

ACORDA a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em julgamento de Turma, por unanimidade, em tomar conhecimento do recurso, todavia, para negar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator.

Extrai-se do perfil da Ação de Busca e Apreensão, modelado em lei, que para se ajuizar tal tipo de ação deve o Autor, primeiramente, provar a constituição em mora do Devedor-Fiduciante através de sua regular notificação extrajudicial.

O Dec. Lei nº 911, de 01.10.69, no par. 2º de seu art. 2º dispõe que “a mora decorrerá do simples vencimento do prazo para pagamento e poderá ser comprovada por carta registrada expedida por intermédio do Cartório de Títulos e Documentos ou pelo protesto do título, a critério do credor”.

Se é certo que a Jurisprudência vem entendendo que a mora se constitui **ex-re**, não menos certo é que se torna imprescindível a comprovação desta, como pressuposto *ad actionem*, o que se faz por meio de notificação extrajudicial ao devedor.

Mui a propósito, veja-se **apud** Theotonio Negrão, *in* “Código de Processo Civil e legislação processual em vigor”, 29ª edição, Saraiva, 1987, p. 746, ementa de julgado ali transcrita, *verbis*:

“Não basta a mora; é essencial a comunicação, tal como estabelecida no art. 2º do Dec.Lei nº 911/69”.

A seu turno, a Súmula 72 do egrégio STJ é incisiva, *litterate*:

“A comprovação da mora é imprescindível à busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente”.

In casu, o Apelado trouxe aos autos cópia da Notificação Extrajudicial processada, pelo Cartório Francisco Ximenes de Melo, contendo a seguinte informação:

“O CARTÓRIO FRANCISCO XIMENES DE MELO, ATESTA PUBLICAMENTE que por dever de ofício e obediência desta serventia extrajudicial, através de funcionário foi presente pessoalmente munido de traslado autêntico do Livro 241, folha 31, na Rua Vicente Linhares, 765, ap. 201, Aldeota, Fortaleza-Ce, onde foi notificada a Sra. CASSANDRA MARIA ARCOVERDE CARVALHO, que recusou receber a notificação e assinar a 2ª via, em 24 de março de 1999. Escrito o que se tinha a certificar publicado, a teor e para os fins § 1º do art. 160, da Lei Federal e Nacional, nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, lavrei o presente Termo, que assino, em público e fiel testemunho da VERDADE.

Como é sabido, as certidões dos notários gozam de fé pública, entretanto, a veracidade de suas certidões é presumida e admite prova em contrário. No caso presente, a ora Apelante não demonstrou cabalmente sua mudança de residência, ficando, assim, prevalente a certidão cartorial.

No que se refere ao pedido de purgação da mora, o mesmo não foi solicitado, não podendo, desse modo, ser indeferido.

No restante das alegações da recorrente, que corresponde a um verdadeiro pedido de “Revisão do Contrato”, não se deve apreciar, por não ser na ação apropriada. Nesse sentido:

“O objeto do processo é sempre a pretensão que a parte deduziu e pôs diante do juiz, à espera do provimento solicitado, tal é o *meritum causae*, e o juiz prevê nos limites objetivos e subjetivos da pretensão deduzida. Mesmo tendo o autor direito de dimensão maior, a sentença limitar-se-á sempre à dimensão do pedido ajuizado, e eventual resíduo não pedido nem julgado poderá ser objeto de novo pedido. A sentença da maté-

ria julgada, ou seja, em toda extensão da demanda proposta. Na linguagem do art. 468 do CPC, ela “tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas”. Não se pode, pois, atribuir-lhe autoridade que vá além dos limites da lide posta e decidida, ou seja, que vá além do objetivo do processo por ela definido” (Ac. Unân. Da 1ª Câm. Do TJSP de 31.3.87, na apel. 83.753-1, Rel. Des. Rangel Dinamarco; RT 620/81).

“É vedado ao juiz analisar o caso dos autos sob prisma diverso do que lhe foram traçados na inicial, devendo ater-se aos limites impostos pelos arts. 128 e 460 do CPC, sob pena de padeecer de nulidade a decisão, por introduzir uma causa petendi de que a inicial não cogitou, caracterizando a ocorrência de julgamento extra petita” (Ac. Unân. Da 1ª Câm. Civ. Do TJ-MG, de 26.02.1991, na Apel. N° 80.553/1, Rel. Des. Paulo Tinoco).

Ante tais razões, para mim óbvias e convincentes, conheço do recurso, negando-lhe, contudo, provimento, com a conseqüente confirmação da sentença recorrida.

É como voto.

Fortaleza, 11 de setembro de 2002.

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

N° PROCESSO: 2000.0015.7096-0 (2000.07920-0)

TIPO DO PROCESSO: APELAÇÃO CÍVEL.

COMARCA: FORTALEZA.

PARTES:

1° Apelante : EDITORA VERDES MARES LTDA.

2ºs. Apelantes : RAIMUNDO MAIA DA SILVA FILHO e sua mulher MARIA ZENEIDE ALVES DA SILVA.

Apelados : OS MESMOS APELANTES.

RELATOR: DES. JOÃO DE DEUS BARROS BRINGEL.

EMENTA – RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. LEI DE IMPRENSA. VEICULAÇÃO DE NOTÍCIA OFENSIVA À HONRA DE FILHO FALECIDO DOS AUTORES DA AÇÃO. CARACTERIZAÇÃO DA CULPA DA EMPRESA JORNALÍSTICA POR IMPRUDÊNCIA. SENTENÇA. NULIDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA.

JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL PARA SUA NOTÍCIA PRÉVIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. DESNECESSIDADE DE PROVA EM AUDIÊNCIA. FATO NOTÓRIO. (CPC, ART. 334,I). MATÉRIA DE DIREITO. PROVA DOCUMENTAL PERTINENTE NOS AUTOS. IMPROCEDÊNCIA.

LEGITIMIDADE ATIVA DOS GENITORES DO MENOR FALECIDO PARA A PROPOSITURA DA AÇÃO INDENIZATÓRIA, NA MEDIDA EM QUE A VEICULAÇÃO NOTICIOSA INFAMANTE SOBRE SEU FILHO MORTO LHES OPORTUNIZARA INDISFARÇÁVEL CONSTRANGIMENTO MORAL. INDENIZAÇÃO. FIXAÇÃO QUE DEVE GUARDAR PARÂMETRO DE EQUIDADE, OBSERVADOS O GRAU DE CULPA DO OFENSOR E SUA CAPACIDADE ECONÔMICO-FINANCEIRA. REDUÇÃO QUE SE FAZ IMPOSTA NA ESPÉCIE.

PARCIALMENTE PROVIDO O RECURSO DA PRIMEIRA APELANTE. IMPROVIDO OS DOS SEGUNDOS RECORRENTES.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelação cível nº 2000.0015.7096-0, (2000.07920-0), de Forta-

leza, em que são partes as acima indicadas.

ACORDA a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em julgamento de turma, à unanimidade, em conhecer de ambos os recursos, provendo parcialmente o da primeira apelante, única e tão-só, para fazer reduzir o valor da indenização imposta pela decisão primária, mantida no mais, a decisão hostilizada, e improvendo o dos segundos recorrentes, nos termos do voto do relator. Integra este o relatório lançado nos autos na forma regimental.

De apreciar, por primeiro, as preliminares suscitadas pela empresa jornalística/apelante.

Articula ela, em primeiro instante, tratar-se de decisão nula sob dúplici vertente: ausência de fundamentação do **decisum** e julgamento antecipado do feito, sem prévia informação às partes por sua douta prolatora, constituindo-lhe, assim, cerceamento de defesa.

Toante à primeira preliminar, dizente com a nulidade da sentença por padecer de fundamentação, não vejo como possa prosperar. Inobscurecível que a fundamentação é elemento intrínseco da sentença, ou seja, os motivos precisos da decisão, tanto de fato, como de direito, devem ser escrupulosamente nela consignados por seu prolator. A inobservância desse requisito, tal como catalogado no inciso II do art. 458 do CPC, leva à nulidade da sentença. A fundamentação da sentença, na linguagem de Barbosa Moreira, citado por Dalzimar G. Tupinambá, em sua obra “Processo de Conhecimento-Anotações”, Editora LTR, edição 2.002, p. 342, “*é a garantia inerente ao Estado de Direito*”.

A necessidade de decisões fundamentadas também está imposta no art. 93, IX, do Texto Maior. É por meio da fundamentação que os jurisdicionados passam a conhecer os motivos da sentença, porque só assim poderão eles ajuizar se a justiça foi feita ou não, e só o conhecimento das razões de decidir pode permitir que os interessados recorram adequadamente, e que os órgãos superiores controlem com segurança a justiça e legalidade das decisões submetidas à sua revisão, sobretudo, porque é a motivação das decisões que ministra elemen-

tos para a aferição, *in concreto*, da imparcialidade do juiz.

Transportando-se para o campo da realidade as premissas enfocadas, fácil é anotar-se que a decisão conjurada traz em seu contexto iniludível fundamentação mais que explícita em torno do direito invocado pelas partes. Constata-se que a pretora primária se empenhou na análise circunstanciada das questões de fato e das questões de direito debatidas no proscênio da quizila, e, partindo dessa análise, motivou convenientemente o julgado, na medida em que deixou nele exatificadas as razões, de fato e de direito, que a convenceram a decidir como decidiu. E o fez, não de forma sucinta, mas até, prolixa.

Sob essa ótica rejeito a preliminar vindicada de nulidade da decisão por desnuda de fundamentação, como aventa a empresa/apelante.

Comporta-se, ainda, no âmago da primeira preliminar, a questão do julgamento antecipado da lide, a qual a empresa/recorrente aponta como indisfarçável cerceamento de defesa, à uma, por haver a juíza processante deixado de anunciá-lo previamente às partes, e, à duas, por evidenciar-lhe óbice à dilação probatória, através da qual, como assevera, disporia de meios para elidir o fato constitutivo do pedido.

Razão, igualmente, não socorre à apelante. O julgamento antecipado da lide é matéria de convencimento do julgador. Não está ele impedido de fazê-lo, quando a questão de mérito for de direito ou sendo de direito e de fato não houver necessidade de instrução. Mui de reverso. Nessa situação, é dever e não faculdade do juiz o julgamento antecipado da lide, sem necessidade de anunciar que assim o fará. O art. 330, I, do CPC, ao autorizar o juiz, num e noutro caso, a julgar antecipadamente a lide, não estabeleceu, fora das elencadas nos incisos I e II do art. 330 do Codex Instrumental, a condição que a recorrente alega: informação prévia às partes.

Os fatos narrados nos autos não são controvertidos. Houve a veiculação da notícia multicitada nos jornais da recorrente. Trata-se, portanto, de fato notório. A questão passa a ser eminentemente de direito, qual seja, se a notícia passara a constituir um dano efetivo, se deveria este dano ser ressarcido

por quem lhe deu causa. Tratando-se de fatos notórios, a teor do art. 334, I, do CPC, dispensável se tornara a dilação probatória acerca dele, até porque, esta se converteria em prejuízo para os autores, na medida em que dilargaria no tempo a decisão esperada. Se o dano moral se caracteriza pela lesão de um direito, com repercussão direta na órbita espiritual, o prejuízo é evidente, e surge à luz do próprio fato que deu ensejo ao dano.

Nessa linha de entendimento, rejeito a preliminar nos moldes como perseguida pela recorrente.

Circundantemente à preliminar de ilegitimidade ativa dos autores para figurar na relação processual em destreme, estou em que razão não assiste à empresa/apelante. Os autores não estão no pólo ativo da lide a representar o filho morto. Estão em razão dos danos morais por eles próprios experimentados contra a violência à honra de seu pranteado morto. Pouco importa fosse ele o bom moço que acreditam ser, ou até mesmo, o marginal que apregoam as notícias jornalísticas. O seu interesse processual, de conseguinte, é indubitoso. Adite-se, ademais, que os repertórios de jurisprudência, inclusive, das Cortes Superiores, estão repletos de decisões com condenações em danos morais em favor dos pais, cujos filhos foram vítimas em acidentes de trânsito ou em eventos outros. A notícia como veiculada ofendeu não só a pessoa do indigitado menor, mas, especialmente, as de seus genitores. Assim, estão eles legitimados para figurar no pólo ativo da demanda indenizatória.

Desacolho a preliminar assim articulada.

No mérito, melhor sorte não ampara à 1ª recorrente. Buscando eximir-se da responsabilidade que lhe toca na veiculação da notícia contida nos fólios do processado, a ré/apelante assevera que a página dos jornais não traz a imagem do menor, muito menos, qualquer imputação a este de ato desabonador. Labora ela em equívoco. Basta ver-se a página do diário do Nordeste à fl. 41 apostilada. Ali se disse que o menor era considerado um dos chefes da gangue da Favela Verdes Mares. O Jornal da Rua, a seu turno, (fl. 43), relata que “Dentinho” tinha larga experiência em assaltos e arrombamentos, e, por ser menor, pensava que podia ficar impune. Não se ignora que

ditas palavras são uma reprodução do que dissera o assassino do menor na Polícia, todavia, essa reprodução fere o direito de honra do morto, e traz constrangimento moral a seus genitores.

Pretender, agora, a apelante escusar-se de reparar o dano assim praticado, sob a alegativa de que os jornais nada mais fizeram do que veicular notícias e informações baseadas no interesse público de bem informar à população sobre a violência na cidade, não pode vingar como eximente dessa obrigação que os autores ora lhe cobram. A liberdade de imprensa, constitucionalmente assegurada, não pode chegar ao extremo de, em nome dessa permissibilidade de informar, vir a atingir a honra dos outros, e ficar imune à reparação do constrangimento moral causado a quem quer. Não há liberdade de imprensa para cometer abusos. O art. 5º, IX, da Carta Mãe, ao garantir a liberdade de imprensa, independentemente de censura, há de sofrer limitações quando se tem em jogo a honra, a intimidade e outros direitos fundamentais do homem. A empresa jornalística, como as pessoas jurídicas e naturais, também tem responsabilidade civil por seus atos, ainda que a pretexto de estar a divulgar notícias que lhe foram prestadas por outrem, como no caso, a Polícia, da qual a apelante diz haver obtido aquelas informações que seus matutinos levaram ao conhecimento público.

Sob essas premissas, inobscurecível resta que a empresa jornalística/apelante violou o direito de honra do menor morto, e com isto, ensejou a seus genitores iniludível constrangimento moral. A Lei de Imprensa não a exime de culpa por isto, tanto que, em seus arts. 51 e 52, especificamente prevê a estipulação de limites de ressarcimento de danos por veiculação de notícias, limites estes que, modernamente, não mais têm justificação, em face do acendrado entendimento pretoriano pacificado no sentido de que na fixação da verba indenizatória há o juiz de se ater ao critério do grau da culpa do ofensor, da capacidade econômico-financeira das partes, e da repercussão criada pelo dano no seio da sociedade.

Entendo que a indenização reconhecida foi correta, enquanto a douta regente do feito, para sua decretação, veio a se louvar nas regras do CC, e não nas da Lei de Imprensa.

Discordo, entretanto, do patamar a que esta chegara, o de cem (100) salários mínimos, inclusive, como se constata dos autos, em total dissonância com a doutra opinião do *Agente do Parquet* ali oficiante (fl. 82), a sugerir dita fixação, apenas, em cinquenta (50) salários mínimos, arrimando-se no entendimento reiterado do eg. STJ no particular. Assim, reduzo o valor da indenização multicitada em cinquenta (50) salários mínimos, para torná-la definitiva, com os acréscimos de lei, apurados em execução de sentença.

Com esse posicionamento, hei de improver o recurso adesivo dos autores, que profligaram pela elevação do *quantum* indenizatório para R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), valor eqüipolente a mais de mil salários mínimos na atualidade.

Do exposto, tomo conhecimento de ambos os recursos, dando parcial provimento ao do primeiro apelante, única e tão-só, para reduzir o valor indenizatório como acima apontado, mantida, no mais, a r. sentença revidenda, e improvendo o apelo dos segundos apelantes.

É como voto.

Fortaleza, 27 de novembro de 2002.

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

Nº PROCESSO: 2000.0015.8373-6/1

TIPO DO PROCESSO: APELAÇÃO CÍVEL

COMARCA: FORTALEZA

PARTES:

Apelante: ROCHELÂNIA MARIA ARAÚJO OLIVEIRA

Apelado: PORFÍRIO DIAS DA CONCEIÇÃO

RELATOR: DES. JOÃO DE DEUS BARROS BRINGEL

EMENTA – DESPEJO. DENÚNCIA VAZIA. CONTESTAÇÃO. AUSÊNCIA. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DOS FATOS ARTICULADOS PELO AUTOR. INTELIGÊNCIA DO ART. 285 DO CPC. AÇÃO PROCEDENTE PARA ORDENAR O DESPEJO RECLAMADO. APELO IMPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelação cível nº2000.0015.8373-6/1, de Fortaleza, em que são partes as acima indicadas.

ACORDA a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em julgamento de turma, à unanimidade, em conhecer do recurso, todavia, para lhe negar provimento, nos termos do voto do relator. Integra este o relatório lançado nos autos na forma regimental.

O apelo exhibe os requisitos intrínsecos e extrínsecos de sua admissibilidade, razão por dele conhecer, todavia, para lhe negar provimento, como demonstrado, passos adiante.

Consoante se extrai do relatório lido o pomo da discordância articulada pela apelante centra-se no fato de ser tempestiva sua resposta aos termos da ação de despejo por denúncia vazia que lhe fora proposta pela ora apelada, sem embargo de havê-la entregue, equivocadamente, em secretaria de Juízo diverso do processante.

Em tese, razão assistiria à apelante no particular. O egrégio STJ, em reiterados pronunciamentos de que se tem ciência, acolheu o entendimento de que a entrega do recurso ou da contestação, por equívoco, em vara diversa da origem, se no prazo, não pode redundar em prejuízo para a parte. Esta relatoria, em oportunidade outra, adotou similar entendimento. Ocorre que, na espécie decidenda não se cuida de mero equívoco de entrega numa vara ao invés de outra. A apelante fora demandada perante o Juízo da 6ª Vara Cível – Processo nº 2000.30902-5. Citada regularmente para os termos da ação precitada, desatenta ou equivocadamente, endereçou sua res-

posta ao Juízo da 25ª Vara Cível, e ao fazê-lo aludiu a feito tombado sob número diverso, ou seja, nº 2000.02.25794-7, quando o processo a que se atinha era o de nº 2000.02.30902-5. De conseguinte, sua falha entremostra-se evidente, não se podendo, por isso, repará-la mais, porquanto, a meu sentir, tem-se no caso erro grosseiro e não mero equívoco, sanável por força do entendimento empregado por aquela Corte Superior.

Adite-se, ainda, em subsídio ao argumento supradito, que no frontispício do AR alusivo à citação (fl. 14) há expressa referência ao Juízo da 6ª Vara Cível, bem como ao nº do processo, (2000.02.30902-5), sendo de salientar que a apelante nele apôs sua assinatura, circunstância que a dá como assenhoreada dos elementos dizentes com o Juízo processante e com o real número do processo respectivo, e torna de irremediável desvalor o argumento com que pretende ela desconstituir a decisão que lhe fora inexitosa, atribuído a mero equívoco a ausência de sua contestação no local e tempo certos.

Inexistindo, pois, juridicamente, a contestação pela parte/ré acerca dos fatos alegados pelo autor, presumem-se estes verdadeiros, a teor da norma ínsita no art. 285 do CPC. Tem-se, assim, embora de forma tácita, uma anuência dessa presunção, sujeitando-se, por isso, a demandada, aos efeitos da revelia, e oportunizando com seu atuar despreocupado e silente a decretação do despejo na forma postulada pela autora.

Dispensando-me de maior dilargação em torno da matéria, até porque ociosa, conheço, como já apregoado acima, do recurso manejado, todavia, para lhe negar provimento, a fim de que reste na sua inteireza a r. decisão hostilizada.

É como voto.

Fortaleza, 09 de outubro de 2002.

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

PROCESSO: 2000.0015.8844-4

TIPO DO PROCESSO: Apelação Cível.

COMARCA: Parambu

PARTES:

Recorrente – Juiz de Direito da Comarca de Parambu.

Recorrido – Tereza Vieira Torquato.

RELATORA: Des. Gizela Nunes da Costa

EMENTA: REMESSA OFICIAL – AÇÃO ORDINÁRIA – SERVIDORA PÚBLICA – EXONERAÇÃO – AUSÊNCIA DE CONTRADITÓRIO, AMPLA DEFESA E DEVIDO PROCESSO LEGAL – NECESSIDADE DE REINTEGRAÇÃO – RECURSO OFICIAL DESPROVIDO.

I- Tanto nos processos judiciais como nos administrativos faz-se imprescindível a oportunização de ampla defesa aos acusados (CF/1988, art. 5º, inc. LV), sob pena de mácula a todo o procedimento administrativo.

II- Imperiosa necessidade de se assegurar plenamente o direito fundamental do servidor de ampla e irrestrita defesa ainda quando não adquirida a estabilidade, sob pena de nulidade do ato administrativo.

III- A servidora prejudicada com a decisão do ente público deve ser, de imediato, reintegrada ao seu respectivo cargo.

IV- Recurso conhecido, mas desprovido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos.

ACORDA a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça

do Estado do Ceará, por julgamento de Turma, à unanimidade de votos, conhecer do recurso oficial, eis que presentes os seus requisitos de admissibilidade, para negar-lhe provimento, na forma do relatório e voto da relatora, em acórdão acima ementado.

Cuida-se de Ação Ordinária proposta por Tereza Vieira Torquato contra o Município de Parambu/CE, com o desiderato de reintegrar a autora no respectivo cargo público anteriormente ocupado.

Alega a autora que fora admitida nos quadros de funcionários do promovido desde 11.02.1976, na função de professora, para laborar de 7h às 11h, de segunda a sexta-feira, sendo que no dia 30 de outubro de 1998 teve seu contrato de trabalho encerrado unilateralmente e de forma injusta.

Sustenta que por ser trabalhadora estável no serviço público em decorrência do art. 19, da ADCT/88 não poderia ter sido demitida unilateralmente sem o devido processo administrativo. Formulou pedido de tutela antecipada.

Juntou documentos de fls. 07/12.

Deferiu-se a justiça gratuita e determinou-se a autenticação dos documentos anexos à inicial, vide fl. 13.

O município réu pugnou pelo indeferimento da tutela antecipada, vide fls. 16/17.

A tutela antecipada foi deferida às fls. 19/20, determinando-se a reintegração da requerente.

Peticionou-se ainda requerendo o cumprimento da medida de urgência.

Sentença constante às fls. 30/31, ratificando os termos da medida liminar.

Houve recurso oficial.

Sugeriu-se o retorno dos autos para que o *Parquet* oficiasse no feito, o que não ocorreu após a sentença, tendo sido proferido parecer de fls. 48/49, reconhecendo a regularidade do decreto sentencial.

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça às fls. 52/54, opinando pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

É o relatório em apertada síntese.

Preliminarmente, conheço da remessa oficial,

porquanto presentes os seus requisitos de admissibilidade.

Na espécie, houve frontal violação ao princípio constitucional da ampla defesa, do qual deriva a imperiosa necessidade do contraditório.

Em verdade, tanto nos processos judiciais como nos administrativos faz-se imprescindível a oportunidade de ampla defesa aos acusados (CF/1988, art. 5º, inc. LV), sob pena de mácula a todo o procedimento.

Significa, assim, que a todo acusado é conferida a possibilidade de trazer para o processo as provas necessárias e úteis para o esclarecimento da verdade.

Sobre o contraditório e a ampla defesa leciona o mestre HELY LOPES MEIRELLES, *in verbis*:

“Por ampla defesa, deve-se entender (...) a vista do processo, com a faculdade de resposta e de produção de provas contrárias à acusação. (...) O essencial é que se conceda ao acusado a oportunidade de ilidir a acusação, sem o quê a punição administrativa é nula, por afrontar uma garantia constitucional (...).” (in Direito administrativo brasileiro, 21a ed., atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, 1996, p. 396)

Demais disto, deve-se ressaltar que sequer houve processo administrativo para afastar a recorrida do cargo público a qual ocupava desde meados do ano de 1976, tendo assim se afrontado o mandamento constitucional do devido processo legal (due process of law), o qual possui guarida no art. 5º, inc. LV da CF/88.

O processo administrativo é imprescindível para que os acusados possam acompanhar desde o seu início os motivos que poderão os levar à perda do respectivo cargo, além de ser uma oportunidade para apresentar as defesas que se fizerem necessárias, dando-se assim eficácia ao postulado do contraditório e da ampla defesa.

Destarte, ainda que a recorrida não tivesse adquirido a estabilidade no serviço público, ou porque não tinham completado o período de estágio probatório ou porque não tinham se submetido à avaliação especial de desempenho, de caráter obrigatório, vide §4º do art. 41 da CF/88, ainda assim possuía o direito ao devido processo legal através do respectivo processo administrativo.

Nesta esteira, calha destacar o pronunciamento do Colendo Superior Tribunal de Justiça, *litterim*:

“RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. DELEGADO. ESTÁGIO PROBATÓRIO. EXONERAÇÃO. PROCESSO DISCIPLINAR. COMPETÊNCIA. RECURSO ADMINISTRATIVO. INTIMAÇÃO. AMPLA DEFESA”.

- Servidor em Estágio Probatório. Competência. Somente a imposição da pena de demissão é da competência exclusiva do Governador do Estado, que foi quem exonerou o servidor, ora recorrente.

- Para a demissão dos servidores instáveis bastará a sindicância, despida de maiores formalidades, desde que por ela se demonstre a falta ensejadora da pena demissória, assegurado, contudo, o direito à ampla defesa.

- No caso “sub examine”, restou configurado, no transcorrer do processo disciplinar, que o servidor apenado pôde exercer seu legítimo direito à ampla defesa. Por conseguinte, correta a decisão do Tribunal “a quo”, que entendeu ser dispensável sua presença na apreciação do recurso administrativo interposto, pois, para sua exoneração (não efetivação no cargo) bastava que a falta imputada fosse apurada em simples sindicância administrativa, sem maiores formalidades.

- Caracterizada, portanto, a motivação do ato demissório do servidor em estágio probatório.”

(STJ, ROMS 9493/RO, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, 5ª Turma, DJ de 05.10.1998) (destaques nossos)

A doutrina administrativista também não discrepa do entendimento *supra* explanado. É o que se pode colher dos valiosos ensinamentos da lavra de Cármen Lúcia Antunes Rocha, *ipsis litteris*:

“Cuidando-se de exoneração decorrente da comprovação de inabilitação para o cargo público, há de se objetivarem as razões que a ela conduzem e assegurar-se direito de ampla defesa ao servidor, pena de nulidade do ato de seu afastamento.”¹ (destaques não constantes do original)

Acresça-se ainda que tais imposições são derivadas das restritas hipóteses constitucionais de perda do cargo público (em caso de servidor público estável), *expressis verbis*:

“Art. 41.

§1º. O servidor público estável só perderá o cargo:

I – em virtude de sentença judicial transitada em julgado;

II – mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada a ampla defesa;

III – mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada a ampla defesa”.
(destaques nossos)

Destarte, resta confirmada a imperiosa necessidade de se assegurar plenamente o direito fundamental dos servidores de ampla e irrestrita defesa ainda quando não adquirida a

¹ In *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 238.

estabilidade, sob pena de nulidade do ato administrativo.

Por conseqüência, a servidora prejudicada com a decisão do ente público deve ser, de imediato, reintegrada ao seu respectivo cargo.

DIANTE DO EXPOSTO, nego provimento ao recurso oficial, mantendo intacta a decisão de primeiro grau.

É como voto.

Fortaleza, 13 de setembro de 2006.

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

Nº PROCESSO: 2000.0016.0756-2 (2001.01511-0)

TIPO DO PROCESSO: APELAÇÃO CÍVEL

COMARCA: FORTALEZA

PARTES:

Apelante: FINASA LEASING ARRENDAMENTO MERCANTIL S.A.

Apelada : JACQUELINE BRAGA E SILVA

RELATOR: DES. JOÃO DE DEUS BARROS BRINGEL

EMENTA – ARRENDAMENTO MERCANTIL. LEASING. MOEDA ESTRANGEIRA. PREVISÃO DE REAJUSTE DE PRESTAÇÕES PELA VARIAÇÃO CAMBIAL. INCOMPROVAÇÃO DA AQUISIÇÃO DE RECURSOS PELA ARRENDADORA NO EXTERIOR. IMPOSSIBILIDADE. CDC. APLICAÇÃO. SUBMISSÃO DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS ARRENDADORAS ÀS NORMAS DO CÓDIGO CONSUMERISTA. UTILIZAÇÃO DO INPC EM SUBSTITUIÇÃO À VARIAÇÃO CAMBIAL. AÇÃO REVISIONAL PROCEDENTE. APELO IMPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos

de apelação cível n.º 2000.0016.0756-2 (2001.01511-0), de Fortaleza, em que são partes as acima indicadas.

ACORDA a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em julgamento de turma, à unanimidade, em conhecer do recurso, todavia, para lhe negar provimento, nos termos do voto do relator. Integra este o relatório lançado nos autos na forma regimental.

Cabe, de início, analisar a incidência das normas de defesa rezadas no CDC ao contrato de arrendamento mercantil, cujo resultado dirá da submissão ou não das instituições financeiras às regras do diploma consumerista.

Contrato complexo que é, o **leasing** afigura-se uma simbiose de locação, de financiamento e de venda. Como locação e financiamento são conseqüências normais do instituto do arrendamento, e, por essa face constitui típica relação de consumo segundo a conceituação do CDC, onde o fornecedor passa a ser a instituição financeira que presta ao consumidor, pessoa física ou jurídica, aquele tipo de serviço, consistente na entrega a este de um serviço sob remuneração, condutas que se tipificam dentro da exata compreensão dos arts. 3º, § 2º, ambos daquele diploma.

Admitida, hoje, a tipificação do **leasing** como efetiva relação de consumo, claro resta que em torno dessa relação estão sujeitas as arrendadoras às normas do CDC, ainda que instituições financeiras, entendimento que pouco a pouco vai se consolidando na jurisprudência nacional, inclusive desta Corte, encontrando-se no Pretório Excelso o exame dessa conotação, cujo julgamento, há pouco iniciado, já contara com voto de procedência da tese da real submissão das instituições financeiras ao CDC.

No primeiro plano do exame que a questão suscita, não se há, pois, como negar a incidência das normas consumeristas às operações bancárias, das quais o **leasing** é modelo típico.

A priori, portanto, toda e qualquer cláusula contratual de avença celebrada entre fornecedor e consumidor que a este traga prejuízo passa a ser nula **pleno jure**, tornando-se a sua

revisão um consectário lógico para a recomposição do equilíbrio das partes na relação de consumo.

Sob essa ótica razão não socorre à apelante ao buscar eximir-se da obrigação de sujeitar-se à revisão litigada, sob color de um dogmatismo do princípio do ***pacta sunt servanda***, hoje, já sensivelmente mitigado, como expressão da autonomia da vontade, impotente para tornar imutável o que fora pactuado entre as partes, máxime, em relações de consumo.

O contrato entre as partes celebrado não refoge à teoria da imprevisão, quando se tem em mira acontecimento extraordinário e imprevisível, tal como na espécie examinada, consistente na abrupta variação cambial operada no País, quando a paridade entre o real e o dólar americano, sustentada por mais de cinco (5) anos da circulação daquele, fora profundamente alterada, com reflexos negativos na solução dos débitos contratados sob essa mesma variação cambial, como é o caso específico da operação noticiada nos autos. Conseqüência natural desse estado de coisas nada mais é do que a onerosidade que passou a imperar para o devedor na solução da dívida, criando-lhe óbices no resgate das prestações pactuadas. Tem-se, assim, uma cláusula iníqua, abusiva e ilegal, a teor do regramento consumerista, cuja revisão se torna imperativa, no viso de impedir, de um lado, o enriquecimento sem causa da arrendadora, e, de outra banda, o desvelado prejuízo em que restou mergulhado a arrendatária com essa mutação cambial.

Não se ignora que a apelada opcionou por esse plano de resgate de prestações, como não se ignora, também, que ao assim concretizar a operação não possuía o entendimento do risco habitual de uma reversão do quadro econômico nacional, e sequer podia prevê-lo ante a solidez da moeda nacional frente ao dólar americano, já por alguns anos, desde a inauguração do Plano Real. Nesse quadro, impossível à arrendatária continuar experimentando o prejuízo decorrente da falta de equiparação entre as moedas, passando a revisão contratual a ser a ***conditio sine qua*** da recomposição do equilíbrio contratual entre as partes, recolocando a arrendadora e a arrendatária em posições em que uma não extraia lucro fácil à conta do sacrifi-

cio da outra. Sob essas premissas razão não assiste à apelante ao contrapor-se ao pleito revisional.

Circundantemente ao emprego da variação cambial como fator de reajuste das prestações pactuada vale declarar que, hoje, resta pacificado na doutrina que a manutenção do contrato sob essa modalidade só se concretiza quando ficar evidenciado que a arrendadora adquirira no exterior os recursos para emprego no financiamento em testilha. Fora dessa cogitação, o caso é de revisão pura e simples do contrato. Aliás, a respeito, enfatiza a Lei nº 8.880, de 27.06.94, regente do instituto do arrendamento mercantil, “*ser nula de pleno direito a contratação de reajuste vinculado à variação cambial, exceto quando expressamente autorizado por lei federal e nos contratos de arrendamento mercantil celebrados entre pessoas residentes e domiciliadas no País, com base em captação de recursos provenientes do exterior.*” O efeito contrário dessa prescrição é a descaracterização da operação como de arrendamento mercantil.

Certo que se houvesse a comprovação pela apelante de que os recursos empregados na contratação discutida haviam sido obtidos no exterior, e o contrato rezasse disposição expressa que demonstrasse à contratante essa afirmação, forçoso seria admitir-se a intangibilidade do conteúdo contratual. Ocorre que a apelante ficou devendo ao processo essa comprovação, daí porque jurídica se torna a utilização dada pelo julgador primário do INPC como corretivo legal para as prestações vencidas e vincendas do contrato examinado.

Nesse entendimento, a meu aviso, a decisão singular hostilizada está a imerecer reparo. E, com base nela, e ainda, por presentes os requisitos intrínsecos e extrínsecos da admissibilidade recursal, conheço do apelo, todavia, para improvê-lo, a fim de que reste na sua imutabilidade a r. decisão atacada.

É como voto.

Fortaleza, 11 de setembro de 2002.

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

Nº PROCESSO: 2000.0016.2532-3 (2001.03339-0)

TIPO DO PROCESSO: APELAÇÃO CÍVEL.

COMARCA: FORTALEZA.

PARTES:

Apelante : JOSÉ JÚLIO BRAGA SILVA

Apelado: ESPÓLIO DE MARIA ELITA PALMEIRA PINHEIRO

INVENTARIANTE: LÍLIA PALMEIRA PINHEIRO

RELATOR: DES. JOÃO DE DEUS BARROS BRINGEL.

**EMENTA – EMBARGOS DO DEVEDOR. EXECUÇÃO. COBRANÇA DE ALUGUÉIS. FIANÇA. MORTE DA FIADORA. OBRIGAÇÃO PERSONALÍSSIMA. SOBREVINDO A MORTE DA FIADORA, CESSA A GARANTIA DADA NA FIANÇA, A PARTIR DESSA DATA. DÉBITO CONSTITUÍDO APÓS A MORTE DA FIADORA. HERDEIROS. A RESPONSABILIDADE SE LIMITA AO TEMPO DECORRIDO ATÉ A MORTE DO FIADOR. SENTENÇA CONFIRMADA.
APELO IMPROVIDO.**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelação cível n.º 2000.0016.2532-3 (2001.03339-0), de Fortaleza, em que são partes as acima indicadas, integrando a presente decisão, o Relatório lançado nos autos, na forma regimental.

ACORDA a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em julgamento de turma, à unanimidade, em conhecer do recurso, todavia, para negar-lhe provimento, nos termos do voto do relator.

Não merece reparos a doutra sentença recorrida.

Do percuciente exame dos autos, colhe-se que o recorrente – *José Júlio Braga Silva* interpôs ação de execução

de cobrança de aluguéis de março, abril e maio de 1997, pela dívida de *Eveline Teles do Nascimento*, afiançada no contrato de locação por *Maria Elita Palmeira Pinheiro* – executada, falecida em 05.01.1995, tratando-se, portanto, de dívida constituída após sua morte.

Consabido resta, que a fiança trata-se de uma obrigação de fidejussão, de confiança, sendo, portanto, uma obrigação personalíssima, e como tal, extingue-se, automaticamente, com a morte do fiador, limitando-se a responsabilidade dos herdeiros à data da morte do fiador.

Nesse sentido:

“Locação – Fiança – Garantia intuito personae fundada na confiança. Extinção pela morte do afiançado ainda que o contrato tenha estipulado ser a responsabilidade solidária do fiador persistente até a entrega das chaves” (2ª TACSP – Ap. 292.343-0/00 – 8ª c – Rel. Juiz Renzo Leonardi – j. 23.05.1991; RT 675/150).

Por outro lado, conforme o art. 1.501 do Código Civil Brasileiro, a obrigação da fiança tem seu limite na data da morte do fiador.

“Art. 1.501 – A obrigação do fiador passa-lhe aos herdeiros; mas a responsabilidade da fiança se limita ao tempo decorrido até a morte do fiador, e não pode ultrapassar as forças da herança”.

No caso dos autos, tem-se que a dívida foi constituída após a morte da fiadora, não tendo, assim, seus herdeiros, qualquer responsabilidade com a mesma, posto que a apontada garantia, cessar a partir da ocorrência daquele fato.

Nesse sentido, é a jurisprudência predominante nos nossos tribunais:

“Embargos à Execução. Locação. Cobrança de

alugueres. Fiador. Morte. Obrigação de herdeiros. Limitação. Débitos anteriores. Inexistência. Inadmissibilidade. Embargos à execução por débito locatício. Falecimento do fiador. A obrigação do fiador passa-se aos herdeiros, mas a responsabilidade da fiança se limita ao tempo decorrido até a morte do fiador. Inexistindo débito locatício à época do falecimento do fiador, é incabível a cobrança de alugueres de seu espólio por débito posterior ao óbito. Apelo não provido” (CPA-TJRJ-AC 667/98 – Reg. 230698 – Cód. 98.001.00667-RJ-16ª C.Cív. – Relª Juíza Maria Collares Felipe – j. 26.05.1998).

Do exposto, conheço do recurso, todavia, para negar-lhe provimento, com a conseqüente confirmação da sentença recorrida.

É como voto.

Fortaleza, 13 de novembro de 2002.

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

Apelações Cíveis nº. 2000.0118.1923-6/1 e 2000.0121.8353-0/1

Apelante: Estado do Ceará e Ministério Público do Estado

Apelado: Francisco Ismael Capibaribe C. Sousa

Relator: Desembargador Ademar Mendes Bezerra

EMENTA - CONCURSO PÚBLICO PARA INGRESSO NA CARREIRA DO MINISTÉRIO PÚBLICO CEARENSE. QUEBRA DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E DA ISONOMIA. AFERIÇÃO PELO JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE.

-O concurso público deve observar todos os princípios constitucionais atinentes à Administração Pública e mais os específicos de qualquer certame, mormente os pertinentes à legalidade, publicidade, moralidade, eficiência, julgamento objetivo e da isonomia, este em todas as suas manifestações.

-O entendimento do Superior Tribunal de Justiça, quanto à impossibilidade de apreciação, pelo Poder Judiciário, dos critérios de correção e atribuição de provas não é olvidado no presente caso, uma vez que não impede o exame da legalidade ou inconstitucionalidade dos mecanismos utilizados pela banca examinadora.

-Dessa forma, impor tratamento desarmônico no presente caso seria negar, recusar ou mesmo afrontar os princípios norteadores de qualquer País que se baseie no estado democrático de direito.

-Recursos conhecidos, mas improvidos.

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos das apelações n.º 2000.0118.1923-6/1 e 2000.0121.8353-0/1 em que figuram as partes acima indicadas.

Acorda a 2ª Câmara Civil do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, conhecer e negar provimento aos recursos.

Fortaleza, 22 de fevereiro de 2006.

VOTO

Cuidam os presentes autos de duas apelações cíveis em face de decisão do juiz da 4ª Vara da Fazenda Pública que julgou procedente ação ordinária declaratória cumulada com

pleito de revisão de provas, garantindo ao apelado êxito em prova escrita no Concurso Público promovido para preenchimento do cargo de Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado. Igualmente foi julgada ação cautelar acessória àquela em que se assegurou sua participação nas fases seguintes do concurso, bem como acesso a suas provas.

Quanto à principal, temos que na exordial de fls. 02/41, o autor narra, em síntese, que logrou êxito na primeira fase do certame consistente na realização de provas objetivas. Ocorre que, na fase seguinte, atingiu pontuação total de 10,3 quando o mínimo para aprovação seria 10,0, entretanto, não atingiu o perfil mínimo de 4,0 exigido para cada uma das duas provas, pois sua nota foi 3,9, evidenciando que o candidato ficou por apenas um décimo da pontuação mínima parcial, embora tenha atingido a pontuação 6,4 na outra (Civil e Processual Civil). Insurge-se principalmente com a questão de Processo Penal, na qual, em um total de 5 pontos, atribuíram-lhe apenas 2,5 pontos, pois argumenta que a correção foi viciada, por ofensa aos princípios da isonomia e da razoabilidade, já que atribuiu nota inferior àquela dada a outro candidato que apresentou resposta similar. Também não se conforma com a nota atribuída à questão de Direito Constitucional.

A participação do candidato nas fases seguintes foi assegurada pelo processo cautelar autônomo.

Impugnou administrativamente a correção, sendo, porém, indeferido seu pleito, razão pela qual bateu às portas do Judiciário.

Juntou os documentos de fls. 42/99.

O Estado do Ceará apresentou resposta em forma de contestação às fls. 109/115, oportunidade em que argüiu, em suma, a impossibilidade de o Judiciário se imiscuir no mérito da correção da prova de concurso público.

Réplica às fls. 119/128.

Pela peça de fls.139/144, o autor juntou dois pareceres de reconhecidos professores locais sobre as questões de Direito Constitucional e Processo Penal, quais sejam, Professores Valmir Pontes Filho e Antônio Cerqueira.

O Estado do Ceará se manifestou sobre os documentos às fls. 187/194.

Parecer do MP de primeiro grau às fls.199/208, opinando pela prejudicialidade da causa, tendo em vista seu ajuizamento posterior aos trinta dias que seguiram ao deferimento da liminar no feito cautelar.

Pela sentença de fls.210/220, como adiantado, o MM. Juiz de primeiro grau julgou procedente a ação sob fundamento de ofensa à legalidade e razoabilidade por se haver atribuído nota aquém àquela concedida ao paradigma que apresentou resposta similar.

Recurso do Estado às fls. 224/242, oportunidade em que alegou duas preliminares: a) perda da eficácia da medida cautelar; b) impossibilidade jurídica do pedido, dada a alegação de ser vedado ao Judiciário analisar a matéria deduzida em juízo. No mérito, reiterou a linha argumentativa até então expendida.

Pela peça de fl. 241, o autor manifestou desinteresse em apresentar contra-razões.

A douta Procuradoria Geral de Justiça lançou parecer de fls. 258/260 pelo improvimento do recurso.

É o relatório da principal. Passemos à cautelar.

Em sua exordial de fls. 02/11, o autor narra, em síntese, que logrou êxito na primeira fase do certame, consistente na realização de provas objetivas. Ocorre que, na fase seguinte, atingiu pontuação inferior à necessária, ou seja, embora tenha atingido o somatório acima do necessário para as duas provas da segunda fase, na primeira prova (constitucional, penal e processo penal) obteve nota 3,9 enquanto o mínimo era 4,0.

Aduz ter impugnado administrativamente a correção, cujo indeferimento se deu desmotivadamente, razão pela qual bateu às portas do Judiciário a fim de garantir o bem da vida que entende cabível.

Juntou os documentos de fls. 12/26, dentre os quais se destaca documento do Exmo. Sr. Procurador Presidente do Concurso certificando que a empresa responsável pelo Concurso (ESAF) não enviou para seu conhecimento os motivos do indeferimento do recurso administrativo.

O pedido liminar foi deferido às fls. 29/31.

O Estado do Ceará apresentou resposta em forma de contestação às fls. 33/41, oportunidade em que arguiu, também, a impossibilidade de o Judiciário se imiscuir no mérito da correção da prova de concurso público.

Pelo parecer de fl. 96v, o Ministério Público requereu informação da Secretaria da Vara acerca do ajuizamento da ação principal, o que foi atendido à fl. 98, dando conta que não fora ajuizada nos trinta dias posteriores à concessão da liminar.

À fl. 99, o autor informou que não caberia contagem do mencionado trintídio legal, porque a liminar não foi integralmente cumprida.

Pela sentença de fls. 101/105, como adiantado, o juiz de primeiro grau rejeitou a preliminar de carência de ação, pois considerou que o ajuizamento intempestivo da principal acarretaria, quando muito, a perda da eficácia da liminar, o que não seria o caso, porque a mesma não fora cumprida integralmente. No mérito, julgou procedente a demanda.

Recurso do Estado às fls. 108/114 e do MP às fls. 125/140.

Contra-razões fls. 116/123 e 143/147.

A douta Procuradoria Geral de Justiça lançou parecer de fls. 157/159 pelo improvimento dos recursos.

É o relatório.

Quanto à primeira preliminar da ação principal, referente à impossibilidade jurídica do pedido, temos que não mais persiste o entendimento de que ao Judiciário estaria absolutamente vedado de se manifestar acerca de correção de prova de concurso público. Com efeito, havendo ofensa aos ditames constitucionais e em especial à razoabilidade e à isonomia, não só pode como deve o Judiciário corrigir o vício. Hoje não mais se nega que os princípios constitucionais sejam normas plenamente vinculantes, servindo, sem sombra de dúvidas, como critério de aferição da licitude dos atos do Poder Público.

Nesse sentido, há lúcida lição da culta Professora Germana Moraes, já clássica sobre o assunto:

“A insindicabilidade judicial da substância dos critérios, em si, de correção dos exames e da justeza das notas, não exclui a verificação pelo Poder Judiciário da observância dos princípios constitucionais da Administração Pública. Além de vícios de ilegalidade, como, por exemplo, quando a questão formulada na prova se afasta do conteúdo das matérias relacionadas no Regulamento do concurso, é possível a existência de vícios de inconstitucionalidade, questionável em juízo, v.g., a desatenção ao princípio da publicidade, a falta de fundamentos do ato de correção; o desacato ao princípio da igualdade, por causa da utilização de critérios, no caso concreto, de critérios diferenciados de correção para os candidatos; a preterição do princípio da razoabilidade, evidenciado pela desconsideração das respostas dos exames que deveriam ter sido levadas em conta; ou do princípio da proporcionalidade, em virtude de atribuição de nota zero, quando, à evidência, a resposta, de acordo com as normas pedagógicas, seria merecedora de maior pontuação”.

Destaque-se que esta colenda Segunda Câmara assentou entendimento acerca da possibilidade do controle de razoabilidade e proporcionalidade dos critérios de correção das provas de candidatos. Refiro-me ao processo n. 2005.0014.3990-3, relatado pela eminente Desa. Gizela Nunes da Costa, em cuja ementa se lê:

“REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO – CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTO – ORDINÁRIA DE ANULAÇÃO DE QUESTÕES – CONCURSO PÚBLICO – CONTROLE JURISDICIONAL – POSSIBILIDADE – AFRONTA À RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – RECURSOS CONHE-

CIDOS, MAS DESPROVIDOS.

I – Já se superou, nas Augustas Cortes de Justiça deste país, o entendimento de que estaria vedado ao Judiciário controlar atos da administração quando estes fossem oriundos da realização de concursos públicos.

II – Conclui-se que a questão formulada pela Banca Examinadora estava passível de diferentes respostas, mesmo porque entre os próprios Ministros do Colendo Superior Tribunal de Justiça afloraram-se diversos posicionamentos sobre o assunto, o que foi efetivamente comprovado pela autora e não contestado pelo apelante.

III - Nesses casos em que o candidato, em resposta de cunho subjetivo, expõe resposta que não coadune com uma determinada linha doutrinária, mas que encontre amparo em outros autores renomados, é dever da Banca Examinadora considerar o posicionamento defendido pelo candidato, sob pena de afronta aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

IV - A matéria discutida na medida cautelar de exibição de documento foi extremamente relevante para resguardar o alcance do objeto perseguido nesta ação, daí sua inevitável procedência.

V – Recurso conhecido, mas desprovido”.

Diante do exposto, resta evidente que é perfeitamente possível o pedido para que o Judiciário analise a razoabilidade e a proporcionalidade da correção outorgada às respostas do candidato em concurso público, razão pela qual rejeito a preliminar argüida.

Quanto à preliminar de que a medida cautelar teria perdido sua razão de ser em face do ajuizamento da principal

após o trintídio legal, temos pacificado no Superior Tribunal de Justiça que o desrespeito a tal prazo acarreta simplesmente a perda da eficácia de medida liminar, jamais a extinção do processo cautelar como um todo:

“Processual civil. Medida cautelar. Liminar. Efeitos. Perda. Ação principal. Não ajuizamento no prazo. C.P.C., art. 806.

I - A extemporaneidade no ajuizamento da ação principal não acarreta a extinção do processo cautelar, mas sim a perda da eficácia da liminar concedida. Precedentes.

II - Agravo regimental desprovido”.

(AgRg no REsp 556605 / CE ; AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2003/0066867-9 Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO T3 - TERCEIRA TURMADJ 25.02.2004 p. 176)

* * *

“Processual civil. Medida cautelar. Liminar. Efeitos. Perda. Ação principal. Não ajuizamento no prazo. C.P.C., art. 806.

I - Interpretando o artigo 806 do CPC, a Eg. Segunda Seção do STJ firmou orientação no sentido de que o prazo de trinta dias para o ajuizamento da ação principal é contado a partir da data da efetivação da medida liminar e não da sua ciência ao requerente da cautelar.

II - A extemporaneidade no ajuizamento da ação principal não acarreta a extinção do processo cautelar, mas sim a perda da eficácia da liminar concedida.

III - Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

(REsp 327380 / RS ; RECURSO ESPECIAL 2001/0067052-3 Relator(a) Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (280) Órgão Julgador S2 -

SEGUNDA SEÇÃO Data do Julgamento 22/05/2002; Data da Publicação/Fonte; DJ 04.05.2005 p. 153)”

Ademais, como muito bem destacado pelo juiz de primeiro grau, na hipótese em destaque, sequer foi dado integral cumprimento à liminar, daí não se poder falar em sua efetivação, a qual, nos termos do CPC, faria irromper a contagem do prazo.

Portanto, também rejeito essa segunda preliminar.

Quanto ao mérito, entendo não merecer reparos a decisão **a quo**.

O concurso público deve observar a todos os princípios constitucionais atinentes à Administração Pública e mais os específicos de qualquer certame, mormente da legalidade, publicidade, moralidade, eficiência, julgamento objetivo e da isonomia, este em todas as suas manifestações. A violação de quaisquer deles, como evidenciado acima, autoriza a intervenção jurisdicional para sanar o vício.

Conforme ensina o notável Hely Lopes Meirelles, “**a natureza da administração pública é a de um múnus público para quem a exerce, isto é, a de um encargo de defesa, conservação e aprimoramento dos bens, serviços e interesses da coletividade. Como tal, impõe-se ao administrador público a obrigação de cumprir fielmente os preceitos do direito e da moral administrativa que regem a sua atuação. Ao ser investido em função ou cargo público, todo agente do poder assume para com a coletividade o compromisso de bem servi-la, porque outro não é o desejo do povo, como legítimo destinatário dos bens, serviços e interesses administrados pelo Estado**” (Direito Administrativo Brasileiro, 25ª Ed., Malheiros, pág. 80).

Esse é o padrão, a forma pela qual se deve conceber todo ato administrativo, devendo segui-lo a administração em geral. Portanto, é possível se fazer, in casu, uma análise da correção expendida às respostas do autor/apelado em cotejo com os mencionados princípios constitucionais.

No caso em exame, destaca-se a correção levada a efeito quanto à questão de Direito Processual Penal, cujo enunciado é o seguinte:

“X foi denunciado como incurso no art. 1º, I, da Lei 8.176/91, porque teria distribuído gás natural em desacordo com as normas legais. Condenado em primeiro grau de jurisdição à pena de 1 ano e 4 meses de detenção, apelou, sustentando em síntese: a) a atipicidade do ato e b) ser o caso de exclusão de culpabilidade, por erro de proibição escusável.

O apelo, em votação unânime, foi conhecido e provido pelo Tribunal, para o fim de absolver X, tendo constado da ementa apenas o fundamento acatado, isto é, a atipicidade da conduta. Certo é que, quando do julgamento, a tese da atipicidade foi adotada por dois julgadores que compuseram a Turma julgadora, os quais não examinaram a tese do erro de proibição, a qual contudo serviu de fundamento para o terceiro dos integrantes da Turma. De qualquer forma, a absolvição, repita-se, foi decretada por unanimidade de votos.

Inconformado, o Ministério Público interpôs recurso especial, objetivando restabelecer a sentença condenatória, sob o argumento de que o fato, evidentemente, é típico.

Pergunta-se: tendo em vista a teoria da asserção, o Superior Tribunal de Justiça deveria: a) examinar apenas a questão submetida ao pré-questionamento, podendo, inclusive, restabelecer a sentença singular condenatória, considerando o fato típico?; b) examinar, por força do efeito devolutivo do recurso especial, considerando, sob o enfoque da profundidade, também a questão excludente de culpabilidade (fundamento de um dos votos constantes do acórdão recorrido), podendo restabelecer a sentença singular condenatória, sob o entendimento de que o fato é típico e culpável? ou c) uma vez reconhecida a tipicidade do fato, anular o acórdão recorrido, determinando a baixa dos autos ao tribunal local para apreciar a tese da excludente da culpabilidade? Justifique”.

Segundo a opinião do professor que elaborou o pa-

recer juntado pelo autor, dita questão se refere a um caso real, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, cuja ementa foi a seguinte:

“PROCESSUAL – QUESTÃO PREJUDICADA NO TRIBUNAL DE ORIGEM – AFASTAMENTO DA PREJUDICIAL – RETORNO DOS AUTOS.

Situação em que o Tribunal a quo examinou somente um dos temas versados na apelação, desprezando os demais, por entendê-los prejudicados. Se o Tribunal ad quem afastou a questão prejudicial, os autos devem retornar à Corte de origem, para exame daquelas remanescentes.

(REsp 215393 / SP ; EMBARGOS DE DIVERGENCIA NO RECURSO ESPECIAL 2000/0022282-8 Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROSDJ 29.10.2001 p. 176)

Diante disso, a resposta correta seria o item “C”. Mesmo indicando esse item, o autor/apelado não recebeu a pontuação integral, em razão de sua fundamentação, que foi a seguinte:

“Devemos observar primeiramente que o MP atuou corretamente quando da interposição do recurso especial haja vista que está de acordo com o que determina a C.F. no seu art. 105, inciso III, assim sendo devemos então passar a observar qual deve ser o melhor posicionamento para o Superior Tribunal de Justiça, em relação a primeira indicação contida na letra (a) examinar apenas a questão submetida ao pré-questionamento, podendo, inclusive, restabelecer a sentença singular condenatória, considerando o fato típico. Entendemos que esta não é a solução adequada, haja vista que se assim

fosse decidido ficaríamos sem uma resposta por parte do STJ em relação ao argumento relativo ao erro de proibição escusável, a exemplo do que ocorreu em relação ao Tribunal de Justiça que não se manifestou a respeito.

Já em relação a situação encontrada no item (b), entendemos também não ser a solução mais adequada, haja vista que, como falamos anteriormente, o Tribunal de Justiça acabou por não se pronunciar a respeito do erro de proibição escusável, assim sendo a matéria estaria sendo submetida diretamente ao STJ, teríamos então suprimido instâncias o que não é adequado para o ordenamento jurídico brasileiro que consagrou na CF no seu art. 5º LV – que ‘aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ele atinentes. Assim sendo fica claro que a recursividade é um princípio constitucional, suprimir instâncias parece que fica clara que seria ferir o preceito constitucional.

Assim sendo entendemos que o posicionamento mais adequado para o STJ seria o que está determinado na letra C, ou seja, uma vez reconhecida a tipicidade do fato, anular o acórdão recorrido, determinando a baixa dos autos ao Tribunal local para apreciar a tese da excludente da culpabilidade, assim procedendo o STJ caberia agora ao Tribunal de Justiça efetivamente se manifestar sobre a excludente, para que assim não fossem suprimidas instâncias recursais, haja vista que o princípio constitucional da recursividade é um dos alicerces do nosso direito processual”.

Ora, tal resposta não apresenta maiores divergênci-

as daquela dada pelo paradigma, tanto que mencionado professor que ofertou parecer foi incisivo em afirmar: “inaceitável, ofensivo mesmo à razoabilidade e equidade, face o rico elenco de razões fáticas e jurídicas a seguir expendidas, seria manter a nota cometida ao consulente [autor], porque legitimaria odiosa injustiça”.

Vejamos a resposta do paradigma:

“O posicionamento do STJ deve ser no sentido de uma vez reconhecida a tipicidade do fato, anular o acórdão recorrido, determinando a baixa dos autos ao Tribunal local para apreciar a tese de excludente da culpabilidade.

Em verdade o membro do Ministério Público não poderia, contra o acórdão de 2º instância interpor embargos de declaração, visto que não havia naquele qualquer omissão a ser sanada, pois a tese da atipicidade do fato adotada impossibilitou o conhecimento, por parte dos julgadores que acolheram da segunda tese, qual seja a excludente da culpabilidade, pois só há sentido em se falar em culpabilidade, pois o crime, que é fato típico e antijurídico, não se configura e, se não há crime não culpado.

Já o STJ, como Corte Especial, também não poderia, reconhecendo a tipicidade do fato, emitir julgamento sobre a culpabilidade do agente, uma vez que a questão não foi apreciada pela instância recorrida, sob pena de se caracterizar uma supressão de instância.

Logo, o único posicionamento permitido ao Superior Tribunal de Justiça é a anulação do acórdão recorrido, pelo provimento do recurso especial interposto pelo Ministério Público determinando, ainda, a devolução dos autos à instância inferior para que a mesma, por seus membros, excluída a tese de atipicidade do fato julgada em última instância aprecie a segunda tese, que é a da excludente de culpabilidade.

Adotar qualquer dos outros posicionamentos expressos no enunciado da questão implica em indevida supressão de instância, e, mais grave, se acatado o entendimento constante na letra (a), implica no conhecimento pela instância ad quem

apenas da tese de atipicidade do fato, em não conhecimento pelos órgãos recursais das razões de irresignação do réu, delimitando-se indubitável cerceamento de defesa.

Pelo exposto, a linha adotada pelo STJ deve ser a constante da letra C do enunciado da questão”.

Como se vê, resta incontestado nos autos que o outro candidato recebeu 3,0 pontos por resposta similar à apresentada pelo autor/apelado, sendo que ambas trazem em seu bojo o essencial da resposta como muito bem exposto por Ada Pelegrine em artigo de revista cujo objeto é exatamente a questão em análise (fl.65 dos autos).

Com efeito, ao afastar a tese da atipicidade, o STJ realmente não poderia passar a apreciar a tese da exclusão da culpabilidade. Essa matéria, considerando todo o exposto nos tópicos precedentes, não pode se considerar abrangida pelo efeito devolutivo do recurso especial. Como visto, não se aplicam a essa modalidade de impugnação as regras gerais contidas nos parágrafos do art.515 do CPC (aqui em tese pertinentes, porque contêm princípios da teoria geral dos recursos). Somente ficam devolvidas ao conhecimento do Superior Tribunal de Justiça as questões decididas pelo acórdão recorrido porque, do contrário, seria preciso desconsiderar a exigência do pré-questionamento. E, não tendo o acórdão regional apreciado a questão do erro escusável de proibição (excludente de culpabilidade), não poderia essa mesma questão considerar-se inscrita no efeito devolutivo do recurso especial, não podendo mesmo ser tratada pela Corte Superior”.

Não se pode, portanto, permitir esse tratamento indiscutivelmente despropositado e malferidor dos mais basilares princípios constitucionais, assentado, inclusive, pelo laudo pericial, mesmo porque o autor ficou a um décimo, na prova parcial, para atingir a média. Desde o alvorecer do pensamento filosófico ocidental, vincula-se a própria concepção de justiça à idéia de igualdade e isonomia. Daí porque o Judiciário não pode permanecer silente diante dessa verdadeira injustiça.

Celso Antônio Bandeira de Melo em livro específico sobre o assunto (O conteúdo jurídico do princípio da Igualdade.

São Paulo: Malheiros, 3ª. Edição, 5ª. Tiragem, 1998, p.45) escreve com pena de ouro ao afirmar que “a isonomia se consagra como o maior dos princípios garantidores dos direitos individuais”. Germana Moraes é mais uma vez muito feliz (ob.cit. p. 143) ao afirmar que “plasmou-se nos domínios jurisprudencial e doutrinário o entendimento de que há arbitrariedade quando as diferenciações de tratamento não assentam em qualquer justificação razoável”.

É certo que a **ratio essendi** de um concurso público é mesmo diferenciar, ou seja, procurar separar aqueles que estão aptos daqueles que não o estão a exercer a função pública, contudo não pode desigualar mediante notas distintas dois candidatos que apresentaram respostas convergentes.

Ademais, cumpre destacar que no precedente desta colenda Segunda Câmara, que seguiu voto condutor da preclara Desa. Gizela Nunes da Costa, ficou demonstrado que o Judiciário deve considerar nula correção que desconsiderou uma das duas respostas possíveis a uma questão, razão pela qual há maior motivo no presente caso, porque o candidato chegou à conclusão querida pela banca.

Assim sendo, se me apresenta claramente viciada, por ofensiva aos princípios da razoabilidade, da isonomia e da legalidade, a pontuação dada ao candidato na questão de direito processual penal, o que já seria suficiente para fazê-lo lograr êxito no certame público.

Outro ponto que merece destaque, e que me chamou bastante atenção, diz respeito à visível quebra, pela banca examinadora, dos princípios da legalidade e razoabilidade na questão de Direito Constitucional. Nesse ponto, o Juiz de 1º grau analisou com muita acuidade a problemática. Anotou ele que a banca examinadora, desarrazoada e arbitrariamente, atribuiu ao candidato três (03) falhas capazes de diminuir-lhe a nota. As falhas teriam sido: DPP (desconhecimento parcial da problemática), FPT (fuga parcial do tema) e DI (desenvolvimento incompleto). Pela leitura da prova (v. doc. de fl. 71), também estou convencido que o candidato realmente não poderia ter cometido tais falhas, exatamente porque, nas linhas em que a banca lhe

atribui tamanhos deslizes, o candidato mal iniciava a introdução de sua dissertação e, portanto, ainda não adentrara no capítulo do desenvolvimento daquela questão. Como então falar, naquele instante, em “desconhecimento parcial da problemática”, “fuga parcial do tema” e “desenvolvimento incompleto”. Considerando que aludidos critérios eram critérios editalícios e legais de correção da prova, tendo a banca examinadora lançado mão deles desarrazoada e arbitrariamente, não tenho dúvida que ela assim agiu no sintomático propósito de justificar a diminuição da nota do candidato em um décimo ($1/10^0$), aquém do mínimo necessário à sua classificação. E como certamente assim o fez, tem razão o Juiz de 1º grau quando sustenta que a banca examinadora extrapolou dos limites de sua discricionariedade, para agir com verdadeira arbitrariedade, portanto ilegalmente. Note-se que a nota atribuída ao candidato, repita-se, foi 3.90, quando lhe bastava nota 4.0 para conquistar a aprovação. As falhas apontadas pela banca ao candidato, falhas definitivamente não cometidas, pelo menos naquela fase da dissertação, determinaram sua reprovação por apenas um décimo, ainda que se pudesse desprezar, **ad argumentandum**, tudo que já foi exposto em relação à quebra dos princípios da isonomia, razoabilidade e legalidade em relação à questão de direito penal.

Por tais razões, conheço dos recursos, por estarem presentes seus pressupostos intrínsecos e extrínsecos, mas nego-lhes provimento, mantendo inalterada as decisões de primeiro grau em ambos os processos.

É como voto.

Fortaleza, 22 de fevereiro de 2006.

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

**Nº 2000.0128.6813-3/1 – APELAÇÃO CÍVEL DE FORTALEZA
APELANTE: HAPVIDA – ASSISTÊNCIA MÉDICA LTDA
APELADOS: RAIMUNDO DELBÃO MARTINS RODRIGUES
NETO E MARIA HERCÍLIA RODRIGUES DE MORAIS REGO
RELATOR: DES. JOSÉ CLÁUDIO NOGUEIRA CARNEIRO.**

EMENTA:

**APELAÇÃO CIVIL. PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA DE COBERTURA POR NÃO ESTAR ESGOTADO O PRAZO DE CARÊNCIA NECESSÁRIO ÀS INTERVENÇÕES CIRÚRGICAS. PROVA DOCUMENTAL E TESTEMUNHAL INDICANDO URGÊNCIA NA EXECUÇÃO DE PROCEDIMENTOS CIRÚRGICOS NO PACIENTE. APLICAÇÃO DO ART. 12, V, C, DA LEI Nº 9.656/98. DANOS MATERIAIS E MORAIS. CONFIGURAÇÃO DO ATO ILÍCITO. NECESSIDADE DE INDENIZAÇÃO. INTELIGÊNCIA DO ART. 5º, X, DA CF/88 COMBINADO COM OS ARTS. 927 E 186 DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO.
APELAÇÃO CONHECIDA E IMPROVIDA.**

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível nº 2000.0128.6813-3/1, de Fortaleza, em que são partes as acima mencionadas.

ACORDA a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, conhecer da apelação, mas para negar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator.

Hapvida – Assistência Médica Ltda interpôs recurso de apelação cível em face de Raimundo Delbão Martins Rodrigues Neto e Maria Hercília Rodrigues de Moraes Rego objetivando a reforma total da sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 28ª Vara Cível desta Capital, que condenou a promovida ao ressarcimento das despesas médicas comprovadas no processo, no importe de R\$ 17.302,06 (dezesete mil, tre-

zentos e dois reais e seis centavos), bem como arbitrou os danos morais sofridos pelo autor na quantia de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais), devidamente atualizados a partir da citação, com base nos índices do INPC e acrescidos de juros legais de 6% ao ano, custas judiciais e honorários advocatícios equivalentes a vinte por cento do valor da condenação.

A recorrente sustenta, nas razões apelatórias de fls. 283/310, que a sentença **a quo** deve ser reformada, posto que o primeiro apelante contratou os seus serviços de assistência médica e hospitalar no dia 1º/10/2002 e, no dia 02/03/2003, se dirigiu ao Hospital Antônio Prudente, em função do aparecimento de um tumor localizado na região escrotal e que necessitava de atendimento de urgência, sem, contudo, haver ultrapassado o período de carência de cento e oitenta dias para a realização de procedimentos cirúrgicos, posto que a contratação tinha sido efetivada há apenas cinco meses e um dia. Reputa que a negativa de cobertura dos procedimentos médico-hospitalares não se baseou em cláusulas restritivas e excludentes e que os custos relativos ao atendimento hospitalar, **in casu**, não podem ser suportados pelo plano de saúde apelante.

Alega que as cláusulas da apólice contratada entre as partes delimitam o risco coberto e não devem ser desvirtuadas sob o pretexto de interpretação e com a finalidade de incluir coberturas que não estavam previstas ou foram expressamente excluídas do contrato, especialmente o prazo de carência previsto para os procedimentos cirúrgicos, tal como estabelecido no art. 12, V, alínea b, da Lei nº 9.656/98 (Lei dos Planos de Saúde) e permitido na Lei nº 8.078/90, no seu art. 54, §4º.

Reputa, ainda, a apelante, que o quadro clínico do recorrido não era de emergência, tal como definido no art. 35-C da Lei nº 9.656/98, posto que não apresentava um tumor na região escrotal, como afirmado na peça vestibular, mas somente uma *“celulite progressiva em região inguino-escrotal, isto é, uma inflamação subcutânea”*. (transcrição de fls. 297). No entanto, a decisão acerca da necessidade de internação do paciente, ora apelado, ocorreu por cautela e não por urgência ou emergência, pois havia o risco de evolução para Síndrome de Fournier e o

controle da infecção demandava intensa observação médica.

Devidamente intimados, os apelados interpuseram as suas contra-razões recursais às fls. 314/317, postulando a manutenção integral da sentença monocrática. Afirmaram que primeiro recorrido encontrava-se em situação de urgência ou emergência no atendimento médico por parte de plano de saúde contratado, com grave risco à saúde, conforme demonstram os relatórios médicos que destacam a natureza da moléstia a que estava acometido e os procedimentos médicos empreendidos, ensejando o pronto atendimento médico-hospitalar, e confirmados pelo testemunho da médica *Jussara Barbosa de Freitas* (fls. 221). Desta forma, entende que a recusa de cobertura efetivada pelo plano de saúde recorrente se deu de forma abusiva e ilegal, tornando necessária a reparação pelos danos materiais e morais sofridos.

É o relatório.

Cogita-se de apelação cível em que o recorrente sustenta a legalidade da negativa de cobertura de despesas médico-hospitalares ao primeiro recorrido, amparando a sua escusa na inobservância do prazo de carência mínimo para a submissão a intervenções cirúrgicas, bem como por não estar a moléstia do paciente configurada nos casos de urgência ou emergência, sendo uma "*celulite progressiva em região inguino-escrotal, isto é, uma inflamação subcutânea*".

As provas colhidas na fase postulatória e instrutória apontam a extensão da moléstia que acometia o primeiro apelado, conforme se depreende do laudo médico de fls. 27/28, do atestado médico de fls. 29, dos recibos médicos de fls. 54/56 apontando o procedimento cirúrgico de reconstrução de seqüela de gangrena de Fournier, dos relatórios médicos de fls. 173/174, fotografias demonstrando a Síndrome de Fournier (fls.218/219) e o depoimento da testemunha *Jussara Barbosa de Freitas* (fls.221/222).

O depoimento da testemunha acima mencionada é elucidativo, posto que foi a única profissional com graduação em medicina ouvida na fase de instrução (fls. 221/222):

“que a depoente é sócia de uma empresa composta por vários médicos que fazem assessoria a planos de saúde; que a depoente sabe que o autor foi atendido pelo promovido ainda na carência do contrato para internações clínicas e cirúrgicas; que sabe que mesmo assim o atendimento não foi negado, dada a urgência do caso, pois o mesmo apresentava um processo infeccioso na região escrotal; que entende que, mesmo não sendo abrangido pelas normas da ANS (Agência Nacional de Saúde), o autor foi atendido emergencialmente, tanto ambulatorio como internamento, tendo sido feita uma drenagem; que não sabe informar sobre o pagamento pelo autor a diversos médicos relativos a curativos especializados, acompanhamento anestésico e a consultas e honorários médicos; que sabe que foi negada uma remoção de alta, ou seja, a saída do promovido do hospital até a sua residência em ambulância do promovido; que sabe que existe regras que indicam os casos de remoção de alta, em razão dos abusos que estavam sendo cometidos pelos usuários, tanto nos serviços médicos públicos como nos particulares. Dada a palavra à advogada da promovida, respondeu o(a) depoente: que, embora o quadro clínico do autor não indicasse risco de vida iminente, caracterizava a urgência que foi dada ao mesmo com o procedimento cirúrgico adequado. Dada a palavra ao advogado dos autores, responde o(a) depoente: que concorda com o laudo de fls. 27/28, entendendo que o caso do autor era de emergência; que entende que o quadro do autor indicava cirurgia dentro das primeiras 24 horas; (...)”

A Lei nº 9.656/98, que dispõe sobre os planos e se-

guros privados de assistência à saúde, assim dispõe, no seu art. 12, V, com as alterações introduzidas pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001:

“Art. 12. São facultadas a oferta, a contratação e a vigência de planos ou seguros privados de assistência à saúde que contenham redução ou extensão da cobertura assistencial e do padrão de conforto de internação hospitalar, em relação ao plano referência definido no art. 10, desde que observadas as seguintes exigências mínimas:

V - quando fixar períodos de carência:

a) prazo máximo de trezentos dias para partos a termo;

b) prazo máximo de cento e oitenta dias para os demais casos;

c) prazo máximo de vinte e quatro horas para a cobertura dos casos de urgência e emergência;”

A prova testemunhal, somada à documental, demonstra que o paciente, ora recorrido, necessitava de cuidados cirúrgicos emergenciais, indicando a necessidade de intervenção cirúrgica nas vinte e quatro horas posteriores à internação hospitalar. É impossível dissociar o quadro clínico apresentado pelo primeiro apelado da necessidade dos cuidados médico-hospitalares, agravados em face da sua obesidade mórbida e do quadro de diabetes demonstrado no momento da internação hospitalar.

A necessidade da intervenção cirúrgica para debelar a moléstia que acometia o apelado se mostrou necessária à preservação da saúde e atendendo-se ao princípio da dignidade humana, em nada elidindo o seu direito a ausência do cumprimento do prazo de carência estabelecido no instrumento contratual do plano de saúde.

Demonstrada a ilicitude da recusa do plano de saúde recorrente em prestar o atendimento médico-hospitalar ao

primeiro paciente, posto que configurada a emergência da ocorrência médica nos termos da alínea c do inc. V do art. 12 da Lei nº 9.656/98 e gerando a necessidade de indenizar a vítima pelas despesas que dispendeu e pelos danos morais causados.

A tutela do dano moral encontra-se prevista no art. 5º, X, da CF/88, e no art. 927 combinado com o art. 186 do Código Civil Brasileiro, que assim determinam:

Constituição Federal

“Art. 5º.

X – São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”

Código Civil

“Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

A sentença recorrida julgou que a recorrente encontra-se sujeita às normas do Código de Defesa do Consumidor, conforme previsão dos seus arts. 2º e 3º, estando vinculada nas suas relações consumistas à observância da ordem pública e do interesse social, sendo inderrogável pela vontade das partes, posto que a relação que se forma entre o prestador dos serviços médicos e o consumidor “*não serve somente às vantagens do primeiro, mas também que o outro atinja o fim previsto no contrato que resultou de um prévio encontro entre os dois.*” (transcrição de fls. 273)

Nada a reparar.

A doutrina tem assentado o entendimento que a fixa-

ção do dano moral deve ser confiada ao prudente e criterioso arbítrio do magistrado, que levará em consideração as circunstâncias do caso concreto; as condições pessoais e econômicas das partes; a finalidade da sanção reparatória, evitando-se a repetição do ato abusivo; a finalidade da reparação do dano moral, que visa proporcionar uma indenização compensatória da lesão sofrida; o bom senso, para que a reparação não seja extremamente irrisória, mas que também não seja extremamente gravosa, de modo a inviabilizar a sua execução ou representar verdadeiro enriquecimento sem causa.

Neste sentido é o ensinamento do jurista Humberto Theodoro Júnior, reproduzido *in verbis*:

***“(...) não se deve impor uma indenização que ultrapasse, evidentemente, a capacidade econômica do agente, levando-o à ruína. Se a função da reparação do dano moral é o restabelecimento do equilíbrio nas relações privadas, a meta não seria alcançada, quando a reparação desse consolo espiritual à vítima fosse à custa da desgraça imposta ao agente. (...). Da mesma maneira, não se pode arbitrar a indenização, sem um juízo ético de valoração da gravidade do dano, a ser feito dentro do quadro circunstancial do fato e, principalmente, das condições da vítima. O valor da reparação terá de ser equilibrado, por meio da prudência do juiz. Não se deve arbitrar uma indenização pífia nem exorbitante, diante da expressão ética do interesse em jogo, nem tampouco se pode ignorar a situação econômico social de quem vai receber a reparação, pois jamais se deverá transformar a sanção civil em fonte pura e simples de enriquecimento sem causa.”* (In: Dano Moral, Editora Juarez de Oliveira, 4ª edição, 2001, pg. 41)**

Neste sentido, as decisões recentes do Superior Tribunal de Justiça:

“Consumidor. Recurso especial. Seguro saúde. Recusa de autorização para a internação de urgência. Prazo de carência. Abusividade da cláusula. Dano moral.

- Tratando-se de contrato de seguro-saúde sempre haverá a possibilidade de conseqüências danosas para o segurado, pois este, após a contratação, costuma procurar o serviço já em evidente situação desfavorável de saúde, tanto a física como a psicológica.

- Conforme precedentes da 3.^a Turma do STJ, a recusa indevida à cobertura pleiteada pelo segurado é causa de danos morais, pois agrava a sua situação de aflição psicológica e de angústia no espírito.

Recurso especial conhecido e provido.” (REsp 657717/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, 3^a Turma, julgado em 23.11.2005, DJ 12.12.2005 p. 374)

“Agravamento regimental. Recurso especial não admitido. Seguro saúde. Recusa em custear o tratamento de segurado regularmente contratado. Suspeita de câncer. Dano moral.

1. A recusa em arcar com os encargos do tratamento da agravada, com suspeita de câncer, já definida nas instâncias ordinárias como indenizável por danos morais, constitui fato relevante, principalmente por ocorrer no momento em que a segurada necessitava do devido respaldo econômico e de tranqüilidade para realização de cirurgia e posterior recuperação. A conduta do agravante obrigou a recorrida a procurar outra seguradora, o que atrasou seu tratamento em aproximadamente 06 (seis) me-

ses. Somente o fato de recusar indevidamente a cobertura pleiteada, em momento tão difícil para a segurada, já justifica o valor arbitrado, presentes a aflição e o sofrimento psicológico.

2. Agravo regimental desprovido.” (AgRg no Ag 520390/RJ, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3ª Turma, julgado em 17.02.2004, DJ 05.04.2004 p. 256)

“CIVIL. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. PLANO DE SAÚDE. CIRURGIA. AUTORIZAÇÃO. AUSÊNCIA. QUANTUM. ALTERAÇÃO. RAZOABILIDADE.

1 - Não há falar em incidência do art. 1061 do Código Civil e muito menos na sua violação se, como no caso presente, os danos morais não decorrem de simples inadimplemento contratual, mas da própria situação vexatória (in re ipsa), criada pela conduta da empresa ré, marcada pelo descaso e pelo desprezo de, no momento em que a segurada mais precisava, omitir-se em providenciar o competente médico de seus quadros e autorizar a necessária cirurgia, preferindo, contudo, ao invés disso, deixar a doente por mais de seis horas, sofrendo dores insurportáveis em uma emergência de hospital e, ao final de tudo, ainda dizer que a liberação do procedimento médico poderia demorar até 72 (setenta e duas) horas.

2 - Considerando as peculiaridades do caso e os julgados desta Corte em hipóteses semelhantes, a estipulação do quantum indenizatório em aproximadamente R\$ 23.000,00 não é desarrazoada, não merecendo, por isso mesmo, alteração em sede especial.

3 - Recurso especial não conhecido, inclusive porque incidente a súmula 83/STJ.” (REsp 357404/RJ, rel. Min. Fernando Gonçalves, 4ª

Turma, julgado em 04.10.2005, DJ 24.10.2005 p. 327)

A sentença de Primeira instância não merece reforma, quer pela condenação nos danos materiais, quer pela condenação nos danos morais, que restaram plenamente comprovados.

Isto posto, conheço do recurso de apelação, e, no mérito, nego-lhe provimento.

É como voto.

Fortaleza(CE), 9 de agosto de 2006

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

**Nº. 2000.0146.6469-1 – APELAÇÃO CÍVEL
APELANTE – FRANCISCA DE ALENCAR CARVALHO DE LIMA.
APELADO – BANCO DO ESTADO DO CEARÁ S/A - BEC.
RELATOR – DES. JOSÉ EDMAR DE ARRUDA COELHO.**

EMENTA

Execução de título extrajudicial. Desistência. Tendo a executada constituído advogado e indicado bem à penhora, ainda que não tenha oposto embargos à execução, são devidos os honorários do seu advogado. Exegese do art. 569 c/c art. 26, caput, do CPC. Apelo conhecido e provido. Decisão unânime.

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, (Des. Rômulo Moreira de Deus, presidente, Des. José Edmar de Arruda Coelho, relator) em “conhecer do recurso e

dar-lhe provimento para reformar a sentença na parte referente a honorários de advogado, fixando estes em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa," de acordo com a ata de julgamento do Processo Apelação Cível nº 2000.0146.6469-1/1.

Fortaleza, 7 de dezembro de 2005.

RELATÓRIO

Banco do Estado do Ceará S/A – BEC, por intermédio de sua agência do Crato (CE), ajuizou execução de título extrajudicial contra Francisca de Alencar Carvalho de Lima, qualificada na inicial. Tendo esta indicado bem imóvel à penhora, o exeqüente considerou ineficaz a nomeação, por não obedecer à ordem legal. À falta de outros bens penhoráveis, o exeqüente desistiu da ação.

Embora a executada não tenha concordado, o Juiz homologou o pedido, declarando extinto o processo e isentando o exeqüente de pagar honorários advocatícios. Inconformada com esta última parte da sentença, a executada recorreu, porém, em contra-razões, o apelado veio alegar intempestividade do recurso. É a exposição.

VOTO

O advogado da apelante foi intimado da sentença por carta com aviso de recebimento (AR), o qual foi juntado aos autos no dia 08.04.2002 (fls. 83-v), sendo o recurso protocolado a 22.04.2002 e nesta mesma data inserido nos autos, portanto, dentro do prazo de 15 (quinze) dias fixado pela lei.

Valendo-se de jurisprudência inteiramente alheia à matéria, pretende o apelado, em suas contra-razões, que o prazo para o recurso seja contado a partir da data do recebimento da carta de intimação. Sobre o objeto da apelação, pertinente a honorários de advogado, nada apresentou.

Todavia, o recurso é tempestivo. Dispõe o CPC, com todas as letras, **verbis**:

“Art. 241. Começa a correr o prazo:

I – quando a citação ou intimação for pelo correio, da data da juntada aos autos do aviso de recebimento”.

Rejeita-se a alegada intempestividade do recurso. Passemos a examinar o recurso.

Ao fundamento de ser claro o direito do exeqüente de desistir da execução, sem necessidade de consentimento do executado, além de não ter sido embargada, entendeu o magistrado que não cabia condenação em honorários de advogado.

Evidentemente, o art. 569 do CPC estabeleceu o princípio da disponibilidade em prol do exeqüente, facultando ao mesmo o direito de desistir de toda a execução ou de apenas algumas medidas executivas, mas não excluiu a obrigação do desistente no pagamento das despesas e honorários de advogado, preconizada pelo *caput* do art. 26 do mesmo estatuto, assim composto:

“Se o processo terminar por desistência ou reconhecimento do pedido, as despesas e os honorários serão pagos pela parte que desistiu ou reconheceu”.

Em nota ao citado dispositivo, Theotonio Negrão particulariza:

“São devidos honorários de advogado na desistência da execução (JTA 49/95, 49/136), desde que o executado tenha intervindo no processo e ainda que não haja apresentado embargos à execução (RT 613/109)” (CPC e Legislação Processual em Vigor, p. 132, 1ª col., 30ª ed. Saraiva, 1999).

Da jurisprudência do STJ, além do acórdão reproduzido às fls. 88, em negrito, pela apelante, pode-se ainda colher os seguintes arestos:

“EXECUÇÃO. DESISTÊNCIA. COMPARECIMENTO AOS AUTOS PELOS EXECUTADOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DEVIDOS PELA PARTE DESISTENTE. – Os honorários de advogado são devidos quando a atuação do litigante exigir, para a parte adversa, providência em defesa de seus interesses. – Recurso especial não conhecido” (Resp nº 257.002 – ES, rel. Min. Barros Monteiro, data de julg. 24.10.2000, v. u., DJU de 18.12.2000, p. 185).

“PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. DESISTÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO. ART. 26, CAPUT, DO CPC. - (...). – Os honorários advocatícios são devidos quando o credor desiste da execução após o executado constituir advogado e indicar bens à penhora, independentemente da não oposição de embargos. – Recurso parcialmente conhecido e parcialmente provido” (REsp nº 285.347 – SP, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, data julg. 28.11.2000, v. u., DJU de 05.03.2001, p. 174).

DECISÃO

Em face do exposto, conhece-se do recurso para lhe dar provimento, em razão do que reforma-se parcialmente a sentença apelada a fim de condenar o apelado no pagamento de honorários do advogado da apelante fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, na conformidade do disposto no art. 20, § 4º, do CPC.

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

**Nº. 2001.0000.2417-0 – APELAÇÃO CÍVEL
APELANTE – ESTADO DO CEARÁ.
APELADA – ANA DANTAS CAVALCANTE.
RELATOR – DES. JOSÉ EDMAR DE ARRUDA COELHO.**

EMENTA

Ação revisional. Pensão por morte de servidor. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 40, §§ 30, 7º e 80 (de acordo com Emenda Constitucional nº 20/98), erigiu o princípio da equiparação das pensões aos proventos dos inativos e aos vencimentos e vantagens conferidos aos servidores em atividade, de modo que o valor da remuneração, pago a estes, será igualmente pago aos pensionistas, independentemente da natureza das vantagens. Apelo conhecido e improvido. Decisão unânime.

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, (Des. Rômulo Moreira de Deus, presidente, Des. José Edmar de Arruda Coelho, relator) em “conhecer do recurso e negar-lhe provimento para confirmar integralmente a sentença apelada,” de acordo com a ata de julgamento do Processo Apelação Cível nº 2001.0000.2417-0.

Fortaleza, 13 de fevereiro de 2006 .

RELATÓRIO

Ana Dantas Cavalcante, qualificada na inicial, impetrou mandado de segurança contra ato do Superintendente do Instituto de Previdência do Estado do Ceará – IPEC, que vinha negando à impetrante o direito de perceber o valor integral da pensão que lhe foi deixada por morte de seu marido, Dr. Marcus Heleno Araújo Cavalcante, ex-ocupante da função de médico da Secretaria da Saúde – SESA.

A impetrante vinha recebendo pensão no importe de R\$ 885,30 (oitocentos e oitenta e cinco reais e trinta centavos), ao passo que seu marido, enquanto vivo, recebia vencimentos correspondentes a R\$ 1.770,60 (mil setecentos e setenta reais e sessenta centavos), conforme documentos de fls. 15 e 16.

O IPEC remeteu informações, argüindo preliminar de decadência do direito pleiteado, exclusão da parcelas *pro labore faciendo* e *propter laborem*, além da ausência de fonte de custeio. Expõe ainda interpretação acerca da aplicabilidade das normas constitucionais.

Pelo MM. Juiz foi concedida a liminar requestada pela impetrante.

A ação foi julgada procedente, sendo ordenado pela sentença que o Estado do Ceará, na qualidade de substituto legal do IPEC (Lei Complementar Estadual nº 12/99 e Emenda Constitucional nº 39/99), implantasse na folha de pagamento da impetrante a pensão em valor equivalente ao padrão de vencimento do seu ex-marido.

Inconformado, o Estado do Ceará apelou a increpar sua ilegitimidade para figurar na relação jurídica, a pretexto de não ser o arrecadador das contribuições previdenciárias estaduais, no que foi contraditado pelo IPEC. Quanto ao pagamento da pensão, alega o recorrente existir previsão expressa na Lei Complementar nº 12/99, ordenando respeito ao teto remuneratório aplicável.

Entretanto, em face de não terem sido aceitas pelo magistrado as escusas do apelante, este, depois de intimado por mandado, informou haver implantado a pensão da autora, de acordo com o que perceberia o ex-marido, se vivo estivesse.

O parecer do ilustre Dr. Raimundo Nonato Lima, Procurador de Justiça, opinou pelo improvimento do recurso, portanto, pela confirmação da sentença.

É a exposição.

VOTO

De modo geral, as razões apresentadas pelo Estado do Ceará e suas Autarquias, pertinentes a proventos dos aposentados e a pensionistas, não se adaptam à evolução do nosso direito constitucional. Seus ilustres procuradores sempre se refugiam em leis estaduais não recepcionadas pela Carta Maior de 1988, assim como em doutrina ou jurisprudência já superadas.

Não se advertem que alguns dos grandes mestres do direito, dentre os que ainda estão vivos, já não repetem o que escreveram antes, passando agora a emitir opiniões em conformidade com a Emenda Constitucional n. 20, de 15.12.1998, que introduziu sensíveis modificações no art. 40 da CF/88.

O próprio Supremo Tribunal Federal, ao qual compete interpretar nossa Constituição, de há muito vinha defendendo a orientação posteriormente introduzida pela EC n. 20/98, cujos paradigmas são desperdiçados adrede pelos advogados do Poder Público Estadual.

A tese sustentada pelo apelante, segundo a qual os arts. 7º e 9º da Lei Complementar Estadual nº 12/99 restringiu o alcance pretendido pelo art. 40, §§ 3º, 7º e 8º, do Estatuto Básico, constitui uma autêntica inversão da ordem hierárquica das leis, tendo em vista que é à Carta Magna que compete recepcionar ou não as legislações ordinárias. Contrariamente à alegação do apelante, os Tribunais Superiores têm sustentado que as gratificações e vantagem instituídas em favor dos servidores na atividade devem também se estender aos aposentados e pensionistas por morte dos funcionários.

Proposição idêntica à ora formulada pelo recorrente não pode ser sustentada permanentemente, pois será tida

como afronta à razoabilidade, em face do que dispõe a Lei Maior. Segundo reza o seu art. 40, § 3º, os proventos da aposentadoria serão calculados com base na totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria.

Vale ressaltar que a norma constitucional emprega o vocábulo “remuneração” no sentido de englobar vencimentos, propriamente ditos, e outras vantagens pecuniárias (diárias, gratificações, indenizações etc.), isto é, todas as parcelas que constituem os rendimentos auferidos no cargo pelo servidor público.

De acordo com o § 70, a lei disporá sobre a concessão do benefício da pensão por morte, porém, a norma constitucional estabelece antecipadamente que a pensão será sempre igual ao valor dos proventos do servidor falecido, ordenando que seja observado o disposto no § 3º, em relação ao cálculo dos proventos a que teria direito o servidor, no caso de se encontrar em atividade, na data do seu falecimento. Trata-se, portanto, de norma auto-aplicável que impede a lei, a ser editada, modificar o caráter isonômico da remuneração, proventos e pensões.

ALEXANDRE DE MORAES comenta:

“Trata-se de preceito auto-aplicável, não necessitando de qualquer integração ordinária para a sua percepção, bem como impede a edição de qualquer lei ou ato normativo que vise restringir o benefício da integralidade da pensão. Essa disposição aplica-se igualmente aos pensionistas dos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

A lei a que se refere a EC nº 20/98 (§ 7º, art. 40. Lei disporá sobre a concessão do benefício da pensão por morte...) não poderá restringir o direito do pensionista ao recebimento da totalidade da remuneração” (Direito Constitucional, p. 353, 14ª ed., Atlas, SP, 2003).

Além disso, nos termos do § 8º, os proventos de aposentadoria e as pensões serão sempre revistos na mesma proporção e na mesma data em que for modificada a remuneração dos servidores em atividade, neles sendo incluídos todos os benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade.

O emérito JOSÉ AFONSO DA SILVA comenta:

“O dispositivo corta o vezo meio maroto de rever vencimentos de servidores na atividade por meio de alteração (transformação ou reclassificação) de sua escala de referências numéricas, elevando-as, de tal sorte que a melhora não fosse extensiva aos inativos. Essas alterações agora beneficiam igualmente os aposentados e pensionistas” (Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 678, 19ª ed., Malheiros, 2001).

Ainda sob a égide da anterior redação dos §§ 40 e 50 do art. 40 da CF/88, o Supremo Tribunal Federal decidiu, por unanimidade, o seguinte:

“Recurso Extraordinário. Constitucional. Auto-aplicabilidade do art. 40, § 50, da CF. (Omissis). Editada lei que implique outorga de direito aos servidores em atividade, esse repercute no campo patrimonial dos aposentados e pensionistas, posto que ao legislador ordinário não é dado introduzir temperamento à igualdade. Recurso Extraordinário conhecido e provido” (RE nº 161.224-0—CE, rel. Min. Paulo Brossard, julg. 13.09.94, DJU de 03.02.95 e LEX-JSTF 197/184).

“Pensão por morte de servidor público (CF, art. 40, § 5º) – Na interpretação do art. 40, § 5º, da Constituição, firmou-se o entendimento do STF,

a partir da MI 211, RTJ 157/411, no sentido de que para conciliar-se com a parte final do preceito – segundo o qual ‘a pensão por morte corresponde à totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido’ – a melhor interpretação de sua parte final é a que vincula ‘o limite estabelecido em lei’, que ali se prevê, não ao valor da pensão, mas ao da remuneração do morto, que lhe servirá de paradigma integral. – Firmada a auto-aplicabilidade do preceito constitucional, que independe de lei regulamentadora para ser viabilizada, não há por que aguardar a solução da argüição de inconstitucionalidade da Lei Estadual 9.127/90” (Ag. Reg. Em AI n. 213.439-0 – RS, rel. Min. Sepúlveda Pertence, data de julg. 24.11.99, DJU de 05.02.99, LEX-JSTF 246/87).

Dessa forma, a despeito das vantagens remuneratórias *pro labore faciendo* e *propter laborem*, cujo auferimento o apelante, em sua contestação, condiciona à efetiva prestação do serviço a que cada um se destina, a Corte Suprema, ao contrário do apregoado pelo recorrente, tem garantido aos aposentados e pensionistas a concessão de toda e qualquer vantagem que se destine ao servidor público em atividade, *verbi gratia*:

“Defeso é excluir, ao argumento de que se trata de vantagem própria à atividade, esta ou aquela parcela, como é o caso das diárias operacionais, da gratificação de risco de vida e da indenização pela função policial militar a que o Estado do Ceará obrigou-se a satisfazer” (Ag. Reg. em Ag. Instr. nº 265.097—CE, rel. Min. Marco Aurélio Mello, data julg. 10.10.2000, v. u., DJU de 02.02.2001, LEX-JSTF 272/124).

Seguindo a mesma orientação, este eg. Tribunal de

Justiça tem assim decidido:

“Os preceitos constitucionais relativos ao cálculo da pensão, levando-se em conta a totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido (CF, art. 40, §§ 7º e 8º, com a redação dada pela EC 20/98), têm aplicabilidade direta e imediata, não dependendo de regulamentação pelo legislador ordinário. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Remessa oficial e apelação conhecidas, mas improvidas” (AC 2000.0015.6682-3, rel. Des. José Mauri Moura Rocha, DJ de 28.02.2003, p. 12).

“O disposto no § 7º, acrescentado ao art. 40 da Constituição Federal pela EC 20/89, não afeta a inteligência dada pelo STF ao § 5º do mesmo art. 40, de que o benefício da pensão por morte de servidor público deve corresponder à totalidade do que perceberia o servidor falecido, se vivo fosse. Inadmissível a exclusão de vantagem ao argumento de serem próprias da atividade. Precedentes da Câmara e do STF” (AC 2000.0010.7845-4, rel. Des. José Arísio Lopes da Costa, DJ de 14.03.2002, p. 23).

“Apelação Cível. Mandado de Segurança. Administrativo. Pensão. Servidores policiais militares. Gratificações de serviço. Incorporação à pensão. Remessa necessária. I – A pensão por morte deve corresponder à totalidade dos vencimentos do servidor falecido, incluindo-se em seu valor todas as vantagens que percebia, independentemente de sua natureza. II – Inteligência do art. 40, § 7º c/ c art. 42, § 2º, da Constituição Federal. Precedentes do STF. Recurso improvido” (AC 2001.0000.6542-0, rel. Des. Rômulo Moreira de

Deus, DJ de 18.06.2003, p. 05).

DECISÃO

Face ao exposto, embora se conheça do recurso, a este se nega provimento para confirmar a sentença apelada.

ESTADO DO CEARÁ PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Apelação Cível n.º 2002.0000.5691-7/0

Apelante: Banco Sudameris Brasil S/A

Apelado: Rita da Ponte Randal Pompeu

Relator: Desembargador Ademar Mendes Bezerra

EMENTA. PROCESSO CIVIL. SENTENÇA. FUNDAMENTAÇÃO. EXECUÇÃO. CONTRATO DE RENEGOCIAÇÃO DE OPERAÇÃO DE CRÉDITO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA FORMAR TÍTULO EXECUTIVO.

- Para se caracterizar fundamentada, a decisão judicial não precisa abordar todas as teses formuladas pelas partes, desde que estejam claros os motivos de fato e de direito utilizados pelo magistrado no raciocínio decisório.

- Para que o documento particular tenha força executiva, necessário o atendimento de todos os requisitos formais exigidos por lei. A ausência de assinatura por duas testemunhas impede que o instrumento particular de renegociação de operações de crédito tenha força executiva.

- Recurso conhecido e improvido.

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da apelação cível n.º 2002.0000.5691-7/0, em que figuram as partes acima indicadas. Acorda a Segunda Câmara Civil do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, conhecer e negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Fortaleza, 1º de março de 2006.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de apelação cível manejada por Banco Sudameris Brasil S/A contra decisão do MM. Juiz da 26ª Vara Cível de Fortaleza, pela qual julgou procedente embargos do devedor, extinguindo processo de execução movida contra Rita da Ponte Randal Pompeu, sob o fundamento de que o contrato de abertura de conta-corrente, bem como o instrumento de novação posteriormente realizada, não podem ensejar o uso da ação executivo.

Pela exordial de fls. 02/34, a embargante/apelada impugna a execução argumentando em síntese: a) preliminarmente, defeito de representação da instituição financeira; b) ainda como preliminar, ausência de título executivo; c) meritariamente, a realização de práticas contratuais abusivas, tais como anatocismo, juros acima do permitido, etc.

Requeru, ainda, a concessão de antecipação de tutela no intuito de sustar o envio de seu nome para os cadastros de inadimplentes, o que foi deferido pelo magistrado *a quo* à fl. 39.

Pela impugnação de fls.74/88, a instituição financeira refutou todas as alegações contidas na inicial, tanto preliminares, quanto meritorias, sustentado, em suma, que o instrumento contratual carreado aos autos atendem todas as exigências legais.

Pela réplica de fls. 101/107, a embargante reiterou a linha argumentativa expendida anteriormente.

A tentativa de conciliação foi levada a efeito em audi-

ência, sem, porém, lograr êxito, consoante se infere do termo de fl.120.

Pela sentença de fls. 128/133, conforme adiantado, o juiz singular extinguiu a execução, sob color de não ser o contrato de abertura de conta-corrente, nem sua novação, aptos a permitirem a via executiva.

Pelas razões de fls.135/145, a embargada apelou alegando preliminar de nulidade do julgado por falta de fundamentação e, no mérito, reiterou a regularidade do título apresentado.

Contra-razões às fls. 157/170.

É o relatório.

VOTO

Quanto à primeira preliminar argüida pelo apelante, consistente na falta de fundamentação, temos que ela é plenamente descabida e infundada. Por várias laudas o magistrado singular discorreu sobre as razões de fato e de direito que formaram seu convencimento. Deixou evidente que entendia não merecer prosperar a execução porque tinha como base um contrato de abertura de conta-corrente, o qual não autorizaria a via executiva.

De maneira alguma, diante de uma racional análise do julgado, é possível tachá-lo de desmotivado, pelo que aparenta ser a preliminar suscitada de cunho meramente emulativo.

Já é clássica a lição de Nelson Nery Junior (Princípios do Processo Civil na Constituição Federal, São Paulo: Revista dos Tribunais, 5ª Edição, 1999, p. 175) ao afirmar que “fundamentar significa o magistrado dar as razões, de fato e direito, que o convenceram a decidir a questão daquela maneira. A fundamentação tem implicação substancial e não meramente formal, donde é lícito concluir que o juiz deve analisar as questões postas a seu julgamento, exteriorizando a base fundamental de sua decisão(...)”.

Com isso em mente, resta evidente que o juiz deixou explícitas as bases sobre as quais erigiu o raciocínio

decisório. Ademais, já é questão assentada nos pretórios nacionais que para fundamentar o **decisium** não precisa o magistrado despender comentários sobre todos os argumentos e teses engendrados pelas partes. É o que se lê na seguinte ementa de julgamento do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. NULIDADE DO ACÓRDÃO RECORRIDO. OMISSÃO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. ACÓRDÃO. FALTA DE EMENTA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. INEXISTÊNCIA DE PRECLUSÃO DA PROVA TESTEMUNHAL. SÚMULA 7-STJ.

1. Consoante entendimento pacificado desta Corte, o órgão judicial, para expressar sua convicção, não precisa aduzir comentários sobre todos os argumentos levantados pelas partes. Embora sucinta a motivação, pronunciando-se sobre as questões de fato e de direito para fundamentar o resultado, exprimindo o sentido geral do julgamento, não se emoldura violação aos artigos 165, 458, II e III, e 535, I e II, do Código de Processo Civil.

(AgRg no Ag 665553 / MG ; AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 2005/0041544-5 Ministro FERNANDO GONÇALVES T4 - QUARTA TURMA DJ 28.11.2005 p. 299)

No caso, a sentença foi extensa e fundamentada, razão pela qual rejeito a preliminar.

Passemos ao mérito.

Discordamos da fundamentação do juiz de primeiro grau, tendo em vista que o título é representativo de uma novação pactuada pelas partes, não podendo mais manter-se atrelada ao contrato de conta-corrente, mesmo porque representada por outro documento.

A par das intermináveis discussões doutrinárias, não há negar que título de crédito é precisamente um documento que consubstancia dívida líquida, certa e exigível. No caso em destre, não se está diante de um contrato de conta-corrente, mas, como dito, de documento representativo de uma novação. Na hipótese deste preencher os requisitos legais, será título executivo. Cabe destacar que o contrato de conta-corrente não é aceito porque em sua literalidade não há expressão do valor devido, não servindo o extrato de saldo negativo apto a suprir tal omissão.

Ocorre que, aqui, mesmo desatrelando o documento de novação em exame do contrato originário de conta-corrente, vê-se que o instrumento particular não atende à exigência legal de ser subscrito por duas testemunhas. De fato, vê-se à fl. 08 que consta tão-só a assinatura dos contratantes e nada mais.

O art. 585, II, do Código de Processo Civil é claro ao prescrever que o instrumento particular somente será tido como título executivo extrajudicial se subscrito por duas testemunhas. Não sendo atendido tal requisito, será plenamente desprovido de força executiva. Nesse sentido, há precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

“CIVIL/PROCESSUAL. CONTRATO DE FINANCIAMENTO. FALTA QUE O DESCONSIDERA COMO TÍTULO EXECUTIVO.

DESCARACTERIZA-SE COMO TÍTULO EXECUTIVO O CONTRATO DE FINANCIAMENTO QUE NÃO CONTÉM AS ASSINATURAS DE DUAS TESTEMUNHAS“.

(Processo REsp 3831/AL; RECURSO ESPECIAL 1990/0006197-0 Relator(a) Ministro DIAS TRINDADE (1031) Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA Data do Julgamento 25/02/1991 Data da Publicação/Fonte DJ 18.03.1991 p. 2800)

* * *

“CONTRATO DE FINANCIAMENTO. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL . NÃO CONSTITUI TÍTULO EXECUTIVO O CONTRATO DE FINANCIAMENTO QUE NÃO CONTÉM AS ASSINATURAS DE DUAS TESTEMUNHAS. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO”.

(Processo REsp 24122 / RS ; RECURSO ESPECIAL 1992/0016326-2 Relator(a) Ministro BARROS MONTEIRO (1089) Órgão Julgador T4 - QUARTA TURMA Data do Julgamento 24/08/1993 Data da Publicação/Fonte DJ 11.10.1993 p. 21322)

Portanto, o instrumento particular de renegociação de operação de crédito carreado pela parte é documento inapto para a via executiva.

Esclareça-se que na exordial, o banco apelante menciona a existência de uma nota promissória, contudo, não a colaciona aos autos.

Diante do exposto, conheço o presente recurso por estarem atendidos seus pressuposto intrínsecos e extrínsecos, mas nego-lhe provimento, mantendo inalterada a decisão de primeiro grau.

É como voto.

Fortaleza, 1º de março de 2006.

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

PROCESSO N.º 2002.0000.6311-5/1

TIPO: Apelação

COMARCA: Hidrolândia

Recorrente: Juiz de Direito da Comarca de Hidrolândia.

Recorrido: Câmara Municipal de Hidrolândia.

RELATORA: Des. Gizela Nunes da Costa

EMENTA: RECURSO OFICIAL - CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – ATRASO NO REPASSE DO DUODÉCIMO – DIREITO LÍQUIDO E CERTO DO PODER LEGISLATIVO – RECURSO CONHECIDO, MAS DESPROVIDO.

I - O duodécimo se apresenta como recurso imprescindível à manutenção do próprio Poder Legislativo, principalmente nos Municípios de menor extensão e população, de modo que o simples atraso no repasse dessa obrigação constitucional implica sérios prejuízos às Câmaras Municipais, que não podem ficar à mercê da vontade individual dos chefes dos executivos.

II - O repasse pelo Chefe do Poder Executivo ao Legislativo do valor relativo ao duodécimo não é ato discricionário daquele, porquanto macula direito líquido e certo de um Poder da Federação, passível de ser amparado pela via mandamental. Além disso, atenta contra o princípio constitucional da independência entre os poderes estatais.

III - Recurso conhecido, mas desprovido.

Acordam os integrantes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Ceará, por unanimidade, em conhecer do presente recurso oficial, uma vez que presentes os seus requisitos de admissibilidade, para negar-lhe provimento, pelas razões abaixo relatadas.

Cuidam-se os autos de Mandado de Segurança impetrado pela Câmara Municipal de Hidrolândia/CE e pelo Presidente da Câmara Municipal de Hidrolândia/CE, Sr. Antônio

Bosco Pereira Cid, contra ato reputado de ilegal e abusivo da lavra do Ilmo. Sr. Prefeito de Hidrolândia/CE, Luiz Antônio de Farias, o qual não repassou parte do valor referente ao duodécimo do meses de maio e junho do ano de 2002.

Alega o impetrante que tem direito líquido e certo ao recebimento do duodécimo do Município de Hidrolândia/CE conforme previsto na Constituição Federal de 1988 e pelas orientações do Tribunal de Constas dos Municípios, quantia esta que deve ser repassada sempre até o dia 20 (vinte) de cada mês.

Postula assim medida liminar que determine a complementação do valor faltante dos depósitos já efetuados e a regularização das parcelas futuras.

Juntou documentos de fls. 07/21.

Informações prestadas às fls. 24/28, na qual a autoridade coatora alega que a diferença de repasse do duodécimo questionada foi, na verdade, antecipada pela municipalidade no próprio mês de abril de 2002, quando foi repassado a maior o valor de R\$ 18.950,00.

Anexou documentos de fls. 29/62.

Às fls. 64/65, o juízo **a quo** deferiu a liminar.

Após juntada de cópia do recurso de agravo de instrumento, o magistrado singular manteve a decisão agravada, vide fl. 108.

Informou-se, às fls. 129/131, o descumprimento da medida liminar, tendo sido tomadas providências para o seu adimplemento às fls. 140/141 e às fls. 165/168.

Às fls. 170/171, os impetrantes apresentarem comprovante de cumprimento da decisão liminar.

Parecer ministerial às fls. 182/185, opinando pela concessão da segurança.

Sentença às fls. 187/194, concedendo definitivamente a segurança, por se tratar de direito líquido e certo do impetrante.

Houve tão somente recurso oficial.

É o relatório em apertada síntese.

A meu sentir a decisão ora objurgada não está a

merecer qualquer reparo, porquanto a sentença prolatada em primeiro grau pautou-se pela presença dos requisitos necessários à concessão da segurança.

A questão objeto da presente controvérsia é saber-se se efetivamente existe alguma ilegalidade ou não no repasse do duodécimo devido pelo Município à Câmara Municipal de Hidrolândia/CE.

Colhe-se das informações prestadas pela autoridade apontada como coatora que deveras houve atraso no repasse do montante devido pelo Município à Câmara Municipal à título de duodécimo.

Ademais, insta verberar que o duodécimo se apresenta como recurso imprescindível à manutenção do próprio Poder Legislativo, principalmente nos Municípios de menor extensão e população, de modo que o simples atraso no repasse dessa obrigação constitucional implica sérios prejuízos às Câmaras Municipais, que não podem ficar à mercê da vontade individual dos chefes dos executivos.

Com efeito, clarividente que o repasse pelo Chefe do Poder Executivo ao Legislativo do valor relativo ao duodécimo não é ato discricionário daquele, porquanto macula direito líquido e certo de um Poder da Federação, possível de ser amparado pela via mandamental. Além disso, atenta contra o princípio constitucional da independência entre os poderes estatais.

Nesta mesma esteira, tem se pronunciado o Colendo Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

“CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. REPASSE DE DOTAÇÕES ORÇAMENTÁRIAS PELO PODER EXECUTIVO AO LEGISLATIVO. BLOQUEIO. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO”.
1. Mandado de segurança impetrado contra v. Acórdão que denegou segurança objetivando a liberação de dotação orçamentária, ao entendimento de que o repasse do duodécimo

do Poder Legislativo pelo Executivo deve ser proporcional à receita efetivamente arrecadada, não podendo ultrapassar esse limite, sob pena de comprometer a disponibilidade financeira do município.

2. O repasse das dotações orçamentárias pelo Poder Executivo aos demais Poderes, nos termos previstos no art. 168, da Carta Magna de 1988, não pode ficar à mercê da vontade do Chefe do Executivo, sob pena de se por em risco a independência desses Poderes, garantia inerente ao Estado de Direito.

3. Tal repasse, feito pelo Executivo, deve observar as previsões constantes na Lei Orçamentária Anual, a fim de garantir a independência entre os poderes, impedindo eventual abuso de poder por parte do Chefe do Executivo.

4. O quantum a ser efetivado deve ser proporcional à receita do ente público, até porque não se pode repassar mais do que concretamente foi arrecadado.

5. In casu, inexistem justificativas plausíveis por parte da autoridade coatora - Prefeito municipal, que motivem a insuficiente arrecadação municipal, não legitimando, desse modo, a diminuição do repasse dos duodécimos devidos à Casa Legislativa que deveriam corresponder, dessa forma, às previsões orçamentárias.

6. Decisão objurgada que configura ilegalidade ou abuso de poder a ferir direito líquido e certo da impetrante.

7. Recurso provido.”

(RMS 10181/SE, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14.11.2000, DJ 05.02.2001 p. 72)

“ADMINISTRATIVO. RECEITA E DESPESAS ORÇAMENTÁRIAS. TRANSFERÊNCIA OU REPASSE DE RECURSOS ORÇAMENTÁRIOS À CONTA DA CÂMARA MUNICIPAL. PREVISÃO. RECEITA REAL. DUODÉCIMOS. C.F., ARTIGOS, 168, 4.320/64. LEI 1.533/51 ART. 8º”.

1. O mandamus viabiliza-se para o exame da legalidade de ato administrativo executivo, disciplinando os repasses de créditos orçamentários à Câmara Municipal. Inépcia da inicial sem acolhimento.

2. A liberação contemplada no artigo 168, Constituição Federal, não é desordenada. Obedece ao sistema de programação de despesa, efetivando-se em favor da Câmara Municipal de forma parcelada em duodécimos, estabelecidos mensalmente e conformados à receita concretizada realmente mês a mês. Esse critério permite o equilíbrio, de modo que não sejam repassados recursos superiores a arrecadação ou com o sacrifício das obrigatórias despesas da responsabilidade do executivo. A liberação ou repasse não tem por base única a previsão orçamentária, devendo ser considerada a receita real.

3. Recurso parcialmente provido.” (RESP 189146/RN, Rel. Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06.08.2002, DJ 23.09.2002 p. 228)

DIANTE DO EXPOSTO, hei por bem conhecer do recurso para negar-lhe provimento, mantendo intacta a decisão vergastada.

É como voto.

Fortaleza, 13 de Setembro de 2006.

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

**Nº 2003.0013.0767-9 – APELAÇÃO CÍVEL DE FORTALEZA.
APELANTES: PORTO SEGURO – CIA. DE SEGUROS GE-
RAIS e ELIO CARLOS MESQUITA DE OLIVEIRA.
APELADOS: OS MESMOS APELANTES.
RELATOR: DES. JOSÉ CLAUDIO NOGUEIRA CARNEIRO**

EMENTA: AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA. SEGURO DE AUTOMÓVEL. PERDA TOTAL DO BEM. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE CULPA OU DOLO, OU DE AUMENTO DOS RISCOS POR PARTE DO SEGURADO. DEVER DE INDENIZAR DA SEGURADORA. INTEMPESTIVIDADE RECURSAL VERIFICADA EM APELAÇÃO MANEJADA PELO PROMOVENTE – ELIO CARLOS MESQUITA DE OLIVEIRA. NÃO CONHECIMENTO. AUSÊNCIA DE REQUISITO EXTRÍNSECO DE ADMISSIBILIDADE.

I Se, para a ocorrência do sinistro, não houver nos autos elementos probatórios e convincentes de que o segurado tenha agido com dolo ou culpa, nem se vislumbrando que tenha agravado os riscos, e como é cediço que a má-fé não se presume, devendo ser cabalmente demonstrada com provas inabaláveis, mostra-se incabível a exclusão da responsabilidade contratual da seguradora acerca dos danos sofridos pelo veículo;

II Verificada a ocorrência do fato gerador do pagamento do valor segurado, qual seja, o sinistro, sem vícios, a indenização por parte da companhia de seguros é medida que se impõe;

III Sendo a tempestividade um dos pressupostos extrínsecos de admissibilidade recursal,

a constatação de que o apelo do demandante foi interposto após o prazo legal implica óbice intransponível ao seu conhecimento.

APELAÇÃO INTERPOSTA POR PORTO SEGURO – CIA. DE SEGUROS GERAIS CONHECIDA, MAS IMPROVIDA; APELO MANEJADO POR ELIO CARLOS MESQUITA DE OLIVEIRA NÃO CONHECIDO.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível nº 2003.0013.0767-9, de Fortaleza, em que são partes as acima mencionadas.

ACORDA a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, em não conhecer do recurso interposto por Élio Carlos Mesquita de Oliveira. No que pertine à apelação assestada por Porto Seguro - Companhia de Seguros Gerais, dela conhecer, mas negar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator.

Cogita-se de Apelações Cíveis interpostas por Porto Seguro – Companhia de Seguros Gerais e por Élio Carlos Mesquita dos Santos, visando à reforma da sentença da M.M. Juíza da 19ª Vara Cível de Fortaleza, que, em sede de ação de cobrança, condenou a referida seguradora ao pagamento de R\$ 51.556,41 (cinquenta e um mil, quinhentos e cinquenta e seis reais e quarenta e um centavos), referente a uma prestação indenizatória, em decorrência de contrato de seguro entre as partes susomencionadas.

Na exordial de fls. 02/11 da aludida ação, historiou o demandante Élio Carlos Mesquita de Oliveira, ora apelante e apelado, que teria feito um contrato de seguro com a promovida, ora apelante e apelada, tendo como objeto uma caminhonete importada *Toyota Hilux 4CD SR5, 4X4*, narrando, demais disso, que o veículo segurado foi sinistrado, em virtude de um desvio que teria feito para livrar-se de abalroar com um animal, quando, por isso, caíra em um rio, relatando, ainda, que, sendo levado

para a concessionária autorizada *Newland*, o veículo segurado foi removido, sem nenhuma autorização sua, para o depósito da suplicada antes mesmo de ter sido feito qualquer pronunciamento acerca do acidente, acoimando esta transferência de irregular.

Esclareceu, outrossim, que teria procurado a companhia seguradora no dia seguinte ao acidente, mas que só teria sido atendido após reclamação junto ao DECOM, órgão do Ministério Público Estadual do Ceará, onde foi informado pela postulada que não haveria pagamento de seguro, não obstante a mesma reconhecesse a perda total do bem.

Pugnou, alfim, pela procedência da ação em todos os seus termos, com a consectária condenação da demandada, ora apelante e apelada, ao pagamento de R\$ 51.556,41 (cinquenta e um mil, quinhentos e cinquenta e seis reais e quarenta e um centavos) a título de seguro, bem assim que lhe fossem concedidos R\$ 103.112,82 (cento e três mil, cento e doze reais e oitenta e dois centavos), pelos danos materiais e morais, que teria sofrido, e mais R\$ 49.000,00 (quarenta e nove mil reais) pelas despesas efetuadas na recuperação do veículo, totalizando R\$ 181.669,23 (cento e oitenta e um mil, seiscentos e sessenta e nove reais e vinte e três centavos).

A prefacial veio instruída com os documentos de fls. 12/39.

Devidamente citada, a demandada, ora apelante e apelada, apresentou contestação às fls. 45/59, arguindo, em preliminar, a prescrição da ação, uma vez que o demandante teria ajuizado a ação mais de um ano após o conhecimento comum do fato que ensejaria o pagamento do seguro. No mérito, rechaçou a pretensão veiculada na vestibular, alegando a imprudência do promovente, que teria transitado em área não aberta ao tráfego de veículos automotores, tentando, ademais, atravessar com seu veículo região alagada que não conhecia, causando os danos no objeto do contrato de seguro, de molde a afastar, assim, a alegativa do proponente de que teria caído em um rio por tentar desviar de um cão. Explicitou, ademais, que teria sobrevivendo, com a atitude do segurado, a isenção da seguradora, haja vista que o requerente teria incidido em cláusula contratual

que previa dano não indenizável, qual seja, transitar por “estradas ou caminhos impedidos, não abertos ao tráfego ou de areias fofas ou movediças”. Destarte, requestou pelo indeferimento dos pedidos ventilados na inaugural.

À peça adversativa, juntou documentos às fls. 61/82.

Réplica às fls.85/86.

Destramando a lide, em julgamento antecipado, o M.M. Juiz processante do feito, às fls. 95/99 condenou a reclamada Porto Seguro – Companhia de Seguros Gerais a pagar o montante de R\$ 51.556,41 (cinquenta e um mil e quinhentos e cinquenta e seis reais e quarenta e um centavos) relativos ao valor do seguro contratado, bem assim no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios.

Às fls. 101/104, embargos de declaração interpostos pela promovida, acoimando de omissa a decisão monocrática de primeiro grau, quanto ao destino do bem salvo. Aclaratórios acolhidos às fls. 105/106, determinando, por conseguinte, que o veículo sinistrado pertence à seguradora demandada e que quaisquer ônus existentes e causados até o dia 30.04.2001 deverão ser arcados pelo requerente, ora apelante e apelado.

Não resignada com o deslindar da testilha, a promovente manejou apelação, cujas razões dormitam às fls. 108/118, repisando os argumentos expendidos em sua peça de resistência, propugnando, dessarte, pela reforma da sentença, para que fosse julgada totalmente improcedente a demanda ajuizada em seu desfavor.

Contra-razões às fls. 138/139.

A sua vez, o requerente interpôs recurso apelatório, às fls. 122/135, pugnando pela reforma parcial do decreto sentencial, de molde que lhe fossem deferidos indenização por danos morais e materiais e ressarcimento pelas despesas realizadas com o veículo sinistrado.

Não foram oferecidas contra-razões.

Subiram os autos a este egrégio Tribunal de Justiça. É o relatório.

QUANTO À APELAÇÃO INTERPOSTA POR PORTO SEGURO - COMPANHIA DE SEGUROS GERAIS.

Cuida-se de apelo com visio reformatório parcial, em que requer a promovente, primeira apelante, o indeferimento do valor segurado em apólice em favor do demandante, ora apelado e segundo apelante, de forma a afastar o disposto na sentença.

De acordo com o conjunto probatório que se mostra nos autos, não merece reproche a decisão vergastada.

Nas razões de seu apelo, a demandada sustenta que o promovente, ora apelado, teria sido incauto ao tentar atravessar região alagada que não conhecia, não estando aberta ao tráfego de veículos automotores, qual seja, um rio.

Com efeito, a promovida, primeira apelante, não se desincumbiu de provar o fato impeditivo do pagamento do valor segurado retro transcrito, vez que somente carregou ao fascículo processual em exame documentos provenientes de sindicância realizada a cargo da companhia seguradora. Ora, é ressabido que tais procedimentos são inquisitórios, sem menor respeito ao princípio do contraditório e da ampla defesa, não podendo, pois, serem havidos como material probatório, mormente quando as testemunhas que lá são oitavadas não vêm a juízo corroborar a veracidade de suas afirmações.

Impende ressaltar, ainda, que descabe a aplicação da cláusula dos prejuízos não indenizáveis, tendo em vista as particularidades de que se reveste o objeto do contrato em tela, vez que em nenhum momento restou demonstrado que o promovente teria se aventurado em um terreno de areias fofas ou movediças, ou mesmo impedido para o tráfego. Por outro lado, não pode agora a requerida, ora apelante, querer limitar o uso e os benefícios do bem segurado, em prol da tese de aumento de riscos pelo beneficiário do seguro, porquanto não é desarrazoada a utilização de um veículo que possui tração nas quatro rodas em um terreno arenoso.

Entrementes, restou demonstrado que houve perda total do bem segurado, ensejando, desta forma, o pagamento do valor avençado, qual seja, R\$ 51.556,41 (cinquenta e um mil, quinhentos e cinquenta e seis e quarenta e um centavos).

Com efeito, preceitua a Lei Substantiva Civil de 1916, em seu artigo 1432, *in verbis*;

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

Desta feita, sobrevindo o sinistro, em virtude do acontecimento previsto como risco, surge o dever de indenizar por parte da seguradora, que só pode ser elidido pela comprovação de submissão do objeto contratado a risco não previsto no contrato, em virtude de má-fé ou conduta ilícita do segurado, o que não ocorreu na espécie. Neste tocante, não é despiciendo asseverar que a má-fé não se presume, devendo ser provada, presumindo-se, em contrário, a boa-fé do segurado.

Dessume-se, portanto, que não comprovados a culpa ou o dolo na ocorrência do sinistro, nem verificada a agravação do risco por parte do segurado, descabe excluir a responsabilidade contratual da seguradora sobre os danos sofridos pelo veículo.

Neste diapasão, profícuo trazer à colação julgado do Colendo Superior Tribunal de Justiça, sufragando o mesmo entendimento, senão vejamos:

“PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. SEGURO. PERDA TOTAL. ALEGAÇÃO DE FRAUDE. NÃO COMPROVAÇÃO. ART. 333 – II, CPC. PROVA. VALORAÇÃO. QUANTUM. ENTENDIMENTO DA CORTE. RECURSO PROVIDO. I – É da parte ré o ônus de provar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, nos termos do art. 333 – II, CPC. II – Como cediço, má-fé não se presume, Não provada pela ré a alegada fraude, impõe-se o acolhimento do pedido. III – A valoração da prova, diferentemente do simples reexame, pressupõe

contrariedade a um princípio ou a regra jurídica no campo probatório. IV – na linha de orientação firmada na Segunda Seção, tratando-se de perda total do veículo, a indenização a ser paga pela seguradora deve tomar como base a quantia ajustada na apólice (art. 1.462, CC), sobre a qual é cobrado o prêmio. (STJ, Resp 327.261/MG, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, ac. de 16.10.2001, in DJU 04.02.2001, p. 388)

Resta, pois, assinalar que aplicou bem o direito o conspícuo Magistrado *a quo*, quando acolheu os embargos de declaração documentados às fls. 101/104, suprimindo omissão em seu julgado quanto ao destino do bem salvado, para fazer constar na sentença que o veículo sinistrado pertencia à seguradora e que quaisquer ônus existentes até o dia 30.04.2001 deveriam ser arcados pelo demandante, ora apelado.

Ora, é cediço que, sendo deferida a indenização pela perda total do automóvel objeto do seguro, o bem deve passar à propriedade do segurador, sob pena de se gerar um enriquecimento sem causa do contratante segurado, urgindo, demais disso, que o veículo se mostre sem quaisquer ônus.

Perpassadas essas motivações, toma-se conhecimento da primeira apelação manejada por Porto Seguro – Companhia de Seguros Gerais, para, contudo, negar-lhe provimento.

QUANTO À APELAÇÃO INTERPOSTA POR ÉLIO CARLOS MESQUITA DE OLIVEIRA.

Trata-se de apelo interposto por Élio Carlos Mesquita de Oliveira, objetivando a reforma parcial do decisório de primeiro grau, proferida nos autos de ação de cobrança que manejou em face da Porto Seguros – Companhia de Seguros Gerais.

Para o exercício do juízo de admissibilidade, é mister a análise dos requisitos indispensáveis que a peça recursal deverá apresentar, sob pena de não se transportar efetivamente

para fase de revisão da matéria impugnada. Segundo a proposição doutrinária de BARBOSA MOREIRA, os pressupostos de admissibilidade dos recursos se dividem em: requisitos intrínsecos e extrínsecos.

Sufragando a aludida classificação, NELSON NERY JÚNIOR consigna, com maestria, que:

“ Os pressupostos extrínsecos respeitam aos fatores externos à decisão judicial que se pretende impugnar, sendo normalmente posteriores a ela. Neste sentido, para serem aferidos não são relevantes os dados que compõem o conteúdo da decisão recorrida, mas sim fatos a esta supervenientes. Deles fazem parte a tempestividade a regularidade formal, a inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer e o preparo” (in Princípios Fundamentais - Teoria Geral dos Recursos, Nelson Nery Júnior; p. 240/24 1; 5ª edição - RT; 2000-grifo nosso).

Empós detida análise do vertente caderno processual, constata-se que o apelo foi interposto fora do prazo legal de 15 (quinze) dias, motivo pelo qual não deve ser conhecido, por absoluta ausência de um dos pressupostos de admissibilidade recursal.

Com efeito, consoante se extrai do protocolo aposto no rosto do seu recurso apelatório, à fl. 122, o recorrente somente manejou o vertente recurso no dia 05/06/2003, estando, dessa forma, caracterizada sua interposição extemporânea, haja vista que, conforme se depreende da certidão de publicação acostada à fl. 107 deste caderno processual, a decisão que acolheu os embargos de declaração interpostos contra a sentença guerreada, e a partir da qual começa a fluir o prazo recursal, foi publicada no Diário da Justiça de 15/05/2003 (quinta-feira), tendo circulado no dia 16/05/2003 (sexta-feira), começando o prazo a ser contado, ou melhor, transcorrendo o seu primeiro dia na

segunda-feira (19/05/2003), o que significa que o **dies ad quem** para oposição do vertente reclamo recursal, a teor do disposto na legislação processual em vigor, *ex vi* do art. 522 do Código de Processo Civil, seria o dia 02/06/2003 (segunda-feira). Com isso, tem-se, visivelmente, a interposição extemporânea do vertente recurso de apelação cível.

Destarte, sendo a tempestividade um dos pressupostos extrínsecos de admissibilidade recursal, a constatação de que o apelo foi interposto após o prazo legal implica óbice intransponível ao seu conhecimento.

Forçoso concluir, por conseguinte, pelo não conhecimento do apelo manejado por Élio Carlos Mesquita de Oliveira, em desfavor de Porto Seguro – Companhia de Seguros Gerais, porquanto serodidamente aforado.

Diante de tudo que foi exposto, toma-se conhecimento apenas da apelação interposta por Porto Seguro - Companhia de Seguros Gerais, mas para negar-lhe provimento, mantendo-se incólume o decreto sentencial hostilizado, no molde como concebido empós o acolhimento dos embargos declaratórios às fls. 05 **usque** 06, e, ainda, não se toma conhecimento do apelo manejado por Élio Carlos Mesquita de Oliveira, porquanto extemporâneo o reclamo recursal.

Fortaleza(CE), 19 de abril de 2006.

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

Apelação Cível n.º 2005.0003.0747-7/0

Apelante: CITIBANK LEASING S.A. – ARRENDAMENTO MERCANTIL

Apelado: LUIZ DE CARVALHO JUCÁ NETO

Relator: Des. Ademar Mendes Bezerra

EMENTA: DIREITO DO CONSUMIDOR. ARREN-

DAMENTO MERCANTIL (LEASING). VRG ANTECIPADO. DESFIGURAÇÃO DO CONTRATO NÃO OCORRIDA. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS NÃO DEMONSTRADA. CUMULAÇÃO DE COMISSÃO DE PERMANÊNCIA COM OUTROS ENCARGOS MORATÓRIOS. IMPOSSIBILIDADE. DESCARACTERIZAÇÃO DA MORA DO DEVEDOR. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA POR ARBITRAMENTO. DESNECESSIDADE.

- Já é pacífico na Corte de Uniformização Infraconstitucional (Súmula 293) que o contrato de leasing não se convola em compra e venda a prazo em razão da cobrança antecipada do VRG (Valor Residual Garantido).

- Nos contratos firmados posteriormente à publicação da MP 1.963-17/2000, é válida a capitalização mensal de juros por instituição financeira, sendo inaplicável a Súmula 121 do Supremo Tribunal Federal que entende cabível a Lei de Usura à espécie. Não havendo pactuação a respeito, contudo, cabe a quem alega demonstrar a prática indevida do anatocismo, não se podendo falar em inversão do ônus da prova, vez que não configurada na espécie a hipossuficiência da parte ou a verossimilhança de suas alegações.

- É inválida a cumulação de comissão de permanência com correção monetária ou quaisquer outros encargos moratórios.

- A cobrança excessiva de encargos, como a indevida cumulação de comissão de permanência, descaracteriza a mora do devedor, não lhe subtraindo, contudo, o dever de consignar as parcelas do contrato que entende devidas.

- Despicienda a liquidação de sentença por arbitramento, quando o valor a ser executado depender de mero cálculo aritmético (CPC 604).

-
- **Apelação provida em parte.**
 - **Sucumbência recíproca (CPC 21, caput).**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação n.º 2005.0003.0747-7/0, 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, afastando as preliminares argüidas, lhe dar parcial provimento, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 1º de março de 2006.

RELATÓRIO

Trata-se, em verdade, de recurso de apelação interposto por CITIBANK LEASING S.A. – ARRENDAMENTO MERCANTIL e IVECO LATIN AMERICA LTDA contra sentença do MM. Juiz da 17ª Vara Cível de Fortaleza, que julgou procedente ação revisional de contrato de “leasing” ajuizada pelo ora apelado LUIZ DE CARVALHO JUCÁ NETO.

Na inicial de fls. 03/22, o autor/recorrido consignou haver celebrado contrato de arrendamento mercantil com a instituição financeira ré, CITIBANK LEASING S.A. – ARRENDAMENTO MERCANTIL, ora apelante, visando à aquisição de um automóvel FIAT-IVECO, modelo Daily Maxivan, 2000/2000, no valor global de R\$58.000,00(cinquenta e oito mil reais), a ser pago com uma entrada de R\$11.600,00(onze mil e seiscentos reais) mais 36(trinta e seis) parcelas de R\$1.864,54(hum mil, oitocentos e sessenta e quatro reais e cinquenta e quatro centavos).

Posteriormente, o contrato foi renegociado em 42(quarenta e duas) parcelas de R\$1.910,58(hum mil, novecentos e dez reais e cinquenta e oito centavos), perfazendo o montante de R\$80.244,36(oitenta mil, duzentos e quarenta e quatro

reais e trinta e seis centavos), numerário este deveras exorbitante.

Disse, em suma, que foi enganado pelo Banco, posto que sua pretensão era apenas adquirir o veículo de forma financiada, e não participar de um arrendamento mercantil.

Argumentou, em síntese, que o pagamento antecipado do valor residual desvirtua a operação de *leasing*, a qual se converte em compra e venda financiada, e que o Código de Defesa do Consumidor se aplica ao caso concreto, devendo, pois, ser retomado o equilíbrio econômico do ajuste, desnaturado em função das “irregularidades do contrato em questão”.

Ao final, requereu a revisão do contrato, cumulando o pedido com a manutenção na posse do bem alienado fiduciariamente, bem assim com a consignação de uma parcela da importância que entende devida.

Acostou à exordial os documentos de fls. 23/32.

Na contestação (fls. 54/89), por seu turno, o Banco demandado argüiu, como matéria preliminar, a inépcia da inicial, ante a ausência de pedido da parte, já que o autor postulou apenas a consignação de uma parcela no valor de R\$1.087,75 (hum mil, oitenta e sete reais e setenta e cinco centavos), sem declinar a finalidade da demanda, e a coisa julgada, tendo em vista o anterior ajuizamento de ação com o mesmo objeto e causa de pedir (Proc. N. 2002.02.04277-4) junto à 4ª Vara Cível da mesma Comarca, onde o feito restou extinto sem julgamento do mérito, em virtude de acordo extrajudicial realizado entre as partes.

No mérito, alegou, em apertada síntese, que todos os seus atos tinham por fundamento de validade o contrato firmado pelas partes, por ato de livre e espontânea vontade de cada uma; que o valor de cada parcela contratada em aditivo foi de R\$1.910,58 (hum mil, novecentos e dez reais e cinqüenta e oito centavos), tendo o demandante chegado arbitrariamente à conclusão, sem nenhum cálculo ou fundamento plausíveis, de que o valor das prestações a consignar seria de R\$1.087,75 (hum mil, oitenta e sete reais e setenta e cinco centavos) e, não obstante, sequer chegou a consignar a primeira, mesmo neste valor; que o CDC é inaplicável à espécie, sendo livre a pactuação

dos juros, e que, finalmente, a antecipação do valor residual garantido (VRG) não descaracteriza o arrendamento mercantil.

Juntou os documentos de fls. 90/145.

Às fls. 147/159, reconvenção do Banco promovido, aqui apelante, onde requer a reintegração do veículo objeto do contrato de **leasing** e a responsabilização do devedor pelas perdas e danos decorrentes de sua mora, sustentando, em suma, que a avença já está rescindida por cláusula resolutiva expressa, não socorrendo ao autor-reconvindo “a seródia (sic) ação revisional”.

Contestação da reconvenção às fls. 157/182.

Frustrada a tentativa de conciliação, foi anunciado o julgamento antecipado da lide (fl. 238).

Ouvido (fl. 240), o digno representante do Ministério Público (oficiante junto ao juízo monocrático) opinou pela extinção do feito, por vislumbrar a ocorrência de coisa julgada na espécie.

Às fls. 244/248, o MM. Juiz **a quo** julgou, por sentença, unificadamente, a ação e a reconvenção, reconhecendo a descaracterização do contrato de **leasing**, que na verdade se apresenta como compra e venda a prazo, tendo em vista a antecipação do valor residual garantido ocorrida na hipótese dos autos; ademais, manteve os juros pactuados e afastou a comissão de permanência, aplicando juros de mora de 1% ao mês, correção monetária pelo IPC (FIPE) e multa de 2% (dois por cento) sobre o valor das prestações em atraso.

O réu-reconvinte, então, interpôs embargos declaratórios (fls. 249/251) da decisão em comento, os quais foram providos, integrando-se o julgado às fls. 253/254, com o não acatamento das preliminares de inépcia da inicial e de coisa julgada, o repúdio à alegação de litigância de má-fé, a manifestação contrária à inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor à espécie e, finalmente, o indeferimento do pedido de assistência feito anteriormente por IVECO LATIN AMERICA LTDA, à míngua de interesse jurídico.

Nas razões da apelação (fls. 273/299), a instituição financeira renova as preliminares argüidas na contestação (de

inépcia da petição inicial e de coisa julgada), defendendo, outrossim, o ingresso de IVECO LATIN AMERICA LTDA no feito, como assistente do réu/reconvinte/apelante, uma vez que esta empresa é fiadora do CITIBANK, havendo pagado, inclusive, as parcelas já vencidas e ali enumeradas.

No mérito, alude ao enunciado n. 293 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual a antecipação do VRG não desfigura o contrato de **leasing**, devendo prosperar, portanto, o pedido de reintegração de posse aforado em reconvenção. Sustenta, por outro lado, que não há provas da existência de anatocismo na espécie, nem da cumulação indevida de comissão de permanência com correção monetária, multa contratual e juros de mora, cuja demonstração só seria possível através de perícia técnica não requerida pelo autor/apelado, e que, na verdade, a comissão de permanência é válida, desde que não cumulada com correção monetária, sendo este o caso dos autos.

Argumenta, ainda, que a despeito de haver postulado a consignação em pagamento das parcelas que entende devidas, o autor/recorrido não se dignou em fazê-lo sequer quanto à primeira prestação, o que reforça o pleito reintegratório.

Por fim, contesta a determinação de liquidação de sentença por arbitramento imposta pela sentença hostilizada, haja vista que "...devem apenas ser feitos cálculos artiméticos, não havendo necessidade de perito, com a conseqüente confecção de laudo".

Sem contra-razões.

É o relatório no que há de essencial.

VOTO

Preliminarmente, foram argüidas a inépcia da petição inicial, à falta de pedido, e a existência de coisa julgada na espécie, considerando, neste último caso, a extinção do processo n. 2002.02.04277-4 (distribuído para a 4ª Vara Cível de Fortaleza), com base no art. 269, III, do CPC, em face de acordo extrajudicial celebrado entre as partes.

Não merece acolhida nenhuma das preliminares em

apreço. A primeira, porque, muito embora só se aponte genericamente a existência de cláusulas abusivas no contrato, evidencia-se a propositura do pleito revisional, com os fundamentos jurídicos que o ensejaram, tendo sido, portanto, satisfatoriamente observadas as exigências do art. 282 da nossa Lei Adjetiva Civil.

No que tange à alegada ocorrência de coisa julgada, o próprio apelante confessa (fl. 275) que, na primeira ação intentada, o instrumento da transação não foi juntado aos autos. Ora, sem o instrumento do acordo extrajudicial, como teria sido possível homologá-lo e, de conseguinte, decretar-se a extinção do feito!? O que aconteceu, na verdade, foi a extinção do processo sem julgamento do mérito, pela desistência da ação, malgrado o juiz processante tenha se reportado ao art. 269, III, do CPC, ao invés do art. 267, VIII, do mesmo estatuto. É o que se vê e se constata da cópia autêntica da sentença homologatória em questão, juntada à fl. 142, onde o magistrado sentenciante consigna expressamente no **decisum** respectivo que o requerimento da parte se cingiu à desistência da ação, quando o correto seria, para efeito de extinção com julgamento do mérito, juntar o instrumento da transação, pleiteando-se a sua homologação, o que redundaria, aí sim, na extinção calcada no citado art. 269, III, do estatuto processual civil.

Nessa esteira, o seguinte julgado do Colendo Superior Tribunal de Justiça, assim ementado:

“Processo civil. Recurso especial. Transação. Extinção do processo com julgamento do mérito. - Tendo as partes firmado transação para por fim ao conflito, impõe-se a sua homologação para que surta os seus efeitos jurídicos e legais e, por conseqüência, a extinção do processo com julgamento do mérito”. (Grifou-se). (REsp 237.554/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 03.06.2003, DJ 18.08.2003 p. 201).

É claro que não se duvida da força obrigatória do aditivo que repousa às fls. 99/101, mas ele, por si só, conquanto não homologado pelo juiz competente, não tem o condão de convolar em sentença de mérito o que, materialmente, é uma decisão que decretou a extinção do feito em razão da desistência da parte, sem julgamento do mérito, portanto.

Não se tratando, pois, de anterior sentença de mérito já transitada em julgado, não há que se falar em coisa julgada.

Pelo exposto, afasto as preliminares argüidas pelo réu/apelante.

Já no que tange ao pedido de habilitação de IVECO LATIN AMERICA LTDA (outrora IVECO MERCOSUL LTDA) como assistente simples do ora apelante, entendo que restou demonstrado o interesse jurídico da referida empresa, conquanto fiadora daquele, como se vê dos termos de sub-rogação que repousam às fls. 204/209, 256/269 e 309/324.

É que, acaso o devedor vença em definitivo a demanda revisional, a fiadora, inelutavelmente, sairá prejudicada em eventual exercício do seu direito de regresso, porquanto terá pagado mais do que efetivamente poderá receber do devedor principal.

Com efeito, já decidiu o Excelso Supremo Tribunal Federal:

“Para verificar a existência de interesse jurídico de terceiro, para intervir no processo como assistente de uma das partes, há de partir-se da hipótese de vitória da parte contrária para indagar se dela lhe adviria prejuízo juridicamente relevante” (STF-Pleno: RT 669/215 e RF 317/213. No mesmo sentido: JTJ 156/214. Apud THEOTONIO NEGRÃO, in CPC..., 35ª ed., p. 165).

No caso destes autos, pois, a despeito de se ter olvidado o procedimento a que se refere o art. 51 do CPC, admito o recurso da IVECO, como terceiro interessado, conquanto configurada a hipótese do art. 499, § 1º, do CPC, recebendo o

processo, todavia, no estado em que se encontra.

O mérito do presente recurso assenta-se nas seguintes questões: a) desfiguração ou não do contrato de *leasing* pela antecipação do valor residual garantido (VRG); b) existência ou não da prática ilícita de anatocismo por parte da instituição de crédito recorrente; c) validade ou não, na espécie, da cobrança de comissão de permanência; d) procedência da reconvenção de reintegração de posse do bem arrendado, devido à mora do devedor e ao fato de que não foram consignadas as parcelas em discussão; e) possibilidade ou não da liquidação por arbitramento determinada na sentença.

No que concerne ao primeiro ponto, acerca da natureza jurídica do contrato, já é pacífico na Corte de Uniformização Infraconstitucional (Súmula 293) que o contrato de **leasing** não se convola em compra e venda a prazo em razão da cobrança antecipada do VRG (Valor Residual Garantido).

É o que se colhe do seguinte julgado, cuja ementa vem abaixo reproduzida:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - LEASING - (...) - COBRANÇA ANTECIPADA DO VRG - SÚMULA 293/STJ - (...).

(...) - No que tange à descaracterização do contrato de leasing em compra e venda à prestação, a Corte Especial deste Tribunal Superior posicionou-se no sentido de que o arrendamento mercantil não perde sua identidade com a cobrança antecipada do VRG (Valor Residual Garantido), porquanto ainda persistem as opções de prorrogação do contrato e de devolução do bem, a par da compra do mesmo (Súmula 293/STJ).

(...) - Agravo Regimental desprovido”. (AgRg no REsp 434.437/RS, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUARTA TURMA, julgado em 04.08.2005, DJ 22.08.2005 p. 276).

No mesmo sentido, o entendimento desta Egrégia Corte de Justiça:

“EMENTA - CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - ARRENDAMENTO MERCANTIL - SENTENÇA QUE EXTINGUIU O PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO POR CONSIDERAR DESCARACTERIZADO O INSTRUMENTO DA AVENÇA - POSSIBILIDADE DE ANTECIPAÇÃO DO VALOR RESIDUAL GARANTIDO (VGR) - CANCELAMENTO DA SÚMULA 263-STJ...

...A antecipação do valor residual garantido não mais desvirtua o contrato de arrendamento mercantil, tendo em vista o cancelamento da SÚM. 263-STJ.(...)”. (AC 2001.0000.8159-0/0, Rel. Des. Gizela Nunes da Costa, 2ª Câm. Cív., unânime, j. 08/09/2003).

Com relação à capitalização mensal de juros, que se convencionou chamar anatocismo, note-se que o contrato originário (fls. 90/93) se perfectibilizou após a entrada em vigor da Medida Provisória n.º 1.963-17, de 30 de março de 2000, a qual, em seu art. 5º, prescreve: “nas operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, é admissível a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano”; não havendo que se falar, pois, na aplicação da Súmula 121 do STF.

É que referida regra derogou o art. 4º da Lei de Usura, no tocante às instituições financeiras, possibilitando a capitalização mensal nos contratos celebrados sob a égide da referida MP.

Nessa mesma linha de raciocínio, a jurisprudência do STJ, como se pode constatar de excerto da ementa de acórdão unânime proferido no Agravo Regimental no Recurso Especial 697396/RS, relatado pelo eminente Min. Fernando Gonçalves, da 4ª Turma daquele egrégio Tribunal Superior, e publicado no DJU de 06/06/2005, **verbis**:

“..A Segunda Seção desta Corte, na assentada do dia 22/09/2004, por ocasião do julgamento dos Recursos Especiais 602.068/RS e 603.043/RS, ambos da relatoria do Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, pacificou entendimento no sentido da possibilidade de capitalização mensal nos contratos celebrados em data posterior à publicação da MP 1.963-17/2000...”

Destarte, lícito seria o ajuste quanto à capitalização mensal na hipótese em apreço. De qualquer modo, ainda que o instrumento contratual não seja claro no que atine à previsão dessa forma de cobrança das prestações pecuniárias, o fato é que não restou demonstrada, na espécie, a prática do mencionado anatocismo, não sendo lícito, aqui, falar em inversão do ônus da prova, direito básico do consumidor (inerente à facilitação de sua defesa), previsto no art. 6º, VIII, do CDC, dada a ausência dos pressupostos da verossimilhança das alegações da parte e/ou de sua hipossuficiência.

Verossimilhança não há, porque, como visto, não há falar em desnaturação do contrato de leasing e, por outro lado, quanto aos encargos decorrentes da mora, não há como aferir, pelos documentos acostados, se acresciam à base de cálculo da parcela imediatamente anterior, denotando a prática de juros sobre juros.

Igualmente, não se pode dizer da hipossuficiência do demandante, ora apelado, quando sequer foi beneficiário da justiça gratuita (fls. 31/33).

De maneira que não ficou evidenciada a prática ilícita do anatocismo.

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 comissão de ocupação é uma remuneração estabelecida para fazer face ao inadimplemento do contratante, incluindo em seu cálculo o montante das perdas inflaci-

onárias. 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 n.º 30 do STJ, nos seguintes termos:

“Súmula n.º 30 - A comissão de permanência e a correção monetária são inacumuláveis”.

Recente decisão do mesmo Tribunal Superior reitera o posicionamento sumulado:

“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 PÁDUA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 02.06.2005, DJ 20.06.2005, p. 277).

E, na hipótese dos autos, o contrato primitivo, cujas cláusulas gerais foram preservadas no aditivo de fls. 25/27, objeto da demanda, prevê expressamente (fl. 92 – cláusula 14) a cumulação de comissão de permanência com multa moratória

e juros de mora de 1% ao mês, devendo, pois, dita comissão ser expurgada da avença, compensando-se os valores indevidamente pagos, a esse título, com o restante do débito, mantido o índice de correção monetária fixado na sentença.

Não colhe, pois, o argumento do recorrente, de que uma perícia contábil seria imprescindível no caso, pois basta ler a cláusula em referência para constatar o abuso.

Saliente-se que a cobrança de encargos em excesso descaracteriza a mora. Oportuna, pois, a transcrição de excerto do voto de Sua Excelência, o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, ao ensejo do julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial 163.884/RS (2ª Seção do STJ - DJ 24/09/2001), segundo o qual:

“A mora somente existe, no sistema brasileiro, se houver fato imputável ao devedor, conforme reza o art. 963 do C.Civil (antigo), isto é, se a falta da prestação puder ser debitada ao devedor. Se o credor exige o pagamento com correção monetária calculada por índices impróprios, com juros acima do permitido, capitalização mensal, contribuição ao Proagro cobrada mais de uma vez, etc., o devedor pode não ter condições de efetuar o pagamento do que se lhe exige, e fica frustrada a oportunidade de purgar a mora. A exigência indevida é ato do credor, causa da falta do pagamento, que por isso não pode ser imputada ao devedor, nos termos do art. 963 acima citado”.

No mesmo sentido, a jurisprudência já pacificada do Colendo STJ:

“CONTRATO BANCÁRIO. JULGAMENTO EXTRA PETITA. NÃO OCORRÊNCIA. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. LIMITADOR. TAXA PACTUADA. COBRANÇA DE ENCARGOS

EXCESSIVOS. MORA. DESCARACTERIZAÇÃO.

I - Questões de ordem pública contempladas pelo Código de Defesa do Consumidor, independentemente de sua natureza, podem e devem ser conhecidas, de ofício, pelo julgador. Por serem de ordem pública, transcendem o interesse e se sobrepõem à vontade das partes. Falam por si mesmas e, por isso, independem de interlocução para serem ouvidas.

II – Admite-se a cobrança da comissão de permanência, após o vencimento da dívida, em conformidade com a taxa média do mercado, apurada pelo Banco Central do Brasil, limitada à taxa pactuada no contrato, desde que não cumulada com juros remuneratórios nem correção monetária.

III - A descaracterização da mora em virtude da cobrança excessiva de encargos harmoniza-se com a orientação adotada pela Segunda Seção deste Tribunal.

Agravo interno ao que se nega provimento". (AgRg no REsp 729.068/RS, Rel. Ministro CASTRO FILHO, TERCEIRA TURMA, julgado em 02.08.2005, DJ 05.09.2005 p. 408);

"CIVIL. CONTRATO DE CRÉDITO BANCÁRIO. CAPITALIZAÇÃO MENSAL. IMPOSSIBILIDADE. MORA. DESCARACTERIZAÇÃO. TR. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO.

1. A capitalização dos juros somente é admitida em casos específicos, previstos em lei (cédulas de crédito rural, comercial e industrial), ut súmula 93/STJ, não ocorrentes na espécie, constatação apta a fazer incidir a letra do art. 4º do Decreto nº 22.626/33 e a súmula 121/STF. Precedentes.

2. A descaracterização da mora pelo Tribunal de

origem, em virtude da constatação de pretender a instituição financeira mais do que lhe é devido, encontra-se em consonância com o entendimento pacificado da Segunda Seção (EREsp nº 163.884/RS).

3. A TR somente pode ser utilizada como índice de correção monetária quando pactuada, o que, in casu, não ocorre, ante a inexistência de previsão contratual específica. (súmula 295/STJ).

4. Agravo regimental não provido”. (AgRg no REsp 618.111/RS, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 19.08.2004, DJ 13.09.2004 p. 261)

Assim, não há como prosperar a reintegração de posse movida pelo recorrente em sede de reconvenção.

De outra banda, entretanto, causa estranheza o pedido de consignação do autor/apelado de apenas uma parcela que entende devida (ver a alínea “a” do requerimento final – fl. 22), quando se sabe que, em se tratando de prestações periódicas, o devedor deve depositá-las no vencimento, a teor do disposto no art. 892 do CPC, sendo que sequer chegou a consignar a primeira parcela.

Assim, deve o demandante, ora recorrido, depositar, a um só tempo, dentro no prazo razoável que assino de 1(hum) mês, todas as parcelas vencidas do contrato, atualizadas, a preços de hoje, pelo índice de correção previsto na sentença monocrática, compensando apenas o que pagou a maior, a título de cobrança indevida da comissão de permanência, pena de imediata reintegração do Banco credor na posse do veículo arrendado, a par da subjacente responsabilidade contratual, nos termos fixados neste acórdão.

Por fim, quanto à determinação contida no *decisum* hostilizado, de se proceder à liquidação de sentença por arbitramento, não há razão de ser, eis que o valor das prestações devidas pode ser obtido por mero cálculo aritmético, na forma dos arts. 604 e ss. da nossa Lei Adjetiva Civil.

À vista do exposto, conheço do presente recurso de apelação, conquanto preenchidos os seus pressupostos de admissibilidade, para lhe dar parcial provimento, reformando a sentença impugnada nos pontos em que não admitiu a IVECO como assistente do réu, descaracterizou o contrato de **leasing**, afastou a incidência do anatocismo supostamente praticado na hipótese **sub judice** e determinou a liquidação por arbitramento, mantido o julgamento de todas as demais questões e ressalvado o depósito das parcelas vencidas, na forma anteriormente aludida.

Anote-se o nome de IVECO LATIN AMERICA LTDA como assistente simples da instituição financeira apelante.

Sucumbência recíproca (CPC, art. 21, **caput**).

É como voto.

Fortaleza, 1º de março de 2006.

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

APELAÇÃO CÍVEL DE FORTALEZA Nº 1998.06529-6

APELANTE: YHELDA DE ALENCAR FELÍCIO

APELADO: MARIA IRACI RODRIGUES

Relatora: DESA. MARIA CELESTE THOMAZ DE ARAGÃO.

EMENTA:

AGRAVO RETIDO – CERCEAMENTO DE DEFESA – INOCORRÊNCIA – AGRAVO IMPROVIDO – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS – CIRURGIA PLÁSTICA – OBRIGAÇÃO DE RESULTADO – RESPONSABILIDADE DO CIRURGIÃO PELOS DANOS MATERIAIS E MORAIS – APELAÇÃO CONHECIDA E IMPROVIDA.

I – Uma vez que o assistente exerce a função de mero assessor, a sua não intervenção ou mesmo

seu pronunciamento “insuficiente” não acarreta prejuízo ao direito de defesa da parte, já resguardado na medida em que lhe fora dada oportunidade para indicar técnico, bem como fora o mesmo intimado para pronunciar-se sobre a perícia. Agravo retido improvido.

II – O contrato de cirurgia plástica tem a natureza de obrigação de resultado, razão pela qual o cirurgião se obriga a alcançar determinado fim sem o qual não terá cumprido sua obrigação. Por se tratar de obrigação de resultado, basta ao lesado demonstrar, além da existência do contrato, a não obtenção do fim prometido, cabendo ao devedor provar o caso fortuito ou a força maior, quando se exonerará da responsabilidade.

III – Sendo fato incontroverso a existência de contrato de prestação de serviços cirúrgicos entre as partes, tendo sido demonstrada a não obtenção do resultado prometido e diante da não comprovação da ocorrência de caso fortuito ou força maior, impõe-se à cirurgia o dever de indenizar.

IV – Não merece acolhida o pedido de redução da indenização fixada a título de danos materiais, se a Apelante não comprovou nos autos o alegado motivo determinante da diminuição.

V – O valor arbitrado pelo juízo monocrático a título de danos morais – R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) – coaduna-se com a melhor tendência moderna que, aplica o binômio punição e compensação, ou seja, a incidência da teoria do valor do desestímulo (caráter punitivo da sanção pecuniária) juntamente com a teoria da compensação, visando destinar à vítima uma soma que compense o dano moral sofrido.

VI – Apelação conhecida e improvida.

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível de Fortaleza nº 1998.06529-6, em que são partes YHELDA DE ALENCAR FELÍCIO, como Apelante e MARIA IRACI RODRIGUES como Apelado, acorda, à unanimidade de votos, a Turma Julgadora da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em negar provimento ao agravo retido e à apelação cível.

RELATÓRIO:

Cuidam os autos de ação de reparação de danos material e moral ajuizada por MARIA IRACI RODRIGUES contra YHELDA DE ALENCAR FELÍCIO.

Aduziu a Autora que, em 24 de novembro de 1995, submeteu-se a tratamento cirúrgico, realizado pela Suplicada, visando à redução mamária via axilar, sem cicatriz mamária, tendo despendido para tanto a quantia de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais).

Afirmou que a intervenção cirúrgica não obteve o resultado pretendido, restando, ainda, cicatrizes enormes, redução dos movimentos dos membros superiores, além do constrangimento na vida amorosa e no lazer da postulante.

Diante do que pleiteou a condenação da Promovida ao pagamento de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais) a título de danos materiais e R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) pelos danos morais.

À exordial, foram colacionados os documentos de fls. 07/12, dentre os quais 04 (quatro) fotos da Autora após a cirurgia.

Contestando o feito às fls. 22/26, a Promovida asseverou ter sido a paciente previamente orientada acerca da intervenção e do processo de cicatrização.

Ressaltou que, após a realização dos exames pré-operatórios, ficou acertado que a promovente se submeteria aos

seguintes tratamentos cirúrgicos: redução mamária via axilar, lipoescultura do abdômen e flancos, auto-implante de gordura nos glúteos e “lifting” nos braços.

Afirmou que a operação transcorreu sem nenhum incidente, tendo a autora retornado dia 27 de novembro para avaliação pós-operatória, com evolução dentro dos limites da normalidade. Posteriormente, entretanto, deixou a paciente de retornar ao consultório, informando que estaria sendo orientada por outro profissional.

Quanto às fotografias anexadas à exordial, salientou que foram tiradas logo após a cirurgia, quando ainda havia pouca cicatrização.

Acerca dos honorários da equipe médica, ressaltou que diziam respeito a quatro cirurgias – mama, braço, abdômen e glúteos – e não apenas à intervenção mamária, como afirmou a Autora.

Apontou como absurdo o valor pretendido a título de dano moral, caracterizando a tentativa de enriquecimento sem causa.

Diante do que pleiteou o julgamento de improcedência dos pedidos.

Também a contestante anexou fotos aos autos, desta feita contendo imagens do pré-operatório da Autora (fls. 30).

Réplica às fls. 78/80. Tréplica às fls. 99/100.

Em audiência realizada aos 23 de dezembro de 1996, após frustrada a tentativa conciliatória, o julgador singular deferiu a prova pericial.

Quesitos da Autora às fls. 106/107 e da Ré às fls. 108/109.

O perito, indicado pela Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica Regional do Ceará (fls. 113), apresentou laudo pericial às fls. 133/134.

O assistente técnico da Promovida manifestou-se às fls. 147.

Em audiência de instrução, aos 18 de março de 1998, as partes protestaram apenas pela juntada de novos documentos, principalmente fotografias, o que foi deferido pelo

magistrado.

Naquela oportunidade, a Ré apresentou agravo retido (fls. 182), insurgindo-se contra o indeferimento do pedido de nova intimação do assistente para exibir laudo adequado à matéria.

Petição da Promovida, acompanhada de fotos de outras pacientes e da Autora às fls. 187/199. Petição da Autora, respondendo ao agravo retido e também acompanhada de fotos suas às fls. 200/204.

Memoriais às fls. 208/210 e 212/216.

Em sentença às fls. 218/225, o magistrado singular entendeu que a cirurgia não surtiu os efeitos prometidos, fazendo-se necessária a efetivação de outra para corrigir, diante do que condenou a acionada a pagar à Autora a quantia de R\$ 34.000,00 (trinta e quatro mil reais), a título de reparação pelos danos materiais e morais reconhecidos.

Inconformada, a Promovida interpôs o presente recurso de apelação (fls. 228/237), ratificando, preliminarmente, o agravo retido interposto em audiência.

No mérito, rogou pela reforma da sentença, por entender que a Autora utilizou, no pós-operatório, substâncias outras que impediram o processo de cicatrização, fato este excludente da responsabilidade da recorrente.

Postulou, ademais, a redução do valor indenizatório, uma vez que a quantia despendida pela Autora (R\$ 4.000,00) dizia respeito a quatro atos cirúrgicos, pelo que a devolução deveria restringir-se a apenas R\$ 1.000,00 (mil reais). Também rogou pela redução dos danos morais.

Contrariedade às fls. 241/244.

Face à remoção do Des. José Cláudio Nogueira Carneiro para a 2ª Câmara Cível, o processo foi redistribuído, vindo-me os autos conclusos.

É o relatório, com revisão às fls.

VOTO:

Conheço da apelação, por observar presentes os

requisitos intrínsecos (cabimento, legitimidade para recorrer e interesse de recorrer) e extrínsecos (tempestividade, regularidade formal, inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer e preparo) de admissibilidade.

Preliminarmente, passo ao exame do agravo retido de fls. 182, através do qual a Sra. Yhelda de Alencar Felício defendeu que o pronunciamento técnico do assistente foi inteiramente alheio aos quesitos formulados pelas partes, acarretando-lhe cerceamento do direito constitucional de defesa.

O princípio do contraditório, esculpido no art. 5º, inciso LV da CF/88, implica, “de um lado, a necessidade de dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhes sejam desfavoráveis.” (Nelson Nery Júnior. Princípios do processo civil na constituição federal, 6ª ed., revista, ampliada e atualizada, São Paulo: RT, 2000, p. 132).

No caso dos autos, foi dada oportunidade à Agravante para que indicasse assistente técnico para acompanhar a realização da perícia, tendo sido a prova produzida na presença do profissional indicado por aquela (fls. 133).

Posteriormente, o juízo singular deferiu prazo para que o assistente se manifestasse sobre a perícia (fls. 139), tendo o citado assistente peticionado às fls. 147.

Com tais procedimentos, o magistrado de 1º grau implementou o contraditório em seus dois vetores: informação necessária e possibilidade de reação.

Se a manifestação do assistente não correspondeu às expectativas da Agravante, trata-se de questão extra processual, envolvendo apenas esta e o profissional que contratou, devendo ser resolvida através de outros meios judiciais.

Ressalte-se ademais que, desde o advento da Lei nº 8455/92, que alterou a redação do art. 422 do CPC, o assistente do perito passou a ser considerado mero assessor da parte, não se lhe aplicando a pena de inabilitação por prestações inverídicas, disposta no art. 147 do CPC.

Assim, exatamente porque o assistente exerce a função de mero assessor, a sua não intervenção ou mesmo

seu pronunciamento “insuficiente” não acarreta prejuízo ao direito de defesa da parte, já resguardado na medida em que lhe fora dada oportunidade para indicar técnico, bem como fora o mesmo intimado para pronunciar-se sobre a perícia.

Com fulcro em tais razões, julgo improcedente o agravo retido.

Quanto à apelação, entendo que não prospera o inconformismo da cirurgia plástica.

Esclareça-se, de logo, que o contrato de cirurgia plástica tem a natureza de obrigação de resultado, razão pela qual o cirurgião se obriga a alcançar determinado fim sem o qual não terá cumprido sua obrigação.

RUI STOCCO, dissertando sobre o tema, esclarece que, “enquanto na atividade tradicional o médico oferece serviços de atendimento através de meios corretos e eficazes, comprometendo-se a proporcionar a seu paciente todo o esforço, dedicação e técnicas, sem contudo, comprometer-se com a cura efetiva, na atividade de cirurgia estética o médico contrata um resultado, previsto, antecipado e anunciado. Não ocorrendo este, salvo nas intercorrências e episódios que atuem como elidentes de sua responsabilidade, cabe exigir-lhe o adimplemento da obrigação de resultado assumida.” (*In Tratado de responsabilidade civil, 5ª ed., revista, atualizada e ampliada, São Paulo: RT, 2001, p. 401*).

Por se tratar de obrigação de resultado, basta ao lesado demonstrar, além da existência do contrato, a não obtenção do fim prometido, cabendo ao devedor provar o caso fortuito ou a força maior, quando se exonerará da responsabilidade.

Nesse sentido a jurisprudência emanada do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, *verbis*:

“CIVIL E PROCESSUAL - CIRURGIA ESTÉTICA OU PLÁSTICA - OBRIGAÇÃO DE RESULTADO (RESPONSABILIDADE CONTRATUAL OU OBJETIVA) - INDENIZAÇÃO - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. I - Contratada a realização da cirurgia estética embelezadora, o cirurgião

assume obrigação de resultado (Responsabilidade contratual ou objetiva), devendo indenizar pelo não cumprimento da mesma, decorrente de eventual deformidade ou de alguma irregularidade. II - Cabível a inversão do ônus da prova. III - Recurso conhecido e provido. (Recurso Especial nº 81101/PR; DJ 31/05/1999, p. 140, LEXSTJ 123/155, RSTJ 119/290; Rel.: Min. WALDEMAR ZVEITER, Terceira Turma)

“CIVIL. CIRURGIA ESTÉTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. INDENIZAÇÃO. DANO MATERIAL E DANO MORAL. Contratada a realização de cirurgia estética embelezadora, o cirurgião assume obrigação de resultado, sendo obrigado a indenizar pelo não cumprimento da mesma obrigação, tanto pelo dano material quanto pelo moral, decorrente de deformidade estética, salvo prova de força maior ou caso fortuito. (Recurso Especial nº 10536/RJ, DJ 19/08/1991, p. 10993; JBCC 194/41, RSTJ 33/555; SJADCOAS 101/31; Rel.: Min. DIAS TRINDADE, Terceira Turma)

In casu, a existência de um contrato de prestação de serviços de cirurgia plástica entre Apelante e Apelada constitui fato incontroverso, independendo de prova, conforme preceituou o art. 334 do Código de Processo Civil.

Ademais, a não obtenção do resultado prometido restou sobejamente demonstrada pelas fotografias colacionadas aos autos, bem como – e principalmente – pelas conclusões do laudo do perito médico, segundo o qual, “uma análise comparativa entre os parâmetros universalmente aceitos como resultados satisfatórios em mamoplastia redutora, e os achados periciais, mostram que o procedimento cirúrgico utilizado não atingiu os objetivos de uma plástica mamária” (fls. 134).

A assertiva da Apelante, no sentido de que a paciente utilizou, no pós operatório, substâncias outras que impediram

o processo de cicatrização, sequer em tese constitui causa excludente da responsabilidade daquela, uma vez que o pleito indenizatório decorre de o ato cirúrgico não ter obtido o resultado prometido.

As seqüelas da operação – cicatrizes axilares assimétrica, alargada e com bridas cicatriciais, com deformidade permanente, como aponta o **expert** às fls. 134 – constituíram apenas fator agravante do dano já causado.

Impende ressaltar, ainda, que o uso de substâncias pela Apelada não restou demonstrado nos autos, desmerecendo por isso acolhida.

Uma vez demonstrado o dano e não tendo a Apelante comprovado a ocorrência de caso fortuito ou a força maior, impõe-se a esta o dever de indenizar.

Quanto ao valor arbitrado a título de reparação dos danos materiais – R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), correspondente ao que a paciente despendeu com a cirurgia –, entendo que o julgador de 1º grau bem aplicou o direito à espécie.

Embora a Apelante defenda a redução do valor a ser ressarcido a título de danos materiais, sob o fundamento de que tal quantia correspondeu à realização de quatro tratamentos cirúrgicos – redução mamária via axilar, lipoescultura do abdômen e flancos, auto-implante de gordura nos glúteos e “lifting” nos braços –, não colacionou aos autos prova capaz de demonstrar tal proposição, bem como não pleiteou a realização de prova com vistas a esclarecer a situação alegada.

Ressalte-se que o recibo de fls. 27 é documento particular, produzido unilateralmente pela Apelante, não constituindo prova hábil a comprovar a assertiva em exame.

Não tendo a Apelante se eximido do ônus probante que lhe é imposto por lei (art. 333, inciso II do Código de Processo Civil), falece de substrato a postulação de reduzir o valor dos danos materiais.

Finalmente, entendo que o valor arbitrado pelo juízo monocrático a título de danos morais – R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) – coaduna-se com a melhor tendência moderna que, na lição de RUI STOCCO, aplica “o binômio *punição e compensação*, ou seja, a incidência da teoria do valor do desestímulo

(caráter punitivo da sanção pecuniária) juntamente com a teoria da compensação, visando destinar à vítima uma soma que compense o dano moral sofrido” (*op. cit.*, p.1396)

Diante do que, nego provimento ao apelo, confirmando a sentença monocrática em todos os seus termos.

É como voto.

Fortaleza, 2 de dezembro de 2002.

AGRAVO DE INSTRUMENTO

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

AGRAVO DE INSTRUMENTO DE FORTALEZA

Nº 2003.0013.2465-4

AGRAVANTE: EREMILA EPIFÂNIO ALVES

AGRAVADA: MARIA DOS REMÉDIOS DE SOUSA

ÓRGÃO JULGADOR: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL

RELATORA: DESA. MARIA CELESTE THOMAZ DE ARAGÃO.

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO REIVINDICATÓRIA – DECISÃO QUE ANTECIPOU A TUTELA, DETERMINANDO A IMEDIATA DESOCUPAÇÃO DO IMÓVEL, BEM COMO ENCERROU A PROVA, ANUNCIANDO O JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE – PREJUDICIAL DE USUCAPIÃO CONSTITUCIONAL URBANO – QUESTÃO QUE AFASTA OS REQUISITOS NECESSÁRIOS À ANTECIPAÇÃO DE TUTELA – NECESSIDADE DA REALIZAÇÃO DE PROVA EM AUDIÊNCIA – CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA – AGRAVO CONHECIDO E PROVIDO: I – A discussão acerca da propriedade do imóvel, em face da matéria ventilada em sede de contestação (aquisição da propriedade através da prescrição aquisitiva), gera fundada dúvida acerca do título apresentado pela Recorrida, razão pela qual não poderia ser deferida a antecipação da tutela. II – O bem em exame, por ser urbano e possuir área de 46,82m² (quarenta e seis vírgula oitenta e dois metros quadrados) insere-se na descrição do art. 183 da Carta Magna de 1988. III – O legislador constituinte originário, em tais hipóteses, não exigiu justo título e boa-fé do possuidor, bastando que este demonstre ser a posse ininterrupta e sem

oposição, com animus domini, durante o tempo de cinco anos, para sua moradia ou de sua família e desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. IV – Os bens pertencentes às entidades paraestatais não são tidos como bens públicos, de modo que são passíveis de usucapião. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. V – Tendo a Agravante requerido a realização de prova em audiência e sendo constatada a imprescindibilidade desta, incidiu em “error in judicando” o magistrado singular ao aplicar à hipótese a disposição do art. 330, inciso I, do CPC, o que acarretou manifesto cerceamento do direito de defesa da Agravante. VI – Agravo conhecido e provido, determinando o regular processamento da lide, com a realização da fase instrutória, bem como garantindo à Agravante o direito de permanecer na posse do imóvel até o julgamento final da ação.

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Agravo de Instrumento de Fortaleza nº 2003.0013.2465-4, em que são partes os acima indicados, acorda, à unanimidade de votos, a Turma Julgadora da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em conhecer do recurso, para dar-lhe provimento, determinando o regular processamento da lide, com a realização da fase instrutória, bem como garantindo à Agravante o direito de permanecer na posse do imóvel até o julgamento final da ação.

RELATÓRIO:

Cuidam os autos de **agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo** interposto por EREMILA EPIFÂNIO ALVES contra decisão prolatada em audiência preli-

minar referente à **ação reivindicatória** ajuizada por MARIA DOS REMÉDIOS DE SOUSA.

Através do “decisum” hostilizado (fls. 110/111), o MM. Juiz de Direito da 10ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza/Ce deferiu a antecipação de tutela, determinando que a Promovida, ora Agravante, desocupasse o imóvel objeto da ação¹, no prazo de 50 (cinquenta) dias, contados a partir daquela data – 04 de novembro de 2003 – bem como determinou o encerramento da prova, anunciando o julgamento antecipado da lide.

Em suas razões, a Agravante aduziu residir no imóvel com sua família desde 24 de julho de 1992, razão pela qual é a legítima proprietária do bem, adquirido através de usucapião constitucional urbano, tendo sido tal matéria ventilada em contestação.

Apontou ter colacionado aos autos cópias de comprovantes de pagamento de energia elétrica que demonstraram a posse mansa e pacífica no imóvel há mais de 10 (dez) anos.

Afirmou, ainda, que o encerramento da instrução processual acarretou manifesto cerceamento de seu direito de comprovar a propriedade do bem, adquirida através da prescrição aquisitiva.

Pleiteou, assim, fosse deferido efeito suspensivo ao agravo, garantindo-lhe o direito de permanecer no imóvel, bem como determinando ao MM. Juiz de Direito da 10ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza que procedesse à realização da fase instrutória, com o provimento do recurso, ao final.

Em decisão de fls. 126/131, deferi a suspensividade requestada.

Em contra-razões de fls. 136/148, a Agravada afirmou que a aquisição do imóvel seguiu todos os rigores legais, tendo a Caixa Econômica Federal, após os procedimentos executórios, levado o imóvel a leilão, quando, então, fora o mesmo adquirido pela Agravada.

¹ Imóvel residencial localizado à Rua Muritiapá, nº 77, aptº 201, bloco 19, Conjunto Lagoa Redonda, bairro Lagoa Redonda, Fortaleza/Ce, matrícula 51.488, Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Fortaleza.

Defendeu que, a partir da adjudicação do imóvel à Caixa Econômica Federal, ocorrida em 25 de abril de 1997, findou a relação entre aquela e os ex-mutuários.

Ressaltou, ainda, que, até o ajuizamento da ação reivindicatória, a Agravante não questionou os atos executórios realizados pela Caixa Econômica Federal, assim como não ajuizou ação revisional do contrato.

Pleiteou, assim, o improvimento do recurso.

Eis o relato, no que há de essencial.

VOTO:

Conheço do recurso, por observar presentes os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade.

Entendo merecer reforma a decisão de 1º grau.

Isto porque, a discussão acerca da propriedade do imóvel, em face da matéria ventilada em sede de contestação (aquisição da propriedade através da prescrição aquisitiva), gera fundada dúvida acerca do título apresentado pela Recorrida, razão pela qual não poderia ser deferida a antecipação da tutela.

Importante ressaltar que o bem em exame, por ser urbano e possuir área de 46,82m² (quarenta e seis vírgula oitenta e dois metros quadrados) insere-se na descrição do art. 183 da Carta Magna de 1988.

Ademais, o legislador constituinte originário, em tais hipóteses, **não exigiu justo título e boa-fé do possuidor**, bastando que este demonstre ser a posse ininterrupta e sem oposição, com ***animus domini***, durante o tempo de cinco anos, para sua moradia ou de sua família e desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

Nesse sentido, a valorosa lição de SILVIO DE SALVO VENOSA, *in litteris*:

“(...) Não existe exigência de justo título e boa-fé nessa modalidade, o que se aplica tanto ao usucapião especial urbano, assim como ao usucapião especial rural. O que leva alguém a

apossar-se de imóvel para obter um teto é a ânsia da moradia, fenômeno social marcante nos centros urbanos. (...) (In *Direito civil: direitos reais*, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 204)

No caso dos autos, os documentos de fls. 82/88 apontam a posse ininterrupta e sem oposição da Recorrente, há mais de cinco anos, o que demonstra, em um exame superficial, a implementação do referido requisito.

Pondere-se, ainda, que os bens pertencentes às entidades paraestatais – empresas públicas (como a Caixa Econômica Federal) e sociedades de economia mista – não são tidos como bens públicos, de modo que **são passíveis de usucapião**, conforme já decidiu o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, **verbis**:

“USUCAPIÃO. Sociedade de Economia Mista. CEB. - O bem pertencente à sociedade de economia mista pode ser objeto de usucapião. - Precedente. - Recurso conhecido e provido.” (Recurso Especial 120702, DJ de 20/08/2001, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma)

“USUCAPIÃO. BEM PERTENCENTE À SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE. ‘ANIMUS DOMINI’. MATÉRIA DE FATO. Bens pertencentes à sociedade de economia mista podem ser adquiridos por usucapião. Dissonância interpretativa insuscetível de configurar-se tocante ao ‘animus domini’ dos usucapientes, em face da situação peculiar de cada caso concreto.” (Recurso Especial 37906, DJ de 15/12/1997, p. 66414, Rel. Min. Barros Monteiro, Quarta Turma, RSTJ 105/313)

As razões acima alinhadas também demonstram que a controvérsia em tablado envolve matéria de fato que necessita de instrução probatória, o que foi expressamente

requerido pela Agravante, em sede de contestação, às fls. 79.

Sendo imprescindível a produção de provas em audiência, incidiu em “error in iudicando” o magistrado singular ao aplicar à hipótese a disposição do art. 330, inciso I, do CPC, o que acarretou manifesto cerceamento do direito de defesa da Agravante.

Nesse sentido a jurisprudência pátria, *in verbis*:

“Constitui cerceamento de defesa o julgamento sem o deferimento de provas pelas quais a parte protestou especificamente, falta de prova de matéria de fato que é premissa de decisão desfavorável àquele litigante”. (RSTJ 3/1026)

“O indeferimento de prova essencial requerida pela parte, julgando-se antecipadamente a lide, caracteriza cerceamento de defesa. Precedentes deste Tribunal. Recurso conhecido e provido para anular o processo, desde quando denegada a produção da prova requerida pelo autor.” (RSTJ 98/163)

“O julgamento antecipado da lide deve acontecer quando evidenciada a desnecessidade de produção de prova; de outro modo, caracterizado fica o cerceamento de defesa. Recurso especial atendido. ” (RSTJ 48/406)

DIANTE DE TODO O EXPOSTO, **dou provimento ao recurso**, determinando o regular processamento da lide, com a realização da fase instrutória, bem como garantindo à Agravante o direito de permanecer na posse do imóvel até o julgamento final da ação.

Fortaleza, 19 de abril de 2004.

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

Nº DO PROCESSO: 2004.0002.2322-4/0

TIPO PROCESSO: Agravo de Instrumento c/ Pedido de Efeito Suspensivo

COMARCA: Fortaleza

PARTES:

Agravante – Município de Sobral/CE.

Agravados – Antônio Maurício Ribeiro de Carvalho e Outros.

RELATORA: Des. Gizela Nunes da Costa

EMENTA:

CONSTITUCIONAL – TRIBUTÁRIO – IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA (ISSQN) – ATIVIDADES CARTORÁRIAS – NÃO INCIDÊNCIA – PRECEDENTE DO STJ – EMENDA CONSTITUCIONAL N. 39/2002.

I – Os emolumentos cobrados pelas atividades cartorárias possuem natureza tributária de taxa, pois se destinam a remunerar um serviço público delegado à iniciativa privada por força do art. 236, caput, da Constituição Federal de 1988. Enquadrando-se os emolumentos cartorários na natureza de taxas não há como incidir o ISS sobre os mesmos, uma vez que caracterizaria uma bitributação, já que os emolumentos servem para remunerar os serviços públicos prestados.

II – Em se tratando de atividade estatal delegada, pela própria Constituição Federal, a permissão da incidência do ISS sobre os serviços notariais implicaria inobservância ao princípio constitucional da imunidade recíproca entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios, insculpido no art. 150, inc. VI, alínea 'a'.

III – Recurso conhecido, mas desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos.

ACORDA a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por julgamento de Turma, à unanimidade de votos, conhecer do Agravo de Instrumento, eis que presentes os seus requisitos de admissibilidade, para negar-lhe provimento, na forma do relatório e voto da relatora em acórdão acima ementado.

Cuida-se de **Agravo de Instrumento** interposto pelo **Município de Sobral/CE** em desfavor de **Antônio Maurício Ribeiro de Carvalho e outros**, com o desiderato de reformar a decisão interlocutória que deferiu o provimento liminar requestado, suspendendo a cobrança do imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISSQN) por parte da municipalidade.

O Município de Sobral/CE sustenta, no mérito, a possibilidade de tributação incidente os serviços de registros públicos, cartorários e notariais, defendendo, para tanto, a constitucionalidade da Lei Complementar Federal nº 116/2003 e da Lei Complementar Municipal 19/2003.

Assevera ainda que, no presente caso, os impetrantes buscariam atacar lei em tese, o que se revela impossível, haja vista pacífico entendimento jurisprudencial no sentido de ser impossível a impetração de mandado de segurança contra lei em tese.

Aduz, por fim, que o caso sob comento não comportaria a concessão de liminar, porquanto ausentes os requisitos para seu deferimento e ainda tendo em vista que a mesma constituiria medida satisfativa, o que não é admitido.

Anexou documentação de fls. 10/43.

Despachei à fl. 48, determinando a oitiva dos agravados e requisitando informações ao juiz da causa.

O juízo **a quo** prestou informações à fl. 52.

Contram minuta constante às fls. 54/93, na qual os agravados rebatem a alegação de que buscariam através do **mandamus** atacar lei em tese, alegando os mesmos que, em verdade, trata-se de mandado de segurança preventivo, razão pela qual concluem ser adequada a via eleita.

Afirmam os agravados, ademais, que o ISS somente poderia incidir sobre a prestação de serviços de direito priva-

do, sendo assim impossível a sua incidência sobre os serviços notariais e de registros, uma vez que estes, de acordo com definição constitucional, são serviços públicos, possuindo natureza jurídica de taxa.

Por derradeiro, sustentam que a cobrança do referido imposto representaria ofensa à previsão constitucional de imunidade recíproca entre os entes federados, visto que o município estaria cobrando tributo sobre serviço desenvolvido pelo Estado do Ceará.

Às fls. 101/106 o douto representante do **Parquet** opinou pelo desprovimento do agravo.

É o relatório em apertada síntese.

Preliminarmente, conheço do Agravo de Instrumento por estarem presentes todos os seus *requisitos* de admissibilidade.

No que tange ao mérito do recurso, tenho que não merece reforma a decisão interlocutória atacada, porquanto se encontra em consonância com o entendimento jurisprudencial aplicável à espécie, senão vejamos.

A questão em tablado versa sobre a possibilidade ou não de incidência do Imposto Sobre Serviço de Qualquer Natureza (ISSQN) sobre os serviços notariais.

Para se manter vigente a decisão objurgada, faz-se mister tecer algumas considerações importantes sobre o assunto. Primeiramente, impende registrar que os emolumentos cobrados pelas atividades cartorárias possuem natureza tributária de taxa, pois se destinam a remunerar um serviço público delegado à iniciativa privada, por força do art. 236, **caput**, da Constituição Federal de 1988.

É todo nesse sentido a jurisprudência do Colendo Supremo Tribunal Federal, **in verbis**:

“CONSTITUCIONAL. DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DE ARTS. DA LEI Nº 9534/97. REGISTROS PÚBLICOS. NASCIMENTO. ÓBITO. ASSENTO. CERTIDÕES. COMPETÊNCIA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE A MATÉRIA.

ARTS. 22, XXV E 236, §2º. DIREITO INTRÍNSECO AO EXECÍCIO DA CIDADANIA. GRATUIDADE CONSTITUCIONALMENTE GARANTIDA. INEXISTÊNCIA DE ÓBICE A QUE O ESTADO PRESTE SERVIÇO PÚBLICO A TÍTULO GRATUITO.

A ATIVIDADE QUE DESENVOLVEM OS TITULARES DAS SERVENTIAS, MEDIANTE DELEGAÇÃO, E A RELAÇÃO QUE ESTABELECEM COM O PARTICULAR SÃO DE ORDEM PÚBLICA. OS EMOLUMENTOS SÃO TAXAS REMUNERATÓRIAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS. PRECEDENTES. O DIREITO DO SERVENTUÁRIO É O DE PERCEBER, INTEGRALMENTE, OS EMOLUMENTOS RELATIVOS AOS SERVIÇOS PARA OS QUAIS TENHAM SIDO FIXADOS. PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DOS ARTS. 1º, 3º E 5º DA LEI 9534/97. LIMINAR DEFERIDA” (ADC nº 5 MC/DF, Relator Ministro NELSON JOBIM, DJ de 19/09/2003, p. 13) (grifos inexistentes no original)

“DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. CUSTAS E EMOLUMENTOS: SERVENTIAS JUDICIAIS E EXTRAJUDICIAIS. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DA RESOLUÇÃO Nº 7, DE 30 DE JUNHO DE 1995, DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ: ATO NORMATIVO”.

1. Já ao tempo da Emenda Constitucional nº 1/69, julgando a Representação nº 1.094-SP, o Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que “as custas e os emolumentos judiciais ou extrajudiciais”, por não serem preços públicos, “mas, sim, taxas, não podem ter seus valores fixados por decreto, sujeitos que estão ao princípio constitucional da legalidade (parágrafo 29 do artigo 153 da Emenda Constitucional nº 1/

69), garantia essa que não pode ser ladeada mediante delegação legislativa” (RTJ 141/430, julgamento ocorrido a 08/08/1984).

2. Orientação que reiterou, a 20/04/1990, no julgamento do RE nº 116.208-MG.

3. Esse entendimento persiste, sob a vigência da Constituição atual (de 1988), cujo art. 24 estabelece a competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal, para legislar sobre custas dos serviços forenses (inciso IV) e cujo art. 150, no inciso I, veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos municípios, a exigência ou aumento de tributo, sem lei que o estabeleça.

4. O art. 145 admite a cobrança de “taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição”. Tal conceito abrange não só as custas judiciais, mas, também, as extrajudiciais (emolumentos), pois estas resultam, igualmente, de serviço público, ainda que prestado em caráter particular (art. 236). Mas sempre fixadas por lei. No caso presente, a majoração de custas judiciais e extrajudiciais resultou de Resolução - do Tribunal de Justiça - e não de Lei formal, como exigido pela Constituição Federal.

5. Aqui não se trata de “simples correção monetária dos valores anteriormente fixados”, mas de aumento do valor de custas judiciais e extrajudiciais, sem lei a respeito.

6. Ação Direta julgada procedente, para declaração de inconstitucionalidade da Resolução nº 07, de 30 de junho de 1995, do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná” (ADI nº 1.444/PR, Relator Ministro SYDNEY SANCHES, DJ de 11/04/2003, p. 25) (grifos inexistentes no original)

Assim, enquadrando-se os emolumentos cartorários na natureza de taxa, não há como incidir o ISS sobre os mesmos, uma vez que caracterizaria uma bitributação, já que os emolumentos servem para remunerar os serviços públicos prestados.

Em segundo lugar, vale observar que, em se tratando de atividade estatal delegada pela própria Constituição Federal, a permissão da incidência do ISS sobre os serviços notariais implicaria inobservância ao princípio constitucional da imunidade recíproca entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios, insculpido no art. 150, inc. VI, alínea 'a'.

Em recente pronunciamento, o Colendo Superior Tribunal de Justiça, analisando caso semelhante, entendeu pela não incidência do ISS sobre as atividades cartorárias, ***expressis verbis***:

“TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ISS. SERVIÇOS CARTORÁRIOS, NOTARIAIS E DE REGISTRO PÚBLICO. NATUREZA PÚBLICA. ART. 236 DA CF/88. IMUNIDADE RECÍPROCA. EMOLUMENTOS. CARÁTER DE TAXA. NÃO-INCIDÊNCIA. ART. 105, INCISO III, ALÍNEA “C”, DA CARTA MAGNA. FALTA DE MENÇÃO AO REPOSITÓRIO OFICIAL E DE JUNTADA DE CÓPIAS AUTENTICADAS DOS ACÓRDÃOS PARADIGMAS.

I - No que tange à alínea “c” do art. 105 da CF/88, a recorrente não observou o disposto no art. 255 do RISTJ, para fins de comprovação do dissídio suscitado. É que deixou de juntar certidões ou cópias autenticadas ou sob a declaração de autenticidade do próprio advogado, dos acórdãos paradigmas e tampouco citou o repositório oficial, autorizado ou credenciado em que este se encontram publicados. Aliás, nem mesmo a data de publicação do Diário da Justiça foi indicada. II - Os serviços cartorários, notariais e de registro público não sofrem a inci-

dência do ISS, porquanto são essencialmente serviços públicos, prestados sob delegação de poder, a teor do art. 236 da CF/88, sendo que a referida tributação fere o princípio da imunidade recíproca, estampada no art. 150, inciso VI, da Carta Magna. III - Ademais, incabível a cobrança do aludido tributo, sob pena de ocorrência de bitributação, eis que os emolumentos exigidos pelos cartórios servem como contraprestação dos serviços públicos prestados, caracterizando-se como taxa. Precedentes do STF: ADC nº 5 MC/DF, Rel. Min. NELSON JOBIM, DJ de 19/09/03 e ADI nº 1.444/PR, Rel. Min. SYDNEY SANCHES, DJ de 11/04/03. IV - Recurso especial conhecido parcialmente e, nesta parte, provido.” (REsp 612.780/RO, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 09.08.2005, DJ 17.10.2005 p. 180) (grifos inexistentes no original)

Ressalte-se ainda que não assiste razão ao agravante no que tange à alegação de inadequação da via eleita, na medida em que, no caso em liça, a ação mandamental foi proposta na modalidade preventiva, visando exatamente à suspensão da aplicação da Lei Complementar Municipal nº 19/03.

Com efeito, a ação de que ora se cuida não busca atacar lei em tese, mas sim afastar a ameaça a direito líquido e certo dos impetrantes, visto possuírem os mesmos fundado receio de serem compelidos ao pagamento de exação que entendem indevida e, o que é pior, inconstitucional.

No que se refere ao argumento de não ser cabível a concessão de medida liminar na espécie, em face da ausência dos requisitos autorizadores e em decorrência de seu caráter satisfativo, tem-se que tais assertivas são insubsistentes.

Inicialmente não se cogita de satisfatoriedade da medida liminar concedida, considerando-se que a decisão em tablado apenas suspendeu a cobrança no ISS sobre o serviço prestado pelos agravados, ao passo que o objeto do mandado de segurança

é a declaração de inconstitucionalidade da exação em tela.

Demais disso, resta plenamente caracterizado o ***fumus boni iuris***, enquanto que o ***periculum in mora*** mostrou-se evidenciado pelo fato de que a postergação da análise do pleito mandamental para a fase de julgamento da ação poderia implicar sérios gravames financeiros aos impetrantes, que seriam obrigados a recolher mensalmente o tributo em favor da municipalidade e somente poderiam reavê-lo através de outra ação judicial, tendo-se ainda que se submeter ao sistema do precatório.

À LUZ DE TODO O EXPOSTO, nego total provimento a este agravo, mantendo incólume a decisão interlocutória guerreada.

É como voto.

Fortaleza, 20 de Setembro de 2006.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

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

Nº PROCESSO: 2004.0001.5011-1/1

TIPO DO PROCESSO: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

COMARCA: FORTALEZA.

PARTES:

Embargante: ANTONIO GIL FERNANDES BEZERRA

**Embargado: BANCO INDUSTRIAL E COMERCIAL S.A. –
BICBANCO**

RELATORA: DES^a GIZELA NUNES DA COSTA.

EMENTA – Embargos de declaração. Caráter infringente.

1. Reexame de pontos sobre os quais já houvera pronunciamento expresso do órgão turmário, com inversão, em conseqüência, do resultado da decisão, tudo sob a singular alegativa de encontrar-se esta a padecer dos vícios da omissão, obscuridade e contradição. Pretensão que refoge aos lindes estreitos do art. 535 do CPC. Inadmissibilidade.

Súmula 18 do TJCE.

2. Documento. Juntada pelo autor ao azo da contraminuta do recurso apelatório. Conhecimento anterior deste pelo réu. Nulidade do acórdão inexistente. Irrelevância.

Essencialidade ou complementariedade do documento inócuentes na espécie decidida. Prejuízo não verificado. Nulidade do acórdão repelida.

3. Embargos rejeitados.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Embargos de Declaração nº 2004.0001.5011-1/1, de Fortaleza, em que são partes as acima indicadas.

ACORDA a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em julgamento de turma, e à unanimidade de votos, em conhecer do recurso, todavia, para lhe negar provimento, nos termos do voto da relatora.

Cuida-se de **embargos declaratórios** manejados por Antonio Gil Fernandes Bezerra, nos autos individuado, em face do acórdão de fls. 440/447, que deu parcial provimento à apelação por ele deflagrada perante esta Corte, única e tão-só, para estabelecer a redução da verba honoratícia a que restara condenado na orla planicial, mantendo no mais a decisão de primeiro grau que, em sede de **Ação Ordinária de Negócio Jurídico Bancário** movida contra o **Banco Industrial e Comercial S.A. – BICBANCO**, aqui embargado, com finca no art. 267, VI, do CPC, dera pela extinção do processo sem a solução de mérito, reconhecendo falecer ao autor, ora embargante, **legitimidade ativa ad causam** para, em nome próprio, e, na qualidade de acionista de **Marina de Iracema Park S.A.** vir pleitear em juízo direito desta.

Em alongado discurso, fundando sua pretensão embargatória nos incisos I e II do art. 535 do Código de Processo Civil, articula o embargante, por síntese, tratar-se de acórdão visceralmente nulo, na medida em que fizera letra morta do art. 398 do recitado diploma, ao ignorar que ao azo da contraminuta da apelação o Banco/réu, ora embargado, com suas razões produzidas, trouxera aos autos peças do processo tramitante perante o Juízo da 12ª Vara Cível de Fortaleza, em seu desprol autorado por **Marina de Iracema Park S.A.**, peças que ressalta, nada obstante já lhe serem do conhecimento, se entremostravam relevantes para subsidiar a conclusão a que chegara esta Câmara, tanto mais, por em torno delas sequer lhe haver sido dado a obrigatória vista. A seu juízo, no particular, o acórdão atacado padeceria do vício da omissão, como omisso, ainda, o tem, por ausência de fundamentação ao concluir pela impossibilidade de configuração do litisconsórcio necessário, bem como, deixado de esclarecer se a lesão ao patrimônio da sobredita Companhia implicaria ou não em lesão ao patrimônio dele acionista, assim como, de pronunciar-se sobre qual tipo de litisconsórcio ao embargante tocaria indicar na proemial da ação,

se o necessário ou o facultativo.

Arremata declarando pretender, ainda, com os declaratórios autorados preencher o requisito do prequestionamento a possibilitar o acesso às instâncias recursais extraordinárias.

Recurso contraminutado às fls. 515 **usque** 548 do caderno processual.

É o relatório, no que tem de essencial.

Sem razão o embargante.

A modalidade de resistência por ele criada ao acórdão evidencia, à saciedade, seu deliberado propósito de rediscutir matéria de mérito fartamente apreciada em seu contexto, ponto por ponto, sinale-se, substituindo, assim, a decisão recorrida por outra, e, como tal, de protrair no tempo a eficácia do julgado. Prova disto reside no fato de fundar-se para o recurso nos incisos I e II do art. 535 precitado, que contemplam os vícios da obscuridade, contradição e omissão, limitando-se, entretanto, a desincumbir-se unicamente deste último, e ainda mais, de forma equivocada e imprópria.

Na espécie decidenda, o que reponta translúcido dos aclaratórios do embargante, é o repisar dos mesmos argumentos deduzidos em seu recurso apelatório, a pretexto de emprestar substância à **legitimidade ativa ad causam** que teima em ver sufragada nesta quadra processual, colidindo com esse seu atuar despreocupado com a remansividade notória do entendimento pretoriano, inclusive desta Corte (Súmula 18), forte no asseverar “**não se prestarem os embargos de declaração a rediscutir o mérito da demanda, mas, suprir omissões, dirimir obscuridades e corrigir contradições**”. Daí a sua improcedência na **fatispecie**.

Não goza do mais mínimo fomento jurídico, de outra sorte, a perseguida nulidade do acórdão, à conta de não lhe haver sido dado vista de peças processuais (**sic**), extraídas de outro processo que tem como parte autora a empresa exordialmente apontada e como réu o Banco ora embargado.

Prima facie, é de salutar relevância anotar que o recurso utilizado, de contorno próprio e específico, a teor do que prescreve o art. 535 e seus incisos do diploma processual civil,

deve acarretar, tão-somente, um esclarecimento acerca do acórdão embargado. As demais matérias suscitadas deverão de ser reputadas fora de sua abrangência. Em outros termos, vale dizer que fora dessa abrangência, sua rejeição se impõe declarada.

Os documentos referidos pelo embargante, sob a lacônica nomenclatura de “**peças**”, apostiladas pelo ora embargado à contraminuta da apelação (fls. 303/ 402), e nos quais se apóia para pretender a nulificação do acórdão embargado, sob color de deles não haver sido intimado para manifestação prévia, nada mais são do que a cópia da petição inicial e da contestação da ação proposta pela sociedade comercial de que é dirigente contra o ora embargado, ação esta aforada pelo mesmo patrono judicial subscritor dos declaratórios sob exame, cujo objeto é exatamente o mesmo da ação por ele movida em desfavor do ora embargado. O próprio embargante (fl.449), enfaticamente confessa serem ditas peças de seu prévio conhecimento, circunstância que inocuiza sua pretensão anulatória do acórdão.

A conseqüência que daí exsurge assenta-se na circunstância de que tais documentos representam fato bem anterior à ação movida pelo embargante contra o embargado, e dele expressamente conhecidos, donde a desnecessidade de sua prévia manifestação em torno deles, assim como, certo resta não gozarem da relevância que ele lhes empresta para o desate da causa, não influenciando em seu julgamento, muito menos, tendo o condão de desconstituir o processo, retirando-lhe a eficácia, tanto mais, por indemonstrado qualquer prejuízo à parte em face da ausência de sua oitiva prévia. Diversamente do que articulado pelo embargante ditos documentos não serviram de esteio à concretude da decisão camerária embargada. Assim, por não haver o embargante logrado demonstrar a utilidade da vista dos documentos supraditos, não se há de excogitar de ofensa ao art. 398 do CPC, e, conseqüentemente, da nulidade da decisão atacada.

Colho, no particular, ementa do acórdão prolatado nos autos do AI 202.255-1, da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada de São Paulo, publicado na Revista dos Tribunais, volu-

me 619, p. 156, bem como excerto de seu conteúdo, assim redigidos:

“PROVA – Documento – Juntada com a réplica do autor – Oferecimento desta no prazo do art. 327 do CPC – Falta de audiência do réu – Irrelevância – Essencialidade ou complementariedade inexistentes – Prejuízo não verificado – Nulidade repelida.”

“Dispõe o art. 398 do CPC sobre a audiência de oitiva da outra parte sempre que uma delas requerer juntada de documentos aos autos. Via de regra, sem ouvir a parte, quando admitida a produção de documentos, não pode o juiz decidir. Se infringido o ditame, a consequência é a nulidade da sentença, Mas, se o documento não se caracterizava pela essencialidade ou sequer complementariedade, ou não foi, por despreciando considerado pelo julgador, a nulidade não pode ser decretada. No dizer de Pontes de Miranda, in “Comentários ao Código de Processo Civil, v. IV/186” se o documento junto em tempo irregular, sem ser ouvida a parte contrária, não serviu à decisão para deferir ou indeferir pedido, nem fortalecer a convicção com que o juiz decidiu, não há nulidade.” (grifos nossos).

Sobreleva, portanto, consignar inexistirem elementos aptos a ensejar a nulidade do julgado, tal como equivocadamente pugnada pelo embargante.

A matéria versada nos embargos não envolve se não o reexame do mérito da lide. O resumido elenco dos pontos supostamente omissos da decisão embargada reflete com fidelidade a irresignação do embargante com a solução que vingou no pronunciamento desta Câmara, não configurando o vício da omissão previsto no inciso II do art. 535 do CPC, a legitimar a invocação do recurso. À observação mais perfunctória que se

estabelecer por sobre o contexto do aresto hostilizado conclui-se, à desdúvida, que os pontos remarcados como omissos pelo embargante, ao reverso do que recursalmente apregoa, foram ali examinados com iniludível percuciência, embasando a conclusão que não poderia ser diversa daquela a que chegara.

Ademais, mesmo para fins de prequestionamento, deve o embargante cingir-se aos lindes estreitos do mesmo art. 535 do CPC. Nesse sentido, de sobredestacar julgado do egrégio STJ, por sua Primeira Turma, rel. Ministro Demócrito Reinaldo, no EdResp nº 23174/RJ, DJU de 15.03.93, *litteratte*:

“Mesmo nos embargos de declaração com o fim de prequestionamento, devem-se observar os lindes traçados no artigo 535 do Código de Processo Civil (obscuridade, contradição, omissão, e por construção pretoriana integrativa a hipótese de erro material). Esse recurso de exceção não deve constituir meio hábil ao reexame da causa.”

Sob essas premissas, por não vislumbrar na insurreição embargatória a nulidade e as omissões apontadas no acórdão, e por não pretender minudear o debate, até porque ocioso, conhecimento dos embargos, todavia, para lhes negar provimento, mantendo na sua inteireza a decisão combatida.

É como voto.

Fortaleza, 06 de setembro 2006.

HABEAS CORPUS CÍVEL

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

HABEAS CORPUS CÍVEL: 2005.0020.3101-0

Impetrante: ULISSES TABOSA CAMPOS

Paciente: J. A. C.

Autoridade Coatora: Juíza da 6ª Vara de Família de Fortaleza – CE

Relator: Des. Ademar Mendes Bezerra

EMENTA. HABEAS CORPUS CÍVEL. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. ABRANGÊNCIA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. DENEGAÇÃO DO REMÉDIO HERÓICO.

-Tratando-se de execução de alimentos embasada no art. 733 do Código de Processo Civil, é atual a dívida que se refere às três últimas parcelas anteriores à execução, em diante.

-Sendo este o caso dos autos, as parcelas inadimplidas são hábeis ao decreto prisional, eis que possuem natureza alimentícia, merecendo, com isso, tratamento específico da ordem constitucional.

-Ademais, a via estreita do remédio heróico em exame não possui o condão de instaurar uma verdadeira instrução probatória, devendo se prender aos requisitos de legalidade e abuso ou excesso de poder.

-Habeas Corpus denegado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, **acordam** os Desembargadores da Segunda Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Ceará, à unanimidade, **DENEGAR** a ordem de ***habeas corpus***, nos

termos do voto do Relator.

Fortaleza, 24 de fevereiro de 2006.

RELATÓRIO

Trata-se de **Habeas Corpus** impetrado pelo advogado ULISSES TABOSA CAMPOS em favor de **J. A. C.**, devidamente qualificado na inicial, contra o qual pesa ameaça de prisão civil, ditado pela MM. Juíza da 6ª Vara de Família de Fortaleza - CE, apontada como autoridade coatora.

Relata o impetrante que o paciente é executado em ação de execução de alimentos, autos nº 2002.02.04991-4, aforada em fevereiro de 2002, na qual se persegue o pagamento de verba alimentícia instituída em prol de L. M. C., referente aos meses de setembro de 2001 a janeiro de 2002.

Sustenta a invalidade da decisão monocrática – que determinou o pagamento das prestações alimentícias referentes aos meses de novembro e dezembro de 2001, janeiro de 2002 e vincendas, sob o argumento de que o MM. Juiz desconsiderou a justificação do devedor no tocante à impossibilidade de pagamento da pensão, bem como que não poderia ter incluído na sentença da execução as parcelas vincendas após o ajuizamento desta.

Requer medida liminar liberatória.

Colacionou os documentos de fls. 08/09.

É o relatório.

VOTO

A prisão civil do devedor de pensão alimentícia e do depositário infiel, permitida pela atual Constituição Federal em seu art. 5º, inciso LXVII, é meio coercitivo tendente a forçar o adimplemento de obrigação imposta ou assumida e, no caso de prisão por dívida de alimentos, pode ser decretada, quer se trate de provisórios, provisionais ou definitivos.

Por seu turno, a utilização do **Habeas Corpus** tem

sido amplamente admitida pela doutrina e jurisprudência em matéria cível, com o objetivo de salvaguardar a liberdade de locomoção do paciente, em casos de ilegalidade do decreto prisional, ou de sua ameaça.

Sobre o tema, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery esclarecem:

“Prisão civil. O habeas corpus pode servir de meio a prevenir ou obstar o constrangimento originado por decisão do juiz do cível, proferida em ação de alimentos. É bastante que tenham ocorrido os pressupostos a que se refere a CF 5º LXVII. Esta, de resto, é a jurisprudência do STF (RHC 52.903 E 53.531). ‘Cinge-se, no entanto, o habeas corpus ao aspecto quase formal da decisão que decreta a prisão, no sentido de apurar-se apenas se houve abuso ou excesso de poder por parte do Magistrado, ou se seu veredicto, por vício de forma, não pode prevalecer’ (RTJ 82/697)” (Autor citado, in Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante, RT, 7ª Edição, pág. 1047).

Como é cediço, o ***habeas corpus*** constitui ação autônoma de impugnação, devendo o impetrante apresentar, no petição inicial, a causa de pedir e o respectivo pedido, ou seja, deve narrar a circunstância fática geradora da ilegalidade ou ameaça de ilegalidade ao direito de locomoção do agente, bem como a devida cessação do constrangimento ilegal.

Vislumbro não estarem presentes os requisitos autorizadores da concessão do remédio heróico, principalmente no que pertine à plausibilidade jurídica dos fatos apresentados.

Na verdade, a decisão monocrática seguiu entendimento assentado nos Tribunais do País e em especial no Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual a inadimplência da obrigação de alimentos enseja a prisão civil do devedor, desde que baseada em dívida atual, ou seja, referente às três últimas

parcelas, anteriores à execução, em diante. Não há abuso ou ilegalidade neste ponto.

Ademais, a MM. Juíza analisou o caso, fundamentando a decisão com base na possibilidade de pagamento da verba alimentar em função da necessidade da outra parte em recebê-la.

Por outro lado, o âmbito estreito do *habeas corpus* serve apenas para se discutir o aspecto formal e a legalidade da decretação da prisão. As alegações que dimanam exame aprofundado de provas ou que discutam a saúde financeira do alimentante, o percentual estipulado como incidente nos ganhos do devedor, etc., como quer o impetrante, não podem ser resolvidos no remédio heróico, merecendo, assim, enfrentamento em sede própria.

A propósito do tema, Heráclito Antônio Mossin escreveu:

“Diante destes parâmetros, ao ser julgada a matéria de mérito, que é conteúdo da ação penal condenatória, por exemplo, cumpre ao magistrado ou ao tribunal sondar de forma profunda o material probatório coletado em instrução própria, porquanto obrigatoriamente pelo seu cotejo analítico é que permite ao magistrado fundamentar sua decisão, acolhendo ou não a pretensão punitiva pública ou privada.

[...]

Em sede de *habeas corpus* a situação é integralmente diversa. De regra, não serve este instrumento magno tutelador da liberdade física do indivíduo para se fazer inspeção detida da prova, de maneira aprofundada, para se constatar se houve ou não o constrangimento ilegal ou sua ameaça ou o abuso de poder noticiado no *writ*.

Abrindo um horizonte bem vasto, o processo de

habeas corpus, devido à sua natureza jurídico-constitucional, aliada que seja ao procedimento sumaríssimo, não comporta dilação probatória, não se presta à instrução nos moldes dos processos comuns. O impetrante ou paciente deve demonstrar de plano o ato coativo antijurídico restritivo de sua liberdade corpórea” (*in*, “Habeas Corpus”, Editora Manole, 7ª edição, pág. 311/312).

Vejam-se os julgados nesses sentidos:

“No âmbito do remédio heróico só se verifica a legalidade ou não da prisão do devedor de alimentos” (STJ – RHC – REL. Min. Fláquer Scartezini, DJU 18/5/1992, p. 6.988);

“RECURSO ORDINÁRIO DE *HABEAS CORPUS*. ALIMENTOS PROVISIONAIS. EXECUÇÃO. PRISÃO CIVIL.

1. O Habeas Corpus, nos termos da jurisprudência da Corte, não é via adequada para o exame aprofundado de provas e a verificação das justificativas fáticas apresentadas em relação à situação financeira do credor e do devedor de alimentos, bem como da efetiva existência anterior de união estável.

2. Descabe a prisão civil em execução de alimentos quando pagas as três últimas prestações vencidas à data do mandado de citação e as que vencerem no curso da demanda, o que não ocorre neste caso.

3. Escolhendo a credora o rito do art. 733 do Código de Processo Civil, a eventual existência de imóvel penhorável não obsta a prisão civil e não impõe a conversão do rito para o do art. 732 do mesmo diploma.

4. Recurso ordinário provido em parte”(RHC 16766/RS; Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3ª Turma, DJ de 21.02.2005, p. 169);

“HABEAS CORPUS. PRISÃO CIVIL. ALIMENTOS. LIMINAR CONCEDIDA. AGRAVO REGIMENTAL INTERPOSTO PELA CREDORA ALIMENTANDA. LEGITIMIDADE. LIMINAR CASSADA NO JULGAMENTO DO AGRAVO. A CREDORA DE PENSÃO ALIMENTÍCIA TEM LEGITIMIDADE PARA RECORRER DE DECISÃO QUE, EM HABEAS CORPUS IMPETRADO PELO DEVEDOR, SUSPENDE A PRISÃO DECRETADA NO JUÍZO CÍVEL. IMPOSSIBILIDADE DE SE VERIFICAR A EXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL SE O ACORDÃO PROFERIDO NO AGRAVO REGIMENTAL, QUE CASSOU A LIMINAR DO HABEAS CORPUS, NÃO FOI JUNTADO AOS AUTOS. O HABEAS CORPUS NÃO É A VIA ADEQUADA PARA DISCUTIR-SE A RESPEITO DAS CONDIÇÕES FINANCEIRAS DO DEVEDOR -PACIENTE EM SATISFAZER A DÍVIDA ALIMENTÍCIA. QUESTÃO A SER DISCUTIDA NO JUÍZO CÍVEL. ORDEM INDEFERIDA” (HC 4304 / AL; Ministro ASSIS TOLEDO; T5 - QUINTA TURMA; DJ 03.06.1996 p. 719263).

Por tais razões, DENEGO a presente ação de ***habeas corpus***.

É como voto.

Fortaleza, 24 de fevereiro de 2006.



JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

APELAÇÕES CRIME

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

PROCESSO N°: 2002.0006.5322-2/0

APELAÇÃO CRIME

LOCAL DE ORIGEM: EUSÉBIO

APELANTE: JOSÉ MARCÍLIO FACINTO DE LIMA.

APELADA: A JUSTIÇA PÚBLICA.

RELATORA: DESA. MARIA APOLLINE VIANA DE FREITAS

EMENTA: PROCESSUAL PENAL – APELAÇÃO CRIME – PRELIMINAR DE INTEMPESTIVIDADE DO APELO DA DEFESA – MATÉRIA PREJUDICIAL – APELO NÃO CONHECIDO ANTE A INTEMPESTIVIDADE RECLAMADA.

1 – Como se infere do artigo 593 do Código de Processo Penal, caberá apelação no prazo de cinco (5) dias:

III – das decisões do Tribunal do Júri, quando: d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos.

2 – Na hipótese e ainda consoante se depreende da Ata da 1ª Sessão da 3ª Reunião do Júri, o julgamento ocorreu no dia 27 de maio de 2003, e o Apelante somente apresentou sua apelação em 13 de junho de 2003, quando decorreu 17 dias da data de sua intimação.

3 – Apelo não conhecido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação crime, nº 2002.0006.5322-2/1, do Eusébio, em que figura como Apelante JOSÉ MARCÍLIO FACINTO DE LIMA e apelada A JUSTIÇA PÚBLICA.

Acorda a Turma, por unanimidade de votos, em não conhecer do recurso, pelo fato do mesmo ter sido promovido intempestivamente, nos termos do voto da Desembargadora Relatora.

Fortaleza, 06 de junho de 2005.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso de Apelação contra decisão da Vara única da Comarca do Eusébio que condenou o Apelante a 19 anos de reclusão pela prática prevista no artigo 121, § 2º, incisos II e IV e art. 121, § 2º, incisos I e II c/c art. 14, inciso II, e arts. 29 e 69, tudo do Código Penal Brasileiro.

Consta da peça inicial que o Apelante, juntamente com outro comparsa, de nome FÁBIO VITORINO e um terceiro menor, mataram a vítima NATANAEL MARTINS DA SILVA e tentaram contra a vida de DANIEL MARTINS DA SILVA, MARIA DOS PRAZERES MARTINS e RAIMUNDO FERREIRA DA SILVA, em evento ocorrido em 30 de setembro de 2002, por volta das 18:30h, nas proximidades das residências das vítimas, localizada na Rua Santo Amaro, 869, no Bairro da Encantada, no município do Eusébio.

Alegou o Apelante que o julgamento ocorreu de maneira completamente contrária às provas dos autos e requer seja o julgamento anulado, para submeter o condenado a novo julgamento.

Recurso contra-arrazoado pelo Representante do Ministério Público, onde pugna, primeiramente, pelo não conhecimento, tendo em vista que o recurso fora intempestivo. No mérito, pugna pelo improvimento do recurso, mantendo a sentença combatida (fls. 238/240).

Nesta Superior Instância os autos foram com vista à douta Procuradoria Geral de Justiça, que com o parecer de fls.252/254, opinou pelo não conhecimento do recurso, vez que intempestivo, ou, no caso de superado este fato, seja o recurso conhecido e improvido, para manter a decisão atacada.

É o relatório.

VOTO

Ab initio como matéria prejudicial ao conhecimento do apelo, devo examinar a preliminar de intempestividade do

recurso interposto pela defesa.

Como se infere do artigo 593 do Código de Processo Penal, caberá apelação no prazo de cinco (5) dias:

III – das decisões do Tribunal do Júri, quando: d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos.

Tal tese foi exatamente a levantada pela defesa, que afirma que o julgamento ocorreu contrário às provas dos autos.

Entretanto, consoante se depreende da Ata de julgamento, este ocorreu no dia 27 de maio de 2003, momento em que o Apelante não manifestou seu desejo de recorrer da decisão. Assim, resta claro que o Apelante tomou conhecimento da decisão, no momento do julgamento pelo Tribunal do Júri.

Pelo protocolo da petição do recurso de Apelação, vimos que o mesmo só apresentou seu recurso de apelação em 13 de junho do mesmo ano, quando decorridos 17 dias da data em que foi intimado da decisão.

Deste modo, uma vez revelada a destempe a irresignação da defesa, há de se furtá-la à apreciação desse juízo ***ad quem***, à mingua de um de seus pressupostos objetivos.

Nestas condições, deixo de conhecer do recurso interposto, por sua inequívoca intempestividade, nos termos do parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça.

É como voto.

Fortaleza, 06 de junho de 2005.

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

**N.º 2000.13.9174-8 : APELAÇÃO CRIME (FORTALEZA)
APELANTE : O MINISTÉRIO PÚBLICO
APELADO : EVANDRO PACHECO NOJOSA
RELATORA : DES^a. HUGUETTE BRAQUEHAIS**

EMENTA: RECURSO DE APELAÇÃO – CRIME PREVISTO NO ART. 157, § 2º, II DO CP - PENA MÁXIMA EM ABSTRATO DE QUINZE ANOS DE RECLUSÃO – RÉU MENOR DE 21 ANOS À ÉPOCA DO FATO – REDUÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL PELA METADE - APLICAÇÃO DA REGRA CONTIDA NO ART. 115, CP – INCIDÊNCIA DE PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL EM FACE DO DECURSO DE MAIS DEZ ANOS DESDE O ÚLTIMO EVENTO INTERRUPTIVO DO SEU CURSO, OU SEJA, DO DESPACHO QUE RECEBEU A PEÇA DELATÓRIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO – EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE QUE DEVE SER DECRETADA DE OFÍCIO, COMO MATÉRIA PRELIMINAR, FICANDO PREJUDICADO O EXAME DE MÉRITO DA PRETENSÃO RECURSAL.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de ação penal, em que se interpõe apelação, acordam os Desembargadores da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, em conhecer do recurso, para decretar, de ofício, a extinção da punibilidade do acusado, em face da incidência da prescrição, conforme voto exarado pela Relatora.

Relatório lançado às fls.152/154 dos autos.

VOTO

Feito o devido exame dos autos, há de se dizer, para começar, que o recurso interposto foi tempestivo e é cabível na espécie, merecendo, destarte, que seja conhecido.

No entanto, sem adentrar no exame de mérito da pretensão recursal, cumpre de logo ressaltar que estamos di-

ante de uma ação penal atingida pela prescrição.

Com efeito, o acusado foi denunciado pela prática do crime de roubo qualificado (art. 157, § 2º, II, CP), cuja pena máxima em abstrato, após aplicado o aumento de pena previsto no § 2º do referido artigo, é de quinze (15) anos de reclusão.

O fato, pelo que consta, ocorreu no remoto ano de 1991 e a sentença, prolatada em setembro de 1997, absolveu o acusado.

O Código Penal Pátrio, em seu artigo 109, estabelece que:

“Art. 109. A prescrição, antes do transitar em julgado a sentença final, (...), regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

(...)

I- em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze;”

No entanto, pelo fato de ter sido cometido o delito ao tempo em que o réu era ainda menor de 21 anos, **o prazo prescricional deve ser contado pela metade** (art. 115 do C.P.), ou seja, deve ser **reduzido para dez anos**.

Assim sendo, diante de uma **denúncia recebida em 26 de novembro de 1991 (primeiro evento interruptivo do curso prescricional - art. 117, I, CP) e da não ocorrência de qualquer outro evento que pudesse, também, ser considerado como tal, já que inexistiu condenação**, só podemos dizer que os quase catorze anos decorridos de lá até o momento presente fulminaram a ação penal.

Imperativo se torna, pois, o reconhecimento da incidência de prescrição na espécie, a fim de que seja extinta a punibilidade do apelado, consoante nos autoriza o artigo 61, do Código de Processo Penal, que se acha assim redigido:

“Em qualquer fase do processo, o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-la de ofício”.

Este, portanto, é o posicionamento que ora adotamos com vistas a evitar a ocorrência de constrangimento ilegal (cf. RT, 400:279).

Convém, ainda, registrar que, conforme jurisprudência dos Tribunais Pátrios, uma vez reconhecida a prescrição da pretensão punitiva, **fica prejudicado o exame do mérito da pretensão recursal**, *pelo que, preliminarmente, deve ser decretada a extinção da punibilidade do agente criminoso*.

A propósito, permitimo-nos trazer à colação, a título de ilustração, os julgados assim resumidos:

EMENTA: “Julga-se extinta a punibilidade do réu pela ocorrência da prescrição, tendo em vista a pena *in abstracto*, irrelevante o fato de ter apelado o Ministério Público, uma vez que a sentença absolutória não constitui meio interruptivo”. (TACRIM – SP – Rel. Lauro Malheiros – JUTACRIM 19/333).

EMENTA: “É juridicamente inviável decisão pelo mérito em ação prescrita. Uma vez verificada a prescrição, haverá de ser declarada, como preliminar, não se admitindo oposição do réu à extinção de sua punibilidade.” (TJSP – AC- Rel. Celso Limongi – RT 700/321)

EMENTA: “A extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva precede e afasta qualquer outra questão. Por isso, depois do seu reconhecimento, não há que se emitir juízo sobre qualquer outra matéria, preliminar ou de mérito”. (TACRIM – SP – AC 0 Rel. S.C. Garcia – RJD 11/121).

O nosso voto, por conseguinte, é no sentido de decretar extinta a punibilidade do réu **EVANDRO PACHECO NOJOSA**, pela incidência da prescrição (art. 107, IV), nos termos do art. 109, I, c/c art. 115, todos do Código Punitivo vigente.

Fortaleza, 22 de agosto de 2005.

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

**N.º 2000.0014.1501-9: APELAÇÃO CRIME DE GRANJA/CE.
APELANTE: FRANCISCO FLÁVIO DE ARAÚJO SOUSA
APELADA: A JUSTIÇA PÚBLICA
RELATORA: DESª. HUGUETTE BRAQUEHAIS**

EMENTA - CRIME DE FURTO – TIPO PENAL PREVISTO NO ARTIGO 155 (CAPUT) DO CÓDIGO PUNITIVO – CONCURSO MATERIAL COM O TIPIFICADO NO ARTIGO 302, § ÚNICO, INCISOS I, II E III, DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO – INCIDÊNCIA DE PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL EM RELAÇÃO AO PRIMEIRO CITADO, COM A CONSEQÜENTE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DO RÉU, NOS TERMOS DO ART. 107, INCISO IV, COMBINADO COM O ARTIGO 109, INCISO V, E, TAMBÉM, COM O ARTIGO 110, § 1º, DA LEI SUBSTANTIVA VIGENTE – PENA APLICADA DE FORMA EXACERBADA NO TOCANTE AO SEGUNDO – NECESSIDADE DE RETIFICAÇÃO – RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO, PORÉM, CONCEDENDO-SE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO PARA REDUZIR A PENA IMPOSTA, APROXIMANDO-A DO MÍNIMO LEGAL.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de ação penal em que se interpõe apelação, ACORDA a Segunda

Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, em conhecer do recurso, para, inicialmente, declarar extinta a punibilidade do apelante em relação ao delito de furto, negando, em seguida, provimento ao apelo interposto, relativamente ao crime de homicídio culposo, mas concedendo ***habeas corpus*** de ofício, para reduzir a pena privativa de liberdade, nos termos do voto da Relatora.

Relatório lançado às fls. 248/260 dos autos.

V O T O

Primeiramente, há que se dizer que o apelo merece ser conhecido, considerando estarem presentes todos os pressupostos necessários à sua admissibilidade.

- EXAME PRELIMINAR DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA EM RELAÇÃO AO CRIME DE FURTO:

Decorridos mais de seis anos da sentença condenatória e vendo-se que, ao tempo da infração, o réu era ainda menor de vinte e um anos, forçoso se torna, antes de entrarmos no exame de mérito da pretensão recursal, verificar se na espécie, incidiu a prescrição da pretensão punitiva estatal.

É que o Código Penal, em seu artigo 155 (***caput***) prevê, como pena máxima, a de quatro anos de reclusão que, em princípio, só conduziria à prescrição, se decorressem mais de oito anos entre a denúncia e a sentença condenatória, ou entre esta e o seu trânsito em julgado, isso considerando o disposto nos artigos 107, inciso IV, 109, inciso IV e 117, incisos I e IV. Contudo, de acordo com o artigo 115, do mesmo diploma legal, os prazos prescricionais são reduzidos da metade, quando o réu, ao tempo do cometimento do delito, ainda não tiver completado os seus 21 anos de idade, o que significa dizer que, neste caso, Francisco Flávio de Araújo Sousa foi beneficiado pelo decurso do tempo, um vez que nasceu em 09/04/78 e o

crime de furto ocorreu em 11/04/98.

Aliás, ainda que não fosse este o caso, teríamos que admitir, de igual modo, a incidência de prescrição, verificando que a sentença de primeiro grau, relativamente ao delito do art. 155 (*caput*) do Código Penal – chegou a condenar o recorrente a uma pena de 1 (UM) ANO e 3 (TRÊS) MESES DE RECLUSÃO e foi publicada no dia 30 de março de 1999, conforme atesta a certidão de fl. 185.

Dita publicação teria, efetivamente, interrompido o prazo prescricional (art. 117, inciso IV, do Código Penal), mas, como não houve recurso do Ministério Público, ter-se-ia que levar em conta o disposto no artigo 110, § 1º, do citado diploma, para dizer da ocorrência de prescrição com base na pena em concreto. Em outras palavras: tendo sido o réu condenado, pelo crime de furto, a 1 (um) ano e três meses de reclusão, o prazo prescricional passou a ser regulado por esse *quantum*, já não mais podendo ser o de oito anos, e sim, o de quatro anos, o qual, segundo se constata, decorreu inteiramente, de modo a se verificar a prescrição subsequente ou superveniente

No que tange à pena de multa, como se sabe, ocorre a mesma, nos termos do art. 114, II, CP, em igual prazo do referente à pena privativa de liberdade, sendo, portanto, de 4 (quatro) anos, também.

É claro que estamos tratando de um concurso de crimes ou de um crime continuado, na hipótese em comento, mas, como ninguém aqui desconhece, a prescrição, nos termos do art. 119, do Código Penal, regula-se pela pena de cada um deles, *isoladamente*, e não sobre a soma do concurso material, como ensina CELSO DELMANTO. (CÓDIGO PENAL ANOTADO – RENOVAR – 5ª Edição – pág. 210).

Dito tudo isso, ainda nos cumpre lembrar que, conforme jurisprudência dos Tribunais Pátrios, uma vez reconhecida a prescrição da pretensão punitiva, fica prejudicado o exame do mérito do recurso, impondo-se, portanto, ser preliminarmente decretada a extinção da punibilidade.

A propósito, permitimo-nos trazer à colação, a título de ilustração, os julgados resumidos nas ementas a seguir textualmente transcritas:

EMENTA: “*É juridicamente inviável decisão pelo mérito em ação prescrita. Uma vez verificada a prescrição, haverá de ser declarada, como preliminar, não se admitindo oposição do réu à extinção de sua punibilidade.*” (TJSP – AC- Rel. Celso Limongi – RT 700/321)

EMENTA: “*A extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva precede e afasta qualquer outra questão. Por isso, depois do seu reconhecimento, não há que se emitir juízo sobre qualquer outra matéria, preliminar ou de mérito*” (TACRIM – SP – AC 0 Rel. S.C. Garcia – RJD 11/121).

Em síntese, pois, o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal, com prejuízo do exame de mérito do recurso interposto, deve ser proclamado nesta instância revisora, face ao disposto no art. 61, do Código de Processo Penal, segundo o qual “**Em qualquer fase do processo, o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-lo de ofício**”.

Bem a propósito, vejamos ainda o seguinte aresto:

“Prescrição. Reconhecimento de ofício. Admissibilidade. Aplicação do art. 61 do CPP. Vislumbrando-se existência de prescrição, deve declará-la de ofício, a teor do art. 61 do CPP, ficando prejudicadas as pretensões das partes e pondo-se cobro à demanda”. (TJ/BA – RT 756/621).

Confira-se, também, acerca do tema, o autorizado magistério do eminente CELSO DELMANTO, **verbis**:

“Momento da prescrição: O que importa à pres-

crição é a data real em que ela se verificou e não o instante em que foi declarada. Assim, mesmo que a sentença se tenha tornado definitiva, sem que se percebesse a prescrição verificada, esta ainda pode ser decretada, até em habeas corpus ou revisão. O que importa é que ela tenha acontecido dentro dos seus limites temporais. Se ela assim efetivamente ocorreu, não há diferença em declará-la no próprio instante processual ou depois, pois a prescrição é de direito material (e não processual), inexistindo preclusão a seu respeito". (ob. cit., pág. 212).

Diante do exposto, PRELIMINARMENTE, emitimos nosso voto no sentido de se tomar conhecimento do recurso, para, afastado o exame do seu mérito no tocante ao crime de furto, decretar a extinção da punibilidade do acusado FRANCISCO FLÁVIO DE ARAÚJO SOUSA, com supedâneo no artigo 107, inciso IV, combinado com os artigos 109, V, e art. 110, § 1º, todos do Código Penal vigente.

-DO EXAME DO MÉRITO RECURSAL EM RELAÇÃO AO DELITO DE HOMICÍDIO CULPOSO:

A alegada inimputabilidade do réu, (art. 26 do Código Penal em vigor), na qual se sustentam as razões recursais, para alicerçar o pedido de reforma total da sentença, pelo que pudemos facilmente perceber, não encontra aqui o pretendido amparo, tendo em conta que o exame pericial a que se submeteu, com o objetivo de demonstrar sua total incapacidade de entender o caráter criminoso dos atos praticados, resultou, de certa forma, negativo.

Com efeito, na fase de instrução, como bem mencionou o magistrado **a quo**, o aludido réu "afirmou a prática de vários atos de insanidade", motivo pelo qual restou submetido a exame de sanidade mental, nos termos do art. 149, do Código de Processo Penal. (cf. fl. 182). Daí, o incidente foi autuado e se

procedeu conforme determinado pela lei.

Aconteceu, porém, que segundo constatado, o citado réu só apresentava perturbação mental, quando estava sob os efeitos de drogas, o que significa dizer que a sua pretensa inimputabilidade foi considerada, de um modo geral, inexistente.

Basta ver que as peritas – Dras. Anísia Dantas da Silva e Aline Maria Cavalcante de Lima – ao responderem o Quesito nº. I, formulado pela Juíza, à fl. 221, fizeram-no de forma negativa, ou seja, registraram que o acusado Francisco Flávio de Souza, ao tempo da infração, 11.04.98, por motivo de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, **não era inteiramente incapaz de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.**

Diante disso, o processo teve regular prosseguimento com a realização da instrução criminal e conseqüente prolação do provimento condenatório aqui vergastado.

É que, como ensina o festejado e aplaudido mestre DAMÁSIO E. DE JESUS,

“Para que seja considerado inimputável, não basta que o agente seja portador de ‘doença mental, ou de desenvolvimento mental incompleto ou retardado’. É necessário que, em consequência desses estados, seja ‘inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento’ (no momento da realização da conduta)”.
(cf. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL ANOTADO – Editora Saraiva – 16ª edição – 1999 - pág. 127).

Como se vê, portanto, diante dessa irrecusável prova técnico-pericial, não se pode, realmente, na contramão das conclusões a que chegaram seus elaboradores, dizer que o recorrente é uma pessoa inimputável e simplesmente absolvê-lo da acusação que lhe fez o Ministério Público, como pretendido na sua peça de inconformismo.

Trata-se, com efeito, de pretensão inaceitável em face da sobredita prova técnica (fl. 21). Donde a conclusão de que não merece provimento o apelo recursal, mesmo porque ficou por demais demonstrado, pelos depoimentos prestados, que foi ele o responsável pela morte da infeliz senhora que se encontrava sentada na calçada e foi brutalmente atingida pelo veículo que passou a dirigir indevidamente (fl. 194).

Entretanto, embora não tenha sido objeto de impugnação recursal específica, desejamos ressaltar que, na sentença, há um aspecto que, pela sua importância e gravidade, merece ser, de ofício, apreciado.

Começaremos por registrar que, na esteira de um salutar precedente do Eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, acolhemos o entendimento de que

“O Código de Processo de Penal, proíbe a ‘reformatio in pejus’, mas não proíbe a ‘reformatio in mellius’, ainda que o condenado não tenha recorrido”.(TJSP – RT 514/357).

Por tal razão, não aceitamos o exagero com que se houve o magistrado processante, na sentença condenatória, ao fixar **em 10 (dez) anos 1 (um) mês e 15 (quinze) dias a pena** relativa ao homicídio culposo previsto no art. 302 do Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9.503/1997).

De fato, a pena privativa de liberdade, prevista no art. 302, desse Código, é de 2 (dois) a 4 (quatro) anos de detenção. O parágrafo único desse mesmo dispositivo manda acrescentar de metade a pena prevista na cabeça do artigo quando ocorre qualquer das situações referidas nos seus incisos I a IV.

No caso, houve a incidência de três causas de aumento, segundo o entendimento do retro mencionado magistrado, o que não o autorizava, de maneira alguma, a proceder conforme o fez.

É que, “Na fixação da pena”, como lembra a douta Procuradoria de Justiça, quando, nesse sentido, invoca um precedente jurisprudencial, **“o juiz deve pautar-se pelos critéri-**

os legais recomendados pela doutrina, para ajustá-la ao seu fim social e adequá-la ao seu destinatário e ao caso em concreto”. (RT 612/353).

Ademais, em se tratando de réu primário e sem registro de maus antecedentes, a pena-base deve-se aproximar, tanto quanto possível, do mínimo legal, e, para que prevaleça uma pena acima desse mínimo, é necessário e imperioso que o magistrado sentenciante examine o comportamento social do condenado, **“enfim, impõe-se que o juiz analise criteriosamente a conduta do apenado à luz das circunstâncias judiciais explicitadas no art. 59 do CPB, porque somente assim se terá um quadro referencial abrangente e idôneo revelador do conteúdo inserto no conceito de antecedentes, que alicerce ou não a exacerbação da dosimetria da pena”.** (JCAT 61/277).

Mas, no caso em tela, o juiz não se deu a esse trabalho, porque não explicitou, de modo criterioso e convincente, as razões pelas quais resolveu aumentar “sucessivamente e por três vezes” a pena-base que estabelecera, já de modo indevido, em três anos de detenção, para o homicídio culposo, de modo a chegar ao absurdo de fixá-la definitivamente em **dez anos um mês e quinze dias de detenção**.

É que, na esteira da orientação perfilhada no âmbito do Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul e em consonância com ensinamentos doutrinários pertinentes à espécie, preferimos adotar a orientação segundo a qual,

“Se concorrem duas causas de aumento da Parte especial aplica-se só uma delas, na forma do CP, art. 68, parágrafo único, devendo, portanto, a pena ser redimensionada para reduzi-la a limites que consideramos razoáveis. (cf. TJRS – Apel. Crim. 684.054.570, j. 07.02.85).

Destarte, em face da norma constante do § único, do art. 68, do Código Penal, entendemos que se deve aplicar, no caso, a metodologia de cálculo ali prevista, ou seja, a de que, no

“concurso de causas de aumento, o juiz pode limitar-se a um só aumento, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente”.

E, como está consignado no § único, do art. 302, do CTB que, diante das situações previstas nos seus incisos I a IV, a pena deve ser aumentada de UM TERÇO À METADE, não vemos como se possa fazer mais do que isso, não se devendo esquecer, também, que a pena-base não pode ser fixada acima do mínimo legal, quando não são apontadas razões suficientes para justificá-la, o que é o caso.

Face ao exposto, resolvemos votar pelo improvimento do apelo, no tocante ao crime previsto no artigo 302, do Código de Trânsito Brasileiro, mas acolhendo o alvitre final da Procuradoria-Geral de Justiça, contido no parecer de fl. 241, sobre a necessidade de reduzir-se a pena privativa de liberdade imposta ao apelante, já que fixada de maneira absolutamente exacerbada, pelo que concedemos **habeas corpus** de ofício com este objetivo, fixando-a, inicialmente (pena-base) em 02 (dois) anos de detenção, para daí aumentá-la de metade, isto é, de 01 (um) ano, pela incidência de uma só causa de aumento – a do inciso II, § único, do art. 302, do citado diploma (Lei 9.503/97) - tornando-a, assim, definitiva, em 03 (três) anos de detenção, a ser cumprida em regime aberto (art. 33, § 2º, letra c - CP).

Deverão, contudo, permanecer sem alteração as demais sanções aplicadas na sentença recorrida (pena de multa e proibição de obter permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor (fl. 183) .

É como votamos.

Fortaleza, 26 de setembro de 2005.

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

**N.º 2000.0014.7449-0 : APELAÇÃO CRIME (FORTALEZA)
APELANTE: VICENTE BATISTA DE AGUIAR**

APELADA: JUSTIÇA PÚBLICA**RELATORA: DES^a. HUGUETTE BRAQUEHAIS**

EMENTA: APELAÇÃO CRIME – ROUBO DUPLAMENTE QUALIFICADO – RÉU QUE, PRESO EM FLAGRANTE, CONFESSA DURANTE A LAVRATURA DO AUTO RESPECTIVO, A PRÁTICA DO ATO DELITUOSO – RETRATAÇÃO EM JUÍZO QUE NÃO SE COADUNA COM AS DEMAIS PROVAS COLIGIDAS NOS AUTOS – VÍTIMA QUE O RECONHECE COMO SENDO O AUTOR DO REFERIDO ATO - DEPOIMENTOS DE POLICIAIS QUE MERECEM TOTAL CREDIBILIDADE, EIS QUE PRESTADOS EM FAVOR DA PRÓPRIA COLETIVIDADE – CONDENAÇÃO QUE DEVE SER MANTIDA – CRIME QUE RESTOU CONSUMADO INOBTANTE A INEXISTÊNCIA DE POSSE TRANQUILA – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – RECURSO CONHECIDO, MAS IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de ação penal, em que se interpõe apelação, acordam os Desembargadores da 2^a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, em conhecer do recurso, porém, para lhe negar provimento nos termos do voto da Relatora.

Relatório lançado às fls.145/147 dos autos.

VOTO

Feito o devido exame dos autos, há de se dizer, para começar, que o recurso aqui existente foi interposto tempestivamente e é cabível na espécie, daí merecendo que seja conhecido.

Em seguida, analisando o conteúdo de suas razões, o que de logo constatamos é que a questão controvertida repousa na autoria, já que com relação à materialidade delitiva nada

se procura discutir.

Percebe-se, facilmente, que o réu não se conforma em ter sido condenado com base exclusivamente, segundo entende, nos depoimentos prestados por policiais.

Dito réu, entretanto, ao prestar declarações perante a autoridade policial que presidiu o inquérito policial, confessou, de forma detalhada, a prática do crime (cf. fls. 9/10).

Sua alegação posterior, por conseguinte, de que sofreu pressão para fazer tal confissão (fls. 31/31v), não tem qualquer sentido, porquanto, em nada se coaduna com a minuciosidade da primeira versão, como também se distancia de todo o restante da prova produzida.

Em outras palavras: A sua retratação em Juízo, utilizando-se de seu sagrado direito de se defender, jamais poderia ter o condão de apagar tudo o que fora antes dito com riqueza de detalhes, quando ainda não havia parado para pensar e, tampouco, calculado as conseqüências das palavras que proferia.

Ademais, como poderia ter força uma versão escoteira, sem nenhum amparo no acervo probatório dos autos, formado que se acha este pelo resultado das investigações policiais e por tudo o mais que, em juízo, se fez depois, até ser prolatada a sentença definitiva de primeiro grau?

Confira-se, no tocante, a salutar orientação pretoriana:

EMENTA: “A simples retratação em juízo sem ressonância nos autos não invalida confissão feita perante autoridade policial”. (TJMG – AP – Rel. Guimarães Mendonça – RT 666/333).

EMENTA: “Harmonizando-se a confissão feita na fase policial, com fortes elementos de convicção existentes no processo, ficando a retratação em confronto com a prova autuada, esta não deve prevalecer para beneficiar o acusado”. (TJSC – AC – Rel. May Filho – JC 32/472).

EMENTA: “A confissão extrajudicial, deste que se harmonize com o conjunto probatório, tem plena validade”. (TJSP – AC 63.894-3 – Rel. Jarbas Mazzoni – RJTJSP 99/498).

Afora tudo isso, não podemos deixar de registrar que, neste caso, os depoimentos prestados pelos policiais que efetuaram a prisão do acusado, apontando-o como autor de um crime de roubo qualificado, foram firmes e coerentes até demais, não deixando margem para que deles duvidássemos.

Em determinadas situações, é verdade, os depoimentos de policiais devem ser recebidos com reserva, diante do interesse que, por vezes, manifestam no sentido de demonstrarem a eficiência do trabalho investigatório que empreendem.

No entanto, quando isso não acontece, como aqui, em que tudo leva a crer que o interesse único dos citados policiais foi o de cooperar com a Justiça, de modo a que ficasse em condição de bem cumprir o seu papel, é claro que não se deve simplesmente desprezar os seus informes, pelo risco de se permitir que indivíduos de alta periculosidade fiquem impunes.

Aliás, cabe reconhecer que, atualmente, vem-se firmando uma tendência no sentido de admitir-se como “... **superada a tese da parcialidade dos testemunhos de policiais**”, que são, como se sabe, “**agentes recrutados mediante processo seletivo e compromissados antes de oferecerem seus depoimentos. Seria um contra-senso credenciar o Estado funcionários para atuar na prevenção e repressão da criminalidade e negar-lhe crédito quando, perante o mesmo Estado-Juiz, procedem a relato de sua atuação de ofício**” (cf. Tribunal de Alça Criminal de São Paulo - 11ª Câmara - rel. Juiz Renato Nalini - *in* Revista Brasileira de Ciências Criminais - n. 16 - pág. 343).

A Jurisprudência pátria, como já temos, várias vezes, mencionado em nossos trabalhos, vem entendendo, majoritariamente, no seguinte sentido:

EMENTA: “Os funcionários da Polícia merecem, nos seus relatos, a normal credibilidade dos testemunhos em geral, a não ser quando se apresente razão concreta de suspeição. Enquanto isso não ocorra e desde que não defendem interesse próprio, mas agem na defesa da coletividade, sua palavra serve a informar o convencimento do julgador” (RT 616/286-7) No mesmo sentido: TJSP (RT 433/386-7, RT 715/439) TJPR: RT 554/420.

Não podemos olvidar, ainda, que a palavra da vítima para fins de reconhecimento, tem bastante relevância, em se tratando de crime de roubo, por ser, geralmente, a que mais próxima fica do assaltante no momento em que este leva a efeito o seu objetivo criminoso.

A propósito da relevância da palavra da vítima em casos que tais, pronunciou-se o Colendo Tribunal Regional Federal da 4ª Região em acórdão cuja ementa é a seguinte:

EMENTA: “PENAL - ASSALTO A MÃO ARMADA - AUTORIA - NO CAMPO PROBATÓRIO, A PALAVRA DA VÍTIMA DE UM ASSALTO É SUMAMENTE VALIOSA POIS, INCIDINDO SOBRE O PROCEDER DE DESCONHECIDOS, SEU ÚNICO INTERESSE É APONTAR OS VERDADEIROS CULPADOS E NARRAR-LHES A ATUAÇÃO E NÃO ACUSAR INOCENTES”. (ACR NÚMERO 425434, ANO: 95 UF:RS TURMA 2ª, DJU de 17.01.96 PG.1271).

Numa outra oportunidade assim se manifestou:

EMENTA: “APELAÇÃO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. AUTORIA. PROVA. RECONHECIMENTO DO RÉU. - O reconhecimento formal do réu, pelas vítimas, como o autor do assalto, é prova apta à autoria.” (TJDF - 1ª Turma Criminal - APR n. 1998 01

1046565-5, Rel. Des. Everards Mota e Matos, In DJU de 13/06/2001, p.64).

No mesmo sentido: TACRIM-SP, RT 484.320 TACRSP, RT 539/298.

Na hipótese em comento, Raimundo Ferreira Melo (vítima), sem qualquer hesitação disse o seguinte:

“(...); Que o declarante reconhece na pessoa do réu Vicente Batista de Aguiar, aqui presente como o elemento que de arma em punho anunciou o assalto em seu estabelecimento comercial, fazendo-lhe grave ameaça, e subtraiu a quantia superior a seiscentos e quarenta reais que se achava guardada no cofre; (...)”

Por derradeiro, o que se tem a dizer é que, inobstante não tenha havido, da parte do acusado, a posse tranqüila da **res furtiva**, o crime de roubo, bem ao contrário do que argüi sua defesa e opina a douta Procuradoria-Geral de Justiça, restou consumado, posto haverem sido praticados todos os atos executórios antes que a prisão em flagrante fosse efetuada.

Basta lembrarmos, para afirmá-lo, que o Supremo Tribunal Federal já deixou assente o entendimento de que **“o roubo está consumado se o ladrão é preso em decorrência de perseguição imediatamente após a subtração da coisa, não importando assim que tenha, ou não, posse tranqüila desta”** (RTJ 135/161).

Julio Fabbrini Mirabete, aliás, nos ensina que: *“Também deve ser reconhecida a consumação ainda que o agente tenha sido seguido ou perseguido e preso em flagrante delito (RT 688/355, 691.350).(...)”* (cf. Manual de Direito Penal, autor citado, V. II, 22ª Edição, Ed. Atlas, p. 241).

Assim, não podemos deixar de admitir como verdadeira a tese que a acusação sustentou, ou seja, a de que houve, na hipótese em tela, um crime de roubo qualificado (com emprego de arma e concurso de pessoas), confirmando destarte, pelos seus próprios fundamentos, a bem lançada sentença

condenatória de fls. 115/116.

Posto isto, em consonância parcial com o parecer da Procuradoria de Justiça, decidimos votar pelo conhecimento e improvimento do apelo, considerando até mesmo que a pena aplicada foi absolutamente justa.

É o nosso voto.

Fortaleza, 17 de outubro de 2005.

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

PROCESSO Nº: 2000.0015.1170-0/0

APELAÇÃO CRIME

LOCAL DE ORIGEM: PEDRA BRANCA

APELANTE: O REPRES. DO MINISTÉRIO PÚBLICO

APELADO: FRANCISCO ANTONIO DE OLIVEIRA

RELATORA: DESA. MARIA APOLLINE VIANA DE FREITAS

EMENTA: APELAÇÃO CRIME – SENTENÇA DE ABSOLVIÇÃO CONTRÁRIA ÀS PROVAS DOS AUTOS – REFORMA DA DECISÃO PARA SUJEITAR O RÉU ABSOLVIDO A NOVO JULGAMENTO PELO TRIBUNAL POPULAR DO JÚRI – INTELIGÊNCIA DO ART. 593, PARÁGRAFO TERCEIRO DO CPP – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA SUBMETER O APELADO A NOVO JULGAMENTO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação crime, nº 2000.0015.1170-0/0, de Pedra Branca, em que figuram como Apelante O REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO e como Apelado FRANCISCO ANTONIO DE OLIVEIRA.

Acorda a Turma, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso, e dar-lhe provimento, determinando seja o

Recorrido submetido a novo julgamento pelo Tribunal Popular do Júri, nos termos do voto da Relatora.

Fortaleza, 06 de junho de 2005.

RELATÓRIO

Consta que o representante do Ministério Público em exercício na Comarca de Pedra Branca denunciou FRANCISCO ANTONIO DE OLIVEIRA, nas tenazes do artigo 121 do Código Penal Brasileiro, por ter, no dia 11 de abril de 1995, por volta das 18:30h no interior do estabelecimento comercial do SR. JOÃO OLIVEIRA FILHO, assassinado mediante a utilização de arma de fogo ANTONIO OTAVIO ALVES.

O Apelado alegou a excludente da legítima defesa.

Submetido ao devido processo legal, com respaldo das garantias constitucionais a ele inerente, e após a colheita das provas e exposição das fundamentações de acusação e defesa, foi o Denunciado devidamente pronunciado como incurso nas sanções dos artigos 121, do Código Penal Brasileiro (fls. 79/81).

Submetido a Julgamento, realizado em 19 de maio de 1999, entendeu o Conselho de sentença em absolver o Apelado, por unanimidade de votos, aceitando a tese de legítima defesa levantada.

Sentindo-se inconformado com a decisão o Ministério Público apela da decisão, afirmando que o julgamento ocorreu de maneira contrária às provas dos autos.

O Apelado contra-arrazoou o recurso, pugnando pelo improvimento do recurso de apelação (fls. 128/130).

Foram os autos encaminhados à douta Procuradoria Geral de Justiça, para oferecimento de parecer que o fez no sentido de ser conhecido e provido o presente recurso (fls. 138/139).

É o relatório.

VOTO

O cerne da questão, é entender se o Apelado agiu ou não em legítima defesa.

Para realizarmos se isto ocorreu ou não, devemos observar os depoimentos testemunhais trazidos aos autos.

Vejamos o depoimento de JOÃO OLIVEIRA FILHO, que às fls. 42/43 nos fala:

“Que nesse momento o acusado se afastou um pouco em direção ao terreiro e o depoente chamou a vítima para ir com ele até sua casa que fica pegada ao bar, pois, tinha uma coisa pra conversar com ele. Que o depoente e vítima entraram até o segundo cômodo da casa daquele, onde João Oliveira Filho pedia a Otávio que parasse de vez com aquela discussão com “Chico Antonio”, pois, podia acontecer algo mais sério e isto não seria bom. Que Antonio Otavio Alves já se comprometia com o depoente para não mais tocar no assunto quando o acusado adentrou na casa do depoente dizendo para Otávio que dava em moleque e daria nele também e de logo sacou de um revólver que trazia na cintura e apontou o mesmo em direção de Antonio Otávio. Que o depoente ficou na frente da vítima e pedia para o acusado não fazer aquilo. Sendo que nesse momento Antonio Otávio passa por trás do depoente e tentando segurar o revólver que estava na mão do acusado, agarra-se com o mesmo, que evitando a ação da vítima, dispara contra ela.”

Vimos que o Apelado, no momento em que adentrou no bar do Depoente já foi logo sacando sua arma e ameaçando a vítima. Assim, entendemos que se houve legítima defesa essa foi da vítima e não do Apelado.

Nossa Jurisprudência assim entende:

“Legítima defesa e provocação são incompatíveis entre si, pois somente quando o agente não provoca pode a agressão ser considerada injus-

ta” (TACRIM-SP – Rel. Figueiredo Cerqueira – JUTACRIM 27/36).

.....

“Quem se arma e provoca não pode alegar legítima defesa ante a reação do provocado.” (TJMGS – AC – Rel. Nildo de Carvalho – RT 642/343)

.....

“Não há que se falar em legítima defesa quando o pretense defendente, de algum modo, procede como agente provocador.” (TACRIM – SP – AC – Rel. Dirceu de Melo – JUTACRIM 62/282)

Assim, verificamos que o Conselho de Sentença não apreciou detidamente as provas colhidas nos autos, de sorte que o acusado deve ser submetido a um novo julgamento pelo Tribunal Popular do Júri.

Diante de todo o exposto, julgo procedente o recurso de apelação, determinando que seja o Apelado sujeito a novo julgamento pelo Tribunal Popular do Júri.

É como voto.

Fortaleza, 06 de junho de 2005.

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

**PROCESSO N°: 2000.0015.2251-6/0
APELAÇÃO CRIME
LOCAL DE ORIGEM: IPU
APELANTE: FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA.
APELADO: A JUSTIÇA PÚBLICA.**

RELATORA: DESA. MARIA APOLLINE VIANA DE FREITAS
EMENTA: APELAÇÃO CRIME – RÉU CONDENADO A UM ANO QUATRO MESES DE RECLUSÃO PELA PRÁTICA DO CRIME CAPTULADO NO ARTIGO 168 DO CÓDIGO PENAL – APELAÇÃO APENAS DA DEFESA – NESTE CASO, A PRESCRIÇÃO OCORRE PELA PENA EM CONCRETO – PRESCRIÇÃO EM QUATRO ANOS – SENTENÇA CONDENATÓRIA - ÚLTIMO ATO QUE INTERROMPE A PRESCRIÇÃO – SENTENÇA PUBLICADA EM 23 DE MARÇO DE 2000 – CRIME PRESCRITO EM 23 DE MARÇO DE 2004 – EXTINTA A PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação crime, nº 2000.0015.2251-6, de Ipú, em que figura como Apelante FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA e apelada A JUSTIÇA PÚBLICA.

Acorda a Turma, por unanimidade de votos, em declarar a extinção da punibilidade dos crimes pela prescrição, conforme disposto no artigo 107, IV e 109 do Código Penal Pátrio, de acordo com o voto da Relatora.

Fortaleza, 09 de maio de 2005.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto por FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA, contra decisão do MM Juiz de Direito da Comarca de Ipú, por haver, em 20 de março de 2000, condenado o Apelante a um ano de reclusão e à multa de 250 (duzentos e cinqüenta) dias-multa, pena aumentada em 1/3, por infração ao artigo 168 do Código Penal Brasileiro.

Consta que o Apelante foi denunciado, pelo fato de haver recebido o valor de R\$ 5.081,00 (cinco mil e oitenta e um reais), referente ao pagamento do seguro DPVAT, que foi beneficiada FRANCISCA CAMELO DAS CHAGAS, pela morte

de seu esposo, e não haver repassado o valor para referida senhora.

O processo teve seu curso normal, sendo resguardado o princípio do contraditório e da ampla defesa, sendo ouvidos o acusado, vítima e testemunhas.

Ao final, resolveu o MM juiz de direito condenar o Apelante pela prática prevista no artigo 168 do Código Penal Pátrio.

Não conformado com o desfecho da decisão, o Apelante interpôs o presente recurso, alegando, que a sentença não atendeu as provas constantes dos autos, devendo a mesma ser reformada, Absolvendo, por conseguinte, o Apelante da imputação que lhe foi feita.

Recurso contra-arrazoado pelo Ministério Público, onde pugna pela manutenção da sentença combatida (fls. 118/126).

Nesta Superior Instância os autos foram com vista à douta Procuradoria Geral de Justiça, que com o parecer de fls. 133/134, opinou pelo improvimento do apelo.

É o relatório.

V O T O

O presente recurso de apelação visa a reforma da decisão exarada pelo MM Juiz de Direito da Comarca de Ipú, por haver, em 20 de março de 2000, condenado o Sr. FRANCISCO DE ASSIS VIEIRA, do crime capitulado no artigo 168 do Código Penal Pátrio.

Apesar dos esforços implementados por esta Relatora, assim como por seus antecessores, o presente recurso não pôde, até a presente data, ser posto em julgamento. Tal fato se deve, com total certeza ao acúmulo de processos e precariedade que dispõe o Poder Judiciário para atender aos pleitos da sociedade.

Com isso, vislumbramos que ocorreu a prescrição do crime em questão, na data de 23 de março de 2004.

Para entendermos o porque da prescrição, devemos

estudar esta figura.

Segundo Fernando Capez, a prescrição vem a ser a “perda do direito-poder-dever de punir do Estado em face do não-exercício da pretensão punitiva (interesse em aplicar a pena) ou da pretensão executória (interesse de executá-la) durante certo tempo. O não exercício da pretensão punitiva acarreta a perda do direito de impor a sanção. Então, só ocorre antes de transitar em julgado a sentença (RT, 601/433)”. (*in* Curso de Direito Penal, Parte Geral, Editora Saraiva, 4ª Edição, pág. 511).

No presente caso, vislumbramos tratar-se de prescrição que deve levar em tela a pena imposta pelo Magistrado.

Ainda segundo Capez, na mesma obra, trata-se o caso de prescrição da pretensão punitiva intercorrente, posterior ou superveniente à sentença condenatória.

Vejamos o que diz o mestre:

“Prescrição da pretensão punitiva intercorrente, posterior ou superveniente à sentença condenatória: é a prescrição que ocorre entre a data da publicação da sentença condenatória e o trânsito em julgado. Por isso, ela é chamada de intercorrente ou de superveniente à sentença condenatória. Seu prazo é calculado com base na pena concreta fixada na sentença e não como base no máximo cominado abstratamente. ... No entanto, depois de proferida a sentença condenatória, não existe mais qualquer justificativa para continuar calculando a prescrição pela pior das hipóteses (a maior pena possível), uma vez que já se conhece a pena para aquele caso concreto. Por essa razão, o art. 110, § 1º, do CP determina que, após o trânsito em julgado da condenação para a acusação, a prescrição é regulada pela pena fixada na sentença.” (*in* Curso de Direito Penal, Parte Geral, Editora Saraiva, 4ª Edição, pág. 522)

Com isso, como a condenação da Apelante foi em 1 ano e 4 meses, temos que, de acordo com o artigo 109, IV do Código Penal, a prescrição, no presente caso, se dá em quatro anos, o que ocorreu no dia 23 de março do ano próximo passado.

Isso ocorreu pelo fato da sentença condenatória, que foi o último ato que interrompe a prescrição ter sido publicada em 23 de março de 2000.

Diante de todo o exposto, votamos no sentido de declarar extinta a punibilidade pela prescrição, de acordo com o artigo 107, IV e 109 do Código Penal Pátrio.

É como voto.

Fortaleza, 09 de maio de 2005.

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

APELAÇÃO-CRIME Nº 2000.0016.1158-6/0

APELANTE: EURICO NOGIMO VIANA

APELADO: A JUSTIÇA PÚBLICA

RELATOR: DES. FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO-CRIME. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. DEPOIMENTO INFANTIL E DA MÃE DO OFENDIDO. CREDIBILIDADE. CONDENAÇÃO MANTIDA. ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. IMPERTINÊNCIA.

I – Nos crimes contra os costumes, a representação não exige fórmula sacramentada, sendo suficiente a manifestação de vontade da vítima ou dos representantes desta de apurar o delito, mediante declaração dirigida ao juiz, à

autoridade policial ou ao órgão do Ministério Público (art. 39 do C.P.P.). Destarte, a colheita do depoimento do ofendido e de representação de sua mãe perante a autoridade policial evidenciam o interesse destes em processar criminalmente o réu, sendo bastantes para demonstrar a legitimidade ativa do Parquet na propositura da ação penal.

II – A credibilidade do depoimento infantil somente não deve ser afastada quando ausente, nos autos, elementos indicativos de que seus relatos decorram de fantasia e criatividade da mente da criança ou de indução de terceiros.

III – Podendo qualquer pessoa ser testemunha, a relação de parentesco existente entre o ofendido e sua mãe não é capaz de infirmar, de per si, a confiabilidade no depoimento desta, ainda mais porque não contraditada ou não revelado o interesse em imputar falsamente ao acusado o cometimento de um ilícito penal (arts. 202 e 214 do C.P.P.).

IV – As declarações da vítima, apresentadas de forma segura e consoante com os demais elementos de convicção coligidos em juízo, são idôneas a demonstrar a materialidade e autoria do ilícito penal imputado ao acusado e, por conseguinte, fundamentar o decreto condenatório.

V – Revelando as circunstâncias do crime a necessidade de censurabilidade maior da conduta praticada pelo denunciado, o cumprimento da pena em regime inicialmente fechado é medida legal que se impõe, não havendo falar em alteração para o regime semi-aberto (art. 59, inc. III, combinado com art. 33, § 3º, do C.P.).

VI – Apelo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos, **acordam** os Desembargadores integrantes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por uma de suas turmas, à unanimidade, em negar provimento ao recurso interposto, tudo de conformidade com o voto do Relator.

Fortaleza, 13 de maio de 2003.

RELATÓRIO

O representante do Ministério Público, em exercício na 12ª Vara Criminal da Comarca de Fortaleza – CE, ofertou, mediante representação, denúncia contra Eurico Nogimo Viana, como incurso nas sanções do art. 214, combinado com art. 224, alíneas a e c, do Código Penal, ante o fato de, em 22.6.1999, por volta de 13 horas, na residência da vítima Leonardo Araújo de Lima, à época com 4 (quatro) anos de idade, ter o réu praticado contra esta atos libidinosos diversos da conjunção carnal.

Consta da exordial que o acusado, na qualidade de agente da SUCAM, compareceu à casa do ofendido para desenvolver serviço de combate a Dengue, quando praticou sexo oral na mencionada criança por duas vezes.

Realizada a instrução criminal, a MMA. Juíza do feito condenou o delatado nas tenazes do tipo penal assente na preambular, cominando-lhe a reprimenda de 6 (seis) anos de reclusão, a ser cumprida no regime inicialmente fechado (fls. 122/133).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, propugnando, preliminarmente, pela decretação da nulidade do processo **ab initio**, por ausência de representação, requerendo, quanto ao mérito, a absolvição do delatado; para tanto, no arrazoado de fls. 145/168, aduz, em síntese, o seguinte:

a) que, nos delitos de ação penal pública condicionada à representação, o órgão ministerial unicamente tem legitimidade para acionar judicialmente o suposto autor do fato delituoso quando autorizado pela vítima ou representante legal desta, não bastando, para tal, **a delatio criminis** postulatória ofertada no inquérito policial;

b) que, no caso concreto, não existe representação do ofendido ou de seu representante legal dirigida ao Ministério Público, pelo que o processo é nulo desde o início;

c) que a mãe da vítima compareceu à Delegacia quando já transcorridos 1(um) mês e 18 (dezoito) dias da concretização do fato imputado ao recorrente, o que evidencia a dúvida daquela quanto à efetiva ocorrência do episódio e a falta de confiabilidade em suas palavras;

d) que a genitora do menor não poderia ter prestado compromisso ou ser ouvida como testemunha, haja vista o interesse na condenação do réu, revelando-se, ademais, seus relatos carentes de credibilidade, porquanto dissonantes os depoimentos colhidos nas fases administrativa e judicial, além de conflitantes com outros dados probatórios;

e) que, se o acusado possuísse comportamento sexual desviado (o que não é o caso), somente praticaria o fato se este lhe propiciasse satisfação da libido, havendo, na espécie, o agente permanecido, no máximo, 2 (dois) minutos no banheiro, o que denota a improbabilidade de o evento ter acontecido;

f) que não há prova suficiente para a condenação, porquanto os elementos de convicção utilizados para sustentar a sentença monocrática apenas reproduzem o que ouviram de uma criança de 4 (quatro) anos de idade, sem que esta tenha se submetido a uma análise psicológica capaz de aferir a dependência de suas afirmações à influência da mãe;

g) que a doutrina e jurisprudência, assim como os ensinamentos da psicologia infantil, destacam que o depoimento de crianças deve ser apreciado com reservas, em face da fantasia, percepção precária da realidade e suscetibilidade a influência de terceiros, próprias da infância;

h) que os fólios não revelam a homossexualidade do acriminado, o qual, mesmo que fosse um pedófilo, não teria praticado o ato no órgão genital do menor, mas imposto a este que o realizasse no delatado.

Em contra-razões (fls. 171/176), o órgão ministerial refuta a preliminar suscitada e requer o improvimento da insur-

reição, mas alteração, **ex officio**, do regime prisional de inicialmente fechado para semi-aberto.

Salienta o **Parquet** demonstrarem os fólios a culpa do agente, não se extraindo o interesse dos familiares da vítima em condenar gratuitamente um desconhecido.

Acrescenta o recorrido que, não se cuidando, **in casu**, de crime hediondo, as circunstâncias do fato típico autorizam a fixação do regime semi-aberto.

Instada a se manifestar, a douta P.G.J. pronunciou-se pelo improvimento da medida recursal, destacando inexistir “clima propício de provimento”.

É o relatório.

VOTO

Aprecio, de início, a preliminar suscitada pela defesa, no sentido de que, nos crimes de ação penal condicionada à representação, o oferecimento da **delatio criminis** postulatória não bastaria para autorizar o ajuizamento da lide pelo Ministério Público.

Sobre a questão, impende ressaltar que, consoante entendimento reiterado da jurisprudência pátria, a representação não exige fórmula sacramentada, sendo suficiente a manifestação de vontade da vítima ou dos representantes desta de apurar o delito.

Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, **verbis**:

“[...] REsp. – Representação da ofendida – Forma específica – Rigor desnecessário. A representação não exige forma específica, bastando que o ofendido ou seu representante legal manifeste o desejo inequívoco de que se instaure contra o autor do crime o procedimento criminal. O boletim de ocorrência, bem como a submissão da vítima a exame pericial revelam-se suficientes a demonstrar a intenção de res-

ponsabilizar o criminoso. Recurso provido para que seja proferida outra sentença reconhecendo a existência de representação e conseqüente legitimidade do Ministério Público.” (RSTJ 127/441.)

Nessa esteira de raciocínio, uma vez externado o propósito de ver colhidas informações relacionadas à materialidade, à autoria e às circunstâncias do fato típico, tem-se por evidente o interesse da vítima ou dos representantes desta em fazer recair a responsabilidade criminal sobre o autor da conduta ilícita mediante o acionamento do aparato judicial pelo órgão acusatório.

Por conseguinte, afigura-se-me despropositado o raciocínio desenvolvido pelo apelante, tendente a tornar exigível duas manifestações de vontade acerca da apuração do crime, uma direcionada à autoridade policial, com o fito de autorizar as investigações, e outra endereçada ao Ministério Público, legitimando-o a propor a ação criminal.

Além do que, evidencia o conectivo “ou”, presente no art. 39 do C.P.P., que o direito de representação pode ser exercido alternativamente, perante o juiz, o ministério público ou diante da autoridade policial.

Feitas essas considerações, no caso concreto, observa-se que a Sra. Zélia Araújo do Nascimento compareceu à Delegacia de Polícia para, na qualidade de mãe do ofendido, ofertar representação contra o acusado, imputando-lhe a prática do crime de atentado violento ao pudor em face do filho da representante (fl. 5).

Na mesma data e local, a vítima, à época com 4 (quatro) anos de idade, prestou declarações na presença de sua genitora, extraindo-se, do depoimento, o seguinte, ***verbis***:

“[...] QUE, no dia 02/06/1999, por volta das 13:30h, estava em sua residência, juntamente com seus pais; QUE, apareceu um funcionário da SUCAM e enquanto este estava preparando o seu serviço

chamou o declarante para acompanhá-lo, entrando ambos em um banheiro da casa; QUE, ao entrarem no banheiro, o citado funcionário fechou a porta e começou a descer o calção do declarante; QUE, em ato contínuo o referido funcionário da SUCAM, começou a molestar sexualmente, friccionando o pênis do declarante até ficar “durinha”; QUE, ao chegar neste estágio o funcionário da SUCAM, começou a chupar o pênis do declarante ; QUE, após alguns minutos, saiu do, digo, saíram do banheiro e o citado funcionário continuou o seu serviço; QUE, posteriormente, novamente o funcionário da SUCAM lhe convidou para entrar em um outro banheiro da casa, executando os mesmos atos libidinosos anteriormente praticados com o declarante [...]” (fl. 11).

Os elementos de convicção supracitados evidenciam a vontade da representante legal do menor de processar o réu pela prática delitativa, sendo despicienda a confirmação do propósito mediante petição dirigida ao membro do Ministério Público.

Por outro lado, consta à fl. 9 o atestado de pobreza da representante legal do menor ofendido.

Destarte, atendidos os requisitos consignados no art. 225, § 1º, I e § 2º, do C.P., é de se considerar legítima a titularidade da presente ação penal pelo Ministério Público, não havendo falar em nulidade do processo por vício de representação.

Sob tais fundamentos, rejeito a preliminar levantada.

Quanto ao mérito, cumpre destacar que, ***in casu***, o crime de atentado violento ao pudor foi praticado contra uma criança de quatro anos de idade, pelo que, a teor do art. 224, a, do Estatuto Repressivo, a violência é presumida.

Concernente à autoria delitativa, verifico que essa é negada pelo delatado, o qual, no interrogatório judicial, assevera

que, *litteris*:

“[...] que no dia do fato se encontrava trabalhando [...] que não é verdadeira a imputação que lhe é feita [...] que até hoje não sabe o motivo de estar sendo acusado, pois no dia do fato foi na residência da vítima onde lá a conhece e pediu para fazer seu trabalho normal; que fez todo o trabalho e não aconteceu nada e a mãe da vítima acompanhou o seu trabalho [...]” (fl. 44)

No inquérito policial, formula o agente idêntica versão, deixando evidente, contudo, haver permanecido sozinho na companhia da criança quando esta o conduziu ao piso superior da casa, *in verbis*:

“[...] QUE, com a permissão do dono da casa, começou a fazer o serviço, sendo acompanhado pela esposa do dono da casa; QUE, em dado momento, a dona da casa, que o interrogado não sabe o nome, disse para seu filho de quatro (04) anos, para mostrar ao interrogado, o banheiro da parte de cima (duplex); QUE, o menino subiu com o interrogado, ficando o garoto vendo o serviço do interrogado fora do banheiro, só entrando o interrogado [...] QUE, ao terminar o serviço no banheiro, desceu^{sic} juntamente com o menino de quatro (04) anos aproximadamente; QUE, ao descerem a mãe do menino já estava esperando [...] QUE, só teve contato com o menino sozinho, quando foram para o banheiro da parte de cima da casa e foi como dito anteriormente, bem rápido [...] QUE, há aproximadamente uns (três) 03 anos quando trabalhava no interior do Estado foi acusado de ter feito estas acusações, só com a diferença que neste outro caso era menina [...]” (fls. 16/17)

As palavras do acusado revelam-se isoladas no acervo probante, inexistindo qualquer dado capaz de corroborar a tese de negativa de autoria.

Além disso, como sabido, nos crimes contra os costumes, comumente praticados sem a presença de testemunhas, as declarações da vítima exsurtem como elemento de convicção relevante, de extrema importância para a apuração da verdade material, desde que apresentadas de forma segura e em consonância com as provas colhidas na instrução probatória.

In casu, o infante Leonardo Araújo de Lima, como visto, asseverou, no inquérito policial, o seguinte:

“[...] QUE, no dia 02/06/1999, por volta das 13:30h, estava em sua residência, juntamente com seus pais; QUE, apareceu um funcionário da SUCAM e enquanto este estava preparando o seu serviço chamou o declarante para acompanhá-lo, entrando ambos em um banheiro da casa; QUE, ao entrarem no banheiro, o citado funcionário fechou a porta e começou a descer o calção do declarante; QUE, em ato contínuo o referido funcionário da SUCAM, começou a molestar sexualmente, friccionando o pênis do declarante até ficar “durinha”; QUE, ao chegar neste estágio o funcionário da SUCAM, começou a chupar o pênis do declarante ; QUE, após alguns minutos, saiu do, digo, saíram do banheiro e o citado funcionário continuou o seu serviço; QUE, posteriormente, novamente o funcionário da SUCAM lhe convidou para entrar em um outro banheiro da casa, executando os mesmos atos libidinosos anteriormente praticados com o declarante [...]” (fl. 11).

Em juízo, o sujeito passivo do crime em tela confirmou suas declarações, cientificando que “[...] o guarda da Sucan

'chupou sua pinta'; que o acusado fez isso no banheiro de sua residência; que o caso aconteceu no banheiro da residência do declarante [...]' (fls. 55/56).

Nesse momento, cumpre trazer à balha o argumento recursal tendente a apontar a fragilidade das palavras da vítima.

Sustenta o recorrente que a doutrina e a jurisprudência pátrias, assim como os ensinamentos de psicologia, ressaltam que o depoimento de crianças deve ser apreciado com reservas, em face da fantasia, percepção precária da realidade e suscetibilidade à influência de terceiros, próprias da infância.

Em relação à matéria, devo destacar que esta e. 1ª Câmara Criminal já considerou tal peculiaridade, afastando a confiabilidade nas declarações de criança, menor de 14 (quatorze) anos de idade, que figurou nos autos do Processo-crime nº 2000.02742-4 (D.J. 8.6.2001) como vítima do crime de atentado violento ao pudor.

É de se esclarecer, todavia, que, naquela hipótese, o depoimento da ofendida apresentava-se claudicante, ensejando, os depoimentos testemunhais, dúvida quanto à autoria delitiva, além de denotar a prática reiterada da menina em inventar histórias para acobertar suas peraltices.

No caso vertente, ao revés, a dilação probatória não registra qualquer elemento indicativo de que a conduta assacada contra o réu seja produto de fantasia da vítima, revelando-se, de outra parte, firmes as informações desta e em sintonia com outros dados de convicção coligidos.

Deveras, a testemunha Zélia Araújo do Nascimento, mãe do ofendido, confirma a tese acusatória, atestando que:

“[...] no dia do fato o acusado chegou para fazer um trabalho em sua casa e foi autorizada pelo^{sic} depoente a sua entrada; que o trabalho do acusado era colocar veneno nos ralos da casa; que a depoente mostrou a parte de baixo da casa ao acusado; que a depoente pediu a seu filho, a vítima, para mostrar ao acusado o banheiro da parte

de cima da casa porque o outro filho da depoente estava chorando; que depois o acusado com seu filho desceu e foram para a cisterna; que a depoente foi junto com os dois; que o acusado pediu para ir ao banheiro; que o filho da depoente o acompanhou; que depois seu filho chegou para a depoente e disse que o acusado não tinha feito xixi e sim tinha ‘chupado a pita dele’^{sic}; que o calção de seu filho estava mal vestido [...] que o acusado foi para a casa vizinha; que depois contou para o seu marido, o pai de seu filho, e o mesmo foi esperar o acusado sair da casa vizinha; que o acusado falou que não tinha feito aquilo com o filho da depoente; que nessa hora o seu marido pegou o nome do acusado e foram para a delegacia [...] que seu filho, desde o dia do fato até hoje, conta a mesma estória ele nunca esquece [...] que seu filho contou para a depoente que o acusado pegou em sua ‘pintinha’, manipulando-a, dizendo que tinha de ficar ‘durinha’ [...] que quando o acusado pediu para ir ao banheiro já estava se preparando para ir embora, seu filho, a vítima, estava presente e acompanhou o acusado; que a depoente pensou que o acusado ia lavar as mãos [...] que o acusado passou mais ou menos dois minutos dentro do banheiro [...]” (fls. 57/58).

Concernente ao depoimento supratranscrito, o suplicante também questiona sua credibilidade, apontando a existência de contradições com aquele prestado perante a autoridade policial, salientando, ainda, que a genitora do ofendido não poderia ter prestado compromisso ou ser ouvida como testemunha, haja vista o interesse na condenação do réu.

A insurreição não merece acolhida.

Isso porque o Código de Processo Penal estabelece que “*toda pessoa poderá ser testemunha*”, conferindo, ade-

mais, à parte interessada, antes de iniciado o depoimento, o direito de contraditá-la “*ou argüir circunstâncias ou defeitos, que a tornem suspeita de parcialidade, ou indigna de fé [...]*” (C.P.P., arts. 202 e 214).

Na hipótese em tela, a testemunha contra a qual se insurge o denunciado não se insere no rol do art. 208 do C.P.P., sendo, assim, possível o deferimento do compromisso.

Além disso, mencionada pessoa não foi contraditada no momento oportuno (fls. 57/58), não se tendo, de igual, a argüição de circunstâncias ou defeitos evidenciadores de que seja aquela suspeita de parcialidade ou indigna de fé.

*Nesse contexto, a simples relação de parentesco da depoente com o ofendido não constitui elemento bastante para demonstrar, **per si**, o interesse daquela em imputar falsamente ao acusado o cometimento de um ilícito penal, sobretudo diante da certeza, fluente dos autos, de que a testemunha não conhecia o autor do delito até a data em que este ocorreu.*

Sobre o assunto, Mirabete adverte, **verbis**:

“Embora seja dos mais discutidos o valor da prova testemunhal, pela deficiência dos sentimentos, da mendacidade freqüente por interesses pessoais, sugestão ou sentimentos, não se pode prescindir da prova testemunhal na maioria das ações penais, devendo o juiz confiar nos depoimentos prestados quando não estão em desacordo evidente com os demais elementos dos autos. Não se pode afastar de plano depoimento de qualquer pessoa unicamente por seu estado social, idade, profissão, ocupação, etc [...]” (In Código de processo penal interpretado. 9ª edição. São Paulo, Atlas, 2002, p. 555).

Respeitante à alegada divergência do depoimento judicial da Sra. Zélia Araújo com aquele colhido na fase investigatória, verifica-se, ao contrário do alegado pelo recorrente, que as palavras da testemunha citada não evidenciam incongruências capazes de conduzir à absolvição.

De primeiro, importante é ressaltar que a depoente foi ouvida em juízo quase um ano depois do cometimento do crime praticado contra seu filho, o que, por si só, justifica a falta de correlação precisa entre os termos dos depoimentos policial e judicial.

Além disso, a afirmação da testemunha, constante à fl. 5, de que esperava a saída do acusado sem saber onde estava o filho, não colide com a declaração, prestada em juízo, de que o infante acompanhou o réu quando este foi ao banheiro (fls. 57/58); afinal, o fato de o menor ter conduzido o denunciado àquele recinto não confere à mãe da criança a certeza de onde esta se encontrava.

Da mesma forma, o fato de a depoente ter comparecido à Delegacia após um mês da prática delitiva não refuta a informação de que, no dia do ilícito, “seu marido pegou o nome do acusado e foram para a delegacia”(fls. 57/58), revelando-se, ademais, questão periférica, incapaz de indicar tenha a testemunha vacilado ao relatar o fato por ela conhecido ou de infirmar a responsabilidade penal do suplicante.

Sob tais fundamentos, considerando-se que a oitiva da testemunha Zélia Araújo do Nascimento deu-se sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, não tendo a defesa apresentado, oportunamente, dados fáticos idôneos a comprovar a existência de suspeição, além de seus depoimentos serem claros e coerentes, hei por bem considerá-los válidos e providos de credibilidade para a formação de meu convencimento.

Em consonância com os dados probatórios supra-examinados, o Sr. Francisco Oliveira Rodrigues salienta que, *litteris*:

“[...] que o depoente é porteiro de um condomínio em frente à casa do menor Leonardo Araújo

de Lima; que no horário de merenda do depoente, o mesmo foi merendar na lanchonete do pai da vítima; que presenciou quando a vítima chegou para o pai e disse quando o guarda tinha ‘chupado a pinta dele’; que o acusado disse ^(sic): ‘deixa dessas conversas’ e mandou que o mesmo saísse; que a vítima voltou e repetiu a mesma conversa; que o depoente falou para o pai da vítima que perguntasse ao guarda; que ficou esperando, com a pai da vítima, o acusado sair da casa da vizinha e o guarda saiu e respondeu que não tinha feito nada; que nessa hora o acusado ficou trêmulo e deu seus documentos para tirar os dados [...]” (fls. 59/60)

No que tange às testemunhas de defesa, seus depoimentos tão-somente abonam a conduta social do acusado, sem fornecer qualquer informação relacionada ao fato **sub judice** (fls. 70/73).

A análise dos elementos de convicção constantes dos autos demonstram que a tese de negativa de autoria apresenta-se isolada no acervo probante, sendo as palavras da vítima firmes e coerentes, corroboradas pelos depoimentos das testemunhas de acusação.

Nesse contexto, a condenação do acusado é medida legal que se impõe, não merecendo reproche a decisão vergastada.

Por fim, no que concerne ao pronunciamento do recorrido pela alteração, **ex officio**, do regime prisional de fechado para semi-aberto, devo destacar não comungar do mesmo entendimento do **Parquet**.

É que, apesar de o magistrado ter fixado a pena-base no mínimo legal previsto, as circunstâncias do caso concreto não autorizam o entendimento de que o réu seja merecedor de regime prisional mais brando, tendo em vista que o denunciado praticou o delito de atentado violento ao pudor no interior da residência da vítima, sem qualquer hesitação, enquanto

exercia um serviço público de combate ao mosquito da dengue, aproveitando-se da situação para satisfazer ilicitamente sua libido.

Tais aspectos revelam a necessidade de maior censurabilidade do crime mediante a fixação de regime prisional mais severo com esteio dos arts. 59, III e 33, § 3º, do Código Penal, pelo que considero impertinente beneficiar o delatado com seu abrandamento.

Ex positis, nego provimento ao recurso interposto, mantendo **in totum** a decisão vergastada.

É como voto.

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

Nº 2002.0007.6060-6 APELAÇÃO CRIME

COMARCA: FORTALEZA

APELANTES: JOABE SARAIVA DA SILVA, JOCEWENE DE OLIVEIRA SOARES, FRANCISCO MACHADO DE SOUSA FILHO, FRANCISCO JONAS ANDRADE ALBUQUERQUE, JOSIVÁ SÁTIRO DE LIMA, ANTÔNIO FERREIRA ARAUJO E ALEXANDRE DE SOUSA RIBEIRO

APELADA: A JUSTIÇA PÚBLICA

RELATOR: DES. JOSÉ EDUARDO MACHADO DE ALMEIDA

EMENTA: APELAÇÃO CRIME – PENAL – PROCESSUAL PENAL – ASSALTO EM SÉRIE A INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS, À MÃO ARMADA, POR QUADRILHEIROS – UNS SE INSURGEM NEGANDO A AUTORIA, OUTROS INSISTEM NO BIS IN IDEM EM RAZÃO DA CONDENAÇÃO PELAS QUALIFICADORAS DO § 2º DO ART. 157 E PARÁGRADO ÚNICO DO ARTIGO 288 DO CÓDIGO PENAL, ALÉM DO REGIME INICIALMENTE FECHADO PARA O CUMPRIMENTO DA PENA –

INQUISITÓRIOS PRESTADOS NA PRESENÇA DO ÓRGÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

1. As testemunhas bancárias reconheceram os integrantes da quadrilha que estiveram dentro da agência, quer por fotografias, quer pelas fitas da filmagem, não havendo qualquer dúvida quanto às suas participações, o que torna a prova incontroversa, portanto, legítima suas condenações.

2. Não há como incompatibilizar o § único do art. 288 do CP com a qualificadora do art. 157, § 2º, I, do mesmo dispositivo penal, pois são condutas autônomas e independentes, com desígnios distintos entre si, de aplicação, inclusive, unitária, não havendo como entender um bis in idem. Vejamos o entendimento dos Tribunais Nacionais, notadamente do Supremo Tribunal Federal, verbis:

Roubo qualificado e quadrilha qualificada. – STF: “São suscetíveis, em tese, de acumulação, a qualificadora de roubo, pelo emprego de armas (art. 157, § 2º, I, do CP), com a figura qualificada da quadrilha armada (art. 288, parágrafo único)” (RT 128/325).

3. A decisão analisou com percuciência as circunstâncias judiciais do artigo 59 do CP, não lhes sendo favoráveis em nada. Ressaltou em sua decisão o Magistrado que alguns Tribunais determinam a fixação do regime inicial para o cumprimento da pena, aos condenados pela prática de roubo qualificado, em regime inicialmente fechado, nos termos do permissivo do § 3º do art. 33, da LEP, vejamos, verbis:

TARS: “ Tidas como adversas as variáveis do art. 59 do CP, o condenado por roubo qualificado pode, e deve, permanecer, de logo, no regime fechado, consoante regra autorizadora do § 3º

do art. 33 da mesma lei” (JTAERGS 73/50).

4. Recurso improvido. Decisão unânime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação crime, nº 2002.0007.6060-6, de Fortaleza, em que são apelantes Joabe Saraiva da Silva e outros e apelada a Justiça Pública.

Acorda a Turma, por unanimidade de votos, em conhecer dos recursos, mas para lhes negar provimento, assim como opinou a douta Procuradoria Geral de Justiça.

O representante do Ministério Público com assento junto à 18ª Vara Criminal de Fortaleza denunciou as pessoas de **Derlane Sales de Lima, Josivá Sátiro de Lima**, conhecido pelas alcunhas de “**Vá**”, “**Gordo**” e “**Pernambuco**”, **Gilcélcio Pessoa de Menezes, Alexandre de Sousa Ribeiro**, de epíteto “**Alex**”, **Jocewene de Oliveira Soares**, conhecido entre iguais pela alcunha de “**Cuncun**”, **Francisco Machado de Sousa Filho**, de alcunha “**Chiquinho da Rapadura**”, **Joabe Saraiva da Silva**, também conhecido pela alcunha de “**Cobra**”, **Antônio Ferreira Araújo, Francisco Jonas Andrade Albuquerque, Augusto Dário Manoel da Silva, Fábio Rodrigues Pinto, Walter Martins da Silva e Gilcélcio Pessoa de Menezes**, todos qualificados nos autos, nas penas do art. 157, § 2º, incisos I e II, c/c o art. 288, § único, e art. 71, todos do Código Penal Nacional, isso porque no dia 16 de outubro do ano 2000, os denunciados, com mãos fortemente armadas, assaltaram a agência do Banco do Estado do Ceará localizada na av. Pontes Vieira, de onde levaram a quantia de R\$ 61.000,00 (sessenta e hum mil reais). Dia seguinte, ou seja 17 de outubro daquele ano, repetiram a ação criminosa, desta feita roubaram a agência do mesmo banco sita na av. Washington Soares, de onde subtraíram a quantia de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Submetidos ao regular sumário de culpa, onde cada qual exerceu com amplitude o contraditório e a ampla defesa constitucionalmente assegurados, o Magistrado reitor do feito, usando o preceito do art. 383 do CPP, aplicando o **emendatio Libelli**, transmudou o crime continuado para concurso material

de crime, a que alude o artigo 69, do Código Penal, julgando, por sentença, procedente, em parte, a proposta acusatória interposta em desfavor dos acusados, à exceção de Derlane Sales de Lima, Fábio Rodrigues Pinto e Walter Martins da Silva, este porque foi decretada a sua revelia, nos moldes do art. 366, do CPP, o segundo porque absolvido por falta de prova e aquela retirada que foi da relação processual por decisão desta egrégia Primeira Câmara, condenando os demais, na forma seguinte (fs.1428/1443, vol.V):

Jocewene de Oliveira Soares, Gilcélcio Pessoa de Menezes, Alexandre de Sousa Ribeiro, Francisco Machado de Sousa Filho, Antônio Ferreira de Araújo, Francisco Jonas Andrade Albuquerque e Augusto Dário Manoel da Silva foram apenados, cada um, a uma pena de 11 (onze) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado e multa.

Josivá Sátiro de Lima foi apenado em 13 (treze) anos, 09 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicialmente fechado e multa.

Joabe Saraiva da Silva foi apenado em 07 (sete) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicialmente fechado e multa.

Não conformados com o desfecho do julgamento, interpuseram os réus condenados os presentes recursos apelatórios, à exceção de Gilcélcio Pessoa de Menezes e Augusto Dário Manoel da Silva, alegando o que segue:

Joabe Saraiva da Silva e Jocewene de Oliveira Soares se insurgem contra a pena aplicada, afirmando em suas razões, que não pode haver concurso entre quadrilha e roubo, ocorrendo na espécie um **bis in idem**, além do cumprimento da pena ter sido inicialmente fechado, em relação ao primeiro (fs.1568/1570 e 1639/1642).

Francisco Machado de Sousa Filho, Josivá Sátiro de Lima, Alexandre de Sousa Ribeiro, Antônio Ferreira Araújo e Francisco Jonas Andrade Albuquerque negam a participação, requerendo as suas absolvições nos moldes do art. 386, do CPC (fs. 1571/1575, 1599/1605, 1606/1607, 1608/1609

e 1649/1650).

Recursos devidamente contra-arrazoados às fs.1576/1591 e 1653/1658, requerendo-se o improvimento dos apelos.

Nesta Instância Superior os autos foram com vista à douta Procuradoria Geral de Justiça que, com o parecer de fs.1662/1666, opinou pelo improvimento dos recursos.

É o relatório.

Como visto precedentemente, trata-se de apelações crime interpostas pelos quadrilheiros pernambucanos, baianos e cearenses, autores de diversos assaltos a instituições financeiras em território cearense, notadamente quando ousaram, com mãos fortemente armadas, roubar a agência do Banco do Estado do Ceará localizada na av. Pontes Vieira, de onde levaram a quantia de R\$ 61.000,00 (sessenta e hum mil reais). Dia seguinte, ou seja 17 de outubro daquele ano, repetiram a ação criminosa, desta feita roubando do mesmo banco, a agência sita na av. Washington Soares, de onde subtraíram a quantia de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

A Delegacia de Furtos e Roubos, em parceria com o Serviço Reservado da Polícia Militar do Estado do Ceará, conseguiram dismantelar a perigosa quadrilha de assaltantes de bancos logrando seus componentes serem presos ainda com dinheiro, armas, chaves minchas e outros objetos, que, pela sua natureza, indicavam a composição de uma perigosa quadrilha, a qual, tendo sucesso em diversas ações, deu prejuízo de vultosas quantias ao Banco do Estado do Ceara além de outras instituições.

O sistema de filmagem e fotografia das agências saqueadas fez o registro das múltiplas ações dos facínoras, facilitando, assim, as investigações levadas a cabo pelos policiais.

Dias após os assaltos, foram presos e autuados em flagrante os quadrilheiros Josivá Sátiro de Lima, Gilcélcio Pessoa de Menezes, Alexandre de Sousa Ribeiro, Francisco Machado de Sousa Filho, Joabe Saraiva da Silva, Antônio Ferreira de Araújo, Fábio Rodrigues Pinto, Joicewene de Oliveira Soares e a

mulher Derlane Sales Lima, namorada deste último.

A operação policial que redundou na prisão da quadrilha de malfeitores teve início quando policiais do serviço secreto militar estadual, em diligência para esclarecimento de um dos assaltos à agência do BEC, notaram a presença, defronte ao prédio da residência de Darlene, de um automóvel GOL descrito por testemunhas como sendo um dos carros usados no assalto comentado. Adentraram, então, no apartamento e ali encontraram o namorado de Darlene e dois companheiros, que foram presos. Posteriormente, prenderam a mulher Darlene Sales Lima, recepcionista de profissão e a levaram à Delegacia Especializada para ser interrogada a respeito das atividades ilícitas de seu amásio, no caso Jocewene de Oliveira Soares, azo em que também foi autuada em flagrante de delito e arrastada para o processo na condição de acusada.

Impetraram seus advogados habeas corpus objetivando a liberdade de Darlene, e sob a minha Relatoria determinei o trancamento da ação penal promovida em seu desfavor, haja vista que da leitura do auto flagrancial deu-se que a única citação feita ao longo do seu texto era de que Darlene namorava o assaltante Jocewene. Não estava no local do crime, não foi encontrada com objetos de seu cometimento e não foi apanhada em situação que pudesse revelar a sua participação no assalto. Tinha contra si, de verdade, apenas o fato de namorar Jocewene e de ter a polícia encontrado defronte o prédio da sua residência o carro por ele ou por comparsas utilizado no cometimento delituoso repetidamente referido aqui. Entre nós vige o princípio inculpidado no art. 13 do Código Penal Brasileiro de que a responsabilidade pelo crime só se imputa a quem lhe deu causa. Assim, foi trancada a ação penal contra Darlene, mas sua prisão em flagrante foi de suma importância para a elucidação dos crimes cometidos em série pelo bando, como doravante passarei a demonstrar.

Ao ser presa, Darlene exigiu que seu interrogatório fosse proferido na presença apenas da Autoridade Policial e do Órgão do Ministério Público, para se sentir mais à vontade, ou seja falar o que sabia. Assim foi feito, passando a ser interrogada,

afirmando o que segue:

“Que é namorada de JOCEWENE há mais de um ano. Que, há aproximadamente três meses residia em uma casa na Jurema, juntamente com JOCEWENE, e escutou conversa que ALEX, JONATA e CLOVIS estavam planejando fugir, vez que tinham feito o assalto do Banco do Brasil – Pici; Que tomou conhecimento de que JOCEWENE e ARAÚJO haviam dado a fuga no referido assalto; Que, JONATAS e CLOVIS conseguiram fugir, não tendo a interrogada mais nenhum contato com ambos...Que nessa ocasião foi mostrada a interrogada fotos dos envolvidos na assalto ao BEC, tendo a mesma reconhecido a pessoa de JONATA como um dos autores do crime, mais precisamente o que aparece de blusa escura e chapéu claro; Que, JOCEWENE e ARAÚJO deram fuga do assalto ao Banco do Brasil – Pici, em um veículo Verona amarelado(...) Que, afirma a interrogada que as pessoas que participaram do assalto ocorrido no último dia 16/10/2000, na Agência do BEC na Pontes Vieira, foram JONATA, JOSIVÁ SÁTIRO DE LIMA, vulgo “Vá ou Gordo”, e que a interrogada conhece Pernambucano, tendo reconhecido o mesmo em algumas fotos, onde JOSIVÁ aparece dentro da dita agência bancária; Que, além desses dois participaram ainda ALEXANDRE DE SOUSA RIBEIRO, vulgo “ALEX” e GILCÉLIO PESSOA DE MENEZES, o qual tem uma pampa azul, o ex-Soldado PM ARAÚJO e JOCEWENE DE OLIVEIRA SOARES, o qual participou da fuga; Que, informa a que a pessoa de JOCEWENE e ARAÚJO sempre ficam fora da agência, não anunciando o assalto, auxiliando na fuga; (...) Que, tomou conhecimento do segundo assalto ocorrido na data de 17/10/2000, na agência BEC – Agência Edson Queiroz, através do programa de televi-

são Barra Pesada; Que, afirma a interrogada que na reportagem foi divulgado que houve a participação de um veículo Pampa, Gol e três motos, o que lhe causou estranheza, vez que GILCÉLIO andava em uma Pampa, ALEX andava num Gol branco, JOCEWENE, JONATA e ARAÚJO andavam de moto; Que, diante destes fatos a interrogada deduziu que os mesmos participaram do referido assalto; Que, na data de hoje, pela manhã, por volta das 08h30min, chegou ao apartamento onde reside a interrogada as pessoas de JOCEWENE e JOSIVÁ, sendo o primeiro em uma moto e o segundo num veículo Gol branco, Que, em seguida chegou ALEX pilotando uma outra moto, a qual tem as mesmas características da moto de JOCEWENE; Que, os três começaram a tomar cervejas, ocasião em que começaram a comentar sobre o assalto (...) Que, os mesmos comentaram que estavam preocupados se haviam sido anotado a placa, pois os jornal havia divulgado todos os números corretos e das três letras apenas uma foi dada errada; Que, do segundo assalto participaram JOABE SARAIVA DA SILVA, vulgo COBRA, e que nesta oportunidade a interrogada o reconheceu através de uma fotografia mostrada, sabendo informar ainda que o mesmo recebeu a quantia de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) por sua participação, acrescentando que JOABE entrou armado na agência e foi filmado, estando com medo pelo fato do mesmo ser fácil de reconhecer devido ter o rosto cheio de sardas(...) Que, outro participante foi o pernambucano JOSIVÁ SÁTIRO DE LIMA, o qual nesta ocasião foi-lhe mostrado foto, onde a interrogada de pronto o reconheceu , acrescentando ainda que o mesmo recebeu a quantia de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) por sua participação” (fs.47/61).

Outro depoimento importante foi do assaltante pernambucano Josivá Sátiro de Lima, que, após tecer comentários acerca de outros assaltos do grupo a agências bancárias desta capital, nominou um a um os integrantes da quadrilha, além de indicar o rateio das quantias roubadas do Banco do Estado do Ceará, senão vejamos, **verbis**:

“(...) Que, na segunda feira, por volta das 12h30min, o interrogado encontrou-se com AUGUSTO BAIANO, jonatas e Araújo na casa de “CHIQUELHO RAPADURA”, tendo de lá partido para a agência do BEC – Pontes Vieira; Que, na agência encontrou-se com JOABE SARAIVA DA SILVA, vulgo COBRA; Que, nesta ocasião foi-lhe mostrado uma foto de JOABE tendo o interrogado o reconhecido de pronto; Que, também estava na agência a pessoa de nome GILCÉLIO PESSOA DE MENEZES, o qual foi mostrado a carteira de identidade do mesmo tendo o interrogado o reconhecido de pronto, Que, também chegaram nba agência ALEX e JOCEWENE, tendo cada um vindo em uma moto; Que, conforme combinado o interroado recolheria o dinheiro da bateria de caixas, JONATAS recolheria o dinheiro do cofre e renderia o vigilante, JOABE entraria primeiramente no banco junto com JONATAS e também renderia o vigilante, Que, AUGUSTO BAIANO entrou e ficou encarregado de ficar na bateria de caixa de auto-atendimento; Que, ARAUJO ficou no Gol branco para dar fuga; Que, esclarece que o GOL pertence a ALEX; Que, GILCÉLIO PESSOA MENEZES ficou na Pampa azul, de sua propriedade, para dar fuga; Que, JOCEWENE e ALEX ficaram cada um em uma moto XR 200, ambos de cor preta e vermelha, um pouco afastado do banco, (...) Que, o assalto rendeu cerca de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais); Que, a divisão ocorreu na residência de “CHIQUELHO RAPADURA”, tendo o inter-

rogado ficado com pouco mais de R\$ 7.000,00 (sete mil reais); Que, JOABE recebeu R\$ 7.000,00, Que, ARAÚJO recebeu R\$ 4.000,00; Que, ALEX recebeu R\$ 3.000,00, Que, JOCEWENE recebeu 3.000,00; Que, AUGUSTO BAIANO recebeu R\$ 10.000,00; Que, GILCÉLIO recebeu R\$ 3.000,00, Que “CHIQUNHO RAPADURA” recebeu apenas R\$ 500,00 (...) Que, na segunda-feira foi combinado fazer o assalto ao BEC da Washington Soares...” (fs. 54/56).

Todos esses depoimentos foram prestados perante o Ministério Público, representado pelo Promotor de Justiça Régio Vasconcelos, não se admitindo nenhuma alegação de que os apelantes sofreram qualquer tipo de coação, conquanto em Juízo, como era de se esperar, negaram os crimes perpetrados.

As testemunhas bancárias, reconheceram os integrantes da quadrilha que estiveram dentro da agência, quer por fotografias, quer pelas fitas da filmagem, não havendo qualquer dúvida quanto à participação dos apelantes, o que torna a prova incontroversa, portanto, legítimas suas condenações.

No que toca aos apelantes **Joabe Saraiva da Silva e Jocewene de Oliveira Soares**, que se insurgiram contra a pena aplicada, afirmando em suas razões que não pode haver concurso entre quadrilha armada e roubo qualificado pelo uso de arma, ocorrendo na espécie um **bis in idem**, além do cumprimento da pena ter sido inicialmente fechado, em relação ao primeiro.

Melhor sorte não lhes assiste. É que na hipótese, o crime de roubo qualificado na modalidade continuada, como referendado pela doutrina e jurisprudência pátrias, e ainda na esteira da regra do artigo 71 do Código Penal da República, penso restar caracterizada, presentemente, autêntica situação de continuidade delitiva, ou seja, quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequêntes ser havidos

como continuação do primeiro.

Veja-se que os apelantes praticaram crimes em série, ou seja, em dias consecutivos, 16 e 17 de outubro daquele ano, titularizando várias condutas, bando armado, praticando roubo com uso de armas, os quais restaram devidamente comprovados, todos compreendidos nos preceitos penais dos arts. 157, § 2º, incisos I e II, e 288, do CP, portanto, da mesma espécie, praticados, ademais, em unidade e semelhança das condições objetivas, tempo e modo de execução, conforme se vê da denúncia e da prova.

Em casos que tais, a jurisprudência do STF já se assentou no sentido de que, **verbis**:

“Sem se desprezarem a teoria do crime e as conveniências da política criminal, impõe-se considerar, na apreciação da continuidade delituosa, a prática pelo mesmo autor de crimes da mesma espécie e as condições de tempo, lugar e modo de execução que entremostrem inconteste vínculo de continuação. Sua aferição compete ao Juiz, dentre de razoável arbítrio, à vista do caso concreto.” (STF - RE - Rel. Djaci Falcão - RT 537/407).

Ora, datíssima vênua, não há como incompatibilizar o § único do art. 288 do CP com a qualificadora do art. 157, § 2º, I, do mesmo dispositivo penal, pois são condutas autônomas e independentes, com desígnios distintos entre si, de aplicação, inclusive, unitária, não havendo como entender um **bis in idem**. Vejamos o entendimento dos Tribunais Nacionais, notadamente do Supremo Tribunal Federal, **verbis**:

Roubo qualificado e quadrilha qualificada. – STF: “São suscetíveis, em tese, de acumulação, a qualificadora de roubo, pelo emprego de armas (art. 157, § 2º, I, do CP), com a figura qualificada da quadrilha armada (art. 288, parágrafo único)”

(RT 128/325).

TJMG: “Não configura bis in idem a condenação do réu pelo crime de bando e roubo qualificado pelo concurso de pessoas, porque as infrações são distintas e independentes” (RT 621/321).

Quanto ao regime reclamado, inicialmente fechado para o cumprimento da pena do apelante JOABE SARAIVA DA SILVA, de alcunha COBRA, motivo de insurreição da apelação, não há o que reparar, haja vista que a decisão sob refute está devidamente fundamentada, notadamente pela sua frieza e violência acentuada, estando sempre à frente das investidas criminosas, de arma em punho e ameaçando os presentes de morte.

A decisão analisou com percuciência as circunstâncias judiciais do artigo 59 do CP, não lhes sendo favoráveis em nada. Ressaltou em sua decisão o Magistrado, que alguns Tribunais determinam a fixação do regime inicial para o cumprimento da pena aos condenados pela prática de roubo qualificado em regime inicialmente fechado, nos termos do permissivo do § 3º do art. 33, da LEP, vejamos, **verbis**:

TARS: “Tidas como adversas as variáveis do art. 59 do CP, o condenado por roubo qualificado pode, e deve, permanecer, de logo, no regime fechado, consoante regra autorizadora do § 3º do art. 33 da mesma lei” (JTAERGS 73/50).

Desta forma, hei por bem negar provimento aos recursos, nos termos em que opinou a douta Procuradoria Geral de Justiça.

É como voto.

Fortaleza, 16 de agosto de 2005.

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

**APELAÇÃO-CRIME Nº 2003.0002.1133-3
APELANTE: JOSÉ AIRTON BRANDÃO
APELADO: A JUSTIÇA PÚBLICA
RELATOR DESIGNADO P/ ACÓRDÃO: DES. FERNANDO
LUIZ XIMENES ROCHA**

EMENTA:

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO (ART. 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA). NULIDADE RECONHECIDA EX OFFICIO.

I. Em decorrência do silogismo da motivação, exige-se do magistrado a elaboração de fundamentação coerente com a prova dos autos e com as suas partes entre si, razão pela qual contém falha insanável a sentença que, de maneira contraditória, apresenta redação que gera dúvida sobre ponto relevante do processo.

II. O juiz, ao proferir sua decisão, deve analisar os elementos fáticos contidos na demanda sub judice, valorar as provas produzidas concretamente, apreciar as regras de direito cabíveis na espécie, possibilitando às partes conhecer a lógica que desenvolveu para obtenção do dispositivo final de seu decisório. Caso assim não proceda o magistrado, é dado ao Tribunal ad quem reconhecer, ex officio, a nulidade do decisum que inobservou o preceito constitucional da motivação (art. 93, IX, da C.F.), por constituir vício de ordem absoluta, em que se presume o prejuízo ao acusado.

II. Nulidade decretada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos, acordam os Desembargadores integrantes da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por uma de suas Turmas, à unanimidade, em decretar a nulidade da sentença recorrida, tudo em conformidade com o voto do Desembargador Fernando Luiz Ximenes Rocha, designado para lavrar o acórdão.

VOTO

O representante do Ministério Público, em exercício na 12ª Vara Criminal da Comarca de Fortaleza (CE), ofereceu denúncia contra José Airton Brandão, como incurso nas sanções do art. 214, c/c art. 224, "a", ambos do Código Penal, ante o fato de haver o denunciado mantido com a vítima menor Evanízia Lima da Silva atos de libidinagem diversos da conjunção carnal (auto de exame de corpo de delito à fl. 16).

Concluída a instrução probatória, a MMA. Juíza do feito julgou procedente a pretensão acusatória, para condenar o réu nas penas do art. 213, c/c art. 224, "a", ambos do C.P., à reprimenda de 7 (sete) anos de reclusão, a ser cumprido em regime inicialmente fechado (fls. 89/96).

Irresignado, o condenado interpôs recurso de apelação, no qual argumenta não ter sido o autor da conduta criminosa, além de não existir, em juízo de certeza, prova da existência real do ilícito, em face do que pugna pela prolação de decreto absolutório (fls. 102/108).

Submetido o processo a julgamento perante esta Primeira Câmara Criminal, a eminente Desembargadora Relatora deu provimento ao recurso, para reformar a decisão recorrida, absolvendo o acusado (certidão à fl. 141).

Para maiores esclarecimentos, pedi vista dos autos.

Inicialmente, importante é observar, conforme já destacado pela douta Relatora, não ter a prova dos autos evidenciado, em juízo de certeza, ser a vítima menor de 14 (quatorze) anos de idade quando da prática delituosa.

Em face disso, resta afastada a presunção legal da

violência contida no art. 224, “a”, do Estatuto Penal.

Apreciando os depoimentos testemunhais não se constata, de igual, elementos fáticos que apontem para a ocorrência de violência física ou grave ameaça contra a ofendida, não sendo possível, portanto, reconhecer a prática das infrações descritas nos arts. 213 e 214 do Código Penal brasileiro.

Ocorre que a prova judicial, tal como apreciada por ocasião da sessão anterior, caracteriza, em tese, o delito de corrupção de menores, estatuído no art. 218 do Diploma Repressivo, cuja redação é a seguinte:

“Art. 218. Corromper ou facilitar a corrupção de pessoa maior de 14 (catorze) e menor de 18 (dezoito) anos, com ela praticando ato de libidinagem, ou induzindo-a a praticá-lo ou presenciá-lo:

Pena – reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos.”

Como sabido, o crime de corrupção de menores possui três modalidades, quais sejam, praticar ato libidinoso com menor, bem como induzi-lo a praticar ato de libidinagem em si próprio ou em terceiro, e, ainda, fazê-lo presenciar atos dessa mesma natureza.

Para caracterização da citada figura penal, desvela-se prescindível o uso da violência ou grave ameaça, visto que o objeto de tutela da lei é o normal desenvolvimento da vida sexual, dentro da moralidade média e dos bons costumes, com proteção específica dos adolescentes que, por sua inexperiência e vulnerabilidade psíquica, estão mais facilmente expostos à influência sexual desvirtuada.

Fica afastada, pois, *a priori*, a possibilidade de absolvição do acusado.

Prossigo, analisando a decisão condenatória (fls. 89/96) na qual a Julgadora singular relatou os termos da acusação, indicando ter sido o apelante denunciado como incurso nas sanções do delito de atentado violento ao pudor com violência presumida, pelo fato de a vítima ser menor de quatorze anos de

idade (art. 214, c/c art. 224, “a”, ambos do C.P.).

Já na motivação do **decisum**, a Magistrada mencionou cuidar-se de ação penal que apurou o crime de estupro (art. 213 do C.P.), passando, em seguida, à apreciação da prova.

Submetido o conteúdo probatório a percuciente exame, observa-se que a sentença em apreço referiu-se repetidas vezes à ocorrência de agressão sexual, sem indicar, com precisão, se praticado ato de conjunção carnal ou de libidinagem, mas concluindo, ao final, que a **“conduta do acusado caracteriza o delito de atentado violento ao pudor, assim descrito no art. 214 do Código Penal”** (fl. 94).

A contradição surgida desde o início do decisório continuou em sua parte final, quando, por ocasião do dispositivo, foi a pretensão acusatória julgada procedente, para imputar ao recorrente **“a autoria do crime de estupro, acrescentando o reconhecimento da continuidade delitiva [...] por infração ao art. 213 c/c art. 224, ‘a’ e 71, todos do Código Penal Brasileiro”** (fl. 95).

O provimento judicial atacado no recurso de apelação em tela contém vício insanável no que tange ao requisito essencial da motivação.

Como sabido, a sentença constitui decisão definitiva cujos elementos estruturais estão apontados no art. 381 do C.P.P., é dizer, relatório, motivação ou fundamentação, conclusão ou dispositivo e parte autenticativa.

A motivação representa exigência do legislador constituinte, o qual dispôs no art. 93, IX, da C.F. que todos os julgamentos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, mais especificamente nulidade de ordem absoluta.

Em decorrência do silogismo da motivação, exige-se do magistrado a elaboração de fundamentação coerente com a prova dos autos e com as suas partes entre si, razão pela qual contém falha insanável a sentença que, de maneira contraditória, apresenta redação que gera dúvida sobre ponto relevante do processo.

Sobre o assunto, lecionam Ada Pellegrini Grinover,

Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho
o seguinte:

“A legitimidade da decisão exige ainda correta e adequada apreensão dos fatos transpostos ao processo através da atividade probatória. Cabe ao magistrado justificar por que considerou mais relevantes determinados elementos da prova e desprezou outros.

A sentença, finalmente, deve apresentar-se racional, completa e compreensível.

[...]

*Essa garantia da motivação, conforme acentuado, compreende, em síntese: 1) o enunciado das escolhas do juiz com relação à individuação das normas aplicáveis e às conseqüências jurídicas que delas decorrem; 2) os nexos de implicação e coerência entre os referidos enunciados; 3) a consideração atenta dos argumentos e provas trazidas aos autos. **Assim, segundo lição já clássica, a falta de motivação pode consistir: a) na omissão das razões do convencimento; b) em erro lógico-jurídico, de modo que as premissas de que se extraiu a decisão possam ser consideradas ‘sicut non essent’, ou as conclusões não decorram logicamente das premissas”** (In *Nulidades no processo penal*. 7ª ed., São Paulo: RT, 2001, p. 214) – original sem grifos.*

Nesse sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: **“Em se mostrando, de forma evidente, contraditórios os termos do *decisum*, por inconciliáveis a motivação e o dispositivo, é de rigor a sua desconstituição.”** (S.T.J., *Habeas Corpus* nº 20501/RS – Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ 23.6.2003, p. 444).

Ademais, a existência de proposições inconciliáveis na fundamentação da sentença, bem como entre esta e sua respectiva conclusão condenatória, representa grave prejuízo

processual, tendo em vista que, além de inviabilizar a plena discussão do **decisum** mediante a via recursal, compromete a correção e efetividade da prestação jurisdicional.

A esse respeito, trago à colação aresto do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, versado nos seguintes termos:

“A falta de motivação da sentença impede seu controle pela instância superior e constitui nulidade absoluta. O vício transforma o dispositivo em comando de autoridade e a sentença que dele padece possui apenas a aparência de legalidade, eis que a legalidade substancial da prestação jurisdicional está indissoluvelmente ligada à coerência lógica do processo mental seguido pelo juiz.” (RT 604/384).

Em face de todo o exposto, pedindo vênias à eminente Relatora, hei por bem declarar, de ofício, a nulidade da sentença atacada, determinando que outra seja proferida, desta feita, devidamente fundamentada.

É como voto.

Fortaleza, 22 de junho de 2004.

HABEAS CORPUS

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

HABEAS CORPUS CRIME Nº 2000.0015.9756-7, de FORTALEZA

IMPETRANTE: José Laerte Marques Damasceno

IMPETRANTE: Silvério Átalo Batista Nobre

PACIENTE: Antônio Freire Lima

IMPETRADO: Juiz de Direito da Vara de Execuções Criminais da Comarca de Fortaleza – Ce.

RELATOR: DES. JOÃO BYRON DE FIGUEIREDO FROTA

EMENTA: PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS CRIME. NULIDADES PROCESSUAIS. VIA INADEQUADA. DENEGAÇÃO DA ORDEM. RECURSO ORDINÁRIO. RETORNO DOS AUTOS. VERIFICAÇÃO DAS NULIDADES. CONCESSÃO DA ORDEM.

1 – Impetrado Habeas Corpus em favor do paciente, alegando-se nulidades processuais (falta de defesa técnica e ausência de defensor constituído nas audiências). Julgamento inicial pela denegação da ordem, diante da inadequação da via eleita.

2 – Recurso ordinário em Habeas Corpus, requerendo a soltura liminar do paciente e apreciação das nulidades pelo Tribunal a quo. Recurso provido em parte.

3 – Retorno dos autos à instância de origem para julgamento do mérito. Verificação das nulidades absolutas de ausência de defensor e de colisão de defesas feitas por um mesmo defensor público. Saneamento das nulidades processuais em questão pelo presente writ. (TJMT: Constitui nulidade absoluta a ausência de defesa do réu, nos termos do art. 564, c, do CPP, razão pela qual provê-se o apelo da defesa para anular-se

o feito e reabrir a instrução criminal". RT 737/649)

4 – Ordem CONCEDIDA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **Habeas Corpus** Crime Nº 2000.0015.9756-7 da Comarca de Fortaleza, em que são impetrantes José Laerte Marques Damasceno e Silvério Átalo Batista Nobre, paciente Antônio Freire Lima e impetrado o Juiz de Direito da Vara de Execuções Criminais da Comarca de Fortaleza – Ce.

ACORDA a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por julgamento de Turma, por unanimidade, em conceder a ordem impetrada, determinando a expedição do competente Alvará de Soltura em favor do paciente, se por outro motivo não estiver preso, nos termos do voto do Des. Relator.

Tratam os presentes autos de **Habeas Corpus** impetrado pelos advogados José Laerte Marques Damasceno e Silvério Átalo Batista Nobre, em favor de ANTONIO FREIRE LIMA, devidamente qualificado, contra ato coator do MM. Juiz de Direito da Vara das Execuções Criminais da Comarca de Fortaleza.

Alegam os impetrantes que o paciente foi condenado pela prática tipificada no art. 157 c/c art. 29 do CP, pelo Juízo da 9ª Vara Criminal, encontrando-se preso no IPPS, cumprindo pena de 08 (oito) anos de reclusão, em regime fechado, e 10 (dez) dias multa, por ordem da autoridade impetrada, o que se afigura injusto e abusivo, pois nulo o processo que respondeu.

No decorrer da ação penal, sustentam os impetrantes que as testemunhas foram oitivadas sem a presença do defensor do paciente e que tal ausência eiva de nulidade absoluta o procedimento. Ademais, asseveram que foi nomeado pela autoridade impetrada apenas um defensor para todos os réus, os quais tinham defesas antagônicas, o que, por lógico, prejudicou a ampla defesa do paciente.

Diante de tais fatos, aduzem os impetrantes que a declaração das aludidas nulidades absolutas dos atos processuais a partir da defesa prévia é medida que se impõe, reque-

rendo ainda, liminarmente, a soltura do paciente até julgamento final do **mandamus**.

Após as informações de estilo, o pedido liminar foi negado (fl. 56).

Com vista dos autos, pronunciou-se a douta Procuradoria Geral de Justiça pela denegação da ordem (fls. 59/61).

Em 04 de maio de 2001, esta 2ª Câmara Criminal, por unanimidade de votos, denegou a ordem impetrada, nos termos do voto do Desembargador José Evandro Nogueira Lima, à época relator do processo (fls. 63/67).

Inconformados com tal **decisum**, os impetrantes ingressaram com recurso ordinário no Colendo Superior Tribunal de Justiça, em favor do paciente, apresentando os mesmos fundamentos fáticos e jurídicos (fls. 69/80).

Contra-razões apresentadas pela douta Procuradoria Geral de Justiça, asseverando a inadequação da via eleita (fls. 87/90).

Remetidos os autos à Superior Instância, e após a manifestação do Ministério Público Federal (parecer de fls. 96/100), o Recurso Ordinário foi parcialmente provido, nos termos do voto do Relator, Sr. Min. José Arnaldo da Fonseca (fls. 104/109). Acordaram os Ministros da Quinta Turma do STJ que o *Habeas Corpus* é via adequada a dirimir nulidades que atentem contra a ordem pública, mesmo estando o processo findo, referentes à suposta ausência de defesa técnica ante a não presença do defensor dativo quando da oitiva de testemunhas e a designação de defensor único para réus com defesas colidentes.

Retornados os autos à instância de origem para manifestação acerca das nulidades levantadas, o Ilustre Representante do **Parquet** Estadual opinou pela manutenção da decisão desta Corte de Justiça (fls. 119/122).

É o relatório. Passo a votar.

Compulsando-se detidamente os presentes autos, verificamos que o **mandamus** em apreço deve ser acolhido por esta Egrégia Corte de Justiça, tendo em vista a verificação de nulidades absolutas durante a instrução criminal.

Antes de adentrar ao **meritum causae**, mister uma

breve exposição sobre as nulidades no processo penal pátrio.

O sistema de nulidades no âmbito do processo penal brasileiro adota certos critérios legais que norteiam o juiz na apreciação das irregularidades dos atos processuais. Predomina, hoje em dia, o sistema da “instrumentalidade das formas”.

Neste sistema “se dá mais valor à *finalidade* pela qual a forma foi instituída e ao *prejuízo* causado pelo ato atípico, cabendo ao magistrado verificar, diante de cada situação, a conveniência de retirar-se a eficácia do ato praticado em desacordo com o modelo legal”. Desta feita, o Código de Processo Penal pátrio adota certos princípios gerais nessa matéria, a saber: o do *prejuízo*, o da *causalidade*, o do *interesse* e o da *convalidação*.

Pelo **princípio do prejuízo**, somente se sacrificaria o objetivo maior da atividade jurisdicional se o reconhecimento da invalidade do ato causar um prejuízo a um dos interessados no processo. Eis a reconhecida expressão utilizada na doutrina francesa: ***pas de nullité sans grief***.

Pelo **princípio da causalidade**, deve-se verificar se a ausência ou a invalidade de determinado ato processual também atingiu os outros atos a ele ligados, caracterizando assim o nexu causal entre o ato nulo e os atos que o sucedem.

O **princípio do interesse** revela-se como uma necessidade de apreciação sobre as vantagens que a providência possa representar para quem invoca a irregularidade.

Por fim, o **princípio da convalidação** traduz-se como um remédio pelo qual será possível aproveitar-se a atividade processual atípica, sanando-se a irregularidade ou reparando-se o prejuízo, por razões de economia processual.

Com base nos princípios processuais retro mencionados, percebe-se que no caso em apreço ocorreram as nulidades suscitadas pelos Impetrantes. Tanto o defensor dativo designado para os condenados (inclusive o Paciente) não participou das audiências designadas para oitiva das testemunhas, como tal defensor era ao mesmo tempo patrono dos dois acusados, tendo estes defesas antagônicas.

Com efeito, necessário concluir que tais nulidades são absolutas, resultando efetivo **prejuízo** para o Paciente (pois

não teve a participação de seu defensor na audiência das testemunhas de acusação). As referidas falhas processuais estão intimamente ligadas com os atos subseqüentes, mormente com a sentença condenatória dos acusados (inclusive do paciente), traduzindo-se no **nexo de causalidade**. Há claro **interesse** na apreciação das referidas nulidades absolutas por parte do Paciente, tanto que o Colendo Superior Tribunal de Justiça determinou o retorno dos autos à esta Instância para sua devida apreciação e providência necessárias. Enfim, por se serem constatadas como nulidades absolutas (art. 564, inciso III, alínea c, do CPP) não comportam **convalidação** dos seus atos, devendo todos os atos processuais serem refeitos a partir da instrução criminal.

Seguindo esta mesma linha de entendimento, essenciais são as lições de Julio Fabbrini Mirabete a respeito do tema:

“Como decorrência do princípio constitucional da ampla defesa (art. 5º, LV, da CF) e do art. 261 do CPP, ocorre também nulidade no caso de falta de nomeação de defensor ao réu presente, que não tiver, ou ao ausente. (...) A lei só comina nulidade à falta de defensor e não à deficiência da defesa. De acordo com a Súmula nº 523 do Pretório Excelso, “no processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas sua deficiência só a anulará se houver prova de prejuízo para o réu”. Há nulidade por cerceamento de defesa, por defesas conflitantes, porém, nas alegações de acusados defendidos pelo mesmo advogado (item 263.2). No caso concreto se decidirá se a nulidade por colidência de defesa aproveita a ambos ou a só um dos réus”. (In Código de Processo Penal Interpretado, 11ª ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 1393).

No caso **sub judice**, infere-se dos autos que, apesar de nomeada a Defensora Pública oficiante junto à 9ª Vara

Criminal de Fortaleza para patrocinar a defesa do Paciente (auto de interrogatório do acusado de fls. 23/24), esta não se fez presente nas audiências das testemunhas de acusação, pois inexistiu sua assinatura nas referidas atas (fls. 28/35). Neste caso, houve claro cerceamento de defesa do paciente, pois ter um defensor público e este não participar dos atos processuais é o mesmo que não ter defesa.

A jurisprudência brasileira também é pacífica no sentido da nulidade desses atos processuais, senão vejamos:

STJ: “Cerceamento de defesa – Caracterização – Audiência – Inquirição de testemunha da acusação – Ato realizado sem a presença do defensor dativo e sem que a requisição de apresentação do réu, que se encontrava custodiado em outro Estado, tivesse sido cumprida – Depoimento que influi sobremodo no decreto condenatório”. (RT 782/536).

TJMT: “Constitui nulidade absoluta a ausência de defesa do réu, nos termos do art. 564, c, do CPP, razão pela qual provê-se o apelo da defesa para anular-se o feito e reabrir a instrução criminal”. (RT 737/649).

Ademais, igualmente nulos tais atos processuais, pois, uma vez nomeado pelo magistrado da 9ª Vara Criminal a mesma Defensora Pública para ambos os acusados (fl. 26), estes apresentavam defesas colidentes (um acusava o outro da prática do delito), o que certamente causou conflito de interesses e prejudica a defesa de ambos, mormente do Paciente. O Pretório Excelso também já decidiu a favor de nulidade absoluta quando houver colisão de defesas:

STF: “Se um dos réus reconhece o cometimento do furto e afirma ter vendido os bens subtraídos a outro réu, mas este nega a receptação, o advogado daquele não poderia ser o mesmo do

segundo, pois a defesa deste último entra em conflito com o declarado pelo outro em ponto substancial. Processo que se anula em relação ao segundo réu, sem que se estenda a concessão do writ ao primeiro, pois a defesa deste não nega o crime por ele cometido, aliás formalmente admitido, em confissão”. (RT 661/362).

Tendo em vista a doutrina e jurisprudência colacionadas, restam patentes *in casu* as nulidades dos atos processuais a partir da oitiva das testemunhas de acusação, pois estas foram procedidas sem a presença de patrono do Paciente, além de ter a Defensora Pública oficiante na 9ª Vara Criminal representado tanto o co-réu como o Paciente, causando-lhe efetivo e evidente prejuízo diante do cerceamento de defesa (art. 5º, LV, da CF/88).

Desta feita, mister reconhecer a nulidade dos atos processuais praticados em prejuízo ao Paciente, **Antonio Freire Lima**, devendo, portanto, toda a instrução criminal da ação penal ser refeita.

Ex positis, com fundamento nas razões já declinadas, voto no sentido de conceder a presente ordem, em dissonância ao parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, determinando a expedição de alvará de soltura do Paciente, se por outro motivo não estiver preso.

Fortaleza, 17 de Abril de 2006.

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

**Nº 2004.0016.0642-9 PETIÇÃO DE HABEAS CORPUS
COMARCA: QUIXADÁ
IMPETRANTE: FRANCISCO DAS CHAGAS COSTA
PACIENTE: FÁBIO JANDSON GOMES DE SOUZA
IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA**

RELATOR: DES. JOSÉ EDUARDO M. DE ALMEIDA**EMENTA:**

CONSTITUCIONAL – PROCESSUAL PENAL – HABEAS CORPUS – DESNECESSIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA POR TER A INSTRUÇÃO CRIMINAL ATINGIDO O SEU DESIDERATO.

- 1. A prudência recomenda que a autoridade judiciária de primeiro grau deve decretar a prisão quando em legítima medida garantidora da ordem pública, nos casos em que o crime perpetrado cause clima de medo e revolta popular, sendo certo, ainda, que o término da instrução criminal não é motivo suficiente para garantir ao paciente a liberdade, notadamente quando persistem os motivos para a segregação provisória.**
- 2. Ordem denegada. Acórdão unânime.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de petição de ***habeas corpus***, nº 2004.0016.0642-9, de Quixadá, em que é impetrante o advogado Francisco das Chagas Costa, paciente Fábio Jandson Gomes de Souza e autoridade impetrada o MM. Juiz de Direito da 1ª Vara da comarca.

Acorda a Turma, por unanimidade de votos, em conhecer da ordem impetrada, contudo, para denegá-la, nos termos do parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça.

Cuida-se de petição de ***habeas corpus*** aviada pelo advogado Francisco das Chagas Costa, em prol do paciente Fábio Jandson Gomes de Souza, que se acha preso e recolhido à Cadeia Pública da comarca de origem desta ordem constitucional, por determinação do doutor Juiz apontado coator, por infração ao artigo 121, § 2º, incisos I e IV, do Código Penal Nacional, em virtude de ter o mesmo homicidado a tiros de revólver a pessoa de Raimundo Saldanha de Almeida, fato ocorrido no dia 07 de junho do ano 2003, nas dependências da Farmácia Nordeste, naquele município.

Pretende o advogado impetrante, a par do vertente

writ, obter a liberdade do paciente sob o pretexto de que, com o fim da instrução criminal, não mais persiste a necessidade do acautelamento deste.

Notificada a autoridade apontada como coatora, esta prestou as informações de estilo, dando conta das razões pelas quais mantém o paciente recolhido (fs.19/22).

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, às fs. 25/28, opinando pela denegação da ordem.

É o relatório.

O pretexto anunciado no presente **writ** constitucional tem o visio de demonstrar que o paciente sofre constrangimento ilegal, tendo em vista a desnecessidade de sua prisão cautelar, face o encerramento da instrução criminal.

Dá notícia a prova antecipada que a vítima mantinha um relacionamento amoroso com a mãe do paciente, o qual não se conformava com a traição sofrida por seu pai, ameaçando de morte a inditosa vítima.

Dito e feito, a vítima estava trabalhando, comercializando feijão no centro da cidade, quando o paciente chegou naquele local de revólver na mão, disparando por duas vezes contra aquela, que, por sua vez, correu, mas foi alcançada pelo paciente dentro de uma farmácia, onde foi atingida friamente com mais três disparos, quando se encontrava caída no chão, posta em sossego pela arma impiedosa do paciente, que sequer levou em consideração o risco de morte que correu a proprietária da Farmácia com os disparos ali efetuados.

Ora, o fato teve grande repercussão naquela comunidade, na medida em que o paciente demonstrou extrema frieza ao extinguir a vida da vítima, atirando contra a mesma em plena via pública, correndo o risco de atingir outras pessoas, além de alcançá-la já atingida pelos balázios, acertando-a seguidamente com os disparos, repita-se, quando esta se encontrava dentro de uma farmácia, tentando escapar da morte, circunstâncias estas que tornam a medida segregadora firme o suficiente, com todos os atributos necessários e exigidos para a sua sobrevivência.

Sobre o tema, necessidade de decreto preventivo,

trago à colação o que vêm decidindo o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, **verbis**:

“Esta Corte, por ambas as suas Turmas, já firmou o entendimento de que a prisão preventiva pode ser decretada em face a periculosidade demonstrada pela gravidade e violência do crime, ainda que primário o agente.” (STF: RT 648/347; STJ:JSTJ 8/154 - destacamos).

“Processo penal. Prisão preventiva. A primariedade e os bons antecedentes não ilidem a decretação da prisão preventiva, desde que se revele necessária, na conformidade do que preceitua o art. 312, do Código de Processo Penal. A periculosidade do réu se presta para motivar a necessidade da segregação provisória como garantia da ordem pública. Recurso improvido. A 6ª Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso. (RHC 1892/SP - Rel. Ministro Costa Leite - publicado no DJ de 01/06/92, p. 8059).

De modo que agiu com prudência aquela autoridade judiciária de primeiro grau quando decretou a prisão cautelar do paciente, em legítima medida garantidora da ordem pública, pois o crime perpetrado gerou um clima de medo e revolta popular naquela comuna, sendo certo, ainda, que o término da instrução criminal não é motivo suficiente para garantir ao paciente a liberdade.

Nestas condições, não divisada nenhuma irregularidade no decreto preventivo prolongado, denego a ordem impetrada, nos termos do parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça.

Fortaleza, 10 de janeiro de 2005.

ESTADO DO CEARÁ
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nº 2004.0016.2530-0 PETIÇÃO DE HABEAS CORPUS
COMARCA: JUAZEIRO DO NORTE
IMPETRANTE: MANASSÉS GOMES DA SILVA
PACIENTE: ROBERTO GENTIL FREIRE JANUÁRIO
IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA
RELATOR : DES. JOSÉ EDUARDO MACHADO DE ALMEIDA

EMENTA: CONSTITUCIONAL – PROCESSUAL PENAL – HABEAS CORPUS – PRISÃO QUE SOBREVIVEU À SENTENÇA DE PRONÚNCIA DESFUNDAMENTADA – INOCORRÊNCIA.

1. A fundamentação que indefere pedido de liberdade provisória pode fazer parte integrante da decisão pronunciatória na parte que fundamenta a manutenção do réu/pronunciado, tendo em vista não ser peça estranha dos autos, não havendo porque falar em ultraje ao cânon do art. 5º, IX, da Constituição Federal.

2. Writ denegado. Acórdão unânime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de mandado de segurança, nº 2004.0016.2530-0, de Juazeiro do Norte, em que é impetrante o advogado Manassés Gomes da Silva, paciente Roberto Gentil Freire Januário, sendo autoridade impetrada o MM. Juiz de Direito da 1ª Vara da comarca.

Acorda a Turma, por unanimidade de votos, em denegar a ordem impetrada, nos termos em que opinou a douta Procuradoria Geral de Justiça.

Manassés Gomes da Silva, advogado militante nos auditórios da comarca de Juazeiro do Norte, aviou a presente ordem de habeas corpus liberatório em proveito do paciente Roberto Gentil Freire Januário, qualificado nos autos, que se acha preso e recolhido ao cárcere, por haver o mesmo, no dia 07 de

agosto do ano de 2004, homicidado a pessoa de Ana Paula Belém Farias, sendo por isso denunciado e pronunciado nas penas do art. 121, § 2º, incisos I e IV do Código Penal Nacional.

Alega o impetrante, em benefício de suas razões, que a pronúncia lançada em desfavor do paciente se recente da devida fundamentação legal, pois a autoridade impetrada não justificou por qual motivo deixou o paciente enclausurado até o julgamento pelo Tribunal do Júri, apesar da primariedade e dos bons antecedentes, além de residir no distrito da culpa.

Informações da autoridade impetrada dando conta da situação e marcha do processo (fs. 327/336).

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça às fs. 397/405, opinando pela denegação da ordem impetrada.

É o relatório.

Pelo que contém a farta documentação que acompanhou a petição, o paciente, insatisfeito porque a vítima houvera colocado um fim no relacionamento amoroso já desgastado que com ele mantinha, decidiu se vingar da mesma, extinguindo-lhe a vida.

Armado com um revólver e levando consigo um envelope contendo cartas e fotos suas com a ex-namorada, Roberto Gentil Freire Januário se dirigiu até a residência de Ana Paula, sem demonstrar a sua verdadeira intenção. Foi recebido pela tia da vítima, que o convidou para ir até a cozinha tomar café. Eis que surge Ana Paula Belém Farias que o cumprimentou. O paciente, então, a segura pelos cabelos, já com o cano do revólver encostado na sua cabeça, aquando o gatilho foi acionado, prostrando-a ao solo. Em seguida, um segundo disparo foi efetuado, agora dirigido contra a sua própria pessoa.

A vítima morreu a caminho do hospital, mas o paciente sobreviveu.

Os crimes cometidos contra mulheres na Região do Cariri, têm causado um verdadeiro estado de inquietação social, exaltando o ilustrado Procurador de Justiça Dr. José Maurício Carneiro, com a percuciência que lhe é própria, acerca dos fatos que tratam os autos o seguinte, **verbis**:

“..., tal a brutalidade da agressão sofrida e, principalmente, a ignóbil motivação delituosa, por si só, reveladora do desprezo pela vida humana, como se fosse titular do direito de exigir que a vítima o aceitasse incondicionalmente como seu parceiro, e a esta, igualmente, imposta a obrigação de também aceitá-lo sob o color de quaisquer circunstâncias, ainda que desfavoráveis aos seus interesses. Para além da motivação, por si mesma abjeta, tem-se que não lhe fora dada nenhuma chance de defesa e a conjugação de todos esses elementos circunstanciais irá nos revelar indeclinavelmente o grau de periculosidade de que é portador o paciente, justificando-se, assim, a sua segregação...”

Deveras, o despacho regrado, que levou em conta os motivos ensejadores da necessidade de manter a cautela do paciente, referiu-se expressamente ao despacho anterior que indeferiu o pedido de liberdade provisória, circunstância plenamente justificável, visto que não existe decreto de prisão preventiva, mas sim prisão decorrente da lavratura do Auto de Prisão em Flagrante.

De fato, a decisão pronunciatória, ao animar a necessidade do acautelamento do paciente, acresceu que os motivos ensejadores de sua prisão preventiva ainda estavam presentes, e, referindo-se à decisão anterior de fs. 31/36, afirmou que as razões ali expedidas integravam aquele **decisum**.

Ora, o paciente se encontrava preso por força deste e se teve denegado o pedido de liberdade provisória, o exame acerca da existência ou não de fundamentação suficiente e adequada de sorte a atender ao preconizado no art. 93, IX da Constituição Federal se dará neste último **decisum**, não havendo necessidade de, no decreto de pronúncia, a autoridade repeti-la integralmente. E ali verifica-se que a fundamentação calcada para indeferir o pleito de liberdade provisória é até exaustiva, com a apresentação do real quadro fático que recomenda a

manutenção da custódia do paciente, não cabendo falar em violação ao princípio da presunção de inocência e nem em fundamentação posta exclusivamente na hediondez do crime que fora perpetrado pelo paciente.

Vejamos parte do despacho integrante da decisão de pronúncia, no que toca à manutenção da prisão do paciente, **verbo ad verbum**:

“Ao ver Ana Paula, o acusado, repentinamente se transforma e, de forma rápida, agarra-a pelos cabelos, saca do revólver que trazia consigo na cintura e, ato contínuo efetua o disparo mortal, levando a vítima Ana Paula ao óbito.

Em seguida, segundo a prova até então colhida, o acusado coloca o cano de seu revólver na própria cabeça e dispara, não conseguindo, no entanto, seu intento, uma vez que conseguiu sobreviver.

Esse modus operandi demonstra, à evidência, sua alta periculosidade aliada à total ausência de respeito pela vida e regras do bom convívio social.

Assim, a ordem pública restará ameaçada com a soltura do acusado.

Também não resta dúvida que o crime causou repercussão na sociedade caririense, já estarrecida com crimes contra a mulher.

Essa comoção é sentida nas manifestações que ocorrem em frente ao fórum todas as vezes em que uma audiência deste processo se realiza, bem como na existência de várias faixas pela cidade onde se pede justiça” (fs. 361/361).

O Magistrado, aqui dito coator, quando proferiu a sentença de pronúncia, ao referir-se à manutenção da prisão do paciente, assim se manifestou, **verbis**:

“Recomendo o acusado na prisão em que se encontra, haja vista ainda presentes os motivos ensejadores de sua prisão preventiva, os quais ficam fazendo parte deste (Fls. 31/36, dos autos em apenso de nº 2004.0009.6973-0 – Pedido de Liberdade Provisória)”.

Como se não bastasse, o favor previsto no § 2º, do art. 408, do CPP, não se aplica ao réu preso provisório, embora primário e de bons antecedentes, se assim permaneceu durante a instrução criminal e se subsistem os motivos que justificam a necessidade e conveniência da decretação cautelar.

Forte nesse sentido, a sufragar esse entendimento são os arestos do Supremo Tribunal Federal, assim como do Superior Tribunal de Justiça, ***verbis***:

“STF - A prisão provisória constitui efeito jurídico-processual que decorre, ordinariamente, da sentença de pronúncia. A concessão de liberdade provisória ao réu pronunciado traduz mera faculdade legal reconhecida ao juiz (CPP, art. 408, § 2º). Pronunciado o réu, que já se encontrava preso preventivamente, não se nulifica a sua custódia provisória, desde que subsistam os motivos que justificaram a decretação daquela prisão cautelar. São irrelevantes, para esse feito, a primariedade e os bons antecedentes do acusado, que nenhum direito tem, nesse contexto, à obtenção da liberdade provisória” (STF: RT 690/380, RT 531/416, RT 542/443, RT 552/443; STF: RTJ 85/516; STJ: RSTJ 74/48-9).

De sorte que, o Magistrado dito coator, ao reexaminar a matéria em foco, pontificou que permaneciam inalterados os fundamentos que ensejaram a segregação cautelar do paciente, de modo a atender a rigidez do art. 93, XI, da Constituição Federal, bem como do art. 315 do Código de Processo Penal.

Assim, a prisão processual do paciente é regular, por isso, denego a ordem impetrada por absoluta falta de respaldo legal, nos termos em que opinou a douta Procuradoria Geral de Justiça.

É como voto.

Fortaleza, 10 de janeiro de 2005.

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

**Nº 2005.0000.0739-2 PETIÇÃO DE HABEAS CORPUS
COMARCA: ACARAÚ
IMPETRANTES: FRANCISCO MARCELO BRANDÃO
SONIA MARINA CHACON BRANDÃO
PACIENTE: CÍCERO TRAJANO DA SILVA
IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA COMARCA
RELATOR: DES. JOSÉ EDUARDO MACHADO DE ALMEIDA**

EMENTA: CONSTITUCIONAL – PROCESSUAL PENAL – HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS – EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA – SUCESSIVOS PEDIDOS DE RELAXAMENTO DA PRISÃO E LIBERDADE PROVISÓRIA - NULIDADE PROCESSUAL FACE AO DESCUMPRIMENTO DO ARTIGO 38 DA LEI 10.409/02 – INOCORRÊNCIAS.

1. O prazo de 96 (noventa e seis) dias estipulado pelos doutrinadores para a conclusão da instrução criminal por tráfico de drogas não é imutável, consoante dispõe o artigo 403, do CPP, possibilitando a lei que se exceda o prazo para o encerramento da instrução criminal, em face da força maior, sem se perder de vista, ainda, que o defensor do paciente aforou naquele

Juízo, nada menos de que 4 (quatro) pedidos consecutivos de Liberdade Provisória e relaxamento de prisão, todos encaminhados ao Ministério Público para pronunciamento.

2. Pelas peculiaridades do fato, tanto a lei processual como a doutrina e remansosa jurisprudência pretoriana têm se socorrido dos regramentos constitucionais no que concerne ao princípio da razoabilidade, onde deve ser mitigada a rigidez dos prazos processuais, para dar lugar à conciliação entre interesse do cidadão e interesse público, prevalecendo este.

3. Demais disso, repita-se, os pedidos de liberdade provisória e relaxamento de prisão mencionados causaram, sobremodo, a dilação dos prazos processuais para o encerramento da instrução criminal, não se computando os prazos fixados pelo art. 401 do CPP, como tem decidido reiteradas vezes, nossos Tribunais, notadamente o Superior Tribunal de Justiça, verbis:

“Excesso de prazo por força maior - STJ: “O atraso, relativamente curto no cumprimento do prazo, para a ouvida das testemunhas de acusação, quando o réu está preso, não justifica a concessão de habeas corpus para a sua soltura, se o motivo da demora tem apoio na força maior a que se reporta o art. 403, da mesma lei processual” (JSTF 27/228-9).

4. Por fim, como se depreende, ainda, do relatório, enfrentaram também nesta ordem a possibilidade de eventual nulidade processual, que, segundo os mesmos, o Magistrado dito coator declarou incidentalmente inconstitucional o art. 38 da Lei nº 10.409/02, e recebeu a denúncia sem oferecer ao paciente o direito à defesa preliminar estatuída no

sobredito artigo, que reza, verbis:

“Oferecida a denúncia, o juiz, em 24 (vinte quatro) horas, ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias, contado da juntada do mandado aos autos ou da primeira publicação do edital de citação, e designará dia e hora para o interrogatório, que se realizará dentro de 30 (trinta) dias seguintes, se o réu estiver solto, ou em 5 (cinco) dias, se preso”.

5. Ora, na espécie, a nulidade para ser argüida há sempre de vir acompanhada da prova do prejuízo experimentado pela parte prejudicada, tendo o colendo Superior Tribunal de Justiça, em estudo pormenorizado, decidido sobre o assunto, verbatim:

PROCESSUAL PENAL – RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE ENTORPECENTES – ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO PROCESSO POR INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 38 DA LEI Nº 10.409/02. LIBERDADE PROVISÓRIA.

“A inobservância do procedimento estabelecido no art. 12 da Lei nº 10.409/02, quando do processamento da ação penal cujo objeto é a prática de delito previsto no art. 12 da Lei nº 6.368/76, por si só, não importa em nulidade. Com efeito, a declaração de eventual nulidade advinda da não aplicação do referido dispositivo reclama a prova do efetivo prejuízo sofrido pelo réu, hipótese não ocorrente na espécie” (RHC 14416/RJ – Min. Felix Fischer – DJ 28.10.03, p. 299)

6. Ordem denegada. Decisão unânime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de petição de ***habeas corpus***, nº 2005.0000.0739-2, de Acaraú, em que são impetrantes Francisco Marcelo Brandão e outro, paciente Cícero Trajano da Silva e autoridade impetrada o MM. Juiz de Direito da Comarca.

Acorda a Turma, por unanimidade de votos, em denegar a ordem impetrada, nos termos em que opinou a douta Procuradoria Geral de Justiça.

Objetivando a liberdade do paciente Cícero Trajano da Silva, que se acha preso em flagrante de delito por tráfico de drogas, os advogados nominados em destaque aviaram a presente ordem de ***habeas corpus*** liberatório, alegando, para êxito de suas pretensões, que o paciente sofre ilegal constrangimento em sua liberdade de locomoção por excesso de prazo na formação da culpa, além de estar submetido a procedimento nulo, ante a falta de aplicação pelo Juiz processante do art. 38 da Lei nº 10.409/02, recebendo a denúncia sem que ao paciente fosse assegurado o direito de previamente se manifestar sobre as causas de sua prisão.

Informações da autoridade apontada coatora, dando conta da situação e marcha do processo (fs.104/108).

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça às fs. 111/117, opinando pela denegação da ordem impetrada.

É o relatório.

Consta da petição manejada pelos advogados subscritores, que o paciente foi preso no dia 1º de outubro último, e, no dia 05 de janeiro pretérito, quando contava o paciente com 96 (noventa e seis) dias de acautelamento, ingressaram com esta ação alegando excesso de prazo na formação da culpa, afora a argüição de nulidade pelo não cumprimento do artigo 38 da Lei Instrumental Antidroga.

O prazo de 96 (noventa e seis) dias estipulado pelos doutrinadores para a conclusão da instrução criminal por tráfico de drogas não é imutável, consoante dispõe o artigo 403, do CPP, possibilitando a lei que se exceda o prazo para o encerramento da instrução criminal, em face da força maior, sem se perder de vista, ainda, que o defensor do paciente aforou naque-

le Juízo, nada menos de que 4 (quatro) pedidos consecutivos de Liberdade Provisória e relaxamento de prisão, todos encaminhados ao Ministério Público para pronunciamento.

Na espécie, o paciente foi preso quando guardava no interior de um imóvel de sua ocupação “crak” e “maconha”, recaindo sobre sua pessoa a chefia de uma quadrilha responsável pela distribuição de drogas no vale do Acaraú, juntamente com as pessoas conhecidas por “Zé Campeba”, “Careca” e “Filho da Audenir”.

Note-se que, pelas peculiaridades do fato, tanto a lei processual como a doutrina e remansosa jurisprudência pretoriana têm se socorrido dos regramentos constitucionais no que concerne ao princípio da razoabilidade, onde deve ser mitigada a rigidez dos prazos processuais, para dar lugar à conciliação entre interesse do cidadão e interesse público, prevalecendo este.

Demais disso, repita-se, os pedidos de liberdade provisória e relaxamento de prisão mencionados causaram, sobretudo, a dilação dos prazos processuais para o encerramento da instrução criminal, não se computando os prazos fixados pelo art. 401 do CPP, como tem decidido reiteradas vezes, nossos Tribunais, notadamente o Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

“Excesso de prazo por força maior - STJ: “O atraso, relativamente curto no cumprimento do prazo, para a ouvida das testemunhas de acusação, quando o réu está preso, não justifica a concessão de habeas corpus para a sua soltura, se o motivo da demora tem apoio na força maior a que se reporta o art. 403, da mesma lei processual” (JSTF 27/228-9).

Releve-se, ainda, que a Autoridade apontada coatora informou ter assinalado o dia 08 do corrente mês para a oitiva das testemunhas de acusação, todas na delegacia local, já estando, por certo, ultimada a instrução em relação à prova da

acusação.

Por fim, como se depreende, ainda, do relatório, enfrentaram também nesta ordem a possibilidade de eventual nulidade processual, que, segundo os mesmos, o Magistrado dito coator declarou incidentalmente inconstitucional o art. 38 da Lei nº 10.409/02, e recebeu a denúncia sem oferecer ao paciente o direito à defesa preliminar estatuída no sobredito artigo, que reza, *verbis*:

“Oferecida a denúncia, o juiz, em 24 (vinte quatro) horas, ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias, contado da juntada do mandado aos autos ou da primeira publicação do edital de citação, e designará dia e hora para o interrogatório, que se realizará dentro de 30 (trinta) dias seguintes, se o réu estiver solto, ou em 5 (cinco) dias, se preso”.

Ora, na espécie, a nulidade para ser argüida há sempre de vir acompanhada da prova do prejuízo experimentado pela parte prejudicada, tendo o colendo Superior Tribunal de Justiça, em estudo pormenorizado, decidido sobre o assunto, *verbatim*:

PROCESSO PENAL – TRÁFICO DE ENTORPECENTE – LEI 10.409/02 – DEFESA PRELIMINAR – AUSÊNCIA – NECESSÁRIA À CONFIGURAÇÃO DO EFETIVO PREJUÍZO – INOCORRÊNCIA.

“Conquanto aplicável o art. 38 da Lei 10.409/02, a nulidade em razão da ausência de defesa preliminar, previsto no referido dispositivo legal, deve vir acompanhada de efetivo prejuízo à defesa. No caso inocorre” (HC 26900/SP – Min. Jorge Scartezzone – DJ 28.10.2003 p. 313)

PROCESSUAL PENAL – RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE ENTOR-

PECENTES – ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO PROCESSO POR INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 38 DA LEI Nº 10.409/02. LIBERDADE PROVISÓRIA.

“A inobservância do procedimento estabelecido no art. 12 da Lei nº 10.409/02, quando do processamento da ação penal cujo objeto é a prática de delito previsto no art. 12 da Lei nº 6.368/76, por si só, não importa em nulidade. Com efeito, a declaração de eventual nulidade advinda da não aplicação do referido dispositivo reclama a prova do efetivo prejuízo sofrido pelo réu, hipótese não ocorrente na espécie” (RHC 14416/RJ – Min. Felix Fischer – DJ 28.10.03, p. 299)

De tal modo que, no cenário das nulidades processuais vige o princípio geral de que, não comprovado o prejuízo, não se proclama a nulidade de ato processual, embora produzido em desacordo com as formalidades legais, conforme reza o brocardo ***pas de nullité sans grief***.

À luz de tudo quanto foi exposto, denego a ordem impetrada, nos termos do parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça.

É como voto.

Fortaleza, 15 de março de 2005.

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

**Nº:2005.14.8474-7: HABEAS CORPUS DE FORTALEZA
IMPETRANTE: SILVIO CESAR FARIAS (ADVOGADO)
IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA 5ª VARA CRIMINAL DE**

FORTALEZA**PACIENTES: LUIS GONZAGA FERREIRA NETO****RELATORA: DESª HUGUETTE BRAQUEHAIS**

EMENTA: PENAL – PROCESSUAL PENAL - HABEAS CORPUS – DELITO DE ESTELIONATO – 1) NOTÍCIA CRIME – INEXIGIBILIDADE DAS FORMALIDADES SUSCITADAS PELO IMPETRANTE PARA QUE A MESMA SEJA OFERTADA – NENHUMA NULIDADE A SER DECRETADA – 2) DENÚNCIA – DESPACHO DE RECEBIMENTO - DESNECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO – PRECEDENTES DO STF E STJ – 3) INÉPCIA – INEXISTÊNCIA - PEÇA ACUSATÓRIA QUE, NO CASO, OBSERVA OS REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP – 4) TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL ANTE A FALTA DE JUSTA CAUSA - INVIABILIDADE DA MEDIDA QUANDO OS FATOS DESCRITOS NA DENÚNCIA CONSTITUEM CRIME EM TESE - INCABÍVEL, SEGUNDO O ENTENDIMENTO DE NOSSOS TRIBUNAIS, O EXAME APROFUNDADO DA PROVA PELA VIA ESTREITA DO “MANDAMUS” – 5) ORDEM DENEGADA

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Habeas Corpus, acordam os Desembargadores da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, em **denegar** a ordem impetrada na conformidade do voto da Relatora.

- R E L A T Ó R I O -

O advogado Silvio César Farias formula pedido de “habeas corpus” em favor de **Luis Gonzaga Ferreira Neto** que, segundo consta, foi denunciado pela prática do delito previsto no artigo 171 do Código Penal.

Indica, como autoridade coatora, o meritíssimo Juiz

de Direito da 5ª Vara Criminal que decretou a prisão preventiva do paciente.

Alega, na inicial respectiva, em resumo, o seguinte:

a) que a denúncia ofertada contra o aludido paciente é nula, pois não “(...) descreve em todos os seus elementos um tipo penal delineado(...)”;

b) que foi a mesma recebida por um despacho que não exhibe qualquer fundamentação;

c) que o paciente praticou “(...) uma conduta contratual prevista no mundo comercial dos negócios jurídicos, onde a inexecução de obrigação por qualquer uma das partes, traz a consequência da rescisão contratual na esfera cível, com aplicações pecuniárias pactuadas pelas partes. (...)”;

d) que não foi dada a esse paciente oportunidade para demonstrar por quais motivos a obra dos imóveis por ele vendidos não pôde ser concluída;

e) que a notícia crime foi “(...) formulada e assinada por pessoas que não estão representadas legitimamente por advogados com procuração ad judícia nos autos (...)”;

f) que a peça delatória, por sua vez, é inepta, pois não atende aos requisitos do art. 41 do CPP.

g) que não há justa causa para o prosseguimento da ação penal, porquanto não houve o dolo intencional por parte do paciente, com o fito de enganar, ludibriar, obter vantagem ilícita, ou manter alguém em erro mediante artifício ou ardil.

Requer, por fim, a concessão da ordem a fim de que seja trancada a aludida ação penal, de modo a estancar o constrangimento ilegal que lhe está sendo imposto.

Liminar indeferida pelo eminente Desembargador Presidente deste Tribunal de Justiça (cf. despacho de fls. 55/57).

Informações de estilo prestadas, em tempo hábil,

pela autoridade impetrada (doc. fls. 59/61), no contexto das quais se acha registrado o seguinte:

- 1) que o paciente foi denunciado, em 21 de agosto de 2000, pela prática do delito previsto no art. 171, CP;
- 2) que não se pode aceitar “(...) o *trancamento da Ação Penal Pública Incondicionada se o Paciente é devedor da importância de R\$ 308.000,00*” e “(...) *não cumpriu integralmente a transação comercial e permanece impune pelo crime praticado (...)*”;
- 3) que a inicial delatória não é inepta.

A douta Procuradoria Geral da Justiça, segundo se pode observar às fls. 124/130, opinou pela denegação da ordem impetrada, ao entendimento de que “(...) *Na verdade, a peça acusatória encontra-se formalmente perfeita, preenchendo desta feita, todos os requisitos do art. 41 da Legislação Processualística. (...)*”.

Era o que tínhamos a relatar.

- V O T O -

Conforme se pode facilmente constatar, com a impetração em causa, basicamente, requer-se o trancamento da ação penal, pelos motivos elencados no relatório.

Para decidirmos a respeito, passaremos a analisar cada um deles isoladamente de modo a facilitar o nosso trabalho.

1) SUPOSTA NULIDADE DECORRENTE DA NOTÍCIA CRIME OFERTADA PELAS VÍTIMAS:

Neste tocante, ao analisarmos os autos, verificamos que o inquérito policial que serviu de base à denúncia foi instaurado através de portaria, tendo em vista a notícia ofertada pelas vítimas à autoridade policial (doc. fls. 17/21) sobre a possível prática, pelo paciente, de crimes tipificados no art. 171 do Cód-

go Penal e art. 65 da Lei n.º 4.591/64.

E, como é cediço, a ação penal que se instaura para apuração desse tipo de crime é pública incondicionada.

Portanto, as supostas vítimas, no caso *sub studio*, agiram de forma correta quando apresentaram a tal “notitia criminis” ao delegado para requerer fosse instaurado o inquérito respectivo.

Acerca do assunto, transcrevemos os ensinamentos de Julio Fabbrini Mirabete, *in verbis*:

“É com a notitia criminis que se instaura o inquérito policial, mas a lei processual disciplina a matéria prevendo formas específicas de comunicação para o início do inquérito policial de acordo com a espécie de iniciativa da ação penal exigida para o fato criminoso. (...). Instala-se também o procedimento inquisitivo mediante requerimento da vítima (art. 5º, II, segunda parte). (...). A comunicação verbal é, entretanto, a forma mais comum de notícia do crime prestada pela vítima ou terceiro, cumprindo a autoridade policial, nessa hipótese, determinar ad cautelam, sejam reduzidas a termo as declarações do comunicante. (...)” (autor citado, in *Processo Penal*, 16ª Edição, Ed. Atlas, p. 88/89).

Verifica-se, por conseguinte, que a lei processual admite, inclusive, que a vítima de um fato, supostamente delituoso, o comunique oralmente.

Donde a conclusão de que, ao contrário do que pensa o impetrante, não se exige que a notícia crime seja apresentada à autoridade competente somente por advogado com poderes especiais outorgados pelas vítimas.

Aliás, em casos de ação penal condicionada à representação, esta “denominada na doutrina de *delatio criminis postulatória*, pode ser essa notícia dirigida, não só à autoridade policial, como ao juiz ou ao órgão do Ministério Público (Art. 39

do CPP). (...). Constitui-se a representação numa declaração escrita ou oral, que não exige fórmula sacramental, mas que deve conter as informações que possam servir à apuração do fato e da autoria (Arts. 5º, § 1º, e 39, §2º). (...)" (obra e autor citados acima, p. 90).

Resta claro, por conseguinte, que para oferecer representação não se exige a presença de advogado.

Nos casos de ação penal de iniciativa privada, sim, o Código de Processo Penal exige uma queixa-crime ofertada por advogado, com poderes especiais outorgados pela vítima.

Em suma, neste caso, o impetrante, lamentavelmente, confundiu queixa-crime com *notitia criminis*. Tanto é verdade que, à fl. 5 dos autos, transcreveu artigos do Código de Processo Penal relacionados com o oferecimento de queixa-crime e, na folha seguinte, citou jurisprudências que dizem respeito à ação penal de iniciativa privada, não sendo este, como facilmente se vê, o caso tratado.

Destarte, rejeitamos a preliminar suscitada diante da manifesta desnecessidade da presença de advogado com poderes especiais para apresentar notícia crime.

2) DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA POR DESPACHO SEM FUNDAMENTAÇÃO:

Neste ponto, mais uma vez, não encontramos razão plausível para sustentar o inconformismo.

Com efeito, o art. 516 do Código de Processo Penal exige do Juiz fundamentação, apenas, para as hipóteses de rejeição da denúncia ou queixa, não mencionando as hipóteses de recebimento.

Por outro lado, no caso de recebimento, o magistrado, em regra, não pratica a "decisão" a que se refere o art. 93, IX, 2ª parte, da CF.

É pacífico o entendimento das Cortes Superiores neste sentido, senão vejamos:

EMENTA: "CRIMINAL. HC. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. (...) DESPACHO QUE RECEBE A PEÇA ACUSATÓRIA. DESNECESSIDADE DE FUNDA-

MENTAÇÃO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. INOCORRÊNCIA. (...) O despacho que recebe a denúncia prescinde de fundamentação, eis que sobressai a sua natureza interlocutória. Precedentes do STJ e do STF.(...) Ordem denegada.” (HC 31032/DF - Relator Min. Gilson Dipp - 5ª Turma - Data do Julgamento 06/05/2004 Data da Publicação/Fonte DJ 14.06.2004 p. 252)

EMENTA: “(1) Habeas Corpus. Crimes contra a ordem tributária (Lei nº 8.137, de 1990). (...). Impugnação ao despacho de recebimento da denúncia, por ausência de fundamentação. (3) Inexigibilidade de fundamentação do despacho de recebimento da denúncia. Precedentes (RHC 65.471, Rel. Min. Moreira Alves; HC 72.286, Rel. Min. Maurício Corrêa). Precedentes (RHC 65.369, Rel. Min. Moreira Alves; HC 73.903, Rel. Min. Francisco Rezek; HC nº 74.791, Rel. Min. Ilmar Galvão; HC 74.813, Min. Sydney Sanches; HC nº 75.263, Rel. Min. Néri da Silveira). (6) Habeas corpus indeferido.”(STF- HC 82.242/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 11/09/2002).

Assim, não há como deixarmos de rejeitar, também, a preliminar ora suscitada.

3) DA INÉPCIA DA DENÚNCIA:

Neste tocante, em que pesem todos os argumentos do impetrante, o que verificamos é que a inicial delatória (fls. 14/15) narra a ocorrência, em tese, de um fato típico e, ainda, descreve a conduta do paciente de modo razoável, não sendo lógico dizer-se que ela é inepta ou nula.

Com efeito, conforme ressaltado pela douta Procuradoria-Geral da Justiça (cf. fls. 124/130), “(...) a peça acusatória encontra-se formalmente perfeita, preenchendo desta feita, todos os requisitos do art. 41 da Legislação Processualística. (...)”.

Assim, em consonância com tal entendimento, en-

tendemos que não existe qualquer nulidade a ser decretada ou inépcia a ser reconhecida, razão pela qual, votamos pela rejeição de tal preliminar.

4) DA FALTA DE JUSTA CAUSA PARA O PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO PENAL:

Cuida-se aqui, como anteriormente dito no relatório, de um habeas corpus objetivando o trancamento de ação penal instaurada contra o paciente no Juízo da 5ª Vara Criminal de Fortaleza, sob o argumento de que não existe justa causa para o seu prosseguimento.

Do exame dos autos, contudo, verifica-se que o paciente, além de ter descumprido obrigações decorrentes de um contrato de compra e venda de imóvel celebrado com as vítimas, vendeu “(...) imóveis que não estavam devidamente incorporados, emitindo cheques sem provisão de fundos, etc. (...)”.

Não podemos assim deixar de reconhecer, consoante já mencionado, que, neste caso, existe, pelo menos, um crime em tese a ser apurado.

A propósito, o douto Procurador de Justiça, Dr. José Maurício Carneiro, à fl. 130, salientou “(...) que a conduta do paciente constitui crime em tese de estelionato constante do Código Penal. (...)”.

Assim sendo, não se pode deixar de considerar que o exame da questão posta nos autos exige uma demorada análise do material cognitivo, o que, sabidamente, não é cabível na via estreita do “habeas corpus”.

Sobre o tema, trancamento da ação penal, leciona Julio Fabrini Mirabete, em Processo Penal, 10ª edição, p. 719, in verbis:

“(...) somente se justifica a concessão do habeas corpus por falta de justa causa para a ação penal quando é ela evidente, ou seja, quando a ilegalidade é evidenciada pela simples exposição dos fatos com o reconhecimento de que há imputação de fato atípico ou da ausência de qualquer

elemento indiciário que fundamenta a acusação”.

Na espécie em exame, não há dúvida, o fato imputado ao paciente (estelionato) é típico e a exordial acusatória se fundamenta em indícios que autorizam, em tese, a continuidade da ação penal, ao longo da qual poderão surgir elementos de prova suficientes para a confirmação definitiva do tipo penal, sua autoria e materialidade.

Tudo está a depender, evidentemente, de provas a serem regularmente produzidas no curso da dilação processual adequada e sob o crivo do contraditório.

Segundo ainda o magistério do eminente tratadista citado:

“É possível verificar-se perfunctoriamente os elementos em que se sustenta a denúncia ou a queixa, para reconhecimento da ‘fumaça do bom direito’, mínimo demonstrador da existência do crime e da autoria, mas não se pode pela via estreita do mandamus trancar a ação penal por falta de justa causa quando, imputado fato que é crime em tese, o seu reconhecimento exigir um exame mais aprofundado e valorativo da prova dos autos”.

Isso porque, como remansoso e iterativo, no campo pretoriano, “.. é vedado o exame do material cognitivo e o minucioso cotejo da prova na via estreita do habeas corpus” (STJ-HC nº 15.184/PI- 5ª Turma – rel. Min. FÉLIX FISCHER- DJU de 24.09.01 – pág. 232).

Para concluir, portanto, devemos deixar bem claro que a matéria sob julgamento, pela sua peculiar complexidade, não pode nem deve ser apreciada pela via procedimental do “writ”, até porque há de se reconhecer que, ao Ministério Público e ao próprio paciente, deve ser dada oportunidade de produzirem a prova que lhes convier no decorrer da instrução proces-

sua respectiva.

Diante do exposto, votamos, em consonância com o parecer da d. Procuradoria-Geral de Justiça, pela denegação da ordem impetrada.

É como votamos.

Fortaleza, 26 de setembro de 2005.

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

Nº 2005.20.3372-2 : HABEAS CORPUS DE SENADOR POMPEU

IMPETRANTE: LUIS SERGIO BARROS CAVALCANTE (ADVOGADO)

IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA COMARCA DE SENADOR POMPEU

PACIENTE: JOSÉ ALBINO TEIXEIRA SARAIVA

RELATORA: DESª HUGUETTE BRAQUEHAIS

EMENTA:

HABEAS CORPUS – PROCESSUAL PENAL - RÉU QUE SE ENCONTRAVA PRESO PREVENTIVAMENTE AO TEMPO EM QUE FOI PROLATADA A SENTENÇA CONDENATÓRIA – RECONHECIMENTO DE SEUS MAUS ANTECEDENTES POR OCASIÃO DO JULGAMENTO – NADA QUE AUTORIZE SEJA MODIFICADA A SUA SITUAÇÃO – SER O RÉU PRESO OU CONSERVADO NA PRISÃO EM QUE SE ENCONTRA CONSTITUI EFEITO NATURAL DA SENTENÇA CONDENATÓRIA, COMO PREVISTO NO ARTIGO 393, INCISO I, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILE-

GAL (ART. 594 DO C.P.P.) - ORDEM DENEGADA.**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de **Habeas Corpus**, acordam os Desembargadores da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade de votos, em **denegar** a ordem impetrada, conforme voto exarado pela relatora.

RELATÓRIO

O advogado Luis Sergio Barros Cavalcante impetra ordem de **habeas corpus** em favor de **José Albino Teixeira Saraiva** que, segundo consta, foi condenado pela prática do artigo 157, § 3º do Código Penal Brasileiro.

Indica, como autoridade coatora, o MM. Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Senador Pompeu-Ce, que manteve a prisão do paciente quando da prolação da sentença condenatória (cf. fl. 54).

Ressalta, na inicial do **mandamus**, o seguinte:

a) que há, nos autos, “(...) provas contundentes de que o paciente incorreu no tipo penal capitulado no art. 121, do Código Penal Brasileiro, posto que sua ação delituosa foi totalmente desvinculada da ação dos demais acusados (...)”;

b) que a prisão do paciente fere o princípio constitucional da presunção de inocência;

c) que a “(...) segregação prévia do paciente proporciona prejuízos irreparáveis, tanto para este, quanto para a integridade da ordem jurídica, visto castrar a liberdade do paciente quando a lei maior lhe assegura a liberdade até o trânsito em julgado da sentença (...)”;

d) que “(...) o fato delituoso em si não se afigura motivo justificador da prisão provisória (...)”.

Requer, ao final, seja concedida a ordem para colo-

car o paciente em liberdade enquanto aguarda o julgamento do recurso de apelação interposto por sua defesa.

Solicitação de informações atendida pela autoridade impetrada em tempo hábil (doc. fls. 83/85), no contexto das quais se acha registrado o seguinte:

1- que o paciente foi condenado a uma pena de 22 anos de reclusão, por decisão proferida em 22/12/2004;

2- que os autos foram remetidos ao Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, eis que a defesa do paciente interpôs recurso de apelação.

O Ministério Público de 2º Grau, conforme se verifica às fls. 94/98, emitiu parecer no sentido de que fosse **denegada** a ordem, ao entendimento de que o paciente deve continuar custodiado, eis que permaneceu “(...) preso durante todo o transcurso do processo, a partir da lavratura do respectivo Auto de Prisão em Flagrante Delito (...)”.

Era o que tínhamos a relatar.

V O T O

Como facilmente se observa neste caso, o impetrante, inicialmente, reporta-se ao fato delituoso, sustentando que o paciente “(...) incorreu no tipo penal capitulado no art. 121, do Código Penal Brasileiro (...)”. Em seguida, alega que dito paciente tem direito de apelar em liberdade.

Vejamos então o que dizer sobre o assunto.

- DA IMPOSSIBILIDADE DE DISCUTIR O MÉRITO NA VIA ESTREITA DO HABEAS CORPUS:

Como é cediço, a doutrina e a jurisprudência pátrias já firmaram o entendimento de que é inviável, na via estreita do *habeas corpus*, analisar matéria relacionada ao mérito do procedimento criminal instaurado contra o paciente.

A propósito, permitimo-nos trazer à colação, a título de ilustração, os seguintes julgados:

EMENTA: “*Habeas corpus – desconstituição de sentença condenatória – questão controvertida – impropriedade do writ - O habeas corpus, em razão do seu rito processual estreito, que não comporta dilação probatória, não é remédio adequado para o debate sobre a validade da sentença, porque fundada em depoimentos de pessoas inidôneas. Se para o reconhecimento da inocência do paciente é imperativo o exame de questão de fato controvertida, especificamente quanto à alegação de que não participou do delito e não foi reconhecido por testemunhas, o tema se situa fora do alcance do habeas corpus. Habeas corpus denegado*” (STJ – HC 12.819/SP - Rel. Min. Vicente Leal – pub. DJ 1.8/2000).

EMENTA: “*O remédio heróico, dados os seus estreitos limites, não se presta a analisar a intenção do agente em praticar ou não o delito*” (TACRIM-SP – HC – Rel. Ricardo Lewandowski – RJD 28/271).

Resta claro, pois, que, se o paciente cometeu latrocínio ou homicídio, o caminho adequado para discutir a respeito não é, na realidade, este.

-DO ALEGADO DIREITO DO PACIENTE DE AGUARDAR EM LIBERDADE O JULGAMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO POR SUA DEFESA:

Analisando-se devidamente o caso, verifica-se, pelas informações prestadas pela autoridade apontada como coatora, que o paciente esteve preso ao longo de toda a instrução criminal.

Impende salientarmos, portanto, que referido paciente, quando do seu julgamento por aquela autoridade, já se encontrava recolhido ao cárcere desde a sua prisão em flagrante (cf. auto de fls. 10/15).

Posto isso, não podemos esquecer de que, segundo o artigo 393, I, CPP, **“ser o réu preso ou conservado na prisão (...)” constitui efeito da sentença condenatória.**

Acerca do tema, Julio Fabbrini Mirabete, *in* Código de Processo Penal Interpretado (5ª Edição, Ed. Atlas), às fls. 513/514, assim preleciona:

“(...). Assim, proferida a sentença condenatória, se o condenado estiver recolhido ao estabelecimento penal em decorrência de prisão provisória, permanecerá preso até o trânsito em julgado da decisão que, se confirmada, fará com que se passe à execução da pena (...)”.

Mais adiante, ao comentar o art. 594, CPP (ob. cit), às fls. 758, explicita que:

“Não pode ser concedida a liberdade provisória para apelar se o réu já se encontrava preso preventivamente ou em razão de flagrante ou pronúncia. Tais espécies de prisão, em princípio, permanecem até o trânsito em julgado da sentença condenatória. Aliás, o art. 594, prevê o ‘recolhimento’ do réu à prisão, o que, evidentemente, se refere àquele que está solto. Além disso, seria um paradoxo possibilitar a soltura após a sobrevinda da sentença condenatória(...)” .

A propósito, a jurisprudência pátria, inclusive do Supremo Tribunal Federal, sustenta o entendimento de que *“a regra do art. 594 do Código de Processo Penal não se aplica ao réu já preso em razão de flagrante ou submetido à prisão pre-*

ventiva” (HC nº 19.879/RJ- Rel. Ministro Jorge Scartezzini).

Permitimo-nos trazer à colação, para demonstrá-lo, alguns julgados que retratam bem o caso *sub studio* e que res-taram assim resumidos:

EMENTA: “É entendimento pacífico desta Corte o de que é inaplicável o disposto no art. 594 do Código de Processo Penal a réu preso em virtude de flagrante ou preventivamente. (...)” (JSTF 157/365).

EMENTA: “Réu que responde preso a todo o processo e é condenado mantém-se preso para apelar. A prisão é consequência da sentença, que tem eficácia imediata” (RSTJ 94/303).

EMENTA: “Réu preso preventivamente, por tráfico de entorpecentes. Condenação. Denegação do benefício de apelar em liberdade. Impetração de habeas corpus, visando à concessão de tal benefício. Consolidou-se já a orientação no sentido de que, se o réu estiver preso, por força de prisão em flagrante ou prisão preventiva, no momento da sentença condenatória, não se lhe aplica o disposto no art. 594 do CPP, ainda que primário e de bons antecedentes. Não concessão da ordem. Unânime” (RJTJERGS 186/45).

EMENTA: “Seria estranho que permanecesse preso provisoriamente antes da sentença e pudesse, após o pronunciamento judicial pela pela procedência da acusação, apelar em liberdade. (...)”. (RT 680/342).

EMENTA: “O réu não poderá apelar sem recorrer-se à prisão, salvo exceção contida no art. 594, CPP. Se o condenado, à época da sentença condenatória, estiver preso nos autos, por força

do flagrante ou preventiva, não poderá ser solto para apelar, até porque, um dos efeitos da sentença condenatória é a prisão ou manutenção do réu preso, segundo o art. 393, I, do CPP” (TACRIM-SP – HC 123.420 – Rel. Dimas Ribeiro – JUTACRIM-SP 75/145).

Nesse mesmo sentido: RT 778/542, RT 698/422, RT 665/284; RJTJERGS 187/133; RJTACRIM 43/294; JTACRESP 66/74.

Aqui, pelo visto, ao invocar o artigo 594 do CPP, o impetrante confunde o direito de apelar em liberdade, quando o condenado responde, livre, o desenrolar do procedimento penal, com o pretense direito de aguardar, em liberdade, o julgamento da apelação interposta em processo a que responde preso provisoriamente. São situações diferentes e que demandam respostas diversas. (STF, 2ª Turma, HC n.º 85.920-8/SP, Rel. Min. Ellen Gracie)

De outra parte, ainda que fosse admitida, na hipótese em comento, a incidência da regra contida no sobredito dispositivo legal (art. 594, CPP), não poderíamos esquecer que a autoridade impetrada, ao prolatar a sentença condenatória, deixou evidenciado que o paciente registra antecedente criminal (cf. fl. 90).

Ressaltou, mais adiante, que a sua conduta social não é boa, eis que, desde a adolescência, ele – paciente - encontra-se envolvido com o “mundo das drogas”, passando a “(...) dar trabalho à família, à Polícia e ao Poder Judiciário Local. (...)” (cf. fl. 91).

Impende considerarmos, por oportuno, que o Superior Tribunal de Justiça já se posicionou no sentido de que os registros penais de ações em curso e de outras, ainda que alcançadas pela prescrição, devem ser consideradas como reveladores de maus antecedentes (RSTJ 29/86-7), donde inferir-se que a prisão do paciente, ao ensejo da sentença condenatória, fez-se suficientemente justificada, de forma a satisfazer os pressupostos da necessidade e da razoabilidade e assim propiciar o cumprimento da pena imposta, evitando que o mesmo torne a reincidir nas suas práticas delitivas.

Diante do exposto, em consonância com o parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça e por entendermos que a prisão do paciente não ofende o princípio da presunção de inocência, emitimos o nosso voto no sentido de que seja denegada a ordem, à míngua de amparo legal.

É como votamos.

Fortaleza, 7 de novembro de 2005.

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

HABEAS CORPUS CRIME Nº 2005.0021.2284-9, de IGUATU

IMPETRANTE: Janos Roven Almeida Abreu

PACIENTE: Raulino Passos Landim

PACIENTE: Edvaldo Gomes

PACIENTE: Jhon Wayne Marcelo Ferreira

PACIENTE: César Ormedo

IMPETRADO: Juiz de Dir. da 2ª Vara da Com. de Iguatu-Ce.

RELATOR: DES. JOÃO BYRON DE FIGUEIREDO FROTA

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TÓXICOS. TRÁFICO INTERSTADUAL DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. SEIS ACUSADOS. AUTUAÇÃO EM FLAGRANTE DELITO. MAUS ANTECENTES CRIMINAIS. ALEGAÇÕES DE NULIDADE POR CERCEAMENTO DE DEFESA, AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL, EXCESSO DE PRAZO NA CONCLUSÃO DA INSTRUÇÃO E DESNECESSIDADE DA CUSTÓDIA PREVENTIVA.

“É relativa a nulidade do processo criminal por falta de intimação da expedição de precatória para inquirição de testemunhas”. (STF, Súmula

155).

“STJ, Súmula 52 – Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo”.

“Não cabe trancar-se ação penal, por ausência de justa causa, quando vislumbra-se na denúncia a prática do crime em tese”. (RSTJ 95/405).
Ordem denegada.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **Habeas Corpus** Crime Nº 2005.0021.2284-9 da Comarca de Iguatu, em que é impetrante **Janos Roven Almeida Abreu**, pacientes **Raulino Passos Landim, Edvaldo Gomes, Jhon Wayne Marcelo Ferreira e César Ormedo** e impetrado o **Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Iguatu – Ce**.

ACORDA a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por julgamento de Turma, por unanimidade, em denegar a ordem impetrada, em consonância com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça.

O ilustre Advogado Janos Roven Almeida Abreu, no seu desempenho profissional impetrou ordem de **Habeas Corpus**, com pleito de liberação de provimento jurisdicional cautelar, em benefício de **RAULINO PASSOS LANDIM, EDVALDO GOMES, JHON WAYNE MARCELO FERREIRA e CÉSAR ORMEDO**, bastante qualificados nos autos, residentes e domiciliados na Cidade de Dourados, Mato Grosso do Sul, presos e recolhidos ao presídio local, desde 11 de junho do corrente, em virtude de autuação em flagrante delito e depois pela denegação da liberdade provisória, em razão da subsistência dos requisitos da prisão preventiva, no resguardo da ordem pública e da aplicação da lei penal, acusados da prática, juntamente com os indivíduos Elizeu Martins Nunes e Valderlei Rodrigues Ferreira, também residentes em Dourados, MS, dos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes e associação criminosa para o tráfico, delitos definidos nos artigos 12 e 14, da Lei Federal nº 6.368/76, fato ocorrido no dia 11 de junho de 2005, por volta das 16:30 horas, quando se dirigiam para Fortaleza,

providos de Mato Grosso do Sul, em dois veículos, um Fiat Uno Mille de Placas LCU 0949, vindo a frente com quatro acusados e um Gol de Placas HUQ 4478, vindo atrás com os outros dois acusados, ao passar o primeiro veículo pela cancela rodoviária estadual de Iguatu (Posto da CPRV), foram abordados pelos policiais militares de serviço, constatando que apresentavam comportamento estranho, checaram os documentos pessoais e verificaram que tinham antecedentes criminais positivos, logo em seguida abordaram o segundo automóvel, no qual encontraram 121 (cento e vinte um) quilos de maconha prensada proveniente do Paraguai acondicionados em 62 (sessenta e dois) volumes ocultos numa caixa de som e mais 4,950 (quatro quilos e novecentos e cinqüenta gramas) de maconha conduzidos na parte de baixo do Gol, dando voz de prisão a todos os seis increpados, os quais, conduzidos à Delegacia Regional da Polícia Civil, foram autuados em flagrante pelos ilícitos penais cometidos.

Os milicianos estaduais prontamente suspeitaram do liame associativo para o tráfico de entorpecentes entres os ocupantes dos dois veículos, funcionando o primeiro (Fiat Uno) como batedor do segundo (Gol), operando a varredura na estrada, dando "sinal verde" para passagem do segundo, que conduzia grande quantidade de entorpecente; pelos antecedentes criminais ostentados e documentação inidônea do veículo; pela coincidência de serem todos os passageiros provenientes de Dourados - MS e por haverem passado pela balsa sobre o Rio São Francisco, na divisa entre Bahia e Pernambuco, praticamente na mesma hora.

Aduziu o insigne causídico impetrante, como lastro jurídico a imprimir o almejado êxito ao remédio heróico, que os pacientes estão suportando constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção, de responsabilidade da eminente autoridade judiciária requerida, consistente no cerceamento de defesa, com conseqüente nulidade dos atos processuais praticados (intimação e defesa preliminar) pelo defensor nomeado, quando os acusados dispunham de patrono judicial constituído; excesso de prazo na formação da culpa, encarcerados por mais

tempo do que autoriza a legislação e a jurisprudência, sem encerramento da instrução criminal; desnecessidade da manutenção do aprisionamento, não subsistindo os requisitos da prisão preventiva e, finalmente, não configuração do ilícito penal praticado pelos pacientes, carecendo a ação penal de justa causa para sua instauração e desenvolvimento válido e eficaz, requestando o trancamento.

Observa-se, ainda, que o ilustrado impetrante, aludiu a graves irregularidades praticadas pelos componentes da Polícia Civil de Iguatu, narrando desde a utilização indevida de veículo apreendido, sem autorização competente, por servidor da Prefeitura que trabalha na Delegacia, passando por agressões aos pacientes e, no final acrescentou que mediante coação, foi subtraída, dois déias após a prisão dos pacientes, mediante saque eletrônico, a quantia de R\$ 90,00 (noventa reais), chegando ao extremo de preparar operação montada pela Polícia Militar, contra a Polícia Civil, não logrando êxito, porque houve vazamento de informações.

Acostou, o impetrante, ao petítório, a documentação probatória que reputou relevante ao destreme da ordem (fls. 19/77).

Denegada a medida liminar aspirada, em face da não comprovação, de plano, dos requisitos autorizatórios ao acolhimento (fls. 82).

Comparecendo ao sítio mandamental, a digna autoridade judiciária impetrada, em longa exposição, rebateu todos os argumentos constantes da inicial da impetração, asseverando que recebeu a denúncia e denegou a liberdade provisória, pela vedação legal de concessão nos crimes hediondos, e, ainda, porque presentes os requisitos da prisão preventiva, embasados na garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal. Acrescentou que a instrução criminal já se houve concluída, estando o feito na fase da inquirição das testemunhas da defesa, terminando por rogar a denegação da ordem, à míngua de amparo legal.

Instada a manifestação, a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pela denegação da ordem.

É o relatório. Passo a votar.

Não merece êxito o remédio heróico aforado pelo ilustre impetrante, adverso aos contornos jurisprudenciais aplicáveis à matéria.

Com efeito, processados os acusados na jurisdição de procedência da impetração, acusados de tráfico ilícito de entorpecentes e associação para o tráfico, crimes definidos nos artigos 12 e 14, da Lei Federal nº 6.368/76, ao serem surpreendidos, pelos milicianos estaduais conduzindo no veículo Gol de Placas HUQ 4478, 121 (cento e vinte um) quilos de maconha prensada proveniente do Paraguai acondicionados em 62 (sessenta e dois) volumes ocultos numa caixa de som e mais 4,950 (quatro quilos e novecentos e cinqüenta gramas) de maconha conduzidos na parte de baixo do Gol, restaram delatados pela representação ministerial, depois de autuados em flagrante e denegada a liberdade provisória, pela vedação legal de concessão nos crimes qualificados como hediondos e pela presença dos requisitos da prisão preventiva, como garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal, visto que todos os acusados não são residentes no distrito da culpa.

Nas informações a eminente autoridade judiciária requerida assevera:

“ Os pacientes foram presos no dia 11 de junho de 2005, nesta Cidade de Iguatu - Ceará, quando seguiam de Mato Grosso do Sul para Fortaleza em um Fiat Uno Mille, cor branca, Placas LCU 0949, o qual servia como ‘batedor’ do Gol de Placas HUQ 4478, que estava com o porta malas recheado de maconha e era ocupado por Eliseu Martins Nunes e Valderlei Rodrigues Ferreira. Os dois veículos saíram juntos do longínquo Estado de Mato Grosso do Sul e seguiam rumo a Fortaleza, fazendo o Fiat a ‘varredura’ na estrada, o que aliás é muito comum em tráfico de drogas e outros crimes organizados. Existe forte prova de que os veículos seguiam

em ‘comboio’, pois atravessaram, naquele mesmo dia, o Rio São Francisco, na divisa dos Estados da Bahia e Pernambuco, tendo ambos os automóveis, no mesmo horário, feito a dita travessia na ‘Balsa Cel. João Bernardo’, no Porto do Ibó, na Cidade de Ibó/BA, como atestam os documentos de fls. 22 dos autos(anexo).

Outro fato que merece destaque e é indício da associação criminosa aconteceu quando os pacientes já estavam presos e comentaram na Delegacia de Polícia de Iguatu que embaixo do banco do GOL, ainda existia mais maconha, o que foi constatado pela polícia (vide item 11, da denúncia).

O ‘modus operandi’ dos réus é por demais conhecido, porém ainda muito eficiente, pois um veículo tido como ‘batedor’ sai fazendo a inspeção da estrada e o ‘carro mula’ vem alguns quilômetros atrás, sendo informado através de celulares ou rádio, somente tendo falhado, ao que tudo indica, graças à eficiência da Polícia Rodoviária”(Fls. 85/86).

Os argumentos postos na impetração devem ser enfrentados cada um na sua oportunidade, tendo em conta a necessidade de sistematização.

Estão centrados no cerceamento de defesa, com a conseqüente nulidade dos atos processuais praticados (intimação e defesa preliminar) pelo defensor nomeado, quando os acusados dispunham de patrono judicial constituído; excesso de prazo na formação da culpa, encarcerados por mais tempo do que autoriza a legislação e a jurisprudência, sem encerramento da instrução criminal; desnecessidade da manutenção do aprisionamento, não subsistindo os requisitos da prisão preventiva e, finalmente, não configuração do ilícito penal praticado pelos pacientes, carecendo a ação penal de justa causa para sua instauração e desenvolvimento válido e eficaz, reque-

rendo o trancamento.

Respeitante ao primeiro argumento, de nulidade por cerceamento de defesa, vez que não obstante os pacientes terem advogado constituído, com procuração nos autos acostada em pedido de liberdade provisória, o judicante monocrático olvidou de intimá-lo para apresentação de defesa preliminar (art. 38, Lei nº 10.409/03), nomeando outro causídico para a prática do ato judicial, que o realizou tempestivamente, argüindo o que entendeu pertinente, bem assim, antes mesmo de realização do interrogatório judicial, expediu carta precatória à Comarca de Maracanaú-Ce, com escopo de inquirir as testemunhas arroladas pela acusação pública, sem intimação do patrono constituído.

Não emergem foros de acolhimento ao argumento deduzido, vez que os pacientes intimados para apresentação da defesa preliminar deixaram transcorrer o prazo sem manifestação.

Foram citados no dia 01 de junho de 2005 (fls. 109 v), sendo que apenas o acusado Eliseu Martins Nunes atendeu ao chamamento judicial e defendeu-se por meio de patrono constituído (fls. 110/112).

Os demais acusados, entre eles os pacientes, deixaram fluir em branco o prazo previsto na legislação, tendo o magistrado nomeado advogado para patrocinar as defesas preliminares e, diligentemente, ainda comunicado ao patrono constituído, no caso o impetrante, da nomeação de outro defensor.

Mesmo assim, o patrono constituído no pleito de liberdade provisória, cientificado da nomeação de outro profissional do direito para a resposta preliminar à acusação oficial, manteve-se completamente inerte (fls. 115).

Foram alegadas preliminares nas defesas e elaborado o rol de testemunhas, tendo o defensor livre trânsito e franca comunicação com os pacientes.

A legislação impõe a citação do acusado (não necessitando de intimação do defensor), para apresentação da defesa preliminar, antes do recebimento da denúncia, como modo de possibilitar nova oportunidade de se defender das increpações ministeriais.

Se decorrido o prazo, não foi apresentada a defesa preliminar pelos pacientes, não havia outro caminho ao judicante senão nomear defensor para a prática do ato e comunicar a decisão ao patrono constituído, como efetivamente fez, na forma autorizada pela legislação (Lei nº 10.409/02).

Art. 38. Oferecida a denúncia, o juiz, em 24 (vinte e quatro) horas, ordenará a citação do acusado par responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias, contado da data da juntada do mandado aos autos ou da primeira publicação do edital de citação, e designará dia e hora para o interrogatório, que se realizará dentro de 30 (trinta) dias seguintes, se o réu estiver solto, ou em 5 (cinco) dias, se preso.

.....

§ 3º. Se a resposta não for apresentada no prazo, o juiz nomeará defensor para oferecê-la em 10 (dez) dias, concedendo-lhe vista dos autos no ato de nomeação”.

A doutrina especializada na palavra abalizada de Renato Marcão, enfrentando o tema, esclarece:

“ (...) O texto é taxativo no sentido de que, não havendo resposta no prazo legal, o juiz nomeará defensor para fazê-lo. Verificada a hipótese tratada na lei, a nomeação é obrigatória.(...) Comparando nos autos, entretanto, o defensor constituído, ainda que fora do prazo para a resposta escrita, prevalecerá a manifestação e o desejo deste, que continuará no processo, ainda que já tenha ocorrido a nomeação de defensor pelo juiz do feito, resultando tal nomeação sem efeito”. (in Tóxicos, São Paulo; Saraiva, 2005, p. 633).

Na hipótese vertente tendo-se em conta que a citação dos pacientes se deu em 01 de julho de 2005 (fls. 48v), vindo a certidão de decurso de prazo datada de 14 de julho de 2005 (fls. 49) e o despacho nomeando defensor dos pacientes em 15 de julho de 2005 (fls. 49/50), cientificado ao impetrante em 18 de julho de 2005, somente nesta data foram acostadas as procurações (fls. 30/32), e o patrono constituído no pleito de liberdade provisória, apesar de cientificado da nomeação de outro profissional do direito para a resposta preliminar à acusação oficial, manteve-se completamente inerte, não comparecendo aos autos com suas alegações, ainda que fora do prazo legal, como recomendado pelo dispositivo legal.

Na linha do argumento, não há qualquer eiva de nulidade na expedição de carta precatória para audiência das testemunhas de acusação, realizado noutra jurisdição, se não houve intimação do defensor constituído para a audiência e tendo o ato judicial sido realizado após a data do interrogatório.

Primeiro, porque a jurisprudência firmou-se no sentido de que basta a intimação das partes da expedição de carta precatória, cabendo ao interessado diligenciar no juízo deprecado a data da realização do ato, a fim de que, desejando, possa estar presente.

É o que preconiza o enunciado da Súmula 155, do STF: *“É relativa a nulidade do processo criminal por falta de intimação da expedição de precatória para inquirição de testemunhas”*.

A ilação se impõe com aguda clareza: se a ausência de intimação da expedição de carta precatória constitui nulidade relativa, exigente de demonstração de prejuízo oposto na primeira oportunidade processual, o que dizer da não intimação do defensor (não da parte) da data de realização da audiência de inquirição das testemunhas.

“Intimada a defesa da expedição da carta precatória, desnecessária nova intimação da data designada para realização da audiência no juízo

deprecado. Essa providência não é tida por lei como essencial ao exercício da defesa, por considerar que, primordialmente, cabe ao defensor inteirar-se naquele juízo sobre a data escolhida para a realização da prova”. (RT 500/342 e RT 525/352).

Merece frisado ainda, finalizando o tópico argumentativo, que os artigos 563 e 566, do Código de Processo Penal, impõem que não se deve decretar nenhuma nulidade de ato judicial sem demonstração clara de prejuízo imposto à parte (*pas de nullité sans grief*), e até mesmo evitar sua decretação, quando de qualquer modo o ato atingiu seu objetivo previamente fixado na lei (não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa), apesar de sua eventual irregularidade.

Evoluindo nos questionamentos da impetração, acerca do alegado excesso de prazo na formação da culpa, o eminente julgador assegurou que a instrução criminal já se houve por finda, pendente apenas as testemunhas arroladas pela defesa (fls. 88), hipótese em que se constata a superação do eventual excesso de prazo, consoante remansosa orientação pretoriana:

“STJ, Súmula 52 – Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo”.

“Estando o processo na fase de prova da defesa, não mais pode ser alegado o excesso de prazo anteriormente ocorrido”. (STF, RHC 58.068, DJU 26.9.80, p. 7425).

Além do mais, o caso vertente envolve processo naturalmente dotado de relevante complexidade, com seis acusados, necessitando da expedição de carta precatória para inquirição de testemunhas, nomeação de defensor etc., influindo,

decisivamente, no dilargamento dos lapsos procedimentais, em conformidade com a iterativa orientação tribunalícia:

“Não se configura coação ilegal quando o excesso de prazo na formação da culpa decorre de incidentes processuais não imputáveis ao Juiz do processo ou ao Ministério Público”. (STJ, JSTJ 8/236).

Com relação à desnecessidade do encarceramento sob o pálio de que não presentes os requisitos da prisão preventiva, deve de logo ser frisado que nos crimes qualificados como hediondos, como o tráfico de entorpecentes, a concessão da liberdade provisória é vedada pela Lei Federal nº 8.072/90, bem como na subsistência dos requisitos da prisão preventiva (garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal), igualmente não deve ser deferido o benefício, como bem acentuou a insigne autoridade judiciária impetrada, na denegação do pleito formulado.

Na linha dos precedentes jurisprudenciais tem-se facultado ao juiz instrutor, mais próximo dos fatos apurados, com base no seu prudente alvedrio, a decretação da prisão preventiva, bastando que fundamente concretamente na prova dos autos o seu convencimento acerca da necessidade de adoção da medida constritiva, não sendo elidida pela primariedade, bons antecedentes, endereço certo e profissão definida do paciente.

“Em matéria de conveniência de decretação da prisão preventiva, deve ser considerado o denominado princípio da confiança nos juízes próximos dos fatos e das pessoas envolvidas no episódio”. (JTACRESP 46/86).

“A primariedade e os bons antecedentes não afastam a possibilidade da decretação da prisão preventiva”. (JC 69/583).

“A primariedade e os bons antecedentes não impedem a decretação da custódia provisória se os fatos a justificam. Logo, quando o crime praticado se reveste de grande crueldade e violência, causando indignação na opinião pública, fica demonstrada a necessidade daquela cautela”. (RT 652/344).

De fato, a prova dos autos demonstra a existência do crime (confissão, autos de apreensão e exames toxicológicos) e indícios veementes de autoria, inclusive com o aprisionamento em flagrante delito, suficientes à decretação da prisão preventiva, se acaso necessária, diante da validade e eficácia do aprisionamento em flagrante.

Por fim, respeitante ao último argumento da impetração, rotulada a ação penal como destituída de justa causa, pugnando pelo seu trancamento, não emerge aporte jurisprudencial para agasalho do tema.

É que a ausência de justa causa fundamenta-se na carência de provas (incluindo a indiciária) para sustentar a existência e manutenção da investigação policial ou do processo criminal, o que não se cuida, à toda evidência, na hipótese colacionada.

A jurisprudência tribunalícia ratifica o entendimento perfilhado:

“O processo de Habeas Corpus não comporta exame aprofundado e interpretativo da prova, notadamente da prova testemunhal”. (STF, RTJ 58/523).

“Em se tratando de Habeas Corpus só se reconhece a falta de justa causa para a ação penal, sob fundamento de divórcio entre a imputação fática contida na denúncia e os elementos de convicção que ela se apóia, quando a desconformidade entre a imputação feita ao acu-

sado e os elementos que lhe servem de supedâneo for incontroversa, translúcida e evidente, revelando que acusação resulta de pura criação mental de seu autor”. (STJ, RT 665/342).

“Em face da natureza sumária do Habeas Corpus, não é possível em seu âmbito o confronto e a valoração de provas”.(RT 527/355).

Ademais, os autos noticiam a inequívoca e cabal presença do crime em tese, o que inviabiliza o remédio trancativo nos moldes recomendados pelos escólios pretorianos:

“O trancamento da ação penal por falta de justa causa, postulado na via estreita do Habeas Corpus, somente se viabiliza quando, pela mera exposição dos fatos na denúncia, se constata que há imputação de fato penalmente atípico ou que inexistente qualquer elemento indiciário demonstrativo da autoria pelo paciente”. (RSTJ 94/353).

“Não cabe trancar-se ação penal, por ausência de justa causa, quando vislumbra-se na denúncia a prática do crime em tese”. (RSTJ 95/405).

“Inadmissível o trancamento de ação penal por alegada ausência de justa causa, quando a denúncia descreve, com todos os elementos indispensáveis, a existência do crime em tese, exigindo a conveniente apuração através do regular contraditório. Precedentes jurisprudenciais”. (RSTJ 111/291).

Por fim, não há qualquer afronta, por parte do decisório que recebeu a denúncia e instaurou a ação penal, já na fase instrutória, à responsabilidade penal subjetiva, materializada na autoria pessoal do fato ilícito (praticado com dolo ou

culpa), nem, tampouco, ofensa à dignidade humana, vez que a denúncia encontra-se forrada em elementos concretos de convicção e a ação penal será processada com rigorosa observância do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Merece salientar que os fatos graves narrados pelo impetrante, ocorridos no âmbito da Polícia Civil de Iguatu, reclamam a imediata adoção de providências visando sua apuração e resguardo da sociedade, com a comunicação ao Secretário da Pasta da Segurança Pública e Defesa Social do Ceará, acompanhada de cópia da impetração e deste decisório.

Assim sendo, não concretizado o alegado constrangimento ilegal imposto à liberdade de locomoção dos pacientes, deve a ordem ser indeferida.

Isto posto, denega-se a ordem requerida nos termos do parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça.

Fortaleza, 16 de Dezembro de 2005.

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

HABEAS CORPUS CRIME Nº 2006.0004.0175-7, de QUIXADÁ

IMPETRANTE: Marcelo Fragozo Ponte

IMPETRANTE: Angel Alberto de Oliveira Couto Napoli

PACIENTE: Paulo César de Oliveira

IMPETRADO: Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Quixadá – Ce.

RELATOR: DES. JOÃO BYRON DE FIGUEIREDO FROTA

EMENTA: PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. CRIME HEDIONDO. CONDENAÇÃO A 13 (TREZE) ANOS DE RECLUSÃO, NO REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. PLEITO DE

PROGRESSÃO PARA O REGIME SEMI-ABERTO. NÃO COMPROVAÇÃO DOS REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO. EXAME DE PROVA. VEDAÇÃO NA SEDE SUMÁRIA DA IMPETRAÇÃO. RECURSO HÁBIL PARA ENFRENTAMENTO DA MATÉRIA É O AGRAVO EM EXECUÇÃO.

“A legislação deixa ao prudente arbítrio do magistrado o exame das condições subjetivas do reeducando. Isso porque a progressão não é um direito absoluto, mas está condicionada à segurança da vida em sociedade”. (RT 717/384).

“Para o reconhecimento do direito à progressão do regime prisional não basta o cumprimento de 1/6 da pena. Necessária, também, a avaliação do mérito do condenado”. (RSTJ 50/411).

“Agravo em Execução. Interposição contra incidente ocorrido na fase executória da pena, é cabível o Agravo em Execução, conforme preceitua o art. 197, da LEP, com adoção do rito do Recurso Crime em Sentido Estrito”. (TACRIMSP, RCSE nº 11.24353/3, j. 10.12.98).

“Em face da natureza sumária do Habeas Corpus, não é possível em seu âmbito o confronto e a valoração de provas”. (RT 527/355).
**Constrangimento ilegal não caracterizado.
Ordem denegada.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **Habeas Corpus** Crime Nº 2006.0004.0175-7 da Comarca de Quixadá em que são impetrantes Marcelo Fragoso Ponte e Angel Alberto de Oliveira Couto Napoli, paciente Paulo César de Oliveira e impetrado o Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Quixadá – Ce.

ACORDA a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por julgamento de Turma, por unanimidade, em denegar a ordem impetrada, contrariando o parecer

da douta Procuradoria Geral de Justiça.

Impetraram os ilustres Advogados Marcelo Fragoso Ponte e Angel Alberto de Oliveira Couto Napoli, a presente ação de **Habeas Corpus**, com pleito de medida liminar, em favor do paciente PAULO CÉSAR DE OLIVEIRA, bastante qualificado nos autos, contra ato tido como coator do eminente Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Quixadá, neste Estado, o qual, diante da decisão do egrégio Tribunal do Júri que condenou o paciente a pena definitiva de 13 (treze) anos de reclusão, no regime integralmente fechado, permanecendo enclausurado na enxovia local, pela prática de homicídio qualificado, delito considerado hediondo pela legislação especial.

Narrou, à inicial, encontrar-se o paciente sofrendo ilegal constrangimento em sua liberdade de locomoção, de responsabilidade da eminente autoridade requerida, a qual denegou o direito de progressão do regime, afirmando, os impetrantes, que o paciente já cumpriu o tempo legal para fruição do regime mais brando, isso em consonância com a recentíssima orientação do Excelso Supremo Tribunal Federal que permitiu, em exame caso a acaso, a possibilidade de progressão do regime prisional, mesmo nos casos de crimes considerados hediondos.

Informou, ainda, a constatação de equívoco do digno julgante no indeferimento da medida requestada pela defesa técnica, acolhendo manifestação ministerial desfavorável.

Mais adiante em seu arrazoado asseverou, que a progressão aspirada é possível, tendo o paciente satisfeito todas as condições objetivas e subjetivas para obtenção do acolhimento do pleito.

Acostaram, ao petitório, a documentação probante que entenderam pertinente ao destrame da ordem (fls. 17/68).

Denegada a medida liminar em face da não comprovação, de plano, dos requisitos autorizatórios ao acolhimento (fls. 73).

Notificada a autoridade apontada como requerida, seguiu-se à prestação das informações, noticiando que o acusado restou condenado por prática de homicídio qualificado a

pena definitiva de 13 (treze) anos de reclusão, no regime integralmente fechado, considerado o delito como hediondo, indeferindo a postulação de progressão do regime, em consonância com a manifestação ministerial, porque o paciente ainda não cumpriu 2/3 (dois terços) da pena imposta, decisório alvo da irrisignação pela via heróica.

De posse dos informes, abriu-se vista a douta Procuradoria Geral de Justiça, oferecendo parecer pelo deferimento da ordem, desde que preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos para obtenção do benefício.

É o relatório. Passo a votar.

Não merece êxito o remédio heróico aforado pelo ilustre impetrante, nada obstante as ponderações traçadas em seu prol constantes da manifestação da douta Procuradoria Geral de Justiça.

Com efeito, delatado o paciente na jurisdição de procedência da impetração, acusado da prática de homicídio qualificado, recebeu condenação penal definitiva, do Tribunal do Júri, de 13 (treze) anos de reclusão, no regime integralmente fechado, caracterizado delito como hediondo. Iniciando o cumprimento da reprimenda aplicada, mais precisamente 1/6 (um sexto), buscou a progressão do regime para o semi-aberto, não logrando êxito, após manifestação ministerial desfavorável, o judicante monocrático denegou a súplica sob o fundamento de que não satisfeito o lapso temporal de 2/3 (dois terços) da pena imposta, juntamente com os requisitos subjetivos, para, enfim, conseguir o desiderato almejado.

Observa-se, de logo, do teor das informações prestadas, que a digna autoridade requerida não contestou a possibilidade de progressão do regime prisional, mesmo tratando-se de delito rotulado como hediondo, firmando o indeferimento com base na não comprovação do lapso temporal exigido pela legislação, no caso, 2/3 (dois terços) da pena imposta.

A impetração alinha como único e singelo fundamento de seu êxito, o direito subjetivo do paciente à progressão do regime, denegado pela autoridade impetrada, sem observar os recentes julgados da Suprema Corte, deferindo o pedido, preju-

dicando sensivelmente a liberdade de locomoção do paciente.

Destaca-se, na linha probatória coligida nos autos, que depois de processado criminalmente o paciente na jurisdição da Comarca de Itapipoca, onde acusado da prática de homicídio, encontra-se segregado em decorrência da condenação definitiva a pena de 13 (treze) anos de reclusão, no regime integralmente fechado.

Assegurou que após cumprir 1/6 (um sexto) da pena imposta e da satisfação dos demais requisitos subjetivos, requereu a progressão do regime fechado para o menos severo, sendo o pleito indeferido pelo judicante impetrado, depois da manifestação desfavorável da representação ministerial, sob fundamento de não cumprimento do lapso temporal imposto para o crime perpetrado.

A impetração busca conseguir a realização do objetivo interdito pelo juízo impetrado, asseverando que a progressão do regime prisional traduz-se em direito subjetivo do sentenciado, quando preenchidos os requisitos objetivo – tempo mínimo exigido pela legislação e subjetivo – bom comportamento carcerário, não podendo a postulação ser denegada.

Entretanto, no exame conjunto dos requisitos necessários à progressão do regime, devem ser levados em conta tanto o temporal (objetivo), quanto o subjetivo, relacionado ao mérito do condenado e sua possibilidade de adaptação ao regime mais brando, sem prejuízo imposto à sociedade, liberando-se elemento dotado de periculosidade e com possibilidade real de voltar a delinquir em crimes de grave potencial ofensivo.

Na linha pretoriana, ressoa o entendimento:

“A legislação deixa ao prudente arbítrio do magistrado o exame das condições subjetivas do reeducando. Isso porque a progressão não é um direito absoluto, mas está condicionada à segurança da vida em sociedade”. (RT 717/384).

“Para o reconhecimento do direito à progressão do regime prisional não basta o cumprimento de

1/6 da pena. Necessária, também, a avaliação do mérito do condenado”. (RSTJ 50/411).

“Regime prisional fechado. Progressão para o regime semi-aberto. Inadmissibilidade pela ausência de merecimento através de sua personalidade, ainda que tenha cumprido 1/6 da pena. Aplicação do princípio in dubio pro societate. Ainda que o condenado tenha cumprido 1/6 da pena, ou seja, o tempo necessário para concessão da progressão de regime prisional fechado para o semi-aberto, só poderá obter tal benefício se preencher o requisito subjetivo, ou seja, o merecimento através de sua personalidade, pois em sede de execução criminal vigora o princípio do in dubio pro societate”. (RT 744/579).

Ressoa de logo, com toda a clareza e irretorquibilidade que anseia o impetrante o revolvimento de matéria fática, com reclamação de produção e exame de prova, inviável na estreita via sumária da impetração, insuscetível à dilação probatória, comum às ações de rito ordinário.

Como de comezinha sabença, toda matéria de prova, a ser produzida na sede mandamental e heróica, deve vir pré-constituída, não ensejando, pela sumariedade do rito processual impresso, dilação probatória.

A jurisprudência pretoriana, no ponto, sem distonia, chancela o entendimento perfilhado:

“O processo de Habeas Corpus não comporta exame aprofundado e interpretativo da prova, notadamente da prova testemunhal”. (STF, RTJ 58/523).

“ Em face da natureza sumária do Habeas Corpus, não é possível em seu âmbito o confron-

to e a valoração de provas”. (RT 527/355).

Avançando nos argumentos, assoma como ponto inelutável que o impetrante utilizou-se da via imprópria para reclamação de seu direito, sendo certo que a matéria deve ser enfrentada em conduto de recurso de agravo em execução, remédio em tese eficaz para equacionamento da controvérsia suscitada.

Firma-se a jurisprudência acerca do tema:

“É cabível a interposição de agravo em execução, e não de Habeas Corpus, para combater a decisão que determina a regressão do regime prisional, uma vez que esta hipótese não se encaixa em nenhuma das sete, de coação ilegal, enumeradas no art. 648 do CPP”. (TACRIMSP HC nº 372426/8, Rel. Juiz Ricardo Tucunduva, DOESP 09.01.2001).

“Agravo em Execução. Interposição contra incidente ocorrido na fase executória da pena, é cabível o Agravo em Execução, conforme preceitua o art. 197, da LEP, com adoção do rito do Recurso Crime em Sentido Estrito”. (TACRIMSP, RCSE nº 11.24353/3, j. 10.12.98).

“REGRESSÃO DE REGIME. HABEAS CORPUS. AGRAVO EM EXECUÇÃO DA PENA. RECURSO PRÓPRIO. Incabível impetração de Habeas Corpus quando a pretensão é tão-somente a regressão de regime, considerando a possibilidade da interposição de agravo em execução de pena, no qual poderão ser analisados os critérios objetivos e subjetivos para a concessão de eventuais benefícios”. (TJRO HC nº 200.000.2004.000026-5, j. 28.01.2004).

Por fim, cumpre acentuar que a decisão impugnada não comporta decretação de nulidade, haja vista que o decisório da eminente autoridade requerida, na fixação do regime penitenciário imposto ao paciente, foi precedido em conformidade com a legislação reitora da matéria à época, acrescentando-se, ainda, que a orientação do Supremo Tribunal Federal, na matéria, é o exame caso a caso.

Assim sendo, não concretizado o alegado constrangimento ilegal imposto à liberdade de locomoção do paciente, merece a ordem ser indeferida.

Isto posto, denega-se a ordem requerida contrariando os termos do parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça.

Fortaleza, 22 de Maio de 2006.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA

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

**Nº. 2002.0001.7765-0 - CONFLITO DE COMPETÊNCIA
SUSCITANTE : JUÍZO DA 1ª. VARA DE BARBALHA
SUSCITADO: JUÍZO DA 2ª. VARA DE BARBALHA
RELATOR: DES. JOSÉ EDUARDO M. DE ALMEIDA**

**EMENTA: PROCESSUAL PENAL. CONFLITO DE
COMPETÊNCIA. INOCORRÊNCIA.**

I – Verifica-se o conflito negativo de competência quando dois juízes se declaram incompetentes para o processo concernente a um fato criminoso. Com isso, a procedência de arguição de suspeição do magistrado pelo Tribunal de Justiça não deve ser considerada como declaração de incompetência, porquanto a suspeição é de ordem pessoal do julgador, não atingindo o Juízo, onde o magistrado exerça sua jurisdição.

II – Conflito não conhecido. Remessa dos autos a 2ª. Vara de Barbalha, juízo natural e originariamente distribuído, cuja presidência deve ficar a cargo do juiz titular da 1ª. Vara, conforme decisão do Conselho da Magistratura.

III – Unânime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos denominados de Conflito de Competência nº. 2002.0001.7765-0, em que é suscitante o Juízo da 1ª. Vara de Barbalha e sendo suscitado o Juízo da 2ª. Vara da mesma comarca.

A Turma, por unanimidade de votos, não tomou conhecimento do presente conflito, determinando a competência do juízo da 2ª. Vara de Barbalha, nos termos do parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça.

Demontier Francisco da Silva e Francisco Demontier de Queiroz, qualificados nos autos, foram denunciados como

incursos nas penas do art. 157, § 2º, I e II, art. 155, § 4º, IV c/c o art. 69 todos do Código Penal, perante a 2ª. Vara de Barbalha.

Inicialmente distribuído para a 2ª. Vara da comarca de Barbalha, o juiz titular argüiu suspeição, por motivo de foro íntimo, tendo o Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça designado o Juiz Titular da 1ª. Vara da mesma comarca para processar e julgar os processos oriundos da 2ª. Vara, quando ocorrer o patrocínio da advogada constante dos autos.

Remetido o processo pelo juiz declarado suspeito à redistribuição para a 1ª. Vara, o juiz titular desta declinou de sua competência, às fls. 58/59, com fundamento no Código de Organização e Divisão Judiciária do Estado e no art. 74 do CPP, argumentando que não se pode alterar a competência, devendo assim o processo permanecer na 2ª. Vara, podendo ele nesta presidi-lo, em cumprimento à determinação do Conselho da Magistratura.

Os autos foram com vista a douta Procuradoria Geral de Justiça que em parecer de fls. 71/72, opinou no sentido que não se trata de conflito negativo de competência por não haver declaração de incompetência por dois juízes em determinado processo que se apure um fato delituoso. Opinou ainda que os autos sejam remetidos à 2ª. Vara de Barbalha, a qual teve o processo inicialmente distribuído.

É o relatório.

No caso de que se cuida, consoante se vê do presente processado, assiste razão ao MM. Juiz Titular da 1ª. Vara de Barbalha, deste Estado, quando afirma que os motivos ensejadores da suspeição do magistrado da 2ª. Vara são de ordem pessoal do julgador e, portanto, não atingem o Juízo, onde o magistrado exerce sua função jurisdicional.

Depreende-se, portanto, que, no caso sob enfoque, não se pode, a mingua de qualquer amparo jurídico, alterar a competência já estabelecida, devendo, por isso, o presente processo permanecer na Vara para a qual originalmente foi distribuído, embora venha a ser presidido pelo magistrado designado pelo douto Conselho da Magistratura.

Desta forma, equivocou-se o magistrado titular da

2ª. Vara quando ordenou a redistribuição do feito para a 1ª. Vara, ambas de Barbalha, para o processo e julgamento dos fatos criminosos ali narrados.

De sorte que, devia aquele magistrado remeter os autos ao substituto legal ou outro devidamente designado pelo Conselho da Magistratura, mas não retirar os autos da competência da 2ª. Vara pelo sistema da redistribuição, como o fez.

À vista do exposto, não tomo conhecimento do conflito, por não haver declaração de incompetência de dois juízes para o processo concernente a um fato criminoso, remetendo, por derradeiro, os autos à 2ª. Vara de Barbalha, cuja presidência será a do MM. Juiz Titular da 1ª. Vara, conforme decisão do Conselho da Magistratura, nos termos do parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça.

É o voto.

Fortaleza, 23 de setembro de 2003.

AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA

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

PROCESSO nº.: 2005.0004.1782-5/0

TIPO DO PROCESSO: AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA

DENUNCIANTE: PROCURADORIA GERAL DA JUSTIÇA

DENUNCIADO: PEDRO PECY BARBOSA DE ARAÚJO

RELATOR: Des. ERNANI BARREIRA PORTO

EMENTA – PENAL E PROCESSUAL PENAL. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO, COMETIDO POR JUIZ DE DIREITO DA CIDADE DE SOBRAL/CE. AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, EM FACE DA PRERROGATIVA DE FUNÇÃO, SOB MOLDURA CONSTITUCIONAL. APLICAÇÃO DA LEI Nº 8.038/90. ROBUSTO LASTRO PROBATÓRIO. DOLO DIRETO DE PRIMEIRO GRAU. PRESENÇA DO 'ANIMUS NECANDI'. PLAUSIBILIDADE DA DENÚNCIA, QUE IMPUTOU AO RÉU A REPRIMENDA DO ART. 121 § 2º, INCISOS I, IV, DO CÓDIGO PENAL. PRESERVADA A IMUTABILIDADE DOS FATOS NARRADOS E PROVADOS, CLASSIFICAÇÃO FOI OTIMIZADA NA DECISÃO FINAL, PARA ART. 121, § 2º, INCISO II (MOTIVO FÚTIL) C/C COM CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE DO ART. 61, INCISO II, LETRA 'C', ÚLTIMA FIGURA (RECURSO QUE DIFICULTOU OU TORNOU IMPOSSIVEL A DEFESA DA VÍTIMA) DO CÓDIGO PENAL, DE ENUNCIADO IGUAL AO DO INCISO IV DO ART. 121, DO ESTATUTO PENAL SUBSTANTIVO. AUTORIA E MATERIALIDADE DO CRIME INCONTESTÁVEIS E RECONHECIDOS PELOS PATRONOS DO RÉU

(FLS. 561). FARTAS PROVAS TESTEMUNHAIS, PERICIAIS E DOCUMENTAIS (FIGURAS DE FLS, 1015 A 1.078, CÓPIAS CONGELADAS E COLORIDAS NOS AUTOS), ESTAS DUAS ÚLTIMAS DECORRENTES DAS INDISCUTÍVEIS IMAGENS DO CRIME, CAPTADAS PELO CIRCUITO INTERNO DE TV DO LOCAL DO DELITO (SUPERMERCADO), AS QUAIS O RÉU RECONHECEU 'TER PRÉVIO E PLENO CONHECIMENTO DA EXISTÊNCIA ...' (FLS. 641). CONDENAÇÃO DO RÉU À PENA DEFINITIVA DE 15 (QUINZE) ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME INTEGRALMENTE FECHADO, SEM DIREITO A APELAR EM LIBERDADE (CRIME HEDIONDO), COM PERDA DO CARGO DE JUIZ DE DIREITO. QUESTÃO PREJUDICIAL DE INSANIDADE MENTAL DO RÉU AFASTADA POR DECISÃO DA MAIORIA DO PLENO DO TJ/CE, COM EXCEÇÃO DE ÚNICO VOTO. TRÊS PRELIMINARES DA DEFESA, DESCONSTITUÍDAS POR UNANIMIDADE PELO MESMO COLEGIADO PLENO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos da AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA, ajuizada pelo Ministério Público, na pessoa da Douta Procuradora Geral de Justiça do Ceará, em desfavor do réu PEDRO PECY BARBOSA DE ARAÚJO, que exercitava – quando do fato – o cargo de Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Sobral, pelo cometimento do crime de homicídio qualificado (art. 121, § 2º, do Código Penal Brasileiro) contra a vida da vítima JOSÉ RENATO COELHO RODRIGUES, fato ocorrido no dia 27 de fevereiro de 2005, por volta das 22:00h, no interior do estabelecimento comercial Supermercado Lagoa, sito à Avenida Dr. Arimatéa Monte Silva, bairro Parque Alvorada, na cidade de Sobral/CE.

ACORDAM os Desembargadores integrantes do Pleno deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer desta mencionada AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA (Proc. nº 2005.0004.1782-5/0 – PGJ x Pedro

Pecy Barbosa de Araújo) e depois de afastadas a questão prejudicial e as 03 (três) preliminares, todas levantadas pela defesa do réu, julgar-lhe procedente, com otimização apenas quanto à classificação do crime, resultando na condenação do referido réu PEDRO PECY BARBOSA DE ARAÚJO, após julgá-lo CULPADO, pelo cometimento do crime de homicídio qualificado, contra a vítima JOSÉ RENATO COELHO RODRIGUES, na reprimenda do art. 121, § 2º, inciso II (*motivo fútil*) c/c o art. 61, inciso II, letra 'c', última figura (...ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa da vítima), ambos do Código Penal Brasileiro, com pena definitiva de 15 (quinze) anos de reclusão, em regime integralmente fechado e sem direito de recorrer em liberdade (crime hediondo), com os efeitos da condenação, da perda do cargo de Juiz de Direito, a partir da data da condenação, sem prejuízo dos direitos previdenciários adquiridos, à óptica dos pareceres favoráveis, juntados aos autos, com aprovação da Presidência deste E. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (fls. 1.399).

Integra o presente acórdão, na forma regimental, o relatório de fls. 1.285 a 1.295.

Revisão procedida pelo Excelentíssimo Desembargador FRANCISCO HAROLDO RODRIGUES DE ALBUQUERQUE, que – nesta qualidade – quando do início da deliberação, pelo Pleno, do voto do Desembargador Relator, após consistente manifestação escrita, liderou entendimento de que a pena definitiva, aplicável ao réu, deveria fixar-se em 15 (quinze) anos de reclusão e não em 19 (dezenove) anos, como proposto no voto do Relator. Esta quantidade de pena, depois de se tornar manifesta maioria, restou – após concordância do Desembargador Relator e de outros 03 (três) Eminentíssimos Desembargadores votantes – fixada, por UNANIMIDADE, em 15 (quinze) anos de reclusão.

Assim explicitado,

DECIDO.

Impõe-se, inicialmente, afrontar as questões postas a este Augusto Colegiado, pela ilustrada defesa do acusado, a

iniciar-se com o ponto abaixo, dito como:

I - PREJUDICIAL DE INSANIDADE MENTAL DO ACUSADO.

Cogitou-se de **incidente de insanidade mental**, requerido pelos patronos do réu, **PEDRO PECY BARBOSA DE ARAÚJO**, com espeque em laudo psiquiátrico elaborado pelo Doutor Cleto Brasileiro Pontes, mediante acompanhamento realizado em 4 (quatro) consultas realizadas entre março e setembro de 2005.

Aduziram os requerentes, em apertada síntese, que o réu é portador de transtorno afetivo bipolar de reciclagem rápida, *restando prejudicada sua higidez mental quanto à capacidade de atribuir-lhe a conduta criminosa.*

Pugnaram, assim, pelo processamento do presente incidente, para que fosse suspensa esta ação penal originária e apurada a capacidade do réu de apreciar o caráter ilícito do caso **sub judice**.

Em coerência com o compromisso de presidir o presente feito pautando-me pela ética e pela concessão plena do direito de defesa ao acusado, este incidente foi apreciado em prazo mínimo, mesmo vislumbrando o caráter visivelmente protelatório com que foi intentado, e a iminência da impetração de novo **habeas corpus** às vésperas deste julgamento.

Ante a nova tentativa de processamento deste incidente, hei por bem tecer algumas considerações.

Inicialmente, para o correto deslinde da questão trazida à presente Corte de Justiça, faz-se necessário colacionar o teor do **caput** do art. 149 do Código de Processo Penal, que reza:

Art. 149. Quando houver dúvida sobre a integridade mental do acusado, o juiz ordenará, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, do defensor, do curador, do ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do acusado, seja

este submetido a exame médico-legal.

Em interpretação do citado dispositivo legal os tribunais pátrios têm decidido, de forma consistente, que é imprescindível a existência de dúvida razoável sobre a integridade mental do acusado para que se instaure o **incidente de insanidade mental**, nos seguintes termos:

TJMG: Não se verificando, em qualquer momento, dúvida razoável sobre a integridade mental do acusado ou circunstâncias reveladoras de desequilíbrio ou deficiência, prima facie, a isentá-lo ou torná-lo inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento deve ser indeferido o seu pedido de exame de sanidade mental. (RT 703/332)

TAPR: Só diante de dúvida razoável quanto à integridade mental do acusado, resultante de elementos objetivos, faz-se indispensável o exame médico... (RT 632/343)

O consagrado jurista JULIO FABRINNI MIRABETE afirma com propriedade que:

O exame não deve ser deferido apenas porque foi requerido se não há elementos que revelem uma dúvida razoável quanto à sanidade mental do acusado. Não constituem elementos suficientes para o deferimento do exame: a aparente insuficiência da motivação do crime; o atestado médico genérico que alude a “depressão”, “neurose de angústia”, “crise de agitação” etc.

Assim, diante da necessidade imperativa da com-

provação de existência de dúvida razoável, buscaram os patronos do réu, guarida em laudo psiquiátrico, elaborado por renomado médico, que, no entanto, não afirma, em momento algum, a falta de sanidade mental, tampouco traz elementos objetivos aptos a afastar ou por em dúvida a integridade mental do acusado.

Senão vejamos trechos do laudo psiquiátrico em comento:

Aliás, os traços de sua personalidade são:

- *Determinado*
- *Teimoso*
- *Impulsivo*
- *Compulsivo*
- *Exigente consigo mesmo*
- *Gosta de mandar e não ser mandado*

Coincidem com o perfil do portador desta patologia. São traços que diria ser positivo, porém associado a oscilação de humor, onde o prejuízo se manifesta de sobremaneira na subjetividade e comportamento conseqüentemente. Ser determinado o ajudou a sair da agricultura e ter duas formaturas: jornalista e jurista. Teimar é importante quando se quer impor o seu ponto de vista. Impulsivo é interessante quando se deseja tomar decisões rápidas. Compulsão para o trabalho e para o estudo nos transforma em um excelente profissional. Exigente consigo mesmo o indivíduo se faz necessário numa sociedade. Indubitavelmente é melhor mandar do que ser "pau-mandado". Entretanto numa fase de hipomania a pessoa mandona e teimosa pode tornar-se desagradável tanto no trabalho como na vida afetiva; de exigente consigo mesmo passa a querer exigir do outrem; a impulsividade pode levar a atitudes insensatas, ou seja, dizer e fazer coisas que depois possa a se arrepender; a compulsão pode ser desviada para atos indesejáveis socialmente ou querer "abarcá-lo" o mundo com as pernas. (SIC)

É de constatar-se que o referido laudo retrata, tão somente, um quadro emocional compatível com as circunstâncias vividas pelo réu. Que em curto intervalo temporal, após ter cometido grave delito, afastou-se de posição de prestígio e poder para recolher-se a uma prisão processual.

O mesmo laudo pericial conclui que:

No caso do Doutor Percy (SIC) no momento do crime a sua subjetividade estava prejudicada, tanto é que não agiu como juiz e sim como policial, infelizmente momentos depois como se diz no jargão jurídico praticou o crime por violência emoção e não de forma fria, calculista e premeditado.

Ora, o incidente de insanidade mental não é o meio adequado para a discussão acerca da violenta emoção na prática delitiva, mas sim para alegar-se à inimputabilidade do réu. Um laudo que conclua a violenta emoção não é documento hábil para o requerimento do presente incidente.

Tampouco se pode afirmar que o réu portou-se, no momento da ação, como um policial, cuja função primordial é impedir o cometimento de delitos e não promovê-los.

É necessário ressaltar que nenhuma das características apontadas pelo douto Psiquiatra é idônea a ensejar a inimputabilidade do réu ou criar dúvida sobre a sua capacidade de apreciar o caráter ilícito do ato ou de determinar-se de acordo com essa apreciação.

JULIO FABRINNI MIRABETE, afirma que, para ser observada a inimputabilidade é necessário que o agente, ao tempo da ação ou omissão alegasse que:

(a) era portador de doença mental, desenvolvimento mental incompleto ou desenvolvimento mental retardado; (b) se, em virtude de uma dessas anomalias psíquicas, era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato; (c)

se era inteiramente incapaz de se determinar de acordo com esse eventual entendimento.

Ocorre que, durante toda a instrução processual, principalmente no interrogatório, o réu mostrou-se em pleno gozo de suas faculdades mentais, portando raciocínio claro, direto e consistente, além de demonstrar, incontestavelmente, a plena noção da ilicitude do ato praticado.

Por ocasião da realização de *check up* médico, presidido pelo Doutor Francisco José Ferreira Simão, foi constatado que o réu goza de perfeita saúde física e sanidade mental, levando este renomado profissional a afirmar que:

Com relação a questionamento de ordem psiquiátrica, o periciado esta sendo atendido em caráter particular por um profissional da área e ao nosso ver, mesmo que venha a apresentar comportamento algo deprimido constitui-se plena normalidade, dentro das circunstâncias vivenciadas pelo mesmo, estando, portanto, devidamente controlado tal aspecto.

Sabidamente o fato de encontrar-se preso durante toda a fase instruidora do processo deve gerar considerável grau de sofrimento, angústia e depressão, sentimentos que, de acordo com a jurisprudência, não provocam o incidente de insanidade mental, mesmo que lastreados em laudo médico:

TACRSP: Atestado médico genérico, aludindo à depressão, neurose de angústias e crises de agitação em termos que não induzem a crer em comprometimento da higidez mental do réu, não estabelece necessidade de instauração de incidente de insanidade mental. (JTACRESP 53/353)

TJSP: ...Não constitui cerceamento de defesa o indeferimento de exame de sanidade mental do agente se o requerimento vem fundado no

simples desequilíbrio emocional... (RT745/550)

Eis que o legislador, sabiamente, antevendo a possibilidade do manejo do incidente de insanidade mental com vistas a procrastinar o trâmite processual, concedeu ao julgador a obrigação de verificar a plausibilidade dos argumentos ventilados e deferir ou não o processamento do incidente.

Neste sentido é a jurisprudência do colendo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

TJSP: Somente cabe ao juiz, através de sua prudência e critério, verificar se a dúvida sobre a integridade mental do acusado é razoável para determinar ou não a perícia. Se não lhe fosse possível indeferir o pedido formulado nesse sentido, não seria esse um requerimento, mas uma imposição. (RT 596/337)

HABEAS CORPUS - PROCESSUAL PENAL - EXAME DE INSANIDADE MENTAL - INDEFERIMENTO - INOCORRÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

- O exame de insanidade mental que visa à demonstração da higidez psíquica daquele que se diz perturbado mental, tem sua realização condicionada, no caso concreto, à discricionariedade do juiz do processo, que estabelece um juízo de necessidade da realização, ou não, do referido exame.

- In casu, além de inexistirem indícios geradores de dúvida sobre a integridade mental do réu ao tempo do fato, a fase recursal não é o momento adequado para se instaurar tal incidente.

- Ordem denegada. (DJ 02.08.2004 p. 438)

No presente caso, o incidente de insanidade mental deve ser examinado com rigor ainda maior, porquanto das suas

conseqüências podem decorrer gravíssimos efeitos, como uma insegurança jurídico-processual generalizada, a partir do questionamento – via ação rescisória, por exemplo – de jurisdicionados, inclusive réus condenados e presos, que não se conformariam em terem sido julgados por uma autoridade que estivesse maculada com insanidade mental.

Além disso, é necessário rememorar que, no início do trâmite processual, em momento anterior ao recebimento da denúncia, foi manejada pela defesa do acusado, petição, repousante às fls. 523/524, requerendo relatório médico psiquiátrico do réu, com decisão, cujo teor, em algum trecho assim explicita:

“.....

Pleito escoteiro como é, não nos autoriza a considerá-lo como Incidente de Insanidade Mental, que na maioria dos casos desponta como artifício postulatório excepcional da defesa.”

Entendo, contudo, oportuno destacar que o Incidente de Insanidade Mental, com sua sabida relevância no processo penal, não se harmoniza com o denominado raciocínio dedutivo, já que sua obtenção implica na oferta, pelo postulante (seja este o patrono do acusado ou mesmo o MP) de um elenco de fatos concretos que venham a estabelecer, na consciência do Magistrado, devotado que é a “persecutio per veritas”, dúvida consistente quanto à existência de estado mental mórbido em extensão razoável, a comprometer a higidez mental do paciente.

Com efeito, outra não é a mens legis do Art. 149 do Código de Processo Penal Brasileiro e seus parágrafos.

Em síntese o Incidente de Insanidade Mental, só deve ser exercitado diante de fatos comprovados, trazidos pelo postulante, com concretude probatória de sua exclusiva iniciativa.

Seguro nesta convicção, INDEFIRO o pedido.

(vide fls. 536/537)

Esta manifestação da defesa, que foi prontamente rechaçada por este relator, pelo despacho supra, não foi repetida em nenhum outro momento da instrução processual, mormente nos *habeas corpus* até agora intentados, junto ao Colendo Superior Tribunal de Justiça, sendo estranho o fato de ter sido reavivada com o avizinhar deste julgamento, em claro intento protelatório, uma vez que o incidente de insanidade mental poderia há muito ter sido sugerido, caso fosse realmente necessário e respaldado em fatos concretos.

Portanto, diante de toda a instrução processual realizada e dos tacanhos argumentos intentados pelos defensores do acusado, que buscam com afincos procrastinar este julgamento, deixo de antever qualquer indicio apto a lastrear o prosseguimento deste incidente de insanidade mental e sou pelo **INDEFERIMENTO** da súplica formulada.

Superada a PREJUDICIAL supra, pelo voto favorável de todos os Excelentíssimos Desembargadores presentes, à exceção do E. Des. João Byron de Figueiredo Frota, passo à análise e à fundamentação jurídica, com objetivo de desconstituir as **PRELIMINARES**, levantadas pela defesa, na seguinte ordem:

1– QUANTO AO INEXISTENTE PREJUÍZO PARA A DEFESA DO RÉU, PELA ALEGADA RECUSA DE REALIZAÇÃO DA TERCEIRA PERÍCIA NA ARMA.

Esta matéria já foi abordada pela defesa no Habeas Corpus nº 47.664 –CE e por 02 (duas) vezes (*nos dias 02.09.05 e 19.09.05, respectivamente*) mereceu INDEFERIMENTO do seu pedido Liminar, pelo Eminentíssimo **Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA**, do C. Superior Tribunal de Justiça, que ratificou *in totum* o posicionamento da relatoria destes autos. Contudo, impõe-se repetir o teor de alguns trechos das informações prestadas ao mencionado Pretório Federal.

Com efeito, foi dito que o Ministério Público, seus assistentes de acusação, o réu e seus patronos, sempre tive-

ram assegurados, à exaustão, todas as oportunidades processuais para exercitarem os sagrados princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Como exemplo, leia-se, às fls. 918, o

DESPACHO

O laudo pericial, encaminhado pelo expediente, de nº 005659/2005-GAB/SR/DPF/CE, do Departamento de Polícia Federal, datado de 15.06.05, aqui repousante às fls. 860/864, no seu parágrafo 1, com base na abalizada lição técnica do Mestre Eraldo Rabello, assevera:

”que o referido exame (de dinamômetro ou impactor) pode ser realizado de forma improvisada e satisfatória, com segurança e eficiência, conforme ilustrado na figura 1 (exatamente o método utilizado pela Secretaria de Segurança do Estado do Ceará). Neste caso, cabe ressaltar que improvisado não significa imprecisão, uma vez que o esquema apresentado faz uso de princípios basilares da física e da matemática para extrair a MESMA INFORMAÇÃO que seria obtida com um dinamômetro”. *(sem grifos, inserções e destaques, no original)*

Diante desta informação técnica irrefutável, subscrita pelo próprio DEPARTAMENTO DE POLÍCIA FEDERAL, continuo convicto da total dispensabilidade da realização de novo exame para avaliação do gatilho da arma do crime.

Contudo, cativo apenas ao estrito respeito ao princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório, que tenho assegurado nestes autos, amplamente, a todas as partes, hei por bem deferir o pedido do réu, de fls. 919/921.

Neste sentido, **INTIMEM-SE os defensores do acusado, para em 05 (cinco) dias, informar em que Departamento Técnico Policial do Brasil desejam realizar o novo laudo pericial, informando – com base em consulta prévia, via eletrônica – com cópia a estes autos, se o órgão eleito**

realiza o mencionado exame, o seu endereço correto, inclusive CEP, e o valor dos custos da perícia, inclusive os da remessa e retorno do material, depositando em juízo – no prazo – a respectiva quantia.

De modo tão expressivo estes direitos foram garantidos, que a eles foram disponibilizados, por esta relatoria, além das intimações, CÓPIAS INTEGRAIS de todas as peças do processo criminal, de forma sempre atualizada, **a excluir qualquer possibilidade de alegação de desconhecimento de ato ou providência julgada relevante às suas atuações profissionais.**

O que se pode constatar foi que o réu, nestes autos, optou por ser representado por 02 (duas) bancas de advocacia: **1)** a do Dr. Josué Lima / Dr. Renato Lima e **2)** e a do Dr. Paulo Quezado, com atuação percebível – em alguns momentos – de falta de coincidência e de entrosamento entre ambas, no passo em que houve a tentativa de **beneficiar-se de prazos diferenciados**, como se fossem 02 (dois) réus distintos. Ora, na ação criminal, sob comento, se trata de **um mesmo réu**, do qual decorre a “imperiosa unicidade de prazos, de teses e de providências”.

Neste sentido, depois de regulares férias, chegou à mesa deste relator petição de um dos advogados da defesa do réu, datada de 01.08.05, sobre **repetido** pleito de uma TERCEIRA PERÍCIA NA ARMA, sobre o rosto da qual foi exarado o seguinte despacho, às fls 1.171:

“Com o objetivo de subsidiar esta relatoria, expeça o Departamento Judiciário Penal deste TJ/CE, certidão pormenorizada, quanto ao prazo desta petição, para juntada aos autos”

O referido Departamento, às fls. 1.172, dos autos, pronunciou-se nos seguintes termos:

CERTIFICO que, nos autos da presente Ação Penal Originária nº 2005.0004.1782-5/0 (PGJ x Pedro

Pecy Barbosa de Araújo), consta despacho do Excelentíssimo Desembargador Relator, às **fls. 933** (antigo 981), datado de 14.07.05, cópia anexa, no qual foi determinada a intimação do titular da acusação (PGJ) e dos respectivos assistentes, bem como dos defensores do réu, para falarem nos autos acerca de 02 (duas) matérias: **a)** do conteúdo do despacho de fls 924 (hoje, **fls. 918**) - cópia em anexo – no prazo designado de 05 (cinco) dias; **b)** sobre as diversas declarações, em desfavor da pessoa do réu, que foram juntadas pelos assistentes da acusação, às antigas fls. 885 a 890 e 931 a 973. CERTIFICO, igualmente, que a defesa do réu foi intimada, em 19.07.05 (3ª Feira), conforme certidão do meirinho, às **fls. 935 Verso**, tendo sido juntado o referido mandado cumprido, à mesma data (**fls. 934**), no que se pode facilmente comprovar que o prazo quinquenal estipulado para as partes, inclusive para a defesa do réu, encerrou-se em 25.07.05 (2ª Feira). CERTIFICO, ainda, que a defesa do réu somente se manifestou em 28.07.05 (5ª Feira) e – mesmo assim – com referência apenas à matéria da letra **b)** supra especificada, deixando transcorrer in albis aquela tratada na letra **a)**, relativa à nova perícia sobre a arma do crime. CERTIFICO, em continuação, que o Excelentíssimo Desembargador Relator, em que pese já haver transcorrido o prazo de 05 (dias), por ele mesmo assinado – em atenção à linha filosófica de exacerbado respeito aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, os quais tem perseguido no presente feito – entendeu de não somente receber a petição da defesa, às **fls. 973 a 975**, como deferir o seu pleito, determinando o desentranhamento nos autos, de todos os documentos juntados pelos assistentes da acusação, às antigas fls. 885 a 890 e 931 a 973, no que foi prontamente atendido, resultando na

*renumeração de todas as folhas dos autos, a partir da fls. 885 a 973. CERTIFICO, também, que a defesa do réu, mesmo diante do facultativo acolhimento de sua petição de 28.07.05 e mesmo se tratando de um único réu, no que decorre – entre outras – na imperiosa unicidade de prazos, de teses, e de providências, ousou protocolar outro requerimento, em 01.08.05, (2ª Feira) – 13 (treze) dias após a devida intimação, ocasião em que – tardiamente – manifestou-se a respeito da letra **a**), supra especificada, sem comprovar – também – o determinado recolhimento prévio das despesas periciais. CERTIFICO, portanto, que a mencionada petição da defesa, datada de 01.08.05, é manifestamente **intempestiva**. O referido é verdade. Dou fé. Divisão Judiciária Penal da Secretaria do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em 05 de setembro de 2005. Eu, (...). Conforme, (...)*

Referida certidão (fls. 1.172), e os despachos seqüenciais, às fls. 1.173 e 1.174, por si só, esclarecem a matéria, quanto ao **repetido** pleito de uma TERCEIRA PERÍCIA NA ARMA do crime. Com efeito, foi inicialmente feita a PRIMEIRA perícia na referida arma pela Secretaria de Polícia do Estado do Ceará. Depois, atendendo pedido da DEFESA, foi encaminhada a arma ao Departamento de POLÍCIA FEDERAL, local.

Mencionado Departamento policial referendou – na sua essência – o resultado da primeira perícia, sendo manifestamente descabida uma TERCEIRA PERÍCIA NA ARMA. Entretanto, cativo apenas ao estrito respeito ao cumprimento ao princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório, conforme se pode ler no despacho deste relator, às **fls. 918**, retro transcrito, **foi DEFERIDO** o pedido.

Deste último laudo do Departamento de POLÍCIA FEDERAL, portanto, foi dada vista a todas as partes e – também – à DEFESA, a qual não quis – ou não pôde – se pronunciar no prazo designado, de 05 (cinco) dias, para concretizar o

seu pedido – DEFERIDO, às fls. 918 – de realização de uma TERCEIRA PERÍCIA NAARMA.

2 – QUANTO À INEXISTENTE NULIDADE, POR ALEGADA AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DA DEFESA, RELATIVAMENTE À PERÍCIA DAS IMAGENS, PROCEDIDA PELO DEPARTAMENTO DE POLÍCIA FEDERAL.

Todos sabem, principalmente os profissionais que lidam com o ramo processual penal, que seus dispositivos são mais rigorosos quanto aos direitos dos réus e às suas conseqüentes nulidades. E é muito justificável que assim sejam, porque – afinal – se tratam de regras instrumentais, que têm direta vinculação com os direitos fundamentais do cidadão e que estão constitucionalmente protegidos, como a liberdade, por exemplo.

Contudo, este indeclinável dever, máxime do julgador, tem que ser exercitado muito mais na sua essência, no seu contexto, na sua efetividade, do que na frieza e até na inutilidade da FORMA, que é um meio e não a garantia de um FIM, como a sua substância.

Exatamente por esta razão foi que os responsáveis e sábios cientistas do Direito elaboraram e consolidaram, inclusive no Direito Processual Penal, já como norma escrita (art. 563), o princípio da **”pas de nullité sans grife”**, pela qual “nenhum ato processual será declarado nulo, se da nulidade não tiver resultado prejuízo para uma das partes”.

E é óbvio que assim seja. Se a substância está preservada e imaculada, não importa em qual recipiente (a forma) esteja aquela contida. Neste sentido, é oportuno lembrar, como o fez, com sapiência, o talentoso Promotor e Professor **FERNANDO CAPEZ, verbis:**

“Somente quanto às nulidades relativas aplica-se este princípio, dada a EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO EFETIVO PREJUÍZO PARA O VÍCIO SER RECONHECIDO.

Atualmente, a tendência da jurisprudência é não se apegar a FÓRMULAS SACRAMENTAIS, deixando, portanto, de decretar a eiva quando o ATO ACABA ATINGINDO A SUA FINALIDADE, sem causar GRAVAME para as partes”. (in “Curso de Processo Penal” – Fernando Capez – 6ª edição - Editora Saraiva – São Paulo – 2001 – pág. 610)

No caso concreto, a defesa do réu, querendo desconhecer a extensão e a precisão do art 563, do CPP, alegou prejuízo e ousou ver nele nulidade, ao afirmar que NÃO houvera sido intimada da perícia das imagens do crime, procedidas pelo Departamento de Polícia Federal, atendendo exatamente a seu próprio pedido.

Isto não corresponde a verdade posta nestes autos. Todas as partes, incluindo a defesa, e o próprio réu (*até em casos dispensáveis*), foram sucessiva e constantemente intimados de todos os atos, inclusive o do reclamado. E a defesa – é oportuno reprimir – sempre o foi por 02 (duas) vezes, em caráter excepcional, pelo fato das bancas de advocacia terem endereços diversos.

Esta postura da relatoria (*de intimar em duplicidade a defesa*) foi seguida durante quase toda a instrução deste processo. Somente foi abortada, no início deste mês de Setembro, quando foi percebido o abuso da defesa, que – à certa altura – quis beneficiar-se da duplicidade de prazos, para livrar-se dos legais e processuais efeitos da preclusão. A partir de 05.09.05 (fls. 1.176) todos os mandados de intimação foram expedidos, sob a expressa ordem “de intimação das outras partes (...), do réu e de seus ilustres defensores, estes últimos, NUM MESMO MANDADO”. (*sem grifos, no original*)

De nada no presente processo deixou de ser dada ampla publicidade às partes. Muito pelo contrário! Pela primeira vez, decerto, as partes – principalmente a defesa do réu tiveram a oportunidade – como lhes foram outorgadas – de dispor em suas próprias mãos CÓPIAS DE TODO O PROCESSO. E, no caso da defesa – **em duplicidade** – conforme fazem

provas os ofícios nºs. 32 e 34/2005, recebidos pelos seus patronos, respectivamente, nos dias 05 e 08 de julho de 2005, aqui repousantes às fls. 921 e 922, redigida nos seguintes termos:

Excelentíssimo Senhor Advogado de defesa:

Nos autos da Ação Penal Originária nº 2005.0004.1782-5/0 (PGJ x Pedro Pecz Barbosa de Araújo), no último dia 24 de Junho, 6ª feira, por ocasião da audiência da última testemunha de defesa do réu, acolhi pedido de ambas as partes, no sentido de disponibilizar cópias, relativas ao mencionado processo, desde que tomadas todas as cautelas relativas à preservação do segredo de justiça.

Isto posto e reafirmando a recomendação ali expressa de integral obediência ao mencionado segredo de justiça, encaminho-lhe a cópia de todas as folhas dos aludidos autos, numerados até esta data, e mais A CÓPIA DO CD (DISCO COMPACTADO), CONTENDO TODAS AS IMAGENS DO CRIME OCORRIDO NO ÚLTIMO DIA 27.02.05, NA CIDADE DE SOBRAL/CE, EM TEMPO REAL, PROCEDIDA PELA PERÍCIA DO DEPARTAMENTO DE POLÍCIA FEDERAL e recopiada pela Coordenação do Parque Gráfico deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.

No ensejo, com o encaminhamento das referidas cópias, junto com a aludida ressalva de cautela, apresento-lhe os meus mais elevados protestos de estima e consideração.

Observa-se, portanto, que muito tempo antes a defesa e as demais partes tiveram acesso completo a todas estas cópias, para eventuais questionamentos. Este fato é igualmente verdadeiro a partir da chegada da perícia procedida pelo Departamento de Polícia Federal, das imagens congeladas do

homicídio, cujas cópias de todo o restante do processo, incluídas as 61 (sessenta e uma) CÓPIAS COLORIDAS foram encaminhadas a todos, inclusive à defesa do réu, **em duplicidade**, no dia 10.08.05.

Esta, portanto, contou – ainda – com 16 (dezesesseis) dias – ANTES – de seu prazo de alegações finais, para eventuais questionamentos – se isto fosse possível – relativa às imagens do crime. Não o fez porque não quis ou não pôde, mas nunca por cerceamento de sua defesa, como ousou alegar. A propósito, leia-se o conceito de INTIMAÇÃO, na lição do mestre Plácido e Silva, **verbis**:

INTIMAÇÃO - Derivado do latim intimatio, de intimare (ordenar, dar a saber, declarar), genericamente na terminologia jurídica, é empregado para designar todo ato processual que tem por fim levar ao conhecimento de certa pessoa, seja parte ou interessada no feito, ato judicial ali praticado, a pedido de outra parte ou por ofício do juiz. (Vocabulário Jurídico, De Plácido e Silva, ed. Forense).

Deve-se, por fim, apenas lembrar que muito mais importante que uma FORMAL INTIMAÇÃO (*na absurda hipótese dela não ter sido efetuada*) é dispor – em CASA ou no ESCRITÓRIO, em suas MÃOS – de DUAS CÓPIAS do processo penal, para eventual e RÁPIDA manifestação.

Aquela FORMAL INTIMAÇÃO (*na absurda hipótese dela não ter sido efetuada*) apenas convocaria o profissional a deslocar-se ao Juízo do feito e, ali, **aguardar atendimento, consultar o processo, tirar cópias e depois retornar à sua mesa de trabalho.**

Diante destas 02 (duas) hipóteses, está evidente que a primeira tem o condão de cumprir efetivamente a sua FINALIDADE – de garantir à exaustão – o princípio do contraditório e da ampla defesa, sendo IMPOSSÍVEL dela decorrer qualquer pensamento de alegação de nulidade, muito menos em face do art. 593, do Código de Processo Penal.

Foi exatamente por ter esta cristalina percepção jurídica, que o E. **Ministro HÉLIO GUAGLIA BARBOSA** – mesmo não dispondo em suas mãos destas outras fundamentações acima expostas – resolveu indeferir – NOVAMENTE – a liminar, requerida pelo réu, nos autos do Habeas Corpus nº 47.664, no último dia 19 de Setembro, exarado nos seguintes termos:

“Em que pese configurado o perigo da demora, posto que ação penal originária está agendada para julgamento no próximo dia 29 de setembro, tenho que, diante das explicações prestadas pelo Desembargador Relator do Tribunal a quo, RESTOU AFASTADA A PLAUSIBILIDADE DAS ALEGAÇÕES DO IMPETRANTE, UMA VEZ QUE DEVIDAMENTE JUSTIFICADO O MOTIVO DE TER SIDO ABERTO PRAZO PARA ALEGAÇÕES FINAIS DAS PARTES.

3 – QUANTO À ALEGADA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI, PARA JULGAMENTO DOS CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA, COMETIDOS POR MAGISTRADOS.

É oportuno ressaltar, inicialmente, que esta matéria restou inteiramente preclusa, quando o Pleno deste Augusto Areópago de Justiça, em sessão de 19 de Abril de 2005, por unanimidade, entendeu de rejeitar exatamente esta mesma herética preliminar, levada pelo mesmo réu e nestes mesmos autos.

Referentemente à matéria, com elogiável equilíbrio, o brilhante professor mineiro Eugênio Pacelli de Oliveira, assim se manifestou:

Tendo em vista a relevância de determinados casos ou funções públicas, cuidou o constituinte brasileiro de fixar foros privativos para o processo e julgamento de infrações penais praticadas pelos seus ocu-

pantes, atentando-se para as graves implicações políticas que poderiam resultar das respectivas decisões.

Optou-se, então, pela eleição de órgãos colegiados do Poder Judiciário, mais afastados, em tese, do alcance das pressões externas que freqüentemente ocorrem em tais situações, e em atenção também a formação profissional de seus integrantes, quase sempre portadores de mais alargada experiência judicante, adquirida ao longo do tempo de exercício na carreira.” Eugênio Pacelli de Oliveira (Curso de Processo Penal) - Editora Del Rey – 3ª Edição – 2004 – Belo Horizonte – pág. 198/199.

São, ainda, mais explícitos, os inúmeros precedentes jurisprudenciais, de nossos Pretórios pátrios, mormente do C. Superior Tribunal de Justiça e do Excelso Supremo Tribunal Federal, como se pode observar, por alguns exemplos de decisões, que profligam integralmente a frágil argumentação da defesa:

HABEAS CORPUS Nº 28.738 - SP (2003/0094916-5)

O Exmo. Sr. Ministro JORGE SCARTEZZINI (Relator): Trata-se de *habeas corpus*, impetrado por ...

“AÇÃO PENAL PÚBLICA - Juiz de Direito - Homicídio - Pedido de adiamento e desentranhamento de peças – Indeferimento

Consta dos autos que o paciente, Juiz de Direito, foi julgado e condenado pelo Órgão Especial do e. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ...

VOTO

O Exmo. Sr. Ministro JORGE SCARTEZZINI (Relator): Sr. Presidente, como relatado,

...

Não vislumbro a alegada ofensa aos referidos princípios constitucionais.

A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XXXVIII, estabelece ser da competência do Tribunal do Júri o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Ocorre que, por vezes, essa competência, ainda que privativa, é afastada por outras previsões constitucionais, dentre elas, aquelas que estabelecem o foro por prerrogativa de função. Isso porque, em se tratando de duas competências com assento constitucional, a específica - prerrogativa de função - deve prevalecer sobre a genérica - competência do Tribunal do Júri.

In casu, o paciente, em razão de sua condição de juiz de direito, foi processado e condenado pelo e. Tribunal a *quo*. Diversamente do que ocorre com o procedimento adotado para o crime de homicídio, cometido pelo cidadão comum, que é submetido ao Júri Popular, a prerrogativa de função, ostentada pelo paciente, conferiu-lhe o direito de se ver processado pelo Órgão Colegiado.

Como afirmou *ALCALÀ-ZAMORRA*, ao ponderar que esse foro especial admitido em atenção ao cargo ou função que a pessoa desempenha, não constitui foro odioso e, sim, uma elementar de precaução (c.f. "Derecho", cit. Vol. I, p. 222). Não haveria sentido, por exemplo, ver o chefe supremo de uma nação, ser processado perante o juiz comum de direito.

Nesse particular, válidas as lições de *ADRIANO MARREY*, *ALBERTO SILVA FRANCO* e *RUI STOCO*, quando salientam, *in Teoria e Prática do Júri*, ed. Revista dos Tribunais, 7ª edição, São Paulo, 2000, pg. 94/95:

"Quando se trate de homicídio praticado por magistrados de qualquer entrância - Desembargadores ou juízes de

direito -, a competência para julgá-los será, quanto aos primeiros, originariamente, do Superior Tribunal de Justiça; e, no tocante aos demais, do próprio Tribunal de Justiça do Estado onde sirvam.

Em relação aos magistrados da mais alta entrância, de cada Estado e do Distrito Federal, a competência do STJ decorre do art. 105, I, a, da CF/88. E quanto aos demais magistrados, ela se acha prevista para os TJ locais, no art. 96, III, da Carta Magna.

Aqui se verifica ainda outra exceção à regra geral e constitucional, que atribui ao Tribunal do Júri a competência pra julgar os crimes dolosos contra a vida.”

E mais adiante acrescenta:

“Na conformidade do decidido no STF - quando se indagava sobre a competência para julgar magistrado estadual de 1º grau, acusado da prática de crime dessa natureza -, a competência será sempre do Tribunal de Justiça do Estado, por força do art. 96, III, da própria CF/88, que se refere aos “crimes comuns e de responsabilidade”.

(...)

E, com relação especificamente aos juízes de direito, decidiu o STJ, num caso em que era réu um deles acusado de homicídio - “competência do Tribunal de Justiça firmada na conformidade do disposto no art. 96, III, da CF. Conquanto constitucionalmente definida a competência do Tribunal do Júri, para o processo e julgamento dos crimes dolosos contra a vida, não pode sobrepor-se à do Tribunal de Justiça, por prerrogativa de função, igualmente cometida pela Constituição” (Ac. HC nº 638-RJ - j. 9.4.1991 - Rel. Min. Costa Leite - RSTJ 21/97).

E seguem-se outros precedentes do Pretório Excelso:

“HABEAS CORPUS. COMPETENCIA. MAGISTRADO ESTADUAL DE PRIMEIRO GRAU. CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA. COMPETENCIA DO TRIBUNAL DE JUSTICA DO ESTADO. CONSTITUICAO FEDERAL, ART. 96, III. NA FORMULA ‘CRIMES COMUNS’ COMPREENDEM-SE TODOS OS DELITOS, QUE NAO SE CAPITULEM ENTRE OS DENOMINADOS ‘CRIMES DE RESPONSABILIDADE’. A NORMA DO ART. 5., XXXVIII, LETRA ‘D’, DA CONSTITUICAO, QUANTO A COMPETENCIA DO JURI, NAO IMPEDE A INCIDENCIA DOS ARTS. 102, I, LETRAS ‘B’ E ‘C’; 105, I, LETRA ‘A’; 108, I, ‘A’; 96, III, E 29, VIII, TODOS DA CONSTITUICAO FEDERAL, ONDE SE CONTEMPLAM HIPOTHESES DE FORO ESPECIAL POR PRERROGATIVA DE FUNCAO. SUBMETIDO A PROCESSO E JULGAMENTO PERANTE O TRIBUNAL DE JUSTICA DO ESTADO, TERA O JUIZ DE DIREITO ASSEGURADOS O CONTRADITORIO E A AMPLA DEFESA, PROCEEDENDO-SE DE ACORDO COMAS NORMAS PROCESSUAIS E REGIMENTAIS QUE DISCIPLINAM A ACAO PENAL ORIGINARIA, NA CORTE COMPETENTE. HABEAS CORPUS INDEFERIDO.” (HC nº 69.344/RJ, Rel. Ministro NERI DA SILVEIRA, DJU de 18.6.93).

“EMENTA: HABEAS CORPUS. PROMOTOR DE JUSTIÇA CONDENADO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, POR HOMICÍDIO. ALEGADA NULIDADE DO PROCESSO, FUNDADA NA INCOMPETÊNCIA DO ÓRGÃO, EM INÉPCIA DA DENÚNCIA E EM FALTA DE JUSTA CAUSA. Competência do Tribunal de Justiça para o julgamento de crime praticado por Promotor de Justiça, no exercício do cargo, ainda que ocorrido antes do advento da nova Carta. Trata-se de foro especial, por prerrogativa de função,

instituído pelo art. 96, III, da CF/88, norma que, não apenas por sua natureza constitucional e processual, mas também por contemplar, não o ocupante do cargo, mas a dignidade da função, é de aplicação imediata. Preclusão da matéria relativa à inépcia da denúncia, somente ventilada após a decisão condenatória, de resto fundada em prova, não de haver o paciente praticado crime omissivo impróprio, mas participado, ativamente, como mandante, da morte da esposa, conclusão insuscetível de ser revista em habeas corpus. Pedido indeferido.” (HC nº 71.654/MG, Rel. Ministro ILMAR GALVÃO, DJU de 30.8.96).

Nessa esteira, merece destaque a manifestação ministerial de fls. 255/258, que passo a incorporar, in verbis:

“A circunstância de a norma constitucional (artigo 5º, XXXVIII, letra d) ter imposto a competência da instituição do júri, para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, não afasta a competência, também constitucional, fixada para julgamento desses delitos, quando surge prerrogativa de foro. A matéria possui competência constitucional. E se uma norma é ampla, a outra é restritiva.

Não decorre daí qualquer vulneração da norma constitucional.

O artigo 96, III, da Lei Magna, é eloqüente ao excluir do âmbito dos Tribunais de Justiça o julgamento de juízes estaduais, apenas, quando se tratar de crime de competência da Justiça Eleitoral. Mais nenhuma exceção.

A interpretação sistêmica das normas constitucionais não pode levar à conclusão do writ, que incide em flagrante equívoco hermenêutico.

A jurisprudência já se posicionou:

HABEAS CORPUS. COMPETENCIA. MAGISTRADO ESTADUAL DE PRIMEIRO GRAU. CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA. COMPETENCIA DO TRIBUNAL DE JUSTICA DO ESTADO. CONSTITUICAO FEDERAL, ART. 96, III. NA FORMULA 'CRIMES COMUNS' COMPREENDEM-SE TODOS OS DELITOS, QUE NAO SE CAPITULEM ENTRE OS DENOMINADOS 'CRIMES DE RESPONSABILIDADE'. A NORMA DO ART. 5., XXXVIII, LETRA 'D', DA CONSTITUICAO, QUANTO A COMPETENCIA DO JURI, NAO IMPEDE A INCIDENCIA DOS ARTS. 102, I, LETRAS 'B' E 'C'; 105, I, LETRA 'A'; 108, I, 'A'; 96, III, E 29, VIII, TODOS DA CONSTITUICAO FEDERAL, ONDE SE CONTEMPLAM HIPOTHESES DE FORO ESPECIAL POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. SUBMETIDO A PROCESSO E JULGAMENTO PERANTE O TRIBUNAL DE JUSTICA DO ESTADO, TERÁ O JUIZ DE DIREITO ASSEGURADOS O CONTRADITORIO E A AMPLA DEFESA, PROCE- DENDO-SE DE ACORDO COM AS NORMAS PRO- CESSUAIS E REGIMENTAIS QUE DISCIPLINAM A ACAO PENAL ORIGINARIA, NA CORTE COMPE- TENTE. HABEAS CORPUS INDEFERIDO." (STF - HC nº 69.344 - RJ - 2ª T. - Rel. Min. Neri da Silveira - DJU 18.6.1993).

Desconstituídas, assim, as 03 (três) **PRELIMINA- RES**, oferecidas pela defesa, com aprovação unânime dos E. Desembargadores deste Egrégio Pretório, passo à fundamentação de mérito.

A Douta Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Ceará. no exercício de sua elevada atribuição constitucional, esculpida no art. 129, da CF/88, com as disposições da Lei nº 8.038/90, Art. 24, I, "g", do Regimento Interno desse E. TJ/CE e art. 41, do Código de Processo Penal, pelo cometimento de crime

de homicídio qualificado (*art. 121, § 2º, incisos I e IV, do Código Penal Brasileiro*), ofertou denúncia contra o juiz da 2ª Vara de Sobral/CE, **Pedro Pécy Barbosa de Araújo**, brasileiro, casado, filho de Sebastião Pereira de Araújo e Maria Barbosa de Araújo, com residência, à rua Marvin, 47 – Bairro Água Fria, nesta Capital, acusando-o da morte da vítima **José Renato Coelho Rodrigues**.

O crime, amplamente noticiado e visto por milhões de pessoas, através das imagens captadas em circuito interno de TV, ocorreu no dia 27 de Fevereiro de 2005, por volta das 22h, no interior do Supermercado Lagoa, sito à Avenida Dr. Arimatéa Monte Silva, bairro Parque Alvorada, na cidade de Sobral, neste Estado do Ceará, ocasião em que a vítima foi morta, pelo acusado, por um único tiro, à queima roupa.

Com base nestas indiscutíveis evidências fáticas e de outras provas, colhidas no respectivo inquérito, o Ministério Público, como dito, ingressou com seu pronunciamento delatatório, aqui repousante às fls. 323 a 334. Referida peça foi recebida por – unanimidade – pelo Colégio de Desembargadores desse Colendo Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em sessão plenária do dia 19 de Abril de 2005.

Impõe-se, no início do presente julgamento, percorrer um indispensável caminho teórico, para fixação e orientação das bases do pensamento e da postura técnica do julgador, necessário à compreensão dos fatos, da sua subsunção à ordem jurídica vigente, para a obtenção de uma equilibrada decisão.

Com efeito, a nação brasileira, depois de um longo período de restrições políticas e da conseqüente fragilidade do Direito e das suas instituições, haurido do reordenamento de sua vontade soberana, firmou um novo pacto social e em 05 de Outubro de 1988, foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil. Nela, como se sabe, já no art. 1º, especificou entre seus fundamentos, o valor supremo da soberania e logo em seguida o da cidadania e o da dignidade da pessoa humana.

A mesma Carta Política, também chamada “Cons-

tituição Cidadã”, por seu turno, trouxe inúmeros direitos e garantias fundamentais, dentre eles, já na cabeça do art. 5º, se fala na inviolabilidade ao direito à vida, e nos seus incisos, são indicados os sagrados princípios da reserva legal, característica da lei penal, o do juízo natural, o do devido processo legal e o da garantia do contraditório e da ampla defesa. Igualmente, merece atenção a regra contida no inciso LXXVIII, do art. 5º, acrescentado pela Emenda Constitucional 45/05, na denominada reforma do Poder Judiciário, que se expressou no inciso:

“LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.” (sem grifos ou destaques, no original)

O povo é o titular de todo o poder, inclusive sob a óptica da Carta Fundamental. O Estado, através do Poder Judiciário, deve, em tempo célere e com correção exemplar, entregar ao mesmo titular desta soberania a instrumentalização da jurisdição reclamada, exatamente em obediência à determinação de sua Carta Política vigente, da lei específica e de toda a legislação penal pertinente. E por ser um instrumento desta soberana vontade popular é que a decisão aqui posta, impulsionada por este indeclinável dever, é manifestamente técnica, legal, e, principalmente, constitucional.

Neste contexto e pela sua pertinência não se pode deixar de ver e aplicar o Direito Penal à nova moldura trazida pela Constituição Federal vigente e pelas mais modernas teorias penais. Exatamente nesta óptica se coloca o respeitado mestre Eugênio Raúl Zaffaroni, ao afirmar:

“A relação do Direito Penal com o Direito Constitucional deve ser sempre muito estreita, pois o estatuto político da nação – que é a Constituição Federal – constitui a primeira manifestação legal da política penal, dentro de cujo âmbito deve enquadrar-se a legislação penal propriamente dita, em face do prin-

cípio da supremacia constitucional". (in Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral – Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli – 5ª Edição – Editora Revista dos Tribunais – março 2004 – São Paulo – pág. 132)

E na mesma memorável obra, se lê, às páginas 352/353:

O direito penal antropológicamente fundado, não é encontrado apenas com a intenção ou com a emoção, porque nada é totalmente irracional no ser humano (nem tampouco inteiramente racional), ...

Não se deve pensar que o homem é racional e o irracional é animal. Ambas as características são humanas no homem. A razão e o conhecimento guiam sua vontade, mas sua vontade não nasce da razão.

Por seu turno, "o conhecimento não pode criar o ente, mas apenas torná-lo compreensível (HEIDEGGER). O caminho do conhecimento não pode seguir uma direção arbitrária, não pode ser disposto pelo homem de qualquer maneira. O mundo não pode esgotar-se numa mera transcendência subjetiva, mas todo questionamento é uma busca, e toda busca tem sua direção, que é indicada por aquilo que se busca (HEIDEGGER).

Neste crescente esforço de otimizar a visão e a aplicação do Direito, máxime o penal, por suas nítidas raízes humanas e antropológicas, o alemão CLAUS ROXIM, o maior penalista vivo no mundo, em 1970, publicou no seu País Germânico, a obra *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem (Política criminal e Sistema Jurídico-Penal)*, reconhecida como uma referência histórica.

Na verdade, com ela, o festejado mestre formulou

uma nova corrente doutrinária, a chamada teleológico-racional. Esta nova dogmática penal, baseada na teoria do delito em critérios políticos criminais, veio trazer novos conceitos, reformulando o dogma positivado e consolidando o desenvolvimento da **teoria constitucionalista do delito**.

Na esteira desta escala evolutiva do Direito Penal, as teorias **a)** causal-naturalista; **b)** neokantista, **c)** finalista; **d)** teleológico-racional (**ROXIN**) e, finalmente, **e)** funcionalismo penal, de **GÜNTHER JAKOBS**, trouxeram grandes luzes à ciência criminal, máxime sob o novo enfoque constitucional.

Destaca-se, no contexto, a relevância da denominada IMPUTAÇÃO OBJETIVA, que já iniciou (*como se pode inferir do disposto no art. 13, do Código Penal*) a sua incursão no nosso sistema penal positivo, ainda marcadamente finalista.

Esta mencionada IMPUTAÇÃO OBJETIVA, teve a sua gênese na fulgurante inteligência de LARENZ, já em 1927, conforme nos ensina o penalista e professor **LUIZ FLÁVIO GOMES**, que desponta, no Brasil, como discípulo de grande expressão, do mestre alemão. É dele, também, a lição segundo a qual:

“O funcionalismo no Direito Penal tem como premissa básica o seguinte: o Direito em geral e o Direito penal em particular, é instrumento que se destina a garantir a funcionalidade e a eficácia do sistema social e dos seus subsistemas”. in Curso de Direito Penal pela Internet, PG – Fato punível (www.estudoscriminais.com.br – em 13.02.02)

Exatamente dentro desta alargada visão e da nova ordem constitucional vigente, foi que se procurou – desde o início – instrumentalizar a presente Ação Penal Originária, com uma imaculada instrução criminal, em que fossem disponibilizadas às partes, mormente ao réu – como acusado – o mais amplo e irrestrito exercício dos direitos constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

E, igualmente, agir com uma postura – ao mesmo

tempo – de equilíbrio e de flexibilidade, mas sob a estrita obediência à ordem jurídica vigente, como bem lembrado pelo grande Mestre **Luis Recaséns Siches**, muito bem garimpada pela Professora Lídia Reis de Almeida Prado in *“O Juiz e a Emoção”* – Millennium Editora – 3ª edição – 2005 – pág. 14 e 15:

“Recaséns Siches ... atribui relevância à criatividade e à intuição do magistrado nos julgados, os quais constituem o momento de individualização da norma aplicável ao fato submetido à jurisdição.”

Mas convém ressaltar que o Direito não se restringe ao mundo psicológico. Também não é idéia pura, nem valor puro, pois relaciona-se com a realidade. Mesmo porque o magistrado, que não está acima da lei, deve acatar a ordem jurídico-positiva.”
(Recaséns Siches – em Panorama del pensamento jurídico em el siglo XX – México – 1963 – pág. 491)

Dentro deste quadro, pode-se dar, como exemplo concreto, o deferimento de pleito da defesa, às fls. 926/931, que foi protocolado em data posterior àquela assinada, para manifestação, mas que trazia em sua gênese uma relevante matéria, bem superior à referida faculdade de designação de prazo, pelo magistrado.

Com efeito, em decorrência do aludido deferimento, foram desentranhadas dos autos diversas declarações de desabono à pessoa do réu, despidas do devido e prévio contraditório, trazidas pelos assistentes da acusação. Estes, inteligentemente não insistiram – via recurso – na sua nova formação, decerto por antever o indesejado e desnecessário alongamento da instrução criminal.

Por outro lado, não há dúvida ante o conjunto probatório colhido exaustivamente nos autos, especialmente nas imagens do circuito interno de TV – consubstanciada documentalmente pelo pedido da própria defesa do réu – que existe sólida pertinência da denúncia, que apontou o réu, como autor do cometimento do crime de homicídio qualificado, como

previsto no art. 121, §, do Código Penal Brasileiro.

Contudo, e em que pese o desvelado respeito que reservo à competência profissional do Ministério Público, aqui apresentado pela D. Procuradoria Geral de Justiça do Estado Ceará, mormente em face de seu desempenho nestes autos, entendo que deve haver uma pequena retificação, quanto à classificação do aludido crime.

Desta forma, reconheço no crime de homicídio, praticado pelo réu, a qualificadora **motivo fútil** (art. 121, § 2º, inciso II) e não de torpeza (inciso I). Quanto a outra qualificadora, para não incorrer em *bis in idem*, irei considerá-la quando da análise das circunstâncias agravantes, previstas no art. 61, inciso II, letra 'c', do Código Penal – que por sinal tem o mesmo enunciado constante do art. 121, § 2º, inciso IV, última figura (**... ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido**).

Isto posto, mister trazer a lume o espelho dos fatos, colacionados – inicialmente – pelo depoimentos do réu e de algumas testemunhas, conforme excertos abaixo:

Com efeito, o réu, em seu interrogatório, informou que se dirigiu ao supermercado Lagoa, na cidade de Sobral, objetivando realizar compras e afirmou:

“...Que ao se aproximar da porta de vidro que da entrada ao supermercado bateu e foi atendido pelo vigia que lhe informou ser 22h o horário de encerramento...; Que o vigia esclareceu-lhe que a porta era fechada antes; que ponderou ao vigia que ainda faltavam 10 min. para a hora informada como de encerramento e perguntou ao vigia se não seria possível fazer umas compras rápidas já que havia muita gente dentro do supermercado inclusive fazendo reposição de mercadoria, que respondendo a pergunta que lhe fizera o acusado o vigia insistiu que estava fechado...”

CARLOS IRAMAR SOTERO PESSOA, afirma que:

...chegou ao supermercado Lagoa onde se deparou com uma discussão travada entre um cliente que estava fora do supermercado e o porteiro do supermercado; que o cliente não chegava a gritar mas falava forte; que escutou o cliente repetir algumas vezes determinação para que o porteiro abrisse a porta, no que não era atendido; que o cliente se dirigiu então a outro funcionário que estava aproximadamente a dois metros e meio do porteiro e fez-lhe sinal para que se aproximasse; que este funcionário se aproximou e recebeu do cliente que então se identificou como sendo juiz de direito da 2ª vara de Sobral para que chamasse o gerente e tal foi feito; que o gerente não chegou no limiar da porta, porém autorizou que o juiz entrasse para falar com ele dentro do supermercado; que o gerente e o juiz trocaram palavras... que em determinada ocasião pode ver o juiz identificando-se com a carteira profissional e o gerente fazendo um gesto de mão indicando que ele juiz deveria se retirar...

FRANCISCO DE ASSIS VIANA DOS SANTOS, gerente do supermercado, inferiu em seu depoimento que:

“...em dado momento recebeu de um empacotador o aviso de que um senhor provavelmente policial estava querendo entrar na loja e para isso se fazia necessária a presença da testemunha; que a testemunha se dirigiu a porta de entrada e quando lá chegou a mencionada pessoa já se encontrava dentro da loja; que ele perguntou o que havia e a pessoa que hoje sabe ser o acusado disse-lhe que iria prender o seu porteiro em virtude deste haver-lhe desobedecido, que a testemunha ponderou que já não havia motivo para tanto pois naquela ocasião o acusado já se encontrava dentro da loja; que o acusado

retrucou-lhe dizendo que calasse a boca senão também iria preso; que o acusado nesta ocasião saiu da loja...

ISADORA LIMA DE SOUSA, que acompanhava o réu, antes do crime, aduziu que:

...O Dr. Peczy retornou para fora do supermercado tendo o vigia fechado novamente a porta; que na ocasião em que o Dr. Peczy mostrou a carteira o vigia falou que não era por ele ser juiz que iria mandar no supermercado pois como juiz ele podia mandar no fórum; que o Dr. Peczy após sair e ter a porta fechada pelo vigia passou a completar ligações telefônicas através de seu celular; que, segundo informou o Dr. Peczy não conseguiu o resultado desejado; que, posteriormente, o Dr. Peczy tentou ligar para o cabo Porfírio; que sabe que o Dr. Peczy ligou para o cabo Porfírio porque escutou a conversa por telefone no Dr. Peczy com o aludido cabo; que o Dr. Peczy determinou ao cabo Porfírio que viesse até o “lagoa” para lhe dar cobertura; que a testemunha foi até a avenida para tentar chamar duas viaturas, uma das quais, da PM, e uma blazer que passaram se atender ao sinal da testemunha; que quando retornou ao supermercado o Dr. Peczy estava dando voz de prisão ao vigia; que o Dr. Peczy deu voz de prisão ao vigia quando ainda se encontrava do lado de fora do supermercado; que o Dr. Peczy conseguiu finalmente que o vigia abrisse a porta e em seguida deu-lhe nova voz de prisão dizendo que saísse do supermercado que uma viatura já vinha se deslocando para levá-lo; que o Dr. Peczy pegou o vigia pelo braço tentando tirá-lo para fora do supermercado enquanto que o vigia resistia; que após este entrevero o Dr. Peczy sacou a arma que estava atrás, no cós da calça; que em seguida o Dr. Peczy pôs a arma

próxima à barriga do vigia; que de arma em punho o Dr. Peczy afirmava que o vigia o estava desacatando e que o mesmo deveria sair; que o vigia e o Dr. Peczy puxavam cada um sentido oposto; que a discussão do Dr. Peczy e o vigia durou algum tempo; que o gerente do supermercado entrou para os fundos da loja na ocasião em que o Dr. Peczy puxou a arma; que o Dr. Peczy e o vigia iam puxando um ao outro ficando em determinada ocasião num local que a testemunha não mais via...

Verifica-se, assim, à leitura atenta dos mencionados depoimentos – excluídos os naturais traços de subjetividade – que eles deixam bem claro, de forma indiscutível, que o crime de homicídio – substancialmente provado pelas imagens do circuito interno de TV do Supermercado e dos documentos aqui juntos às fls. 1.015 a 1.078 – foi praticado despido de qualquer razão. Foi, na verdade, perpetrado sob motivo fútil, de forma insignificante, desarrazoada, desprezível, mínima, inadequada.

Sobre o motivo fútil, é oportuno trazer – neste ponto – os inúmeros precedentes jurisprudenciais:

“A ausência de motivo equipara-se, para os devidos fins legais, ao motivo fútil, porquanto seria um contra-senso conceber que o legislador punisse com pena maior aquele que mata por futilidade, permitindo que o que age sem qualquer motivo receba sanção mais branda” (TJMG – Rec. – Rel. Costa e Silva, RTJE 45/276).

“Motivo fútil é aquele que se apresenta, antes de tudo, como sendo o de mínima relevância, o motivo inadequado sob o ponto de vista do homo medius e em relação ao crime de que se trata” (TJSP – Rec. – Rel. Hoepfner Dutra – RJTJSP 22/446).

“A ausência de motivo é mais do que motivo fútil,

sendo a ele equiparada para os fins legais. Não se concebe que o legislador punisse com pena maior aquele que mata por futilidade, permitindo que o que age sem qualquer motivo receba sanção mais branda” (TJSP – Rec. – Rel. Denser de Sá – RT 511/357).

“A futilidade deve ser apreciada segundo quod plerumque accidit. O motivo é fútil quando notadamente desproporcionado ou inadequado, do ponto de vista do homo medius e em relação do crime de que se trata. Se o motivo torpe revela um grau particular de perversidade, o motivo fútil traduz o egoísmo intolerante, prepotente, mesquinho, que vai até a insensibilidade moral” (TJSP – Rec. – Rel. Onei Raphael – RJTJSP 73/310).

“Não se deve confundir o motivo fútil com o motivo injusto. Aliás, a injustiça da motivação do agente é elemento integrante do crime. Para que se reconheça a futilidade da motivação, é necessário que, além de injusto, o motivo seja insignificante...” (TJSP – Rec. – Rel. Geraldo Arruda – RJTJSP 62/356).

“A ausência de motivo equipara-se, para os devidos fins legais, ao motivo fútil, porquanto seria um contra-senso conceber que o legislador punisse com pena maior aquele que mata por futilidade, permitindo que o que age sem qualquer motivo receba sanção mais branda” (TJMG – Rec. – Rel. Costa e Silva – RTJE 45/276).

Compatibilidade entre motivo fútil e nervosismo – TJSP: “Não é porque o réu se mostre perturbado e nervoso, passionalmente impulsionado, que as circunstâncias possam afastar a futilidade do motivo do seu crime” (RT 514/336).

“Ensina o mestre Aníbal Bruno (direito penal I, parte especial, t. IV/78, ed. Forense, 1966): ‘Motivo fútil é aquele pequeno demais para que na sua insignificância possa parecer capaz de explicar o crime que dele resulta. O que acontece é uma desconformidade revoltante entre a pequenez da provocação e a grave reação criminosa que o sujeito lhe opõe’” (TJSP – Ver. – Rel. Diwaldo Sampaio – RJTJSP 111/529).

O douto e sábio penalista, Professor OLAVO OLIVEIRA, no seu festejado livro “O delito de Matar – Imprensa Universitária do Ceará – 1959 – pág. 59/60, ensina:

“A elementar do motivo fútil, no homicídio, tem como substrato a carência de fundamento para a sua efetuação: ‘pela sua mínima importância não é causa suficiente para o crime’ e mostra a sua frieza de ânimo.”

E acrescenta o Mestre, do alto de sua cátedra, da centenária Faculdade de Direito, da Universidade Federal do Ceará:

“A expressão motivo fútil veio do art. 122, nº 12, alínea f) da Carta Política de 10 de novembro de 1937 – em cujo regime foi decretado o Código Penal de 1940 – que instituiu a pena de morte para o homicídio cometido por motivo fútil e com extremos de perversidade.”

Outro grande luminar do Direito Penal, HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, em suas – Lições de Direito Penal – Vol. I – pág. 30, assim assevera, com autoridade:

“O motivo fútil” (é aquele motivo insignificante, des-

prezível, mínimo, inadequado) que “evidentemente NÃO BASTA para levar à prática do crime

Por outro lado, também não cabem questionamentos, que o crime de homicídio – robustamente provado pelas imagens do circuito interno de TV do Supermercado – revelam seu cometimento de maneira que dificultou ou tornou impossível a defesa da vítima, que – em segundos – e com as duas mãos imobilizadas pelo réu (vide figura 40.1 e 40.2 às fls.1.056/1.057) – jamais poderia imaginar a possibilidade de perder sua vida dentro de apenas poucos segundos e de forma tão banal. Também sobre esta grave circunstância, pede-se vênia para transcrever as decisões abaixo:

Ataque inesperado: surpresa caracterizada – TJSP: “Se o gesto do acusado foi tão repentino que não deu a vítima a oportunidade de esboçar um gesto de defesa, sequer, o homicídio se qualifica em razão de recurso que impossibilitou qualquer defesa do ofendido” (RT 438/376)

“A ação delituosa do réu ao alvejar à vítima, de inopino, sem chance de defesa, constitui a qualificadora da surpresa, prevista no inciso IV, §2º, do art. 121, do CP” (TJRO – Rec. – Rel. Dimas Ribeiro da Fonseca).

“Se o gesto do acusado foi tão repentino que não deu a vítima a oportunidade de esboçar um gesto de defesa, sequer, o homicídio se qualifica em razão de recurso que impossibilitou a defesa do ofendido” (TJSP – AC – Re. Hoepfner Dutra – RT 438/376)

Não é de todo dispensável lembrar a mais antiga e mais seguida das definições: **“O HOMICÍDIO É A MORTE DE UM HOMEM POR OUTRO”**. Por outro lado, o crime, como se sabe, sob o aspecto analítico, é todo o fato típico e antijurídico.

O fato típico, para a doutrina finalista (**WELSEL**) ainda presente no sistema positivo brasileiro, tem 04 (quatro) elementos: **a)** conduta do agente; **b)** resultado; **c)** nexos causal e **d)** tipicidade.

Contudo, a doutrina moderna, de acordo com a já citada teoria constitucionalista do delito, adotada no Brasil, entre outros, pelo brilhante **Professor LUIZ FLÁVIO GOMES**, entende que a tipicidade penal é formada não somente da tipicidade formal (*com os quatro elementos, acima especificados*), como também da tipicidade material, que envolve outros elementos: **e)** imputação objetiva da conduta; **f)** resultado jurídico; **g)** imputação objetiva do resultado e **h)** imputação subjetiva.

Na verdade, neste ponto, após estas considerações, apenas de caráter didático, torna-se necessária retomar o curso do anterior raciocínio e ter a compreensão do dolo e de sua repercussão no resultado típico. E no amparo de fundamentação, nada melhor que trazer a lição dos festejados mestres Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, em sua obra, aqui já citada, *Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral – 5ª Edição – Editora Revista dos Tribunais – março 2004 – São Paulo – pág. 473/474:*

“Chama-se DOLO DIRETO aquele em que o autor quer diretamente a produção do resultado típico, seja como o fim diretamente proposto ou como um dos meios para obter este fim. Quando se trata do fim diretamente querido, chama-se DOLO DIRETO DE PRIMEIRO GRAU, e quando o resultado é querido como consequência necessária do meio escolhido para a obtenção do fim, chama-se dolo direto de segundo grau ou dolo de consequências necessárias.

Quando um sujeito quer matar outro e contra ele desfere cinco tiros, quer DIRETAMENTE o resultado como fim proposto (dolo direto de primeiro grau). ”
(sem grifos no original)

Verifica-se, pelo cotejo das robustas provas, mormente das imagens internas de TV, hoje também consubstanciadas em peças documentais (vide fls.1.015 a 1.078), decorrentes do exposto pedido da própria defesa, que o crime foi cometido pelo autor, com **DOLO DIRETO DE PRIMEIRO GRAU**, tendo o mesmo plena consciência de seu ato, ceifando a vida de uma pessoa simples e indefesa, nos seus momentos finais, em apenas poucos segundos.

A gravidade do delito, sob análise, além da própria disciplina na lei 8.072/90, encontra-se bastante caracterizada como crime **hediondo**. Sobre a matéria, permita-se reproduzir a abalizada lição dos **Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli** in *Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral – 5ª Edição – Editora Revista dos Tribunais – março 2004 – São Paulo – pág.134/135*:

A Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988, estabelece nos incisos XLII, XLIII e XLIV, do art. 5º aqueles que lei considera como crimes inafiançáveis, ...

Estes incisos impedem a liberdade da pessoa durante o processo penal em todos os casos, ...

E continuam:

O inciso XLIII transfere para o Congresso Nacional o poder de definir os crimes havidos como “hediondos”. Essa palavra tem a sua origem na Idade Média e definia a sodomia. No texto constitucional, tem como consequência prática a de permitir ao Congresso proibir a liberdade do processado em qualquer crime que definir como “hediondo”, ...

Logo se observa, que a custódia do réu, durante todo o transcurso do presente processado, mantida reiteradamente por decisões, em Habeas Corpus, pelo Colendo Superior Tribunal

de Justiça, sob a honrada pena do Excelentíssimo **Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA**, não se constituiu em qualquer afronta aos direitos do réu, porquanto fundado em expresse permissivo constitucional.

Superados, assim, a análise dos aspectos básicos da presente ação penal e já tendo sido atendido o pedido expresse da defesa, de fazer-se uma seqüencial incursão às PRELIMINARES por ela levantadas na sua respectiva peça de alegações finais, passa-se às razões de mérito, que ela igualmente expressou.

Com relação a este mérito, inicialmente, cumpre refutar a alegação do réu de que o Ministério Público deveria ter trazido aos autos mais elementos do que neles foram produzidos. As provas testemunhais, periciais e as inúmeras outras, de natureza documentais, constituíram robustas provas do cometimento, pelo réu, do crime de homicídio por DOLO DIRETO DE PRIMEIRO GRAU.

Ao contrário, competia à defesa do réu trazer aos autos outros elementos – comprobatórios – irrefutáveis para desconstituir ou minimizar a robustez das provas posta nos cadernos processuais. O que se viu, contudo, foram vãs tentativas de criar-se incidentes, a iniciar-se com as tentativas de insanidade penal do réu, que embora tenha sido indeferida e atingida pela preclusão, foi repetida, já depois de consumada a fase de instrução criminal e às vésperas do julgamento.

A propósito, uma vez que se aborda o tema, não é demais trazer à lembrança que este incidente de insanidade mental, não deve ser alegada de forma impensada. Com efeito, das suas conseqüências poderiam decorrer gravíssimos efeitos, como uma insegurança jurídico-processual generalizada, a partir do questionamento – via ação rescisória, por exemplo – de jurisdicionados, inclusive réus condenados e presos, que não se conformariam em terem sido julgados por uma autoridade que estivesse maculada com insanidade mental.

O cerne desta matéria apurada, contudo, é o manifesto DOLO DIRETO DE PRIMEIRO GRAU, muito bem explicitada na lição – retro transcrita – dos festejados mestres

Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, obra citada, *Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral – 5ª Edição – Editora Revista dos Tribunais – março 2004 – São Paulo – pág. 473/474.*

Na verdade, verifica-se, pelo cotejo das robustas provas testemunhais, periciais (fls. 988 a 1.014), mormente das imagens internas de TV, hoje também consubstanciadas em peças documentais (vide fls. 1.015 a 1.078), que o crime foi cometido pelo autor, com dolo direto de primeiro grau, tendo o mesmo plena consciência de seu ato, ceifando a vida de uma pessoa simples e indefesa, nos seus momentos finais, em apenas poucos segundos.

Neste ponto é oportuno trazer os quesitos e respostas abaixo identificadas, da preciosa Perícia procedida pelo Departamento de Polícia Federal, no Ceará:

11. Observando as cenas em supostamente ocorridas após o disparo, pode-se afirmar que a vítima, ao cair, foi amparada pelo acusado do disparo? Caso a resposta seja positiva, represente por fotografia.

Pelas figuras 41 a 43 pode-se afirmar que o autor permanece em uma posição ereta enquanto a vítima cai, o que sugere que o autor não fez nenhum esforço para ampará-la.

14. Quando o acusado ergueu o braço para posicionar a arma para disparar contra a vítima, teve o auxílio de alguma outra força externa?

Não. No momento em que o autor ergue o braço e aponta a arma para a vítima não há ninguém próximo o suficiente para tocá-lo.

16. No momento exato do disparo contra a vítima, esta se encontrava de costas para o acusado? Em caso negativo, descrever a posição exata daquela em relação a este.

A figura 41 ilustra o momento mais próximo do disparo, onde se observa que a vítima encontrava-se quase de costas pro autor e com as duas mãos para trás.

Este último quesito acima (nº 16), respondido pela perícia do Departamento de Polícia Federal, no Ceará, afasta integralmente qualquer hipótese de **acidentalidade** do disparo. A propósito é indispensável lançar vista – de modo especial – à **figura nº 41, às fls. 1.058** – através da qual se observa que o réu, DOLOSAMENTE aponta a arma e dispara contra a inditosa vítima, não sem antes acondicioná-la ao seu consciente propósito de tirar-lhe a vida.

No ponto desta análise, bem se pode avaliar como seria irrelevante se a arma estava ou não previamente engatilhada como o réu o afirmou no seio do Inquérito. Na verdade, na primeira hipótese ele teria que utilizar uma força no dedo de 2.540 kg. e pelo menos 940 g (fls. 148), se a arma estivesse engatilhada.

Em ambas as circunstâncias (*irrelevantes, aqui, mesmo na diferença*), JAMAIS poderia a arma acidentalmente disparar, mormente – como dito na perícia das imagens, procedida pelo Departamento de Polícia Federal – por inexistir em derredor do réu e da vítima, qualquer obstáculo, uma vez que praticado no centro do espaço do Supermercado. Além do que, somente o fato do réu ter entrado no local do infortúnio, com a arma em sua mão direita, já demonstra que ele “criou o risco de produzir uma lesão ao bem jurídico”.

Não existem, portanto, quaisquer questionamentos quanto a autoria e a materialidade do crime. Os próprios patronos do réu, em sede de Habeas Corpus, junto ao Colendo Superior Tribunal de Justiça (cópia às fls. 561), assim certificaram:

“A autoria e materialidade do delito já se encontram patenteadas pelas IMAGENS captadas pelo circuito interno de TV existente no local do infortúnio”

E a robustez destas provas, decorrentes das próprias IMAGENS, sejam periciais (**fls. 988 a 1.014**), sejam documentais (**1.015 a 1.078**), foram até mesmo reconhecidas pelo réu no seu interrogatório, às **fls. 641**, ao afirmar expressamente:

“ter PRÉVIO e PLENO CONHECIMENTO da existência de um circuito de TV existente dentro do supermercado” (sic)

Por estas razões, não restam mais dúvidas de que o réu cometeu o crime de homicídio qualificado, sob *motivo fútil* e com *recurso que dificultou ou impossibilitou a defesa do ofendido*. Somente a primeira qualificadora leva à pena mínima de 12 (doze) anos. A segunda, para não ensejar o *“bis in idem”*, será oportunamente considerada como circunstância legal, de agravamento da pena.

Destarte, partindo-se da pena mínima de 12 (doze) anos, por ser crime de homicídio qualificado (art. 121, § 2º, inciso II), importa agora percorrer toda a estrada das circunstâncias judiciais, previstas no art. 59, do Código Penal, quando a pena base, em tese, poderia chegar – a depender de suas respectivas valorações – até a pena máxima de 30 (trinta) anos, como o quer a lei. Antes de fazê-lo, contudo, entendo oportuno trazer a lume o norte desta importante parte da individualização da pena, inclusive quanto à discricionariedade do magistrado.

PENA – Individualização – “a individualização da pena, operação complexa, compreende os elementos essenciais e circunstâncias do delito, bem como a vida global do sujeito ativo e vítima. Cada pormenor é ponderado uma só vez. Vedado o bis in idem” (STJ – Resp – Rel. Vicente Cernicchiaro – RT 684/379).

“As circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal são da DISCRICIONÁRIA APRECIA-

ÇÃO DO MAGISTRADO, que, ao fixar a duração da pena, não esta obrigado a analisar exaustivamente cada uma delas, bastando fixar-se nas reputadas decisivas para a dosagem – no caso, bem explícitas pelas instâncias ordinárias” (STF – HC – Rel. Octávio Gallotti – RT 641/397).

As circunstâncias inominadas são as circunstâncias judiciais a que se refere o art. 59 do CP e, apesar de não especificadas em nenhum texto legal, podem, de acordo com uma avaliação discricionária do juiz, acarretar um aumento ou uma diminuição de pena.

Entre tais circunstâncias, podem ser incluídos o lugar do crime, o tempo de sua duração, o relacionamento existente entre autor e vítima, a atitude assumida pelo delinqüente no decorrer da realização do fato criminoso etc.

As conseqüências do crime, que o juiz deverá também levar em conta na aplicação da pena, dizem respeito aos efeitos produzidos pela ação criminosa: “o maior ou menor vulto do dano ou perigo de dano, que é sempre inerente ao delito, não só para a vítima como para a sociedade, o sentimento de insegurança provocado nesta e outros efeitos ainda que mais afastados” (Alberto Silva Franco, código penal e sua interpretação jurisprudencial, ed. RT, 7ª ed. São Paulo, 2001.).

A aplicação da pena é, certamente, a parte da sentença penal condenatória mais complexa e que necessita de um cuidado especial para não ensejar a necessidade de retificações posteriores, por quaisquer erros.

A cautela, portanto, inibe esta hipótese, que poderia ocorrer nesta primeira etapa do sistema dosimétrico, onde o

magistrado deve – no início – analisar, criteriosamente, cada uma das oito circunstâncias judiciais constantes do artigo 59 do Código Penal, valorando-as.

A lei, na sua sapiência traz, expressamente, os passos para calcular a reprimenda. Contudo, fica a critério do magistrado estabelecer os critérios de valoração dessas diretrizes, usando apenas o seu equilibrado poder discricionário.

DOLO E DOSAGEM DA PENA – a quantidade da pena abstratamente contida no tipo não varia de acordo com a espécie de dolo, contudo, o juiz deverá levá-la em consideração no momento da dosimetria penal, pois, quando o art. 59, caput, do CP manda dosar a pena de acordo com o grau de culpabilidade, está-se referindo à intensidade do dolo e ao grau de culpa, circunstâncias judiciais a serem levadas em conta na primeira fase da fixação da pena. Não devemos confundir culpabilidade, que é juízo de reprovação do autor da conduta, com grau de culpabilidade, circunstância a ser aferida no momento da dosagem da pena e dentro da qual se encontram a espécie de dolo e o grau de culpa.

Promotor e Professor Fernando Capez, in Curso de Direito Penal – Vol. 1 – Parte Geral – Editora Saraiva – 2ª Edição – São Paulo – 2001 – pág. 158

Assim, em fiel cumprimento ao art. 68, do Código Penal Brasileiro, passo a proceder ao cálculo da pena, através do critério trifásico, observado – inicialmente – as circunstâncias judiciais, previstas no art. 59, do mesmo Estatuto Criminal com:

I - A FIXAÇÃO DA PENA-BASE

1. Da culpabilidade do sentenciado

A culpabilidade aparece no Direito Penal brasileiro

como limitador à responsabilização criminal. Somente será censurado o indivíduo que praticar um injusto penal. Como no caso, tendo agido com dolo direto de primeiro grau, é assim que a circunstância judicial deve ser observada.

O grau de intensidade da reprovação penal é enorme, principalmente porque o réu até a data da autoria do crime exercia o seu múnus de juiz de direito, através do qual julgava demandas e – igualmente – exercia o seu ofício na instrução criminal e na condenação de pessoas, como um agente do Estado. De todos é exigida uma postura exemplar. De modo especial do magistrado. Assim um crime por ele praticado, quando ao item da culpabilidade deve ser dimensionado de forma proporcional à responsabilidade social de que está investido. Neste sentido, trago a lição do saudoso Hely Lopes Meireles, sobre os Agentes Políticos:

São os componentes do Governo nos seus primeiros escalões, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões, por nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício de atribuições constitucionais. Esses agentes atuam com plena liberdade funcional, desempenhando suas atribuições com prerrogativas e responsabilidades próprias, estabelecidas na Constituição e em leis especiais. Têm normas específicas para sua escolha, investidura, conduta e processo por crimes funcionais e de responsabilidade que lhes são privativos. Os agentes políticos exercem funções governamentais, judiciais e quase-judiciais, elaborando normas legais, conduzindo os negócios públicos, decidindo e atuando com independência nos assuntos de sua competência. São as autoridades públicas supremas do Governo e da Administração na área de sua atuação, pois não estão hierarquizadas, sujeitando-se apenas aos graus e limites constitucionais e legais de jurisdição. Em doutrina, os agentes políticos têm plena liberdade funcional, equiparável à indepen-

dência dos juízes nos seus julgamentos, e, para tanto, ficam a salvo de responsabilização civil por seus eventuais erros de atuação, a menos que tenham agido com culpa grosseira, má-fé ou abuso de poder. (in – Direito Administrativo Brasileiro – Hely Lopes Meirelles – Malheiros Editores Ltda. – 26ª Edição – São Paulo – 2001 – pág. 73

Assim, a graduação da reprovação da conduta sancionada é auferida a partir de dois dos elementos da culpabilidade: o do potencial conhecimento da ilicitude e da exigibilidade de conduta diversa, como o fato no presente instante, dando-lhe o peso e a gravidade que reputo cabível ao réu.

Na verdade, deito aqui especial atenção à verificação do maior grau de exigibilidade de conduta diversa, considerando, neste tocante, as características pessoais do agente dentro do exato contexto de circunstâncias fáticas em que o crime ocorreu. Este é, imagino, o melhor critério de exame da intensidade de reprovação do seu crime. Quanto mais exigível a conduta diversa, como no caso em que o autor é um agente político do Estado, maior é a reprovação do agir do sentenciado.

Com efeito, o sentenciado estava blindado com os poderes de seu poder judicante e portanto estatal e por tal a sua responsabilidade é ainda mais exacerbada. Não se consegue conceber um verdadeiro Estado Democrático de Direito sem a existência de um Poder Judiciário autônomo e independente para que exerça sua função de guardião das leis, como afirmou ZAFFARONI “**A chave do poder do judiciário se acha no conceito de independência**”.

2. Dos antecedentes do condenado

Neste item se constatada que réu tem bons antecedentes, é primário, nada tendo em desabono à sua vida anterior, sendo-lhe favorável.

3. Da conduta social do sentenciado

Esta terceira circunstância do artigo 59, do Código Penal, antes da reforma de 1984, era abrangida pelos antecedentes, e diz respeito ao comportamento do sentenciado em relação à comunidade em que vive.

Nos autos não ficou consignada nenhuma circunstância que pudesse macular este aspecto de sua vida. Ao contrário, as testemunhas de defesa do réu, em seus depoimentos, foram unânimes em afirmar que o mesmo sempre teve um comportamento compatível com a vida social.

4. Da personalidade do sentenciado

A personalidade é definida pela doutrina como a índole do agente, sua maneira de agir e de sentir, seu grau de senso moral, ou seja, a totalidade de traços emocionais e comportamentais do indivíduo, elemento estável de sua conduta, formado por inúmeros fatores endógenos ou exógenos.

A valoração desta circunstância não é nada simples. Exige, em primeiro lugar, alguns conhecimentos de psicologia e de psiquiatria, o que não disponho. Contudo, como sempre acontece, socorre ao magistrado a sua experiência, mormente na área penal, como o caso deste relator, que teve a oportunidade de exercer seu *múnus*, na 2ª Câmara Criminal deste Tribunal, onde – na Presidência do Colegiado Penal – pude aprender com os meus eminentes pares.

Nesta valoração, entretanto, é determinante o contato pessoal com o réu, por ocasião do seu interrogatório, que – no caso – prolongou-se por mais de 9 (nove) horas e no qual o mesmo ficou inteiramente a vontade para dar a versão dos fatos, como recomendado pela legislação penal vigente. Durante esta ocasião, pude observar que o réu não exteriorizou comportamento identificador de arrependimento pela prática do crime.

Entretanto, no apagar das luzes, chegou a petição de fls. 1.386/1.387. O réu a subscreveu, juntamente com seu advogado de defesa, o ilustre Dr. Josué Lima. Nela, o mesmo

reconheceu que o fato apurado trouxe prejuízo para o filho da vítima. E, ato contínuo, “por consciência social e humanitária de prover as necessidades básicas da criança”, o réu expressou sua pretensão de consignar alimentos ao menor, através de descontos mensais e sucessivos em seu favor, no percentual de 16% (dezesesseis por cento) de seu subsídio bruto, que corresponde ao valor de **R\$ 1.537,69** (Hum mil, quinhentos e trinta e sete reais e sessenta e nove centavos), que mereceu o de acordo do representante legal do mencionado menor, às fls. 1.441/1.443.

Assim, este relevante fato, fez recompor minha inicial impressão sobre a personalidade do réu, de modo a reduzir o peso na avaliação deste item.

5. Dos motivos da infração penal

Dou por prejudicada esta circunstância, tendo em vista que a qualificadora do MOTIVO FÚTIL já é considerada na classificação do crime qualificado (art. 121, § 2º, inciso II).

6. Das circunstâncias da infração penal

Por circunstâncias da infração penal, indicadas no artigo 59, do Código Penal, entendem-se todos os elementos do fato delitivo, acessórios ou acidentais, não definidos na lei penal.

Compreendem, portanto, “as singularidades propriamente ditas do fato e que ao juiz cabe ponderar”.

Alberto Silva Franco sugere que, na análise das circunstâncias do delito, o Juiz analise: “o lugar do crime, o tempo de sua duração, o relacionamento existente entre autor e vítima, a atitude assumida pelo delinqüente no decorrer da realização do fato criminoso”.

Com base nessa definição, é mais censurável a conduta do agente que matou alguém na igreja, na casa, ou no trabalho da vítima (*como no caso*), do que no seu próprio “habitat”. Destarte, esta circunstância, que não está prevista na lei, mas que deve ser aqui valorada pelo magistrado, é de grave

censurabilidade e foi considerada na correta proporção.

7. Das conseqüências da infração penal

De início, para afastar qualquer possibilidade de “*bis in idem*”, por tratar-se do crime de homicídio, não considero nesta etapa da dosimetria, “a perda de uma vida”, posto que esta já é inerente ao tipo penal. Valoro, entretanto, porque importante – e o faço de modo contundente – o fato do agente ter ceifado a vida de um pai de família, com um filho menor, hoje com apenas 06 (seis) anos e que necessitaria de sua assistência, mormente moral e espiritual, não só na sua formação como cidadão, mas até - de forma diversa – pelo resto de sua existência.

Impõe-se ressaltar que a expressa disposição do réu, de mitigar o impacto material do dano, através de descontos mensais e sucessivos nos seus subsídios, embora salutar, já foi regidamente considerado no item 04, supra, não tendo aqui qualquer influência, até porque a valoração neste segmento tem natureza inteiramente diversa e é irreparável.

Alguns autores, como José Eulálio de Almeida e Adalto Dias Tristão até aceitam seja colocada, no seio desta circunstância, o clamor público. Contudo, não o faço, porquanto somente as razões supra referidas já são bastante suficientes para saturá-la. E, também, porque o clamor público, embora importante e valorativo, não tem intrínseca natureza jurídica e por si só, não pode ser considerado como conseqüência desfavorável ao agente.

8. Do comportamento da vítima

Este item foi uma inovação trazida com a Reforma da Parte Geral do Código Penal, em 1984, sendo uma circunstância judicial que reafirma a crescente importância da vitimologia no Direito Penal atual.

Na valoração desta última circunstância judicial é preciso perquirir em que medida a vítima, com a sua atuação, contribuiu para a ação delituosa. Muito embora o crime não possa de modo algum ser justificado, não há dúvida de que em

alguns casos a vítima, com o seu agir, contribuiu ou facilitou o agir criminoso.

No caso presente, verifica-se a atenta leitura das provas neles juntadas, como o depoimento do réu e das testemunhas de acusação e mesmo das inúmeras provas documentais, que a vítima – em nenhum momento, instigou, provocou, desafiou, desrespeitou, ou foi arrogante com o réu. Contudo, este lhe ceifou a vida.

A vítima, portanto, não contribuiu em nenhum momento, para a conduta delitiva do agente. Ora, no crime de homicídio, ao contrário de outros, como o de sonegação fiscal (*que – em tese – não admite provocação*), esta instigação, esta provocação é mais que possível, devendo ser considerada e valorada. Assim, observando que o comportamento da vítima não provocou ou mesmo facilitou o grave delito do réu, considero esta circunstância inteiramente desfavorável ao condenando, na extensão devida.

Logo, considerando a intensidade do dolo e vistas e ponderadas as circunstâncias judiciais, previstas no art. 59, do Código Penal Brasileiro, como acima pormenorizadamente fundamentadas, tendo iniciado do mínimo legal de 12 (doze) anos, fixo a pena-base em 13 (treze) anos de reclusão, reprimenda esta que está alterada, após a conclusão da segunda fase da fixação da pena, com a análise das circunstâncias legais, o que faço, a seguir.

II – SEGUNDA FASE DE FIXAÇÃO DA PENA

Nesta segunda etapa, em cumprimento ao mencionado art. 68, do Código Penal, são analisadas as circunstâncias legais, que possam atenuar ou agravar a pena do réu. Neste segmento, não encontrei nenhuma circunstância atenuante ao réu e sim agravante, a qual passo a explicitar, em complementação, porquanto já genericamente abordado linhas atrás.

DA CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE – (Art. 61,

inciso II, letra 'c', do Código Penal Brasileiro)

Impressionou-me bastante, na análise do conjunto probatório, contido nestes autos, a realidade que delas ressaem, de modo expressivo, forte e contundente.

A verdade, de que a inditosa vítima foi morta, pelo réu, em poucos segundos, supondo que ia ser apenas **preso**. Os depoimentos, mormente o do réu e da testemunha abaixo nominada (*que estava a poucos metros da vítima e do réu, até o momento do disparo fatal*) são bastante reveladores. Neste sentido, pede-se vênia para transcrever trecho do depoimento de CARLOS IRAMAR SOTERO PESSOA:

... que o PORTEIRO (a vítima) passou a dar passos para trás na direção do interior do supermercado enquanto que o réu persistia dando voz de PRISÃO e dizendo que ele não resistisse; que em dado momento o réu segurou no braço do PORTEIRO (a vítima) e este continuou andando de costas, já então se explicando e dizendo que nada mais estava fazendo senão cumprindo ordens; que nessa ocasião o meritíssimo pos as mãos no cós de sua calça pelo lado de trás e sacou o revólver; que a senhora que estava na companhia do réu ficou muito nervosa e correu na direção da testemunha, pedindo-lhe o celular emprestado, o que de imediato foi atendido; que a senhora se dirigindo novamente e testemunha disse-lhe: “moço faça alguma coisa e peça ao rapaz para não reagir, porque ele poderá atirar”; que juntando toda a sua disposição a testemunha se aproximou dos desafetos e por trás aconselhava calma a ambos; que apesar dos conselhos da testemunha o porteiro continuava andando para trás, na direção do beiro do gerente, enquanto que o acusado repetia não reaja você esta sendo preso, não reaja você esta resistindo a PRISÃO; que quando já se aproximava vítima e acusado da mesa do geren-

te a testemunha ouviu o disparo e saiu correndo; que o PORTEIRO (a vítima) assim como a testemunha pedia calma ao juiz e andando para trás procurava sair do problema; que em dado momento a testemunha escutou o estampido e correu; que correu para trás do supermercado no propósito de pegar sua moto ali se deparando com dois casais mais velhos que lhe perguntaram o que ocorrera, sendo pela testemunha rapidamente informados, ocasião em que uma das senhoras apontando para trás perguntou-lhe “será aquele ali que vai saindo?” e a testemunha após constatar respondeu é; que a testemunha viu quando o acusado entrou num carola preto e partiu... *(sem grifos, inserções e destaques, no original)*

As contundentes imagens congeladas e fotocopiadas do crime insertas às fls. **1.015 a 1.078**, quando a vítima foi mortalmente atingida, bem confirmam que a mesma se explicava e que não externava qualquer reação ou defesa, porque não sabia que ia ser morta e sim **PRESA**. Era isto que lhe era verbalizado pelo réu, no que lhe impossibilitou inteiramente a sua defesa. A mesma, portanto, tombou ao chão, sem jamais imaginar que poderia, ali, perder a sua vida e em pouquíssimos segundos. Esta circunstância agravante, ocorre:

“Se ao interpelar a vítima já trazia o réu revolver em punho, não lhe dando a menor possibilidade de defesa quando dela desfechou os tiros fatais, tem-se como configurada a agravante do art. 121 §2º, IV do CP” (RT 393/133)

Na verdade,

“Gramaticalmente, surpresa é o ataque inopinado. É preciso além do procedimento inesperado, que o agredido não tivesse razão para esperá-lo, ou pelo

menos, sujeitá-lo (RJTJ, Lex 1/217, ou conforme lembra Jorge Severiano, em seu Código Penal, Vol. 2/169). Neste mesmo sentido, RT 385/84. Ou, como lembra Ari Franco: ‘o conceito de surpresa é o de um ataque repentino, inesperado, e sem que tenha havido, entre o delinqüente e a vítima, uma alteração no momento ou desavença remota’” (TJSP – Rec. – Rel. Villa da Costa – RJTJSP 34/244).

Esclarecedoras, por seu turno, são os quesitos e as respectivas respostas, abaixo numeradas, procedida pelo Departamento de Polícia Federal, no Ceará **(às fls. 988 a 1.014)**

5. No momento em que o acusado dominava o vigia, a cena na qual se vislumbra o autor do disparo semi-flexionar os membros inferiores representa indicativo de que o mesmo puxava o corpo da vítima para junto de si ou se o mesmo procurava impedir que esta se distanciasse?

Nas figuras 39 a 41 mostram que o autor inclina o corpo para puxar a vítima para trás. Nestes quadros observa-se que a vítima não esboça qualquer resistência nem tenta se distanciar, mesmo porque não podia andar para frente já que estava em frente a uma pilha de cestas.

15. É possível se visualizar em algum momento das cenas, a vítima empurrando o acusado. Em caso positivo, explicitar o momento fotográfico de tal situação.

Não. A vítima toma uma postura aparentemente submissa, primeiramente gesticulando com as mãos juntas e, após o autor pegar um de seus braços pelas costas, a própria vítima leva o outro braço para as costas e assim permanece até cair.

Em face destas razões, como retro dito e na esteira da melhor técnica, é reconhecida e, adicionada, a circunstância agravante prevista no art. 61, inciso II, letra ‘c’, última figura **(ou**

outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido), do Código Penal Brasileiro, pela qual é acrescentada à pena base já fixada de 13 (treze) anos de reclusão, como circunstância agravante, mais 02 (dois) anos.

E, não observando aqui causas de aumento ou de diminuição da pena (*art. 68, do Código Penal*), torna-se a **pena definitiva em 15 (quinze) anos de reclusão, em regime integralmente fechado**, em consonância com o entendimento unânime do Pleno deste Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.

Assim, ante ao exposto e por tudo mais que dos autos constam, JULGA-SE PROCEDENTE, a denúncia do Ministério Público, para CONDENAR o réu, Pedro Pety Barbosa de Araújo, acima qualificado, pelo cometimento do crime de homicídio qualificado, como previsto no art. 121, § 2º, incisos II (motivo fútil) e pela agravante disposta no art. 61, inciso II, letra 'c', última figura (ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido), do Código Penal Brasileiro.

É fixada a pena definitiva em 15 (quinze) anos de RECLUSÃO), por ter o mesmo – com dolo direto de primeiro grau – tirado a vida da vítima José Renato Coelho Rodrigues, no dia 27 de Fevereiro de 2005, no interior do Supermercado Lagoa, na cidade de Sobral/CE.

Concernentemente à determinação contida no art. 92, parágrafo único, do Código Penal Brasileiro, impõe-se dizer que, não somente a quantidade de pena aqui aplicada, superior a 04 (quatro) anos, como a gravidade do crime de homicídio praticado pelo réu, quando ainda investido de seu cargo de juiz de direito, conduz o órgão julgador aos conseqüentes efeitos da condenação.

Na verdade, este fato, que firmou, indelevelmente, a competência deste E. Tribunal de Justiça, nos termos da Lei nº 8.038/90 e das reiteradas decisões, inclusive do Pretório Excelso, conspurcou o esperado perfil do ocupante do elevado cargo de magistrado, não podendo mais gozar das prerrogativas funcionais a ele inerentes, nem cumprir com as suas conseqüentes

responsabilidades e deveres. Neste sentido, ensina o saudoso HELY LOPES MEIRELLES:

“Realmente a situação dos que governam e decidem é bem diversa da dos que simplesmente administram e executam encargos técnicos e profissionais, sem responsabilidade de decisão e de opções políticas.

Daí por que os agentes políticos precisam de ampla liberdade funcional e maior resguardo para o desempenho de suas funções. As prerrogativas que se concedem aos agentes políticos não são privilégios pessoais; são garantias necessárias ao pleno exercício de suas altas e complexas funções governamentais e decisórias.

Sem essas prerrogativas funcionais os agentes políticos ficariam tolhidos na sua liberdade de opção e de decisão, entre o temor de responsabilização pelos padrões comuns da culpa civil e do erro técnico a que ficam sujeitos os funcionários profissionalizados.” (in – Direito Administrativo Brasileiro – Hely Lopes Meirelles – Malheiros Editores Ltda. – 26ª Edição – São Paulo – 2001 – pág. 72/73

Assim, fundamentado, e em fiel cumprimento da determinação legal constante do art. 92, inciso I, letra b), do Código Penal vigente, declara-se a perda do cargo de Juiz de Direito, ao condenado Pedro Pécy Barbosa de Araújo, sem a pretensão de ingressar no mérito dos direitos previdenciários adquiridos pelo mesmo, no cargo de Juiz de Direito, até esta data, cujos requisitos legais específicos já teriam sido cumpridos, à óptica dos pareceres da Assessoria Jurídica do TJ/CE (fls. 1.392 a 1.398), com expressa decisão favorável da E. Presidência deste TJ/CE, às fls. 1.399, bem como de parecer da Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Ceará (fls. 1.433 a 1.439). São estes direitos – após sua virtual implementação administrativa – que garantirão os descontos mensais e suces-

sivos até a data aprazada, em favor do menor BRENO NASCIMENTO COELHO, filho da vítima, hoje com 06 anos de idade e que se encontra sob a guarda de seu avô, RENATO COELHO.

O réu, visto – igualmente – o art. 92, inciso I, letra b), do CP, deverá cumprir a pena definitiva, aqui estabelecida de 15 (quinze) anos, no Instituto Penal Paulo Sarasate, neste Estado do Ceará, em regime integralmente fechado, por se tratar de crime hediondo, não podendo – também por esta razão – ser-lhe garantido o direito de recorrer em liberdade.

O réu deverá pagar as custas devidas. Determina-se seja enviada cópia da sentença à família da vítima, tomando como modelo a salutar prática, recomendada pelo Provimento do CSM nº 733/2000, do Estado de São Paulo.

Após o trânsito em julgado desta decisão oficie-se ao Cartório Eleitoral, com vista à suspensão temporária dos direitos políticos do apenado, bem como se lance o nome do réu no livro do “Rol dos Culpados”, com a expedição da respectiva Carta de Guia.

PUBLIQUE-SE, esta decisão, na íntegra, no Diário de Justiça do Estado do Ceará (art. 387, VI, do CPP).

REGISTRE-SE a presente decisão na forma regimental.

INTIME-SE pessoalmente o réu, que se encontra preso, por cópia integral (art. 392, I, do CPP). Igualmente, intemem-se a douta Procuradoria Geral de Justiça, os ilustres Assistentes da Acusação e os ilustrados advogados de defesa.

Fortaleza, 29 de Setembro de 2005.

DESAFORAMENTO

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

**Nº 2002.0000.8642-5 PROCESSADO DE DESAFORAMENTO
COMARCA: TRAIRI
REQUERENT: A JUSTIÇA PÚBLICA
RELATOR: DES. JOSÉ EDUARDO M. DE ALMEIDA**

EMENTA: PROCESSUAL PENAL – PROCESSADO DE DESAFORAMENTO – INTERESSE DA ORDEM PÚBLICA E DÚVIDA SOBRE A IMPARCIALIDADE DOS JURADOS.

I- Há, simultaneamente, interesse da ordem pública e dúvida sobre a imparcialidade dos jurados. Prova disso é a propaganda difamatória que infesta os logradouros públicos da comarca, onde cartazes e pichações de muros servem de termômetro para provar quantum satis o risco que corre a integridade física do réu, além da incerteza de um julgamento imparcial pelo Conselho de Sentença do Tribunal do Júri da Comarca.

II- Desaforamento do julgamento deferido. Decisão unânime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Processado de Desaforamento nº 2002.0000.8642-5, de Trairi, em que é requerente **Mauro da Justa Freitas** e requerida a **Justiça Pública**.

Acordam as Câmaras Criminais Reunidas, por unanimidade de votos, em deferir o pedido para desaforar o julgamento do requerente para a Comarca de Fortaleza, em dissonância com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça.

MAURO DA JUSTA FREITAS, qualificado nos autos, por conduto de judicial procurador, ajuizou o presente pro-

cessado de desaforamento com pedido de liminar para suspender o julgamento, isso porque se encontra pronunciado na comarca de Trairi nas penas do artigo 121, § 2º, IV da Lei Substantiva Penal, sob a acusação de haver homicidado, com três tiros de revólver a pessoa de José Edson Filho de Sousa, fato ocorrido no dia 19 de março de 1995, por volta das 21h, no centro daquela comarca, mais precisamente no ambiente conhecido como “Bar da Iracilda”. Ainda segundo os autos, o motivo que levou o acusado a praticar a infração penal foi fomentado pelo inconformismo ao se ver abandonado e rejeitado pela mulher amada que o preteriu por outro homem, no caso a vítima.

Sustenta como suporte fático e jurídico para o sucesso do desaforamento em foco, a campanha que está sendo feita na cidade de Trairi, inclusive com pichações nos muros da cidade, exercendo grande poder de influência social, havendo sérias discussões na cidade acerca do julgamento, já pairando dúvida sobre a imparcialidade do júri, ainda porque, a cidade é pequena sendo os habitantes, na maioria das vezes, parentes da vítima, encontrando-se o fato em rotineira campanha realizada pelos familiares em prol da condenação do requerente.

Segundo, ainda, o pedido do requerente, por medida de segurança, o mesmo foi interrogado na comarca de Paracuru, seguindo-se a sua dispensa em todo o perpasso da instrução.

O representante do Ministério Público de primeiro grau instado a se manifestar opinou pelo indeferimento da súplica. Enquanto a Magistrada tão-somente prestou as informações sobre o processado.

Às fs. 32/34, deferi a medida liminar para suspender o julgamento do requerente pelo Tribunal do Júri da Comarca.

Com vista à douta Procuradoria Geral de Justiça, esta, com o parecer de fs. 108, opinou pelo indeferimento.

É o relatório.

Pela prova ajuntada nos presentes autos, o crime cometido pelo requerente teve grande repercussão na Comarca de Trairi, haja vista que o mesmo é filho da Titular do Cartório do Segundo Ofício da Comarca, onde Andréa Barbosa, a namorada da vítima, era funcionária.

Mauro da Justa Freitas encantou-se com a moça, porém, rejeitado, passou a fazer ameaças de morte a José Edson Filho de Sousa, para possibilitar seu romance com aquela.

Dito e feito. No dia do crime, o recorrente acometido de inexplicável crise de ciúme, aproximou-se da vítima que estava na companhia de Andréa e segurou os cabelos da mesma e, com a outra mão, encostou o revólver na cabeça de José Edson e disse: “Toma essa!..” desfechando-lhe o primeiro tiro e mais dois nas costas, quando ele caíra ao chão, sem verberar uma só palavra.

A gravidade do fato, segundo se infere do processado, causou profunda indignação e clamor no seio da comunidade de Trairi, a ponto de obrigar a Juíza da Comarca a transferir o requerente para a Delegacia de Paracuru, para evitar represálias à sua integridade física ou mesmo desavenças entre os familiares dos protagonistas do infeliz evento.

À vista do exposto é factível concluir pelo temor do Conselho de Sentença e parcialidade dos seus componentes para julgar o réu pelo crime a ele imputado.

Ratifica-se o sobredito raciocínio conclusivo, também, através das várias fotografias acostadas aos autos, visualizando cartazes, faixas, pichações, todas pedindo, explicitamente, a prisão para o requerente, numa manifesta indignação da sociedade local, contra o crime por ele praticado.

O pedido tem âncora na norma do artigo 424 do Código de Processo Penal, segundo a qual se o interesse da ordem pública reclamar ou houver dúvida sobre a imparcialidade do júri ou a segurança pessoal do réu, o Tribunal, a requerimento de qualquer das partes ou mediante representação do Juiz, e ouvido sempre o Procurador-Geral, poderá desaforar o julgamento para a comarca mais próxima, onde não subsistam aqueles motivos, após informação do Juiz, se a medida não tiver sido solicitada, de ofício, por ele próprio.

Na hipótese, há simultaneamente interesse da ordem pública e dúvida sobre a imparcialidade dos jurados. Prova disso é a propaganda difamatória que infesta os logradouros públicos da comarca, onde cartazes e pichações de muros ser-

vem de termômetro para provar **quantum satis** o risco que corre a integridade física do réu, além da incerteza de um julgamento imparcial pelo Conselho de Sentença do Tribunal do Júri da Comarca.

Diante do exposto, contrariando o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, defiro o pedido de desaforamento do réu/requerente Mauro da Justa Freitas, para a comarca de Fortaleza.

É como voto.

Fortaleza, 28 de maio de 2003,

DISCURSOS

Discurso de saudação dos novos Desembargadores que irão compor a Quarta Turma Cível do TJ.CE, proferido pelo Des. João Byron de Figueiredo Frota em 26 de outubro de 2006.

Saudações

Honrado pela distinção ímpar do Sr. Presidente deste vetusto Tribunal, desembargador Francisco da Rocha Victor, ocupo esta tribuna para apresentar aos novéis desembargadores Lincoln Tavares Dantas, Celso Albuquerque de Macedo e Francisco Lincoln Sousa e Silva, que comporão a Quarta Câmara Cível deste Sodalício, recentemente criada, os votos de boas vindas a este mais que centenário Colegiado.

A inadiável ampliação do número de componentes da Corte, necessária a perfazer uma composição mais próxima do mínimo imprescindível a uma prestação jurisdicional mais ágil e eficiente, era uma já antiga e justa reivindicação da sociedade cearense, que a pretendia no mesmo patamar dos tribunais de Justiça de Pernambuco e Pará, com mais de trinta (30) integrantes cada, os quais, por guardarem similitudes conosco, serviram de parâmetro para as nossas reivindicações.

Registre-se que a pretensão do ínclito Presidente do Tribunal era, conforme sua plataforma de administração, a instalação de duas Câmaras o que, contudo, segundo razoáveis ponderações do Executivo estadual, não se entremostrava exeqüível diante do que, não sendo possível a implantação do número ideal, optou-se pelo acréscimo do factível. Significa, todavia, um passo firme para a obtenção do desiderato pretendido.

Impõe-se, por pertinente e justo, ressaltar o empenho firme e pertinaz com que se houve o nosso timoneiro para a concretização do aumento do número dos desembargadores cearenses, do que todos somos testemunhas sem o que, indubiosamente, esta solenidade festiva não seria possível, pelo menos nesta oportunidade. Conseguir sua Excelência adicionar à longa e equilibrada carreira na Magistratura e à profícua gestão

na chefia do Judiciário, já no ocaso desta, uma admirável e incomum façanha reservada a poucos, com que regala a sociedade e este Poder. Agiu, destarte, inspirado por **Deus**, seu orientador perpétuo, e segundo a máxima de **Goethe**, de que: *“Não basta saber, é preciso aplicar. Não basta querer, é preciso fazer”*.

De outra parte, se o aumento numérico é significativo, a qualificação dos ora empossados agrada e orgulha a todos quantos tiveram e têm a felicidade de com eles conviver. São profissionais de sólidas formações morais, preparo intelectual incomum, diuturna aplicação ao trabalho, independência de atitude, compromissados apenas com o Direito e com a Justiça, avessos a quaisquer interesses subalternos, chefes de família exemplares, excepcionais qualidades que os fizeram merecedores da admiração e do respeito das comunidades em que laboraram ao longo dos anos, enaltecendo, com seus comportamentos, as vestes talares que envergam.

Este Tribunal que teve a faculdade de escolhê-los em listas compostas por profissionais de reconhecida capacidade, componentes das valorosas categorias da Magistratura e do Ministério Público, respectivamente, acolhe-os com a alegria e a certeza de que emprestarão eles ao Colegiado o brilho de suas inteligências e o acerto e a ponderação de seus julgamentos, a par de suas convivências fraternas e aprazíveis. Agregarão, sem sombra de dúvida, ao já respeitado Órgão Máximo do judiciário da Terra da Luz, o valor de seus inestimáveis contributos e de suas marcantes personalidades. As suas indicações e escolhas sinalizam que a do próximo integrante da 4ª Câmara será tratada pela OAB e pela Corte, a exemplo do que aconteceu na última, com igual cuidado e zelo.

Ressalte-se, igualmente, por forçoso, a atitude cavalheiresca do senhor governador Lúcio Alcântara, prestigiando a tendência majoritária do Tribunal, em haver nomeado o candidato sufragado com o maior número de votos da lista aqui elaborada, indicado por nada menos de 21 (vinte e um) do total dos 23 (vinte e três) componentes da então composição plenária, não obstante haver disputado com dignas e brilhantes colegas.

Nesse ponto faz-se mister traçar, resumidamente, um perfil dos empossados, adotando-se o critério de maior tempo de serviço público.

O desembargador **Lincoln Tavares Dantas**, nasceu em Fortaleza, aos sete (07) de dezembro de 1941, filho senhor José Ribeiro Dantas e da senhora Alzira Tavares Dantas. Estudou no Colégio Marista de Missão Velha e Colégio Diocesano do Crato, bacharelando-se em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, em cujo território também foi funcionário público da União.

Ingressou na magistratura em 16 de março de 1970, em Jaguaruana, desempenhando suas funções, posteriormente, nas cidades de Mombaça, Acopiara e Russas. Promovido para a Capital, julgou nas áreas cíveis e criminais, bem assim nas especializadas de Execuções Criminais, depois removido para a Primeira (1ª) Vara de Família da Capital onde permaneceu até a presente data.

Foi juiz eleitoral no interior e na 2ª Zona Eleitoral de Fortaleza, tendo sido membro suplente do Tribunal Regional Eleitoral (TRE), bem como juiz de Turma Recursal dos Juizados Especiais. Participou de vários cursos entre os quais destacam-se: Prática Judiciária, Prática Penitenciária, Prevenção Criminal, na área jurídica, e Introdução à Filosofia e Conferências Sobre Literatura Brasileira Contemporânea.

É casado com a senhora Claudete Medeiros Dantas com quem tem os filhos Cláudia, Karen, Kélvia e K. Alzira Medeiros Dantas.

O desembargador **Celso Macêdo de Albuquerque** nasceu em Acopiara em 16 de janeiro de 1941, tendo como genitores o senhor Azarias Felício de Albuquerque (falecido) e a senhora Maria Albuquerque de Macêdo, que aos com 86 anos vivencia este momento.

Concluiu o curso primário no Grupo Escolar de sua cidade natal, o ginásio no Seminário São José, de Crato e o Clássico no Liceu do Ceará, nesta Capital, bacharelando-se pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, em 1968.

Servidor do SESC por oito (08) anos, foi promotor

de Justiça em Pedra Branca, até ingressar na Magistratura no ano de 1974. Iniciando-se como juiz na cidade de Tamboril, foi titular das comarcas de Pacatuba, Pentecostes, Russas e Caucaia, sendo promovido para a Capital em 1989, assumindo, logo depois a 10ª Vara de Família onde permaneceu até a presente data. Exerceu o cargo de juiz eleitoral nas referidas comarcas interioranas e na octogésima terceira (83ª) Zona de Fortaleza.

Em 1984, concluiu o Curso de Especialização em Direito Público, e assumiu o cargo de juiz do Tribunal Regional Eleitoral, onde proximamente concluiria o segundo biênio. Ali foi diretor da Escola Judiciária Eleitoral, tendo elaborado e publicado várias e importantes matérias versando assuntos pertinentes.

Ocupou, em várias administrações, os cargos de Vice-Diretor e de Coordenação de Distribuição de Mandados do Fórum Clóvis Beviláqua, além da Coordenadoria dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais da Capital, e, posteriormente, também do Interior elaborando, então, três edições da Revista de Jurisprudência das Turmas Recursais. Participou de oito encontros nacionais dessa Justiça Especializada.

No item curso e seminários listam-se nada menos de 15 (quinze) eventos dos quais participou, nas mais diferentes áreas do Direito.

É casado com a senhora Marília Campelo Cruz Macêdo, de cujo consórcio nasceram Delana e Morgana, ambas casadas, a última mãe de sua neta Marina.

O desembargador **Francisco Lincoln Araújo e Silva**, é natural de Acopiara, onde nasceu no dia 11 de maio de 1947, sendo seus genitores o senhor Manoel Jesus da Silva a senhora Maria Idelzuite Araújo e Silva, serventuários da Justiça, já falecidos, fez os estudos primários no Grupo Escolar Padre João Antonio, indo, em 1958, para o seminário diocesano do Crato. Transferindo-se para o Liceu do Ceará, desta Capital, concluiu o Curso Secundário em 1965 e já no ano seguinte iniciou o curso de Direito da Universidade do Ceará, bacharelando-se no ano de 1970.

Advogou em sua cidade natal até o início de 1973, e, paralelamente, exerceu ali o magistério de 2º grau no Colégio

Estadual Alfredo Nunes de Melo, função que veio a desempenhar, depois, no Colégio Estadual Presidente Humberto Castelo Branco, já na Capital, por três anos.

Começou a carreira ministerial na comarca de Jucás em 1973 e, removido para Orós, foi o primeiro titular daquela promotoria. Promovido, já no ano seguinte, para Várzea Alegre, de 2ª entrância, foi dali, em 1979, para a 1ª Vara de Iguatu, de 3ª entrância, de onde veio para Fortaleza, em 1983, exercitando, nesta Capital, suas atividades junto à 9ª Vara Criminal.

Pelo critério de merecimento, como na maioria de suas promoções, em 1995, foi alçado ao cargo de Procurador de Justiça prestando serviços junto às Procuradorias Criminais, com assento na 2ª Câmara Criminal desta egrégia Corte, onde permaneceu até sua escolha para o desembargo.

Nessa qualidade, participou de nada menos de nove (09) Congressos Nacionais do Ministério Público, patrocinados pela Confederação Nacional daquele Órgão (CONAMP) em várias e capitais estaduais, em anos distintos. Esteve presente, também, à Seminários e Encontros da Instituição a que pertencia, nos quais versado temas diversos, institucionais e jurídicos, dois dos quais na Região do Cariri.

Eleito pela classe, foi conselheiro junto ao Conselho Superior do Ministério Público, por seis vezes, com mandato anual. Entre 2001 e 2004, foi de Coordenador da Procuradoria de Justiça dos Crimes Contra a Administração Pública (PROCAP). Por aclamação, foi duas vezes escolhido para exercer as funções de Secretário Executivo das Procuradorias Criminais. Por designação da Procuradoria Geral de Justiça, presidiu várias comissões de investigação e processo disciplinar.

É pai da universitária Kilma Maria, que cursa a Universidade Federal do Ceará.

Dos alentados perfis profissionais dos novos componentes deste Areópago, que se procurou concentrar, ressei que não somente as Famílias dos novos colegas experimentam justo orgulho e merecida alegria, mas também a valerosa cidade de Acopiara, situada no alto sertão da Região Cen-

tro Sul do Ceará, banhada pelas águas generosas dos riachos Quincorê e Trussu, sob as bênçãos de Nossa Senhora do Perpétuo Socorro, que presencia dois de seus mais ilustres filhos serem elevados, num único dia, aos cargos nos quais Vossas Excelências ora se empossaram. A coincidência auspiciosa, ao que me lembro, só é igualada pela nomeação dos baturiteenses Rocha Victor e Gilson Martins que obtiveram ditas honrarias no dia 13 de outubro de 1994. De igual sorte, a “Loira Desposada do Sol”, foi contemplada com valoroso rebentos de suas plagas.

Senhoras e Senhores:

Considerando já haver dito, não tanto quanto o merecem os eminentes desembargadores, Lincoln Dantas, Celso Macêdo e Lincoln Araújo, mas o de que melhor me ocorreu no exíguo tempo de que dispus, o que, aliás, poderia até ser despreciando, ante os invulgares predicamentos que avultam de suas biografias e de suas raras virtudes morais, de todos sabidas e por todos reconhecidas, permitam-me concluir rendendo um preito de reconhecimento e amizade ao desembargador Francisco da Rocha Victor, responsável maior por este venturoso acontecimento.

É o nosso presidente um cultor cuidadoso do **Direito** e um fiel amante da **Justiça**, que busca incessantemente na aplicação diuturna da **Lei**. Dotado de acendrada espiritualidade, pratica o bem desinteressadamente, cômscio da futilidade das vãs vaidades e da fugacidade das coisas terrenas. Age com destemor, contudo movido sempre pelo respeito ao próximo. Foi filho obediente, é pai zeloso e esposo atento. É amigo leal e fraterno. Colega lhano e dadivoso, e mesmo quando, próximo a afastar-se do serviço ativo, presenteia a Instituição a que serve como homem e juiz reconhecidamente justo.

Por adequar-se à personalidade do cidadão e magistrado que é Vossa Excelência, e pertinente a esta solenidade festiva, cito o insigne Carlos Maximiliano: *“Não pode um povo imobilizar-se dentro de uma forma hierática por ele próprio promulgada; ela indicará de modo geral o caminho, a senda, a diretriz; valerá como um guia, jamais como um laço que prenda, um grilhão que encadeie. Dilata-se a regra severa, com imprí-*

mir elasticidade relativa por meio de interpretação.

Os juizes, oriundos do povo, devem ficar ao lado dele e ter inteligência e coração atentos aos seus interesses e necessidades. A atividade dos pretórios não é meramente intelectual e abstrata; devem ter um cunho prático e humano; revelar a existência de bons sentimentos, tato, conhecimento exato das realidades duras da vida.

Em resumo: é o magistrado, em escala reduzida, um sociólogo em ação, um moralista em exercício; pois a ele incumbe vigiar pela observância das normas reguladoras da coexistência humana, prevenir e punir as transgressões das mesmas” (Hermenêutica e Aplicação do Direito, 9ª ed. FORENSE, pag. 60)

De igual forma, afirma com felicidade o escritor José Ingenieros: *“O homem justo inclina-se reverente diante dos valores reais; admira-os nos outros e aspira possuí-los também. Ama a todos os que elevam a sua personalidade pelo estudo, a todos os virtuosos, a todos que trabalham, a todos os que aumentam com seu esforço o bem estar dos seus semelhantes.....Onde falta a justiça não pode haver solidariedade; semeando-se uma, colhe-se a outra. Governar um povo não é igualar os seus componentes, nem sacrificar uma parte em benefício de outra; é propender para um equilíbrio que favoreça a unidade nacional, desenvolvendo a solidariedade entre as partes, que são heterogêneas sem ser antagônicas. A heterogeneidade é natural, pela diversidade de aptidões e tendências humanas e é proveitosa, porque engendra as desigualdades necessárias para as múltiplas funções da vida social. Sendo naturais, as desigualdades não podem ser suprimidas; nem conviria suprimi-las, ainda que se pudesse. A solidariedade consiste em equilibrá-la, criando-se a igualdade diante do direito, para que todas as desigualdades possam desenvolver-se integralmente em proveito da sociedadeLouvados os que concebem mais justiça, os que por ela trabalham, os que por ela lutam, os que por ela morrem. São plasmadores do porvir, encarnam ideais que tendem a se realizar na humanidade”*

Ao finalizar, faz-se mister consignar que, além de

construir prédios de Fóruns no interior, com destaque para o de Sobral, conservar os já existentes e dotá-los de aparelhamento para seu efetivo funcionamento, prestou Vossa Excelência, desembargador Víctor, uma inestimável contribuição à Instituição mantendo um diálogo franco e cordial com os chefes do Executivo, Lúcio Alcântara, e Legislativo, Marcos Cals, de temperamentos também equilibrados e afáveis, concorrendo para a real e permanente vivência no Ceará da independência e harmonia constitucionalmente previstas, em benefício da população. Contou e conta, para tanto, com a colaboração imprescindível dos desembargadores Fernando Luiz Ximenes Rocha, Vice-Presidente e Diretor do Fórum Clóvis Beviláqua e João de Deus Barros Bringel, Corregedor Geral da Justiça e o apoio de todos os magistrados, do primeiro e segundo grau.

Por último, nesta hora de gáudio e ventura, cumprimento as digníssimas esposas, diletos filhos, genros, noras e netos, dos novos colegas, seus companheiros de todas as horas e de todas as batalhas, apoios fundamentais e estímulos essenciais aos êxitos alcançados em suas vitoriosas carreiras. A estes últimos, os votos sinceros de sucessos pessoais e profissionais nas novas funções dos cargos que ora assumem e que suas permanências neste Tribunal de Justiça sejam produtivas e felizes. Parabéns.

Tenho Dito.

Discurso do Desembargador Francisco de Assis Filgueira Mendes, proferido em 6 de julho de 2006, por ocasião de sua posse.

Permita-me – a complacência dos membros desta Corte e do augusto público, que honram e dignificam o momento ora por mim vivido – lembrar o dia 4 de julho de 1959.

Naquele dia, eu, menino com 12 anos de idade, e meu querido e saudoso irmão, Fernando, com 9 anos, fomos despertados pelos acordes da banda de música da 10ª Região Militar, que executava a música “Queda de Estrelas”, de autoria de John Philip de Sousa, enchendo de sons a noite das ruas Senador Pompeu, Antônio Pompeu e Clarindo de Queiróz, na confluência da antiga Praça da Bandeira, e impregnando todos com a euforia das notas do dobrado militar.

Não ficamos infensos a tal chamado: era muito forte e mexia com nossos sentimentos infantis; de pronto, solicitamos a nossa mãe, D. Cacilda, a autorização para emprendermos a travessia da Antônio Pompeu até a edificação das caixas d’água, foco de toda aquela movimentação. Fomos entregues aos cuidados e vigilância de minha tia Carlinda, monumental pessoa humana, artista de extrema sensibilidade, pianista e pintora, a quem devo o gosto pelas coisas mais refinadas do espírito, e devoto-lhe por tudo uma gratidão eterna. Pelas mãos seguras, fomos conduzidos até bem próximo da calçada, onde, com aprumo, alinhava-se a banda militar, e ali soubemos pelos circunstantes que se tratava da inauguração do prédio novo da Faculdade de Direito do Ceará.

A multidão, que se formava, aguardava com ansiedade a chegada do Presidente da República, que, logo, logo, fez-se presente, descendo de um reluzente carro de cor preta e saudando a todos, com gestos largos e sorriso alvar; seu nome: Juscelino Kubtischek de Oliveira.

A iluminação feérica da festa, os acordes da marcha militar, o carisma do Presidente da República, a beleza do prédio que se inaugurava, as mãos aquecidas pelo calor humano de Carlinda, fizeram-me ter uma visão premonitória de que meu

futuro estaria ligado àquela casa de ensino jurídico, onde estudaria e seria um de seus professores.

Hoje, cumprida toda a premonição, relembro a magia, o sobrenatural daquela noite, embalado pela poética de Filgueiras Lima, no poema “Legenda”:

*Era menino,
um dia olhei o céu,
Longe as estrelas.
Tive uma vontade imensa de colhê-las,
Estava desvendado o meu destino.*

Das reminiscências do curso jurídico, a saudade imensa dos grandes mestres, que me ensinaram, antes de tudo, a pensar o Direito, bem antes de compreendê-lo através de formas e fórmulas da alquimia jurídica. Ressoa, ainda, em meus ouvidos, a eloqüente voz de Amorim Sobreira, discorrendo sobre o Direito Romano, o **jus** e o **fas**, a similitude dos institutos romanistas com o civilismo de Beviláqua. E os fundamentos do Direito Civil, em sua parte geral, explanados pela grandiosa inteligência de Wagner Barreira. Sabedoria e bondade se irmanavam. A visão prática e útil do Direito Comercial, vinda de Fran Martins, os arquétipos da legislação trabalhista, surgindo ao compasso da voz pausada de Aderbal Freire, e, para não me alongar mais nesse grande elenco de magníficos mestres, os vívidos raciocínios, as técnicas inigualáveis, transmitidos em deliciosos momentos pelas vozes diminutas em suas emissões, e grandiosas em suas propagações mentais, dos extraordinários Raimundo Cavalcante Filho e Roberto Martins Rodrigues, um, civilista de nomeada, o outro, administrativista de vanguarda. *Como era verde o meu vale* - lembrando o imortal filme de John Ford.

O estudante pobre, amparado pelo auxílio da biblioteca da Faculdade de Direito, avançava em seus estudos, de início com performance quase medíocre, só se revelando nos 2 últimos anos; era o bom tempo do curso jurídico se reger pela anualidade de suas disciplinas. Formado em 1970, inte-

grando a maior turma de concludentes da história mais que centenária de nossa Salamanca, de canudo na mão e cabeça cheia de sonhos, busquei, através de concurso público, o ingresso na magistratura estadual.

Corria o ano de 1974; o Código de Processo Civil tinha apenas 1 semestre de vida; com a aprovação em disputado e limpo certame, vi-me Juiz Substituto, percorrendo sertões, realizando ideais e amadurecendo, graças a rica convivência propiciada pelas comunidades interioranas. Fiz-me, ao mesmo tempo, homem pleno e juiz.

Inesquecível o momento em que, na longínqua Comarca de Jardim, ao saber que o Juiz estaria aniversariando no dia seguinte, uma mulher, com idade e físico curvados pelo tempo, caminhou 7 quilômetros, para no alvorecer daquele dia de fevereiro, batendo na porta de minha casa, entregar-me seu presente: uma garrafa de leite, obtida do único animal que possuía e que a alimentava com sua seiva. Senhores, jamais bebi néctar mais valioso.

De outra feita, em Comarca do Sertão Central, após período de inclemente estiagem, a água escasseava quase totalmente, o povo sofria e os animais morriam. De repente, a natureza se fez pródiga: o céu nublou e pingos d'água começaram a cair. Milagre de Deus. Ao cair da noite, veio o convite do Oficial de Justiça para que eu assistisse à chegada da água no leito do rio que cortava a cidade. Ali, em procissão à luz de velas, com a participação de homens, mulheres, meninos e animais, ouvi o ronco da água que irrompia, que chegava, inicialmente trazendo restos de vegetação, animais mortos que se encontravam encravados nas margens ribeirinhas secas, para depois jorrar abundante e quase límpida. A euforia de todos, contagiava em um crescendo. Pessoas se abraçavam, riam e choravam; era a bondade divina que redimia um povo sofrido pela fome e pela sede. E ali, novamente, chorei como homem e como juiz.

Lavar uma crônica de saudades e reminiscências, exclusivamente, não seria de feito e moldagem, ao registro de momento tão solene e formal.

A praxe dos discursos de posse inclui a exigência do delineamento de perfis diversos, com matizes e variações que se iniciam nas construções ideológicas e se espraiam no ofertar de prumos e nortes do ideal do ser em essência e do valor do justo, além da questão judiciária.

Como único e possível destinatário da norma jurídica, o homem, esse ser ontológico, atrai o que há de integral, de essencial de suas virtualidades, na constante e sôfrega luta pelo auto conhecimento.

Na filosófica definição de Régis Bonvicino:

“O homem é (direito das futuras gerações).

O homem de dentro

(larva ainda ninfa)

Sob a forma de crisálida do tempo.

.....

O homem é o centro

O homem é

Não o homem de fora

Mas o homem de dentro.

E, na poética vinicianiana, o que de belo, tocante e comovente, espargiu sobre a temática humana, eterna e infinita indagação dos séculos, suprema aventureira dos milênios:

“Eu sou um homem.

A medida de todas as coisas, uma coisa de grandeza e solidão, um ser múltiplo e indivisível, a se agigantar no espaço como uma árvore sem termo.

Eu sou o passado, sou o presente e sou o futuro: a sombra de meu pai e o amanhã de meu filho.

Eu sou o amanhã universal, porque vivo e me mato a cada instante, num silêncio que fecunda o amor, num amor onde floresce o sonho, num sonho que recria a vida, numa vida de onde nasce a morte, numa morte que se nutre do amanhã.

Estou limitado pelo meu nascimento, ao sul; pela minha morte, ao norte. A oeste, tenho compromissos, dilemas e

retaliações. A leste, tenho o povo, que me oprime e a quem amo.

Quisera ser coração, nuvem, primeira namorada, quando penso no povo. Tomara tanto simplificar-me e não ter mais desejos senão o meu amor ao povo.

Mas, aí. Nasci tal um relógio, com um pêndulo que marca o tempo de minha paixão. Sou um homem. Um ser sempre a crescer. Um homem no seu mais dramático sentido. Dotado de toda a inteligência, toda a chama, toda a sinceridade, toda a astúcia que pode ter um homem, e toda a solidão”.

O homem transcende, em seus característicos de superioridade junto aos escalões zoológicos, ao da simples e pura racionalidade, o homem é essencialmente um animal sonhador; é desta faculdade onírica, desse poder-magia de sobrepassar o que é terreno, o mundano, o material, que o homem se excede, e alça, nas dimensões da espiritualidade, o momento de alcance da insustentável leveza do ser, o sonho como matéria prima da construção de um ideal.

“Os sonhos e a magia como antídotos da ideologia. O sonho para superar a mentalidade cartesiana, Essa lucidez vizinha do poder.” No dizer de Luís

Alberto Warat.

A sobrevivência do ser humano é mensurável por sua capacidade e condições de sonhar, de idealizar. Ninguém escapa do anátema fulminante: *“Sem sonho não há salvação”*.

A mensuração democrática de qualquer instituição passa e repassa pelo poder de estimular o sonhar do cidadão. A repressão ao sonho equivale ao sufocamento de ideais, até que toda a massa humana reste estéril de fantasias, e se transforme em ordeiro rebanho de irracionais animalizados.

O surrealismo de Buñuel bem pontifica o dilema de *“sonhar é preciso, viver não é”*:

E no cancionário da lusitana MADREDEUS, a poética de Pedro Ayres Magalhães, que nos ensina a dizer do sonho e da fantasia:

*“Ao largo
ainda arde
a barca da fantasia
e o meu sonho acaba tarde
deixa a alma de vigia.
Ao largo
Ainda arde
A barca da fantasia
E o meu sonho acaba tarde
Acordar é que eu não queria”*

O sonhar alcança, além das construções metafísicas, das vagezas ilusionistas, também um pensar de perfeição possível, para celebração e realização do ideário da justiça.

O compartilhamento vivencial convoca para o elenco de sonhadores responsáveis a figura primeira do juiz.

Impossível, em qualquer organização judiciária, mesmo as pensadas em compasso ficcionista, a exclusão de uma personificação básica, catalisadora dos anseios e das angústias humanas, capaz de traduzir na linguagem da sensibilidade da norma jurídica, possibilitando a outorga do direito reclamado a quem realmente faz jus, dando fecho ao litígio e restaurando o tecido social vulnerado, promovendo, pois, a paz e a harmonia.

Realizar tal tarefa, de labor ingente, reclama do julgador uma atitude não passiva, mas de participação aguda no drama social, não de mero expectador, e sim de agente politicamente responsável pela efetivação consagradora dos direitos e garantias fundamentais.

Para o desembargador paulista José Renato Nalini, tal insurreição é um verdadeiro brado salvador, um resgate histórico e um feliz reencontro entre a Justiça e o povo.

A velha toga não protege o juiz moderno. Ele tem sido acusado de corporativista e ineficiente, sem condições de reagir. Impõe-se-lhe o abandono da cultura da passividade, para

se apegar ao menos a uma cultura crítica. Diz-se, ao menos, pois há quem propugne a adoção de uma cultura da revolta, única reação ao conformismo presente.

A cultura crítica favorece o repensar do direito como alternativa única para a solução dos conflitos humanos. E o repensar da função judicial como seu principal instrumento.

Atinge-se a cultura crítica mediante a imersão ética, exercício individual e isolado de consciência da realidade e de compromisso com a missão de aperfeiçoá-la. Resultado dessa postura solitária, na contaminação de todas as mentes sensíveis, será a verdadeira insurreição ética do juiz brasileiro. A coesão de toda a Magistratura, atingida por saudável sentimento de irrisignação, diante da melancólica realidade do povo, da sociedade e de sua Justiça.

O povo tem fome e sede de Justiça, mas também se vê atormentado com sede e fome literais. O celeiro do mundo não impede a desnutrição de seus filhos. Mediante a mania quase patológica de navegação na internet, mergulha-se na fantasia da realidade virtual e condena-se a infância a lindes escassos de qualidade e de duração de vida.

É o fruto de a sociedade se erigir sobre valores inconsistentes: pregar o acúmulo de bens materiais e a consecução de vantagens a qualquer custo; perseguir o objetivo da obtenção de bens da vida cada vez mais sofisticados e supérfluos; debochar da virtude; e premiar a esperteza.

Agrida-se a natureza e ela virá a galope, dizia BUFFON. Vulnere-se a natureza humana e a vingança virá a jato. O morticínio e a prostituição infantil, a banalização da violência, até a nível doméstico, a batalha perdida contra a droga. O desamor, o egoísmo, a efemeridade das relações entre as pessoas. Nossa sociedade precisa de UTI.

A justiça humana reflete esse caos: serve a uma faixa cada vez mais reduzida de brasileiros; vastos setores são excluídos do acesso à Justiça convencional e a elite econômica subtraiu-se a sua lentidão; perde-se na contemplação do litígio interindividual, ausente o enfrentamento das macrocontrovérsias; não planeja; não prepara os quadros do futuro e

não motiva os atuais.

A indignação ética deve atormentar o juiz sensível. De modo a impregnar seu universo pessoal, convertendo-o em artífice da transformação possível; animando-o da coragem cívica de reclamar mudanças institucionais; estimulando-o a ser condutor do processo de reformas, não seu objeto.

Não há receitas infalíveis, nem remédios miraculosos. O caminho há de ser encontrado de acordo com a história pessoal de cada um e trilhado na conformidade de seu talento. O passo inicial é a entrega, espontânea e sem preconceitos, ao esquecido exame de consciência. Indagar-se sobre o óbvio e com simplicidade. As coisas singelas também podem ser eficazes.

Qual o meu conceito de justiça?

Tenho atuado coerentemente com ele?

Posso aperfeiçoar a realização humana do justo?

Sou instrumento ou produtor de justiça?

São temas postos ao juiz imerso na ética e a caminho da insurreição. Ao responder a tais questões – e a tantas outras, surgidas na angústia da missão jurisdicional, signo distintivo de todo juiz lúcido – surgirá o propósito de atuar decisivamente na transformação da justiça.

Só assim estará o juiz brasileiro a cumprir com o seu dever de construir uma sociedade livre, justa e solidária, de erradicar a pobreza e de promover o bem de todos os semelhantes. Dever jurídico, positivado na Constituição da República. Mas, antes disso, compromisso ético inafastável de quem assumiu a missão de dizer o direito e de realizar a humana justiça.

Com deficiente aparato organizacional, utilizando métodos e instrumentos recuados no tempo e no espaço, um reduzido quadro de magistrados carentes de melhor preparação para enfrentar a dura lida da jurisdição, ao depender dos outros poderes na aprovação de seu orçamento e na liberação de seus recursos, eis um Judiciário quixotesco, sonhador e

visionário, afastado da realidade, armado com a lança imaginária do poder supremo da jurisdição, não para lutar contra gigantes imaginários, como o personagem de Cervantes, inimigos que não assumem a forma de moinho de vento, mas são reais e capazes de provocar um verdadeiro “ciclone” na opinião pública contra aquele que, na qualidade de guardião dos direitos e das muitas garantias do cidadão, vê-se a descoberto, sem proteção, expiando culpas, muitas das quais não cometeu.

Eis a visão conjuntural e estrutural do Poder Judiciário de hoje; daí, urge uma necessária cooperação de todos os operadores jurídicos, na elaboração e execução de linhas de ação, que, independente da rotulação modernizadora e de qualidade, sobrepondo-se aos próprios critérios de uma reengenharia, estabeleçam critérios de racionalização da própria prestatividade da jurisdição, enfrentando a concretude e as peculiaridades de cada demanda judicial.

Visto o processo como uma série de atos complexos, movimentando-se em busca de uma decisão de mérito pretendida, do bem da vida, almejado a uma acalentada jurissatisfatividade, atos estes que se revestem, de certo e determinado formalismo legal, alcançaríamos o primeiro obstáculo. A agilização do processo, com a eliminação radical das formalidades, a exorcização dos princípios fundamentais, nos conduziria a uma inexorável “utopia”, ao compasso de que: “Na determinação dos fundamentos do formalismo processual civil, consideram-se suas conexões internas e externas, extremando-se as vertentes políticas, culturais e axiológicas condicionantes da estruturação e organização do processo.

Depreendeu-se, então, que a colocação de limites ao Poder do Estado, com o reconhecimento dos direitos fundamentais do cidadão e a noção e concretização prática da distribuição do poder estatal entre diversos órgãos, determinam diversas conseqüências ao ângulo da formalização processual.

Dentre essas, foram enumeradas: a organização de competências, o ordenamento hierárquico dos órgãos judiciais, a estrita regulação formal dos recursos e a necessidade de um procedimento justo e adequado, assim como o próprio acesso

à jurisdição.

Com a mesma finalidade, estabeleceu-se a importância das vertentes axiológicas para o formalismo processual civil. O resultado dessa análise evidencia a relevância dos valores a seguir alinhados: Valor Justiça – intrincado com a finalidade jurídica do processo; Valor Segurança; Valor de paz social, relacionado com a eficiência da administração da Justiça e articulado com o esquema-base da economia processual e o chamado princípio de adaptação; Valor da efetividade do processo “(Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, *in* “Do Formalismo no Processo Civil”, 1ª edição, págs. 218 e 219. Editora Saraiva, 1997).

Rechaçada a possibilidade jurídico-política de deformalização do processo, em face da quebra dos anteparos sustentativos dos direitos fundamentais insertos no texto constitucional, a quem o processo obrigatoriamente recepiona e reverencia, outras idéias racionalizantes são passíveis de formulações e de prático exercitamento.

Tem-se por recomendável a estimulação de uma cultura capaz de propiciar ao cidadão a benfazeja realização espontânea do direito, mirando-se em uma imagem estatal de exemplar respeitador dos direitos fundamentais, sobrepairante a todos os paradigmas possíveis, além dos rótulos da pós-modernidade ou pós-positivismo.

Justiça social, tal como reclamada, se impõe ao sabor da impossibilidade de sua efetivação em um quadro social de miséria e pobreza absolutas, continuamente.

Inexiste o direito à fome e à miséria. A justiça-valor e a norma em que ela se reflete repudiam o servilismo humano e exorcizam a degradação do indivíduo.

Os meios alternativos, com relevância as intervenções conciliatórias e mediativas, quer judiciais ou extrajudiciais, no primeiro e no segundo grau de jurisdição, sem olvidar o juízo arbitral, são recomendados como restauradores da paz social, instrumentais imediatos de soluções dos conflitos, ao mesmo tempo de resguardo à preservação de um Judiciário grave e perigosamente afetado pela sobrecarga litigiosa.

A qualificação da Magistratura, municinando-a de conhecimentos técnicos e de preparação emocional e psicológica dos juízes, para o enfrentamento dos dramas e tragédias sociais, no instante em que se descortina uma nova jurisdição, a que contempla às primeiras nos ditames constitucionais, regedores do direito material e processual, ao vaticínio e pregação de Ronald Dworkin, Robert Alexy, Owen Fiss e do nosso Luís Roberto Barroso, agigantam em importância as Escolas da Magistratura, um ideal reafirmado de viabilização do aprimoramento substancial do corpo de juízes, a partir do recrutamento, através de cursos específicos e treinamentos de educação continuada, abrangendo, por necessário, a qualificação dos funcionários do Judiciário, excelsos responsáveis pela atividade meio, com fito de melhoramento do nível e da qualidade da prestação jurisdicional brasileira, adequando-a aos princípios da celeridade e da eficiência prestativa.

Não muito longe, atingiremos um nível de excelência em nossa magistratura, cientes e ciosos dos reclamos do povo, como proclamado por Arthur T. Valderbilt, Presidente da Suprema Corte de Nova Jersey, que já destacava a qualidade dos recursos humanos como o problema básico em qualquer organização judiciária:

Necessitamos de juízes doutos em Direito, não só no Direito dos livros, mas também em outro bem mais difícil de alcançar, aquele que se aplica vividamente nas salas dos tribunais; juízes de profunda aptidão nos mistérios da natureza humana e peritos em descobrir a verdade nos testemunhos contraditórios da falibilidade humana; juízes sem contemplação com ninguém, independentes e honestos, e – coisa não menos importante – que sejam considerados como tais por todo mundo; juízes que, acima de tudo, estejam inflamados com o ânimo devorador de administrar justiça com acesso a direito a todo homem, mulher ou crianças que compareçam ante eles, e de preservar a liberdade individual contra a agressão do governo; juízes com a humildade que nasce da sabedoria, pacientes e incansáveis na busca da verdade e claramente conscientes dos prejuízos que, em um mundo febril, causam as demoras

injustificadas.

Ciente da necessidade de uma prontidão quase cósmica dos magistrados, fruto de uma capacitação interdisciplinar jamais provida pelos cursos jurídicos, as organizações judiciárias devem aviar, sistemática e urgentemente, mecanismos preparatórios ou vestibulares, destinados à formação de novos juízes, bem como acionar programas e instrumentos que viabilizem atualização e aperfeiçoamento à magistratura, ao longo de sua vida ativa. Para tanto, aí estão, disponíveis, as escolas de magistratura, criadas, não para enriquecer currículos, mas para aprimorar substancialmente todo o corpo de juízes, adestrando-os para os desafios do novo milênio.

Uma das conclusões do “Primeiro Colóquio Internacional da Magistratura” (realizado em 1996) apontava: *Não é proibido sonhar com o juiz do futuro: cavalheiresco, hábil para sondar o coração humano, enamorado da Ciência e da Justiça, ao mesmo tempo que insensível às vaidades do cargo; arguto para descobrir as espertezas dos poderosos do dinheiro; informado das técnicas do mundo moderno, no ritmo desta era nuclear, quando as distâncias se apagam e as fronteiras se destroem, quando, enfim, as diferenças entre os homens logo serão simples e amargas lembranças do passado.*

Uma vez apoiado em suas necessidades técnico-instrumentais, o juiz não pode prescindir jamais de sua independência.

Em seu livro “Poder Judiciário – Crises, acertos e desacertos”, *Eugênio Raul Zaffaroni* verbera:

A independência do juiz, ao revés, é a que importa a garantia de que o magistrado não estará submetido às pressões de poderes externos à própria magistratura, mas também implica a segurança de que o juiz não sofrerá as pressões dos órgãos colegiados da própria judicatura.

Um juiz independente, ou melhor, um juiz, simplesmente, não pode ser concebido em uma democracia moderna como um empregado do executivo ou do legislativo, mas nem

pode ser um empregado da corte ou do supremo tribunal. Um poder judiciário não é hoje concebível como mais um ramo da administração e, portanto, não se pode conceber sua estrutura na forma hierarquizada de um exército. Um judiciário verticalmente militarizado é tão aberrante e perigoso quanto um exército horizontalizado.

Finalmente, aos juízes, não seria demasiada honra a outorga poética de Maiacovsky, em seu antológico “poema dedicatória”, e nem exercício de jactância, no saber consciente de suas contingências e efemeridades:

*“Homens!
Amados e não amados,
conhecidos e desconhecidos,
desfilai por este pórtico num vasto cortejo!
O homem livre –
de que vos falo –
Virá,
acreditai,
Acredita-me”!*

DEIXO DE LADO AGORA AS FOLHAS QUE REGISTRARAM A MINHA FALA FORMAL E SOLENE.

PERMITAM que fale o meu coração, sob o calor do imprevisto dos meus sentimentos.

AGRADEÇO A DEUS, criador de todas as coisas, por me ter concedido o dom da vida, preservando-me para vivenciar o presente momento.

A SÃO FRANCISCO DE ASSIS, pelo exemplo de humildade, generosamente ofertado através de seus escritos e de sua vida.

AOS MEUS PAIS, Antonio Mendes e Cacilda: ele, pelo exemplo de dignidade e probidade, que o distinguiu como o último romântico da política municipal fortalezense; ela, pela coragem e obstinação de criar dois filhos, e enfrentar, com dignidade, severa viuvez.

AOS EMINENTES MEMBROS DESTA CORTE, que sufragaram meu nome, possibilitando minha investidura nas funções cimeiras do Judiciário Cearense.

AOS DESEMBARGADORES José Almir de Carvalho, Jaime de Alencar Araripe e Júlio Carlos de Miranda Bezerra, cujas memórias, aqui invocadas, representam meu respeito por todos aqueles integrantes deste Colégio Judiciário, e que já se tornaram encantados, no dizer de Guimarães Rosa, como afirmação de que só morrem os que são silenciados pelo esquecimento.

A TODOS OS DIRETORES DA ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO CEARÁ – ESMEC, instituição a que servi, nas Administrações de Júlio Carlos de Miranda Bezerra, Haroldo Rodrigues, Fernando Ximenes e Raimundo Bastos de Oliveira, pelo apreço por eles demonstrado a minha pessoa, quando do desempenho do *múnus* da Coordenadoria, por lapso superior a dez anos, reconhecendo-lhes a iniciação de uma cultura sensibilizadora de meu nome para a presente investidura.

À MINHA FAMÍLIA, constituída por Dora, companheira de peregrinação e partilha de vida, às vésperas de 33 anos de união, exemplo de coragem, farol e refúgio de minha existência; Mariana, minha filha, pela reafirmação cotidiana de que a melhor pedagogia é a do amor; Mendes Júnior, meu filho, cujo despertar para a carreira jurídica, em iniciação acadêmica, enche-me de esperanças; Yuri, meu neto, afirmação de amor nos tempos outonais da vida; na certeza de que a saga da família Filgueira Mendes, neles, terá plena continuidade.

AGORA, A PROMESSA FEITA, EM UM CERTO SÁBADO, quando cumpríamos a deliciosa rotina do almoço em família, a ser feito em restaurante em voga.

Em um deles, que por sinal teve vida breve, não obstante sua indiscutível qualidade, distribuía-se com os clientes poesias, que eram colocadas livremente nas mesas, motivando a Dora e aos meninos entregar-me um soneto, com a recomendação de que eu o lesse, em momento em que me sentisse bastante feliz. Faço-o agora:

PARA FAZER UM SONETO

Carlos Pena Filho

*“Tome um pouco de azul, se a tarde é clara,
e espere pelo instante ocasional.
Nesse curto intervalo Deus prepara
e lhe oferta a palavra inicial.*

*Aí, adote uma atitude avara:
Se você preferir a cor local,
não use mais que o sol de sua cara
e um pedaço de fundo de quintal.*

*Se não, procure a cinza e essa vagueza
das lembranças da infância, e não se apresse,
antes, deixe levá-lo a correnteza.*

*Mas ao chegar ao ponto em que se tece
dentro da escuridão a vã certeza,
ponha tudo de lado e então comece.*

ÍNDICE ALFABÉTICO REMISSIVO

MATÉRIA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL

Acidente de veículos – concessionária do serviço público - reparação de danos – óbito de menor de dez anos – veículo dirigido por motorista terceirizado – responsabilidade civil da concessionária 94/95

Alienação fiduciária – ação de busca e apreensão – comprovação da mora do devedor – necessidade apenas da notificação por cartório de títulos e documentos 103

Arrendamento mercantil – leasing – moeda estrangeira – previsão de reajuste pela variação cambial – incomprovação da aquisição de recursos pela arrendadora no exterior – impossibilidade – CDC – aplicação – utilização do INPC em substituição à variação cambial 120

Arrendamento mercantil – valor residual antecipado – desfiguração do contrato - não ocorrência – cumulação de comissão de permanência com outros encargos – impossibilidade 182/183

Atraso no repasse do duodécimo – direito líquido e certo do Poder Legislativo 168

Cirurgia plástica – obrigação de resultado – responsabilidade do cirurgião pelos danos materiais e morais - agravo retido – cerceamento de defesa – inoccorrência 196/198.

Cobrança de aluguéis – fiança – morte da fiadora – obrigação personalíssima – sobrevivendo a morte da fiadora cessa a garantia ... 124

Compra e venda de imóvel – outorga uxória – inexistência – nulidade absoluta – imprescritibilidade – usucapião ordinário – justo título – ausência – impossibilidade 99

Concurso público – quebra do princípio da razoabilidade e da isonomia – aferição pelo judiciário – possibilidade	126/127
Contrato de renegociação de operação de crédito – execução - ausência dos requisitos para formar título executivo	162
Contratos de locação – não aplicabilidade do Código de defesa do consumidor – ausência da figura do fornecedor – impossível relação de consumo	86
Despejo – denúncia vazia – contestação – ausência – presunção de veracidade dos fatos articulados pelo autor – inteligência do Art. 285 do CPC	113
Execução de título extrajudicial – desistência – constituição de advogado pela executada e indicação de bens à penhora – não oferecimento de embargos à execução – procedência de honorários do advogado ...	151
Plano de saúde – negativa de cobertura por não está esgotado o prazo de carência – urgência na execução do procedimento cirúrgico – comprovação – configuração do ato ilícito – danos materiais e morais	142
Responsabilidade civil – acidente de trabalho – equipamento de proteção individual – negligência na fiscalização do uso – culpa concorrente	73
Responsabilidade civil – dano moral – Lei de imprensa – veiculação de notícia ofensiva à honra de filho falecido dos autores da ação – caracterização da culpa da empresa jornalística por imprudência	107
Seguro de automóvel – perda total do bem – ausência de comprovação de culpa ou dolo – dever de indenizar da seguradora	173/174
Separação litigiosa – casamento traduzido pela comunhão parcial de bens – partilha exclusão na sua incidência sobre bens adquiridos pelo cônjuge-varão anteriormente ao matrimônio	91
Servidor público – pensão por morte – ação revisional – princípio da equiparação das pensões aos proventos dos inativos e aos vencimentos e vantagens conferidos aos servidores em atividade	155
Servidor público – remuneração inferior ao salário mínimo – aposentadoria por invalidez com proventos proporcionais ao tempo de serviço –	

impossibilidade 88

Servidora pública – exoneração – ausência do contraditório, ampla defesa e devido processo legal –necessidade de reintegração 115

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Ação reivindicatória – antecipação de tutela – julgamento antecipado da lide – prejudicial de usucapião urbano – questão que afasta os requisitos necessários da antecipação de tutela – necessidade da realização de prova em audiência – cerceamento do direito de defesa – ocorrência ... 209/210

Imposto sobre serviços de qualquer natureza(ISSQN) - atividades cartorárias – não incidência – precedente do STJ – Emenda constitucional nº 39/2002 215

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Caráter infringente – reexame de pontos já examinados expressamente pelo órgão turmário – alegativa da decisão padecer dos vícios da omissão, obscuridade e contradição – pretensão que refoge aos lindes estreitos do Art. 535 do CPC – inadmissibilidade 225

HABEAS CORPUS

Execução de alimentos – abrangência – dilação probatória – impossibilidade – denegação do remédio heróico 233

MATÉRIA CRIMINAL

APELAÇÃO CRIME

Apropriação indébita – réu condenado a um ano e quatro meses – apelação apenas da defesa – a prescrição corre pela pena em concreto – extinção da punibilidade decretada 267

Assalto em série – instituições bancárias – quadrilheiros – negatória de autoria – **bis in idem** – denegação 284/286

Atentado violento ao pudor – Ministério Público – legitimidade ativa **ad causam** – depoimento infantil e da mãe do ofendido – credibilidade – condenação mantida – alteração de regime – impertinência 270/271

Crime de furto – concurso material – incidência de prescrição da pretensão punitiva	249
Preliminar de intempestividade do apelo da defesa – matéria prejudicial – apelo não conhecido ante a intempestividade reclamada	243
Roubo – crime tipificado no Art.157, § 2º, II do CP – pena máxima em abstrato de quinze anos de reclusão – réu menor de 21 anos à época do fato – redução do prazo prescricional pela metade – extinção da punibilidade decretada de ofício como matéria preliminar	246
Roubo duplamente qualificado – réu preso em flagrante que confessa durante a lavratura do auto respectivo a prática delituosa – retratação em juízo que não se coaduna com as demais provas coligidas nos autos	258
Sentença condenatória – ausência de fundamentação (Art. 93, IX, da Constituição da República) – nulidade reconhecida ex officio	296
Sentença de absolvição – contrariedade às provas dos autos – ocorrência - reforma da decisão para sujeitar o réu a novo julgamento pelo tribunal popular do júri	263

HABEAS CORPUS

Delito de estelionato – notícia crime, inexigibilidade das formalidades suscitadas pelo impetrante para que seja ofertada – denúncia, despacho de recebimento, desnecessidade de fundamentação – inépcia, inexistência – trancamento da ação penal, inviabilidade em face dos fatos descritos na denúncia constituírem crime em tese	327
Homicídio qualificado – crime hediondo – condenação no regime integralmente fechado – pleito de progressão de regime para o semi-aberto – não comprovação dos requisitos objetivos e subjetivos previstos na legislação	355/356
Nulidades processuais – via inadequada – denegação da ordem – recurso ordinário – retorno dos autos – verificação das nulidades – concessão da ordem	305/306

Prisão preventiva – desnecessidade – instrução criminal terminada – não constitui motivo suficiente para garantir ao paciente a liberdade – persistência dos motivos ensejadores da segregação provisória 312

Prisão preventiva – réu que se encontrava preso ao tempo em que foi prolatada a sentença condenatória – reconhecimento de seus maus antecedentes criminais por ocasião de seu julgamento – manutenção de seu cárcere - ausência de constrangimento ilegal 335

Prisão provisória – a fundamentação que indefere pedido de liberdade provisória pode fazer parte integrante da decisão pronunciatória na parte que justifica a manutenção do cárcere do réu/pronunciado 315

Tráfico de drogas – excesso de prazo na formação da culpa – sucessivos pedidos de relaxamento de prisão e liberdade provisória – nulidade processual face ao descumprimento do Art. 38 da Lei 10.409/02 – inoportunidades 320/321

Tráfico interestadual de entorpecentes – associação para o tráfico – autuação em flagrante delito – maus antecedentes criminais – pluralidades de réus – excesso de prazo na conclusão da instrução e desnecessidade da custódia preventiva – inoportunidade 342/343

CONFLITO DE COMPETÊNCIA

Conflito negativo de competência – procedência de arguição de suspeição – ordem pessoal do julgador, não atingindo o Juízo onde o magistrado exerce sua jurisdição – conflito não conhecido 365

AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA

Crime de homicídio qualificado praticado por juiz de direito – ação penal pública incondicionada – competência do tribunal de justiça do estado do Ceará em face da prerrogativa da função, sob moldura constitucional – robusto lastro probatório – dolo direto de 1º grau – presença do *animus necandi* – condenação do réu à pena definitiva de 15 anos de reclusão, em regime integralmente fechado, sem direito de apelar em liberdade e perda do cargo de juiz de direito – questão prejudicial de insanidade mental do réu afastada por decisão da maioria do pleno do TJCe 371/372

DESAFORAMENTO

Interesse da ordem pública - dúvida sobre a imparcialidade dos jurados
..... 431